



الدراسات القانونية رؤى وإتجاهات في التشريع والمجتمع

Legal Studies

Visions and trends in legislation and society

جمع وتنسيق: د. لطرش علي

وقائع اعمال المؤتمر الدولي

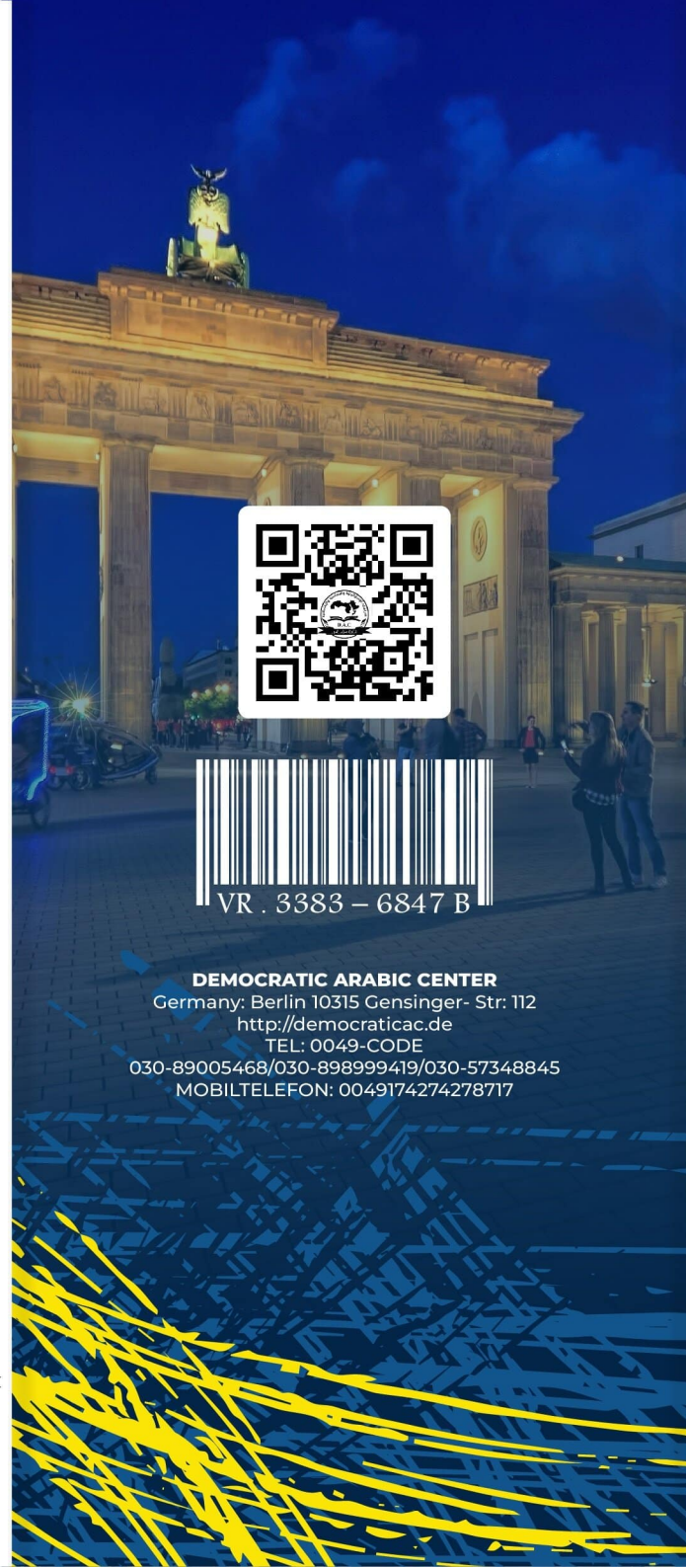
أيام 28 – 29 تشرين الأول/أكتوبر 2023

حضوريا ألمانيا – برلين



المركز الديمقراطي العربي

الدراسات القانونية : رؤى وإتجاهات في التشريع والمجتمع
Legal Studies : Visions and trends in legislation and society



VR . 3383 – 6847 B

DEMOCRATIC ARABIC CENTER

Germany: Berlin 10315 Gensinger- Str: 112

<http://democraticac.de>

TEL: 0049-CODE

030-89005468/030-898999419/030-57348845

MOBILTELEFON: 0049174274278717



المركز الديمقراطي العربي
مستقلة تعمل في إطار
البحث العلمي والتحليلات
الأكاديمية والقانونية
والإعلامية والأقتصادية حول
الشؤون الدولية والإقليمية



2023





المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية

Democratic Arab Center
for Strategic, Political & Economic Studies

الناشر

المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية
ألمانيا/برلين

Democratic Arab Center
Berlin / Germany

لا يسمح بإعادة إصدار هذا الكتاب أو أي جزء منه أو تخزينه في نطاق استعادة المعلومات أو نقله بأي شكل من الأشكال، دون إذن مسبق خطي من الناشر.

جميع حقوق الطبع محفوظة

All rights reserved

transmitted in any form or No part of this book may be reproduced, stored in a retrieval system, or by any means, without the prior written permission of the publisher.

لا يتحمل المركز ورئيس الملتقى ولا اللجان العلمية والتنظيمية مسؤولية

ما ورد في هذا الكتاب من آراء

وهي لا تعبر بالضرورة عن قناعاتهم، ويبقى أصحاب المداخلات هم

وحدهم

من يتحملون كامل المسؤولية القانونية عنها

رقم تسجيل الكتاب: VR . 3383 -6847 B

المركز الديمقراطي العربي

للدراستات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية ألمانيا/برلين

book@democraticac.de



إصدارات المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية



المركز الديمقراطي العربي
للداسات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية
Democratic Arab Center
for Strategic, Political & Economic Studies

المؤتمر الدولي العلمي الحضوري تحت عنوان:

الدراسات القانونية

رؤى واتجاهات في التشريع والمجتمع

Legal Studies : Visions and trends in legislation and society

إشراف وتنسيق

رئيس المؤتمر الدكتور على لطرش أستاذ بجامعة تلمسان (الجزائر)



إصدارات المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية

ديباجة المؤتمر

قرون عديدة مضت وأمضت على تاريخ الإنسانية الحافل بالعلاقات المتجذرة بين القانون و الإنسان، ومن رحم هذا العلاقات تطور القانون كوعي وفكر وفلسفة لتجسيد العدالة بكل صورها، وفي أرقى هذه الصور نجد العدالة الإنسانية التي تجسد وحدة الإنتماء البشري، ولذلك يرى الفقهاء وأغلب الأشخاص المساهمين في صياغة القانون الوطني أو الدولي أن أعظم إنجاز لهيئة الأمم المتحدة هو تطوير و تدوين القانون الدولي بما ساهم في تنظيم عديد العلاقات بين أشخاص المجتمع الدولي التي تستهدف غرس مثالية عدالة القانون في النفوس والشعوب والدول وكل الأشخاص القانونية حتى تتحقق العدالة الإنسانية.

وفي مجال العدالة الإنسانية ساهمت الشريعة الإسلامية والتشريعات الوطنية للدول في تحقيق سيادة القانون وعدالته، وكذلك سعت التشريعات الدولية في شتى الميادين إلى تعزيز مختلف الروابط بين الدول فيما بينها، وفي ما بين الدول والمنظمات الدولية، وحتى الحركات التحررية أوجدت لها الأمم المتحدة مكانا ضمن تقنيناتها الدولية الإنسانية، وذلك ليس فقط ليصبح القانون الدولي هو السيد، بل لتتسيد عدالة القانون الدولي في تحقيق العدالة الإنسانية.

وعلى نفس المسار نجد القوانين الداخلية للدول دائمة التطور لتحقيق الغرض من سنها، كما نجد أن أغلب الديباجات بدساتير الدول تؤكد على اللحمة الموجودة بين التشريعات الداخلية والدولية في تنويع العدالة الإنسانية بالسمو في كل القواعد القانونية التي يتم سنها أو تعديلها، وكذلك نلمس هذه الروابط في التدرجات الهرمية القانونية داخل الدولة، أين تسمو التشريعات الدولية التي يتم التصديق عليها على التشريعات الوطنية.

فكل فروع القانون الداخلي للدول العام والخاص، وكل فروع القانون الدولي التقليدية والحديثة تحمل ذات التوجه الدائر بين تسييد القانون لتحقيق العدالة، وبين تسييد عدالة القانون لتحقيق العدالة الإنسانية.



فهل باتت النظرة الفكرية للقانون بكل فروعه ذات عمق أكبر وأفق أوسع لتحقيق عدالة القانون بما يحقق العدالة الإنسانية ؟

ومن خلال هذا الطرح الفكري للمؤتمر الدولي الموسوم بالعنوان: " دراسات قانونية: رؤى واتجاهات في التشريع والمجتمع " نحاول فتح الحوار الفكري من خلال المحاور التالية:

المحور الأول: القانون الدستوري: (نشأة وتطور القانون الدستوري، أنواع الدساتير (جامدة ،مرنة،...)، الفصل بين السلطات الثلاث السلطة التشريعية السلطة القضائية السلطة التنفيذية، سلطات رئيس الجمهورية ، الحقوق والحريات ، المحكمة الدستورية ، الرقابة على دستورية القوانين، سمو الاتفاقية الدولية على القانون الداخلي...)

المحور الثاني: القانون الإداري: (نشأة وتطور القانون الإداري، نظرية القرار الإداري، المسؤولية الإدارية الهياكل القضائية للقضاء الإداري، الإدارة الإلكترونية والقرار الإداري الإلكتروني ، المرفق العام وتحسين الخدمة العمومية، الضبط الإداري ، نزع الملكية للمنفعة العامة ، إجراءات رفع الدعوى الإدارية ، مبدأ التقاضي على درجتين في القضاء الإداري ، إشكالات تنفيذ الأحكام ضد الإدارة....)

المحور الثالث: القانون الجنائي: (مبدأ المشروعية في الشريعة والقانون، قرينة براءة المتهم، الجريمة والإجرام الإلكتروني، الجريمة المنظمة العابرة للحدود ، التحقيق وأدلة الإثبات، الأقطاب الجنائية المتخصصة، العقوبات السالبة للحرية، السوار الإلكتروني...)

المحور الرابع: القانون المالي: (الموازنة العامة للدولة ، قانون المالية، الإجراءات الجبائية، إجراءات الرقابة على المال العام)

المحور الخامس: قانون الاستثمار: (نشأة وتطور قانون الاستثمار ، الامتيازات و الضمانات الممنوحة للمستثمر المحلي و الأجنبي، الطرق الودية لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار ، الطرق القضائية لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار....)

المحور السادس: القانون المدني:(نشأة وتطور القانون المدني، المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية وتطبيقاتها المعاصرة ،حجية المستندات العرفية، العقد الإلكتروني، التوقيع الإلكتروني ، الدفع الإلكتروني، إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية، أهم الاجتهادات القضائية الصادرة عن الغرفة المدنية بالمحاكم العليا

المحور السابع: قانون الأسرة والأحوال الشخصية:-(الخطبة و الزواج في الشريعة و قانون الأحوال الشخصية، الحقوق والواجبات الزوجية، الكفالة، التبني، الطلاق ، الخلع ، النفقة ،



بدل الإيجار ، ميراث المرأة بين أحكام الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية و الأعراف في بعض المناطق)

المحور الثامن: القانون التجاري: (نشأة وتطور القانون التجاري، التاجر والتزاماته، المحل التجاري والتصرفات الواردة عليه، المحل التجاري الإلكتروني، القيد في السجل التجاري الإلكتروني، الشركات التجارية، المحاكم التجارية....)

المحور التاسع: قانون العمل: (نشأة وتطور القانون العمل، عقد العمل الفردي والاتفاقيات الجماعية ، حقوق وواجبات العمال في الشريعة والقانون ، أثر الاتفاقيات الدولية والإقليمية الصادرة على منظمة العمل الدولية والعربية في تجسيد حقوق العمال، الحق في ممارسة الحق النقابي بين النص والواقع، الحد الأدنى للأجور، مفتشية العمل ودورها في حماية العمال من تعسف أصحاب وأرباب العمل، تسوية النزاعات العمالية بالطرق الودية والقضائية....)

المحور العاشر: القانون الجوي: (نشأة وتطور القانون الجوي، تنظيم المطارات والملاحة الجوية، أنواع المطارات، التنظيم القانوني لاستغلال الملاحة الجوية، عقد النقل الجوي الداخلي والدولي، التزامات الناقل الجوي، دعوى المسؤولية وكيفية التعويض....)

المحور الحادي عشر: القانون العقاري: (نشأة وتطور القانون العقاري، الملكية العقارية، الشهر العقاري، المسح العقاري، التحقيق العقاري، حجية الدفتر العقاري، رخص التعمير و البناء و الهدم في التشريعات العربية المقارنة، شهادة التعمير، شهادة التقسيم شهادة المطابقة....)

المحور الثاني عشر: القانون البيئي: (نشأة وتطور القانون البيئي، حماية البيئة وفق المنظور الشرعي والقانوني، الجرائم الماسة بالبيئية وآليات مكافحتها ، أدوات تسيير البيئة، تخطيط الأنشطة البيئية، المنشآت المصنفة، المجالات المحمية، دور المجتمع المدني في حماية البيئة....)

المحور الثالث عشر: القانون الطبي: (نشأة وتطور القانون الطبي، الحق في الصحة، الصحة في الوسط العقابي، الخبرة والاستشفاء القضائي، مسؤولية الطبيب، مسؤولية الصيدلي، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين أحكام الشريعة وقانون الصحة المقارن، المساعدة الطبية على الانجاب بين الشريعة والقانون...)

المحور الرابع عشر: قانون حماية المستهلك: (نشأة وتطور قانون حماية المستهلك، مطابقة المنتج، إلزامية إعلام المستهلك، جمعيات حماية المستهلك، مخابر قمع الغش، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية....)



المحور الخامس عشر: القانون الدولي الخاص: (نشأة وتطور القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين من حيث المكان، الوسائل الفنية لمعالجة قضايا تنازع القوانين، القانون واجب التطبيق في قضايا الأحوال الشخصية، في قضايا الأموال، في قضايا الالتزامات التعاقدية، في شكل التصرفات القانونية، في قضية الالتزامات غير التعاقدية، كيفية تطبيق القانون الأجنبي واستبعاده، تنازع الجنسيات....)

المحور السادس عشر: القانون الدولي العام وفروعه التقليدية: (التنظيم الدولي، القانون الدولي الجوي، القانون الدولي البحري، القانون الدولي الاقتصادي، قانون القضاء الدولي...)

المحور السابع عشر: القانون الدولي العام وفروعه الحديثة: (القانون الدولي الإنساني، القانون الدولي للتنمية، القانون الدولي للبيئة، القانون الدولي للاجئين، القانون الدولي للحدود، القانون الدولي للبحار...)

المحور الثامن عشر: المناهج القانونية ومدارس التفسير: (التفسير الفقهي، التفسير التشريعي، التفسير التنظيمي، التفسير القضائي، المدارس التاريخية، مدارس الشرح على المتون، المدارس العلمية)

المحور التاسع عشر: الفقه القضائي: (فقه القضاء الإداري، فقه القضاء المدني، فقه القضاء البحري، فقه القضاء الجنائي، فقه القضاء الدولي...)

المحور العشرين: الإجتهااد القضائي: (الإجتهااد في القضاء الإداري، الإجتهااد في القضاء المدني، الإجتهااد في القضاء الجنائي، الإجتهااد في القضاء الدولي بكل تخصصاته...)

المحور الواحد والعشرين: الشريعة الإسلامية: (الميراث، قانون الأسرة، قانون البنوك الإسلامية....)

المحور الثاني والعشرين: التعاملات الإلكترونية: (قانون الصحافة الإلكترونية، قانون التجارة الإلكترونية، قانون العقود الإلكترونية، النقود الافتراضية....)

المحور الثالث والعشرين: القوانين القضائية: (قانون القضاء الإداري، قانون القضاء المدني، قانون الإحضار القضائي، قانون التوثيق، قانون الإجراءات الجزائية، قانون الإجراءات المدنية، قانون المساعدة القضائية....)



الرئاسة الشرفية للمؤتمر:

- أ.د. طارق أحمد قاسم المنصوب/ رئيس، جامعة إب - اليمن
- د. عزالدين يونس الدرسي/ رئيس جامعة بنغازي - ليبيا
- أ.د فؤاد عبد الرحمن حسان/ نائب رئيس جامعة إب للدراسات العليا والبحث العلمي - اليمن
- د. يوسف زغواني عمر /جامعة بنغازي -ليبيا
- د. عبد الحميد قصاص / كلية الحقوق جامعة الجزائر 1
- عمار شرعان/ رئيس المركز الديمقراطي العربي - ألمانيا - برلين

هيئة المؤتمر:

- رئيس اللجنة العلمية : د. عمر بن عيشوش /مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة (CRSIC)الأغواط - الجزائر
- مدير المؤتمر : أ.د.رفيق سليمان/ مدير عام المركز الديمقراطي العربي - برلين - ألمانيا
- رئيس الهيئة الإستشارية : د. فضل قاسم الحضرمي / جامعة إب - اليمن
- رئيس لجنة التنسيق: د. محمود مُجَّد أحمد مُجَّد /كلية التربية النوعية - جامعة المنيا (مصر)
- رئيس اللجنة التحضيرية : د. أحمد بوهكو /المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا - برلين
- رئيس اللجنة التنظيمية: أ. كرم عايش / المدير الإداري - المركز الديمقراطي العربي - ألمانيا - برلين

اللجنة التنظيمية

- قندوزي فاطيمة / جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان - (الجزائر)
- ماهر علي احمد/ جامعة كركوك (العراق)
- مُجَّد مصطفى خالد حرارة/ الجامعة الإسلامية العالمية (ماليزيا)
- مولاي عليمة / جامعة احمد دراية - أدرار - (الجزائر)



اللجنة العلمية

- ثناء سليم الحلوة / الجامعة اللبنانية(لبنان)
- ماريان تادرس / كلية الإتصال و الفنون - جامعة ليبرتي - الولايات المتحدة الأمريكية
- بوكرييس سهام / جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان (الجزائر)
- مصطفى ناطق صالح مطلوب / كلية الحقوق-جامعة الموصل-(العراق)
- بوكرييس خديجة / جامعة مُجَّد بن أحمد20 وهران (الجزائر)
- محمود مُجَّد أحمد مُجَّد / كلية التربية النوعية - جامعة المنيا - (مصر)
- عيار عمر / كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962 جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس (الجزائر)
- أمل فوزي احمد عوض / كلية التربية الفنية- جامعة حلوان (مصر)
- عباسه طاهر / كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962 جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس (الجزائر)
- بارود نورة / كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962 جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس (الجزائر)
- باسل علي عباس / جامعة القادسية - كلية القانون (العراق)
- ياسين كوحلان / كلية الحقوق جامعة باجي مختار - عنابة- (الجزائر)
- خويا عبد الصمد / كلية الآداب والعلوم الإنسانية سايس - فاس - (المغرب)
- زهرة بوسراج / كلية الحقوق جامعة باجي مختار - عنابة- (الجزائر)
- رولا ميشال بردقان / جامعة اللبنانية (لبنان)
- ربا السيد مُجَّد أبو كميل / وزارة التربية و التعليم (فلسطين)
- صلاح مُجَّد إبراهيم أحمد / جامعة (السودان)
- بشيخ خيرة / جامعة وهران 2 (الجزائر)
- صورية غربي / جامعة عين تموشنت (الجزائر)
- ام د ميثم منفي كاظم العميدي / استاذ القانون الدستوري والنظم السياسي في جامعة الكاظم (العراق)
- مزاولي مُجَّد / جامعة احمد دراية - أدرار- (الجزائر)
- نورس أحمد كاظم الموسوي/ كلية القانون جامعة كربلاء (العراق)
- بلبة ريمة / جامعة تلمسان (الجزائر)
- علي أحمد زين السقاف / جامعة جايبور (الهند)
- طيب بوقلوش / جامعة شلف (الجزائر)
- كرم سلام عبدالرؤوف سلام / جامعة عين شمس (مصر)
- ربيع شمال / جامعة تلمسان، (الجزائر)
- ويكن فازية / جامعة وهران 2 (الجزائر)



كلمة رئيس المؤتمر : د. علي لطرش/ جامعة تلمسان (الجزائر)

لقد أثبت عالم الفيزياء إنشتاين أنه لا يوجد مفهوم مطلق، فحتى الحركة والسكون مفهومان نسبيان، فالكل ثابت والكل متحرك، وأنت ثابت متمسك في مكانك، كل أعضائك الداخلية في حركة دائمة، فأبسط خلية من هذه الأعضاء لا تُرى إلا بالمجهر الإلكتروني، ولكنها كمنصع عملاق في الحركة من حيث الأوامر التي تستقبلها نواتها والأوامر التي ترزجها للخلية ذاتها وللخلايا أخرى كذلك، بما يُظهر عظمة الخالق وعجز المخلوق، ليدرك العِلم أن هذه الخلايا تموت، وعلى أنقاضها تحيا أخرى في دورة من أيام قلائل إلى أشهر معدودات حسب طبيعة العضو، كما يُدرك أنها تحتاج في حياتها لمختلف المعادن والأمحاض الأمينية التي يستحيل على الإنسان تناولها على سجيّتها، فيخلق الله النبات الذي يأخذ المستحيل فيحوله ممكنا ولذيذا ومستساغا في صورة فواكه وخضر، تلتذذ بطعمها وتأخذ خلايا عضويتنا حاجتها من الشوارد المعدنية، وهكذا سخر الخالق وذل لنا ملكوت البر والبحر ليحول لنا المسحيل ممكنا.

وفي الحياة ندرك مع مرور الزمن أن مضمار المطلق يزداد ضيقا على حساب النسبي الذي يزداد إتساعا، وندرك أن هذه المعادلة محققة كلما أمعنا النظر ببصيرة علمية غير مقيدة، وهكذا تُدحض النظريات العلمية والحقائق الحديثة نظيراتها السابقة في مساق متلازم إلى مستقر لا يعلم قراره إلا الله، وذات الصورة نلمسها في علم القانون حين نُسلم بقاعدة علمية مفادها لكل قاعدة عامة إستثناء، لندرك أحيانا وفي الغالب أحيانا أخرى أن الإستثناء طغى على عمومية القاعدة فأظحت هي الإستثناء، فالشجرة منقول وليست بعقار حين نُجتثها من جذورها ونبيعها لمن يغرستها من جديد، وكذلك المسكن منقول وليس بعقار حين تمكن العلم بتقنيات هائلة نقل نماذج منه من وعاء عقاري إلى وعاء آخر.

وبذات الماهية ومع مرور الزمن تتسرب مفاهيم المطلق والنسبي من جديد إلى أذهان الباحثين والفقهاء في القانون الدولي الإنساني، ليس للإستفسار حول نسبة المطلق من النسبي في قواعد هذا القانون حين يعجز المجتمع الدولي عن تفعيله، بل لإثبات عدم وجود المطلق مطلقا وأن النسبي طغى وتجبر مؤسسا لقاعدة المصالح الدولية الخاصة التي تعلوا على القانون الدولي الإنساني، ليعلى التفكير والحوار العلمي حول ضرورة تغيير النظام الدولي إقتصاديا وأمنيا وإنسانيا، أما عن ذاتي فأدرك أن مكن المطلق عند الخالق، وعبثا نحاول إدراكه في الحياة.

الفهرس

الصفحة	إسم الباحث وصفته العلمية وعنوان بحثه	الرقم
05	أثر المعاهدات الدولية على القانون الجنائي الوطني في مجال مكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود د.عبد الحميد قصاص كلية الحقوق جامعة الجزائر 1	(1)
27	الحكمة الدستورية في التعديل الدستوري لسنة 2020 ودورها في إرساء دولة الحق والقانون. د. أسماء بوراوي جامعة محمد خيضر بسكرة (الجزائر) مديرة دراسات بالمحكمة الدستورية	(2)
53	حقوق الإنسان بين المواثيق الدولية و تحفظات التشريعات الوطنية (دول مجلس التعاون الخليجي نموذجا) د. مريم نبيل منير جامعة القاهرة- كلية الاقتصاد والعلوم السياسية	(3)
80	دور القاضي المدني في مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري د.قرطبي سهيلا كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة أبي بكر بلقايد -تلمسان (الجزائر)	(4)
97	دعوى التعويض على أساس مبدأ التضامن الوطني أ.د نجاة خلدون جامعة محمد الخامس الرباط / كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا	(5)
112	مبدأ فصل السلط وسؤال الاستقلالية "دراسة في تبعية القضاء للسلط الأخرى" د خاليد شخمان جامعة محمد الخامس الرباط /باحث رئيس مؤسسة خالد الحسن للدراسات والأبحاث بالرباط	(6)

132	السمو المشروط للمعاهدات الدولية في النظام القانوني الليبي د. عثمان أبوخريص الجامعة الأسمرية الإسلامية - زليتن - ليبيا / كلية الشريعة والقانون - قسم القانون -	(7)
157	هوية القانون الإداري أ.د. المكّي السراجي جامعة مجّد الخامس الرباط / كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا	(8)
181	قراءة في روح القانون من الناحية السوسولوجية أ.د. علي عليوة كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية/جامعة محمد الشريف مساعديّة /سوق أهراس الجزائر	(9)
193	الإشكالات المتعلقة بالطلاق مدى انسجام النصوص القانونية مع النصوص الشرعية في مسألة صدور الحكم بالطلاق • د. عبد الحكيم بوجاني • د. صورية غربي كلية الحقوق جامعة عين تموشنت (الجزائر)	(10)
208	النص التشريعي ودخول حيز التنفيذ والتطبيق "إشكالية التأخر في إصدار النصوص التطبيقية" ط.د. يوسف النكيطي جامعة القاضي عياض مراكش " كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش"	(11)
224	التمييز العنصري في تونس بعد الثورة: التعاطي القانوني مع الظاهرة أ.د. هاجر فطناسي المعهد العالي للدراسات القانونية / جامعة قابس (تونس)	(12)
256	الضوابط القانونية لإختيار جنس الجنين بين التطور العلمي الصحي والموانع الشرعية • د. صبحي مجّد أمين • ط.د. حمياني عبد المجيد كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962/جامعة جيلالي لباس سيدي بلعباس الجزائر	(13)

286	الاتفاقيات الدولية البيئية - بين الفعالية والحدودية - د. مكيكة مريم جامعة الجليلي اليابس سيدي بلعباس (الجزائر)	(14)
303	السياسة الجنائية الموضوعية في الجرائم الإلكترونية د حامد علي شهبوب الجامعة الأسمرية الإسلامية (ليبيا)	(15)
329	جذب الاستثمارات الخاصة من خلال ترقية القضاء والتحكيم في المغرب ط.د أمال بوحسون كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب.	(16)
354	L'IMPLICATION DE LA SOCIETE CIVILE DANS LE PROCESSUS DE PRISE DE DECISION ENVIRONNEMENTALE Doctorant : Ahmed ELMOUDENE FSJES Agadir, Université IBN ZOHR	(17)
373	L'ORGANISATION ADMINISTRATIVE MAROCAINE Doctorante Chercheuse : JAY KORAICHI YOUSRA Université Sidi Mohmed Ben Abdellah, FSJES-FES.MAROC.	(18)
388	Le droit international relatif aux droits de l'homme et la protection de l'être humain : réalité et perspective Dr . Karima BAKRI Université Cadi Ayyad, Marrakech	(19)

أثر المعاهدات الدولية على القانون الجنائي الوطني في مجال مكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود

د. عبد الحميد قصاص

كلية الحقوق جامعة الجزائر 1

abdelhamidkessas@gmail.com

الملخص :

من أجل مكافحة الإجرام المنظم العابر للحدود بادرت الدول و المنظمات العالمية إلى عقد المؤتمرات و الندوات الدولية، بحثا عن الوسائل الكفيلة لوضع حد لهذه الظاهرة الخطيرة عن طريق تعاون السلطات القضائية لكل دولة في العالم فيما بينها و اتحاد و تكتل الدول من اجل مكافحة هذا التهديد المشترك.

و عليه فان التعاون القضائي الجزائري يعتبر من أهم الميكانيزمات و الوسائل التي يمكن عن طريقها المجتمع الدولي مواجهة هذه الظاهرة الخطيرة، عن طريق تبادل المعلومات و الخبرات وإنشاء فرق مشتركة للبحث في إطار اتفاقيات ثنائية و متعددة الأطراف، و هذا هو النهج الذي انتهجه المشرع الجزائري من خلال انضمام الجزائر من بين 30 دولة إلى احد هذه الآليات الدولية ويتعلق الأمر باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المعتمدة من طرف الجمعية العامة في نوفمبر 2000، و التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 55/02 المؤرخ في 2002/02/05، ومن أهم الإتفاقيات الدولية التي أثرت على السياسة الجنائية الحديثة ، اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 31 أكتوبر 2003.

summary

In order to combat transboundary organized crime, States and global organizations have initiated international conferences and symposiums In search of ways to put an end to this dangerous phenomenon through the cooperation of the judicial authorities of every State in the world and of the Union and Caucus of States to combat this common threat, Criminal judicial cooperation is one of the most important mechanisms through which the international community can confront this dangerous phenomenon. by sharing information and experiences and establishing joint research teams under bilateral and multilateral conventions, This is the approach taken by the Algerian legislature through Algeria's accession to one of 30 international mechanisms.

It concerns the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted by the General Assembly in November 2000, which Algeria ratified by Presidential Decree Number 02/55 of 05/02/2002. One of the most important international conventions affecting modern criminal policy. United Nations Convention against Corruption, adopted by the United Nations General Assembly in New York on 31 October 2003.

مقدمة:

انتهجت معظم التشريعات الحديثة استراتيجيات تشريعية تتماشى مع سياساتها العامة الداخلية ومع بيئة الفساد الإداري المستشرية فيها من خلال مواكبة التطورات الدولية و معاشية الآليات الدولية الحديثة، و هكذا فقد شهد العالم مؤخرا حركة دولية تميزت بمجموعة من الاتفاقيات الدولية والإقليمية لمحاربة الفساد الإداري الذي أصبح يشكل حاليا احد أشكال الإجرام المنظم، فما دامت الحدود الوطنية لم تعد حاجزا يمنع الأفراد من ارتكاب الجرائم، فلا يجوز أيضا أن تبقى عائقا



يجول دون وضع وسائل و آليات لقمع الإجرام و مقترفه، الأمر الذي أصبح يهدد ليس فحسب الأشخاص و ممتلكاتهم بل حتى استقرار الدول و المجتمعات، و لهذا الغرض بادرت الدول و المنظمات العالمية إلى عقد المؤتمرات و الندوات الدولية، بحثا عن الوسائل الكفيلة لوضع حد لهذه الظاهرة الخطيرة عن طريق تعاون السلطات القضائية لكل دولة في العالم فيما بينها و اتحاد و تكتل الدول من اجل مكافحة هذا التهديد المشترك، و عليه فان التعاون القضائي الجزائري يعتبر من أهم الميكانيزمات و الوسائل التي يمكن عن طريقها المجتمع الدولي مواجهة هذه الظاهرة الخطيرة، عن طريق تبادل المعلومات و الخبرات وإنشاء فرق مشتركة للبحث في إطار اتفاقيات ثنائية و متعددة الأطراف، و هذا هو النهج الذي انتهجه المشرع الجزائري من خلال انضمام الجزائر من بين 30 دولة إلى احد هذه الآليات الدولية ويتعلق الأمر باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المعتمدة من طرف الجمعية العامة في نوفمبر 2000، و التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 55/02 المؤرخ في 2002/02/05، و من أهم الإتفاقيات الدولية التي أثرت على السياسة الجنائية الحديثة ، اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 31 أكتوبر 2003. والتي وفرت أداة ناجعة هدفها مكافحة الفساد الإداري و الوقاية منه بصفة مباشرة علما إن هذا المسعى ليس جديدا في تشريعنا الوطني، إذ كانت و لا تزال النصوص القانونية التي تعني بهذا الموضوع تتضمن جزاءات مدنية وإدارية وجزائية. فالتشريع الخاص بالوقاية من الفساد ومكافحته لم يظهر في محيط فارغ، بل تم وضعه في إطار عملية إصلاح واسعة للمنظومة التشريعية ككل، إذ تمت معاينة عدم انسجام قانوني العقوبات والإجراءات الجزائية مع طبيعة جرائم الفساد كونها جرائم منظمة تحتاج مكافحتها لإجراءات وتدابير سريعة وفعالة للوقاية منها وقمعها، كما صادقت الجزائر عليها بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 128-04 المؤرخ في 19-04-2004، و قد كانت الجزائر في وقت سابق من الدول المشاركة في مؤتمر الجامعة العربية حول الفساد المنعقد في القاهرة في 25-11-2005 ، و المؤتمر العالمي للدول الأعضاء في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المنعقد بعمّان من 14 إلى 17 - 12 - 2006.

ولما كان للجريمة المنظمة طابعها الخاص والمميز، والذي جعل في مصاف الجرائم الدولية في رأي بعض رجال الفقه، فإننا نطرح عدة تساؤلات بوصفها إشكالية علمية جديدة بالدراسة وهي: هل حققت السياسة الجنائية المقررة للتصدي للجريمة المنظمة الهدف المتوخى منها أم لا؟ وهل هناك ضرورة للخروج عن بعض المبادئ الأساسية في قانون العقوبات مثل أن الأصل في الإنسان البراءة أم لا؟ وكذا ما يجب اتخاذه من إجراءات لتفادي الثغرات القانونية التقليدية والحيلولة دون إفلات المجرمين من العقاب؟

وعليه سنحاول الإجابة عن هذه الأسئلة من خلال دراسة السياسة التجرىمية المقررة للتصدي للجريمة المنظمة في مطلب أول، وآليات مكافحة الجريمة المنظمة في مطلب ثان.

المطلب الأول: السياسة التجرىمية

تشكل الجريمة المنظمة تحدياً أمام صانعي السياسة الجنائية والمتخصصين في نظرية القانون، و قد حالت دون اتخاذ مواقف موحدة حتى الآن، ذلك أن السياسة التشريعية المثلى هي التي تراعي خصوصية هذه الظاهرة من مختلف جوانبها و لا تقتصر على سياستها على الردع دون البحث عن الأسباب الاجتماعية و الاقتصادية التي أدت إلى تفاقمها، و أن تعمل على سد الثغرات و القصور الذي برعت المنظمات الإجرامية في استغلاله. لذلك فانه على التشريعات الوطنية أن تقوم بإجراء الدراسات المنهجية و الميدانية للوصول إلى أفضل آليات المكافحة و أن تتخذ من السياسة التشريعية الدولية المقررة بموجب الاتفاقيات الدولية الخاصة بمواجهة الجريمة عموماً و الجريمة المنظمة عبر الوطنية على وجه التحديد نبراساً يسترشد به للوصول إلى نتائج أفضل و لتدعيم أواصر التعاون الدولي.¹ و في هذا الشأن، نعرض مواقف القوانين الجزائية من الجريمة المنظمة من خلال دراستها في عدد من القوانين المقارنة للدول الغربية ثم في القوانين الجزائية لعدد من الدول العربية بما فيها الجزائر.

الفرع الأول: موقف التشريعات الغربية

يتضح بجلاء أن الجريمة المنظمة ظاهرة قديمة متجددة ولدت ونشأت في الغرب و بالتحديد إيطاليا، كما ترعرعت و تنامت في الولايات المتحدة الأمريكية، و تطورت وتفوقت على نفسها في دول

1- فائزة يونس الباشا، الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقات الدولية و القوانين الوطنية، دار النهضة العربية، طبعة 2002 ص 130.

الشرق الأقصى كالصين و اليابان، لذلك لا غرابة أن تتصدى لها هذه الدول بشكل فعال، وعليه سوف نتطرق لموقف بعض القوانين الغربية:

-أولاً-: موقف القانون الجنائي الايطالي

ليس بخاف أن الجريمة المنظمة هي الصورة الحديثة لما يعرف "بالمافيا" أي الجريمة المنظمة التقليدي التي ولدت في ايطاليا وانتشرت إلى مختلف أنحاء العالم، لذلك ازدهرت حركة التشريع في ايطاليا لمواجهة هذه الظاهرة التي ألحقت الدمار بالكيان الاجتماعي و الاقتصادي و السياسي على حد سواء، و قد مرت هذه الحركة بمراحل مختلفة على النحو التالي:

1- حركة التشريع من عام 1965 إلى عام 1989:

شهدت هذه الحقبة ثراء تشريعياً لمكافحة ظاهرة المافيا على مختلف الأصعدة بعد ان تزايد خطرهما و استفحل، و ابرز هذه القوانين القانون رقم 575 الصادر في 31 ماي 1965 و هو أول تشريع يقر آليات مكافحة الجريمة المنظمة فقد حدد المفهوم التصوري للجريمة المنظمة، و جرم الانضمام إلى التنظيم الإجرامي الذي تتوفر فيه خصائص المافيا من حيث الهيكلة. و بموجب هذا القانون يتم إخضاع المشتبه فيه لمجرد الشك في قيامه بنشاط مما حضره القانون، إلى التدابير الوقائية المقررة بموجبه، و ليحقق القانون الهدف منه، خولت الأجهزة التنفيذية وكلاء النيابة ورجال التحري و مأموري الضبط القضائي صلاحيات واسعة في هذا الشأن، و قد جاء المرسوم رقم 629 الصادر في 6 سبتمبر 1982 بتدابير مستعجلة لتنسيق مكافحة الجريمة المنظمة، حيث تم تجريم الأنشطة المساعدة التي تساهم في تحقيق أغراض المنظمة الإجرامية، و بموجبه منح رئيس الجمهورية لمجلس الوزراء سلطة تعيين مفوض سام لتنسيق المكافحة ضد جرائم المافيا. أما فيما يخص القانون رقم 230 الصادر في 14 جوان 1989 حدد الأساليب الواجب مراعاتها عند إيداع أو سحب المبالغ المصادرة، و كيفية إدارتها و ذلك فيما يخص المتهمين الذين صدرت ضدهم أحكام واجبة النفاذ لانتمائهم إلى منظمات إجرامية.

2- حركة التشريع من 1990 إلى الآن:

سن القانون رقم 55 لسنة 1990 تشريعات جديدة للوقاية من الانحراف الذي له علاقة بالجريمة المنظمة و أشكال أخرى خطيرة من أشكال الظواهر الاجتماعية، كما نصت على تدابير وقائية يخضع لها المشتبه في انتمائهم إلى المنظمات الإجرامية، و من هذه التدابير حرمانهم من الترشح في الانتخابات و الحرمان من الحقوق المدنية و السياسية، و كذا حل مجالس البلديات و المقاطعات التي برزت قرائن تفيد وجود علاقة بينها وبين الجريمة المنظمة. وقد اقر القانون رقم 349 الصادر في

25 جويلية 1992 إجراءات مستعجلة لمواجهة الجريمة المنظمة، حيث منح متصرفو المقاطعات حق تسخير أفراد القوات المسلحة الذين يتصرفون كأفراد من قوات الأمن و لديهم صلاحيات البحث و تفتيش الأشخاص و الأماكن ووسائل النقل في حالات الاشتباه في وجود منظمات إجرامية. و يجدر بالبيان أن القانون الايطالي قد انفرذ بتبني سياسة جنائية متميزة في مجال مكافحة الجريمة المنظمة، آخذاً في اعتباره الأبعاد الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية لهذه الظاهرة، لذلك نرى بان تهدي به القوانين الوطنية في الدول الأخرى للاستفادة من خبرة و تجربة التشريع الايطالي في مجال مكافحة الإجرام المنظم .

-ثانياً-: موقف القانون الجنائي السويسري

استحدث التشريع السويسري قانونا خاصا للتصدي للجريمة المنظمة عام 1992، استهدف من خلاله تجريم تكوين جماعة إجرامية منظمة كجريمة مستقلة، و شدد العقاب بالنسبة لطائفة من الجرائم منها غسيل الأموال و التي تتضاعف خطورتها ذلك لان المؤسسات المالية في سويسرا تتمتع بمركز خاص لغاسلي الأموال، و ذلك لصلوع مؤسساتها المالية في نقل و إيواء الأنشطة الدولية للمنظمات الإجرامية التي بدورها تستغل تلك المؤسسات في إدارة شؤونها المالية و الإشراف على عملية غسيل الأموال، مما يجعل سويسرا موقعا هاما للمنظمات الإجرامية التي نُجحت في اتخاذ النشاط الاقتصادي كستار وواجهة لتغطية نشاطها وأساليبها غير المشروعة، و قد قامت باستثمار متحصلات الأنشطة الإجرامية في حانات و بوتيكات في سويسرا، و أن ما يقارب 14700 بنك سويسري ضلع في عمليات غسل الأموال إلى جانب المكاتب المتخصصة التي تعمل على تأمين استرداد الأموال مقابل 25 بالمائة منها، فقد تم استحداث نصين جديدين في قانون العقوبات بموجب القانون الصادر في 23 مارس 1990 قضت الفقرة الثانية من البند أ من المادة 305 مكرر بتشديد العقاب إذا كان الشخص الذي ارتكب عمدا فعل يعوق أو يجبط التعرف على منشأ أو مصدر الأصول أو المتحصلات المالية مع علمه أنها مستمدة من مصدر أو منشأ جنائي أو يكون قد تصرف كعضو في منظمة إجرامية أو تصرف كعضو في عصابة تمارس لو تشتغل بصفة منتظمة في غسيل الأموال وبموجب المادة 260 الفقرة الثالثة الذي استحدث بقانون عام 1994، فقد جرم الاشتراك في منظمة إجرامية تتشكل من اجل ارتكاب جرائم أو تحقيق الربح و الكسب من الأنشطة الإجرامية (المادة 171).

-ثالثاً-: موقف القانون الجنائي الأمريكي



أفرد المشرع في هذا الإطار الأمريكي قانونا خاصا عرف بقانون "المنظمات المتأثرة بالابتزاز و الفساد-RICO- "السنة 1970، استهدف مكافحة طائفة من الجرائم الولائية والاتحادية فضلا عن الجريمة المنظمة، علاوة على ذلك فقد أدخل الكونغرس ضمن دائرة اختصاص قانون ريكو طائفة من الجرائم الحكومية و الفيدرالية منها جرائم الملكية الفكرية و التوسع في تعريف "النصب" ليستوعب جرائم التجارة الدولية الخاصة باستخدام الأطفال في الأفعال الإباحية .

وحتى يتم تطبيق قانون "ريكو" على النشاط الابتزازي، لا بد من توافر خمسة شروط أساسية هي: وجود مشروع أي مؤسسة غير شرعية تكون السبب وراء النشاط و الاعتقاد على ممارسة احد الأنشطة التي حظرها القانون المذكور ، و أن يتم ارتكاب جريمتين من قبيل الأنشطة الابتزازية خلال مدة عشر سنوات و أن تؤكد التحريات تداخل تلك الأنشطة مع النشاط الاقتصادي و التجاري الوطني أو الدولي ، و أخيرا ارتكاب فعل غير مشروع. و بذلك تقوم الجريمة بمجرد إثبات وجود مؤسسة غير شرعية توافرت فيها الشروط سالفة البيان كجريمة مستقلة بغض النظر عما تمارسه من أنشطة ابتزازية و دون استلزام وقوع أي من الأنشطة المشمولة بأحكام قانون "ريكو" ، فتلك إذن لمحة موجزة عن موقف عدد من التشريعات الجنائية في الدول الغربية التي تبنت اتجاهها متشددا في مواجهة الجريمة المنظمة ، و إن اختلفت التسميات فقد اتفق بشأن ما تتمتع به من خصائص تميزها عن جريمة الاتفاق "المؤامرة الجنائية" و بالتالي عن الجرائم العادية بوجه عام.

الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية

معلوم أن الجريمة المنظمة تعد من الظواهر الإجرامية الدخيلة على مجتمعاتنا العربية و لا يعني ذلك انتفاء وجودها بالنظر لوجود مؤشرات عن تسرب نشاطها الإجرامي إلى عدد من الأقطار العربية ، خاصة في نطاق ما تمارسه من أنشطة اقتصادية لإضفاء الشرعية على الأموال المستمدة من مصادر غير مشروعة ، كالتجارة المخدرات و الأشخاص و غيره و على ضوء ذلك سنتطرق إلى ما أفرزته بعض التشريعات العربية :

-أولا-: موقف التشريع المصري

تظهر ملامح الجريمة المنظمة في قانون العقوبات المصري في نشاطين أساسيين هما:

- 1- اتحاد إرادة الجناة في إطار تنظيم جماعة بهدف تحقيق أغراض غير مشروعة.
- 2- ارتكاب الجريمة التي يستهدفها التنظيم الإجرامي.

و في الحالتين لا يتصور وقوع الجرم من جاني فرد، حيث يتطلب لقيام العناصر القانونية للجريمة وجود تنظيم مخالف للقانون تتحد فيه إرادة أعضائه بهدف ارتكاب جريمة أو عدة جرائم، و في هذا الإطار قد ينظر إليها كجرائم منظمة.

غير أن الوضع الحالي لسياسة التشريع في مصر لا يزال قاصرا على مواجهة الأشكال الجديدة للجريمة المنظمة حتى بالنسبة للجرائم المخدرات التي تطلبت أن يتفق على ارتكاب أي من الأنشطة الإجرامية المكونة لها داخل مصر، مما يجد من فاعلية النص في مواجهة الجريمة المنظمة الأمر الذي سيتم تفاديه بعد أن وقعت على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة.

-ثانيا-: موقف القانون المغربي

تميزت سياسة المشرع المغربي بتجريم الاتفاق الجنائي كجريمة مستقلة تقوم بمجرد تعبير الجناة عن نيتهم الإجرامية، و توافق إرادة المساهمين لارتكاب جريمة أو عدة جرائم (المادة 294 عقوبات) و قد عرف الفصل 175 المؤامرة على أنها التصميم على العمل متى كان متفقا عليه و مقرا بين شخصين أو أكثر، فقد نجح المشرع المغربي في تبني موقف متميز، كما مد سلطان القضاء المغربي إلى خارج حدوده الإقليمية في جرائم المخدرات إعمالا لمبدأي العينية و الشخصية.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

انتهج المشرع الجزائري إستراتيجية جنائية حديثة من خلال انضمام الجزائر من بين 30 دولة إلى احد هذه الآليات الدولية ويتعلق الأمر باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المعتمدة من طرف الجمعية العامة في نوفمبر 2000، و التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 55/02 المؤرخ في 2002/02/05، ومن أهم الإتفاقيات الدولية التي أثرت على السياسة الجنائية الحديثة، اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 31 أكتوبر 2003. والتي وفرت أداة ناجعة هدفها مكافحة الفساد الإداري و الوقاية منه بصفة مباشرة علما إن هذا المسعى ليس جديدا في تشريعنا الوطني، إذ كانت و لا تزال النصوص القانونية التي تعني بهذا الموضوع تتضمن جزاءات مدنية وإدارية وجزائية. فالتشريع الخاص بالوقاية من الفساد ومكافحته لم يظهر في محيط فارغ، بل تم وضعه في إطار عملية إصلاح واسعة للمنظومة التشريعية ككل، إذ تمت معاينة عدم انسجام قانوني العقوبات والإجراءات الجزائية مع طبيعة جرائم الفساد كونها جرائم منظمة تحتاج مكافحتها لإجراءات وتدابير سريعة وفعالة للوقاية منها وقمعها، كما صادقت الجزائر عليها بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 128-04 المؤرخ في 19-04-2004، و قد كانت الجزائر في وقت

سابق من الدول المشاركة في مؤتمر الجامعة العربية حول الفساد المنعقد في القاهرة في 25-11-2005 ، و المؤتمر العالمي للدول الأعضاء في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المنعقد بعمّان من 14 إلى 17 - 12 - 2006، فالجريمة المنظمة في ظل التشريع الجزائري تتميز بمعياري هام و هو المساهمة، أي ارتكابها من عدة فاعلين² و تعدد المساهمين فيها قد يكون ضروريا لتدبيرها، أو قد يكون عن طريق الصدفة.

لقد ورد في المادة 41 من قانون العقوبات "يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد و التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي".³

و على ذلك يأخذ الفاعل الأصلي في التشريع الجزائري صورتين: الفاعل المادي و المحرض أو الفاعل المعنوي.⁴ فالجريمة المنظمة هي إذا من فعل كل من ساهم مساهمة مباشرة في ارتكابها، و هذا يستبعد الشريك في الجريمة و هو الذي لم يساهم فيها مساهمة مباشرة كما نصت عليه المادة 42 من قانون العقوبات، و تعدد المساهمين يحدث في كثير من الوقائع بحيث أن ارتكابها يفرض أنها كانت من فعل عدة أشخاص، فالمساهمة تتشكل من عنصرين هما: الجمع بين أفراد قصد ارتكاب جريمة من جهة، و التدبير و التخطيط لهذه الجريمة من جهة أخرى⁵، و في ذلك نصت المادة 176 من قانون العقوبات على أن "كل جمعية أو اتفاق مهما كانت مدته و عدد أعضائه شكل أو تألف بغرض الإعداد لجناية أو لجنحة أو أكثر، معاقب عليها بخمس (5) سنوات حبس على الأقل ضد الأشخاص أو الأملاك تكون جمعية أشرار، و تقوم هذه الجريمة بمجرد التصميم المشترك على القيام بالفعل".

وعلى الرغم من أوجه الاتفاق التي تجمع بين الجريمة المنظمة بوجه عام و تشكيل جمعية الأشرار باعتبارها مشروع إجرامي، إلا أن إصباغ التكييف القانوني الخاص بتشكيل جمعية أشرار طبقا

2- د. الغوثي بن ملحّة الجريمة المنظم في أحكام قانون العقوبات الجزائري بحث نشر في مجلة كلية أصول الدين سبتمبر 2000 ص 258.

3- د. احسن بوسقيعة النص الكامل لقانون العقوبات و تعديلاته الى غاية 20 ديسمبر 2006 مدعم بالاجتهاد القضائي . منشورات بيرتي طبعة 2007-2008 ص 26.

4- د. احسن بوسقيعة الوجيز في القانون الجنائي العام دار هومة ص 164.

5- د. الغوثي بن ملحّة المرجع السابق ص 259.

للمادة 176 و ما يليها من قانون العقوبات على الجريمة المنظمة ليس بالحل الأمثل، و إن قبل كحل مؤقت تستدعيه ظروف سد القصور التشريعي في مجال مكافحة الجريمة المنظمة ، كذلك ضمن نصوص قانون العقوبات في القسم السادس مكرر (الفصل الثاني من الباب الثاني) منه في المادة 389 مكرر و ما يليها نص على جريمة تبييض الأموال التي تعتبر من الأنشطة المساعدة للجريمة المنظمة، ثم إفرادها بقانون يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتها و هو القانون رقم 05-01 المؤرخ في 06 فبراير 2005 ، حيث أن هذه الجريمة تقتضي وجود جريمة أصلية تتمثل في إحدى جرائم الفساد المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد⁶، و هذا القانون جاء متأثراً بسياسة التشريع الدولية لاسيما اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

كذلك القانون رقم 04-18 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 و المتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال و الاتجار غير المشروع بها ، الذي عاقب في المواد (17،18) منه الجريمة المنظمة في جرائم المخدرات و تصديرها و استيرادها بالسجن المؤبد. كذلك القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته والذي من بين أهدافه تسهيل و دعم التعاون الدولي و المساعدة التقنية من اجل الوقاية من الفساد و مكافحته ، و هذا كذلك متصور في الجريمة المنظمة باعتبار انه من بين أساليبها العمل على ارشاء و شراء ذمم الموظفين العموميين و غيرهم.

أما فيما يخص الإجراءات، فقد جاء المرسوم التنفيذي رقم 06-348 المؤرخ في الخامس من شهر أكتوبر 2006 و المتضمن تمديد الاختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية و قضاة التحقيق، فقد نص في المادة الأولى منه على تمديد الاختصاص المحلي في بعض الجرائم ومنها الجريمة المنظمة إلى دوائر اختصاص محاكم أخرى، ويخص هذا الإجراء بعض المحاكم ووكلاء لجمهورية و قضاة التحقيق. و على سبيل المثال فقد نصت المادة الثانية من نفس المرسوم على تمديد الاختصاص المحلي لمحكمة سيدي المجد و وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق بها إلى محاكم المجالس القضائية ل : الجزائر و الشلف والاعواط و البليدة و البويرة و تيزي وزو و الجلفة و المدية و المسيلة و بومرداس و تيبازة و عين الدفلى . و قد سجل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري فقرة

6- د. احسن بوسقيعة الوجيز في القانون الجزائري الخاص الجزء الثاني الطبعة الثالثة ص 135.

نوعية في مجال محاربة الجريمة المنظمة و ذلك اثر تعديله بموجب القانون رقم 06-22 الصادر في 20 ديسمبر 2006 :

فالمادة 16 من القانون المعدل⁷ مددت اختصاص ضباط الشرطة القضائية عند بحث و معاينة الجريمة المنظمة الى كامل الإقليم الوطني، كما نصت المادة 16 مكرر على السماح لضباط الشرطة القضائية و تحت سلطتهم أعوان الشرطة القضائية بتمديد عبر كامل الإقليم الوطني عمليات مراقبة الأشخاص الذين يوجد ضدهم مبرر مقبول أو أكثر يحمل على الاشتباه فيهم بارتكاب جريمة منظمة، كما يجوز لهم مراقبة وجهة أو نقل أشياء أو أموال أو متحصلات من ارتكاب هذا النوع من الجرائم أو قد تستعمل في ارتكابها، ما لم يعترض وكيل الجمهورية على ذلك، وقد جاءت المادة 45 لتستثني الجريمة المنظمة من بعض الأحكام المتعلقة بتفتيش المساكن و التي تتمثل في وجوب حضور المشتبه فيه أو تعيين ممثل له أو استدعاء شاهدين في حالة تعذر ذلك.

و أجازت المادة 47 من نفس القانون إجراء التفتيش و المعاينة و الحجز في كل محل سكني أو غير سكني في كل ساعة من ساعات النهار أو الليل بناء على إذن مسبق من وكيل الجمهورية في حالة وجود جريمة منظمة، كما يجوز لقاضي التحقيق أن يقوم بأي عملية تفتيش أو حجز ليلا أو نهارا و في أي مكان على امتداد التراب الوطني، أو يأمر ضباط الشرطة القضائية المختصين بالقيام بذلك . ودائما في إطار التفتيش، فإذا تعلق الأمر بمسكن شخص موقوف للنظر أو محبوس في مكان آخر وان الحال يقتضي عدم نقله الى مكان التفتيش بسبب مخاطر جسيمة قد تمس بالنظام العام، أو لاحتمال فراره أو إخفاء الأدلة خلال المدة اللازمة لنقله، فان المادة 47 مكرر سمحت أن يجري التحقيق بعد الموافقة المسبقة لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق و بحضور شاهدين أو بحضور ممثل يعينه صاحب المسكن محل التفتيش، وذلك أثناء التحري أو التحقيق المتعلق بجريمة منظمة.

و فيما يخص التوقيف للنظر فان المواد (61،65) سمحت بتمديده بإذن مكتوب من وكيل الجمهورية 3 مرات إذا تعلق الأمر بجريمة منظمة، و أعفت المادة 64 في حالة الأمر بالتحقيق في جريمة منظمة من تقديم رضا صريح مكتوب بخط يد الشخص الذي تتخذ لديه إجراءات تفتيش المساكن و معاينتها و ضبط الأشياء المثبتة للتهمة .

7- د.احسن بوسقيعة النص الكامل لقانون الإجراءات الجزائية و تعديلاته الى غاية 20 ديسمبر 2006

مدعم بالاجتهاد القضائي. منشورات بيرتي طبعة 2007 2008.

و لعل أهم ما يميز القانون رقم 06-22 هو استحداث فصلين جديدين هما الرابع و الخامس في الباب الثاني من الكتاب الأول، و ذلك في إطار عصرنه و تطوير وسائل التنقيب و التحري على الجرائم: فالفصل الرابع تحت عنوان "في اعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور" أجازت في المادة 65 مكرر 5 لوكيل الجمهورية في إطار الجريمة المنظمة أن يأذن إذا اقتضت ضرورة التحري في الجريمة المتلبس بها أو التحقيق الابتدائي، اعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصالات السلكية و اللاسلكية، ووضع الترتيبات التقنية دون موافقة المعنيين من اجل التقاط و تثبيت و بث و تسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص سواء في أماكن خاصة أو عمومية، أو التقاط صور لشخص أو عدة أشخاص يتواجدون في مكان خاص .

كما أجازت الدخول إلى المحلات السكنية أو غيرها خارج المواعيد المحددة قانونا و بغير علم أو رضا الأشخاص الذين لهم حق على تلك الأماكن، و يكون الإذن المسلم من وكيل الجمهورية في الحالات السابقة لمدة أقصاها 4 أشهر قابلة للتجديد.

أما في الفصل الخامس و تحت عنوان "في التسرب" فقد أجاز في المادة 65 مكرر 11 و ما بعدها في إطار الجريمة المنظمة و بعد إخطار وكيل الجمهورية أن تباشر عملية التسرب ، و ذلك بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة بإيهاهم انه فاعل أصلي معهم أو شريك لهم أو خاف و ذلك باستعمال هوية مستعارة .

إضافة إلى كل هذا ، نجد بعض الأحكام الخاصة بالجريمة المنظمة والتي كان منصوصا عليها في قانون الإجراءات الجزائية قبل القانون رقم 06-22 الذي عدله و تمه لاسيما المادة 37 منه والتي تمدد الاختصاص المحلي لوكيل الجمهورية إلى دائرة اختصاص محاكم أخرى إذا تعلق الأمر بجريمة منظمة ، كذلك المادة 125 مكرر التي تجيز لقاضي التحقيق تمديد الحبس المؤقت إلى إحدى عشرة مرة و ذلك في الجنايات العابرة للحدود الوطنية ، و المادة 197 مكرر التي تلزم غرفة الاتهام بإصدار قرارها في ظرف ثمانية أشهر من تاريخ إخطارها بالنسبة للجنايات العابرة للحدود في الحالات التي يكون فيها المتهم محبوسا ، أيضا المادة 329 التي تجيز تمديد الاختصاص المحلي للمحكمة إلى دائرة اختصاص محاكم أخرى في هذا النوع من الجرائم ، أما المادة 603 فقد جاء فيها ما يفيد عدم استفادة المحكوم عليهم بسبب جريمة منظمة من نظام وقف تنفيذ الإكراه البدني رغم ثبوت إعسارهم المالي و هو استثناء عن القاعدة العامة . و في مجال تقادم المتابعة و العقوبة، نص المشرع الجزائري صراحة في المواد 8 مكرر و 612 مكرر على التوالي، على انه لا تقادم

المتابعات في الجرائم المنظمة و كذا العقوبات المحكوم بها. و كخلاصة لما جاء في إطار موقف المشرع الجزائري و جهوده في مكافحة الجريمة المنظمة يمكن القول انه يعرف قصورا، حيث انه مازال يحمل في ثناياه بصمات التشريع الفرنسي⁸ بحيث تنصب دراسة بعض الباحثين على بعض التشريعات في مواجهة بعض الجرائم مثل تبييض الأموال، المخدرات، الفساد، التهريب... الخ. أما إجرائيا، فقد عرفت حركة تشريعية سريعة و متطورة بموجب تعديل 20 ديسمبر 2006، منح من خلاله المشرع للضبطية القضائية الدور الجوهري في مجال مكافحة الجريمة المنظمة و التصدي لها متماشيا بذلك مع سياسة التشريع الدولية لاسيما الاتفاقات التي صادقت عليها الجزائر أهمها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للأوطان .

المطلب الثاني: آليات مكافحة الجريمة المنظمة

يتألف القانون الجنائي من نوعين من القواعد: القواعد الجنائية الموضوعية و القواعد الجنائية الإجرائية، و سنتناول في المطلبين التاليين بيان دور كل من تلك القواعد في مكافحة الجريمة المنظمة.

الفرع الأول: جهود الأمم المتحدة

لعبت الأمم المتحدة دورا كبيرا في مكافحة الجريمة المنظمة، و من الصعوبة بمكان حصر أعمالها في هذا المجال و عليه سوف نركز على أهم أنشطتها في حقل مكافحة الجريمة المنظمة. فمنذ البدايات الأولى لاهتمام الأمم المتحدة بموضوع الجريمة المنظمة و تحديدا في مؤتمر الأمم المتحدة الخامس عام 1975 و حتى المؤتمر التاسع المنعقد في القاهرة في عام 1995 فقد كانت من الأولويات المدرجة ضمن أعمال تلك المؤتمرات.⁹ و في عام 1991 تم إنشاء لجنة منع الجريمة و العدالة الجنائية داخل الهيكل التنظيمي للأمم المتحدة، و تتولى هذه اللجنة مهمة عقد مؤتمرات إقليمية تحضيرية تمهيدا لعقد مؤتمر الأمم المتحدة الذي ينعقد كل خمس سنوات.

و أهم مبادرات الأمم المتحدة في مجال مكافحة الجريمة المنظمة هي:

-/أولا-: إعطاء الأولوية للتعاون الدولي و إبرام الاتفاقيات الدولية في مجال تسليم المجرمين. و قد أكدت الأمم المتحدة أهمية التعاون الدولي في مكافحة الجريمة المنظمة على الرغم من وجود بعض

8-د. العيشاوي عبد العزيز أبحاث في القانون الدولي الجنائي دار هومة طبعة 2005 ص 212 .

9- انظر المجلس الاقتصادي و الاجتماعي، المؤتمر الوزاري العالمي المعني بالجريمة المنظمة نابولي نوفمبر 1994 / الفقرة 8-33.

العراقيل التي تعوق ذلك التعاون¹⁰ كما أكدت على أهمية المساعدة التقنية، إذ أن العديد من البلدان تفتقر إلى الموارد والخبرات التي تؤهلها للمشاركة في التعاون الدولي الفعال. كما أنها لا تستطيع إنشاء الاتصالات الالكترونية، و بدون شبكات الاتصال الالكترونية لتبادل المعلومات فان التعاون الدولي يكون مستحيلا لان طرق هروب المجرمين سوف تكون عديدة، و الطريقة الوحيدة لغلق منافذ الهروب أمامهم تتحقق من خلال التعاون الدولي و تقديم المساعدة للبلدان التي تحتاجها، و قد أكدت اجتماعات المجلس الاقتصادي والاجتماعي على ضرورة الاهتمام بإجراءات التعاون على صعيدي الشرطة والقضاء، و خاصة التعاون المتبادل في مجال تسليم المجرمين و مصادرة العائدات غير المشرعة و حماية الشهود و تبادل المعلومات و التدريب و غيرها من أشكال المساعدة التقنية.

-ثانيا-: في مجال مكافحة المخدرات

أصدرت الأمم المتحدة اتفاقية تتعلق بمكافحة لا تجار غير المشروع بالمخدرات و المؤثرات العقلية لعام 1988 و تمثل هذه الاتفاقية نمجا متكاملًا، حيث انضمت لها معظم دول العالم، كما أن برنامج الأمم المتحدة للسيطرة على المخدرات (UNDCP) يعزز تنفيذ والالتزام بالمعاهدات الدولية لمكافحة المخدرات و منها اتفاقية الأمم المتحدة لعامي 1988 و 1996 .

فبرنامج الأمم المتحدة للسيطرة على المخدرات قدم مساعدات إلى 15 دولة من اجل صيانة و تنفيذ تشريع داخلي لضبط المخدرات.

-ثالثا-: في مجال مكافحة التهريب المنظم للمهاجرين غير الشرعيين

تبنى المجلس الاقتصادي و الاجتماعي القرار رقم 10/1995 في 24 نوفمبر 1995 و الذي يتعلق بعمل العدالة الجنائية ضد تهريب المهاجرين غير الشرعيين حيث أدان فيه هذا النشاط و الذي ترتكبه منظمات إجرامية لها روابط دولية، و أكد أن هناك العديد من البلدان لا زالت تعاني من نقص في التشريع الجنائي بهذا الخصوص.

-رابعا-: في مجال مكافحة الفساد

10- من أهم العراقيل عدم وجود مفهوم مشترك للجريمة المنظمة، و عدم وجود اتفاقيات متعددة الأطراف بشأن تسليم المجرمين.

أعطت الأمم المتحدة الأولوية للمشاكل الناجمة عن الفساد ووفقا لقرار الجمعية العامة رقم 94/157 فان لجنة منع الجريمة و العدالة الجنائية أخذت بنظر الاعتبار توصيات مؤتمر الأمم المتحدة التاسع لمنع الجريمة المنظمة و معاملة المجرمين المنعقد في القاهرة عام و ذلك عام 1995 ، و في أبريل 1997 نظم فرع منع الجريمة و العدالة الجنائية في السنغال "المؤتمر الإقليمي الإفريقي للعمل ضد الجريمة المنظمة و الفساد " و في الاجتماع الأخير منه تم تبني إعلان داكار بالإجماع و الذي عبر فيه الوزراء و ممثلو الدول الإفريقية عن وجهات نظرهم بشأن زيادة و انتشار الأنشطة الإجرامية المنظمة ، و ممارسات الفساد و الرشوة و الصفقات التجارية الدولية .

الفرع الثاني: دور القواعد الجنائية الموضوعية في مكافحة الجريمة المنظمة

يقصد بالقواعد الجنائية الموضوعية " مجموعة القواعد القانونية التي تحدد الأفعال التي تعد جرائم و العقوبات المقر لمركبها ".¹¹ و يتضح من التعريف أن هذه القواعد تتألف من شقين أولهما التجريم و ثانيهما العقاب، و سنبحث دور كل منهما في مكافحة الجريمة المنظمة.

أولا: دور التجريم في مكافحة الجريمة المنظمة

يعرف التجريم بأنه إصباغ الصفة الجرمية على أنماط معينة من الأنشطة ، و يعرف الشراح التجريم في مجال القانون الجزائي أن يكون لهذا القانون مصدرا واحدا هو القانون المكتوب و هو بذلك يختلف عن فروع القانون الأخرى التي تضيف إلى نص القانون مصادر أخرى كالعرف و الشريعة الإسلامية¹² .

و يعد مبدأ الشرعية الجزائية من المبادئ المستقرة في نطاق القوانين العقابية لمختلف دول العالم ، و تختلف سياسة التجريم من دولة إلى أخرى و ذلك تبعا للظروف السياسية والاقتصادية و الاجتماعية التي تحيط بكل واحدة منها ، و رغم هذا التباين فإننا نرى انه لا بد من تبني سياسة تجريم خاصة في نطاق الجريمة المنظمة تعمل على توسيع نطاق التجريم في الجرائم المنظمة عبر الدول و إخضاعها للاختصاص العالمي أو الشامل ، بحيث يمتد التجريم إلى أنشطة و إن لم تكن قد ارتكبت في إقليم الدولة، إذ أن خطورة المنظمات الإجرامية في ارتكاب هذه الجرائم و التي تشكل مساسا بقيم وأخلاقيات المجتمع الإنساني هو الذي يبرر هذا التوسع و يقتضي تكثيف الجهود الدولية بهدف مكافحة الجريمة المنظمة .

11- د. كوركيس يوسف داود المرجع السابق ص 127.

12- د. احسن بوسقيعة الوجيز في القانون الجزائي العام دار هومة ص 57.

و المكافحة الفعالة للجريمة المنظمة تتطلب تجريم الانتماء أو الاشتراك في المنظمات الإجرامية أو العمل على تنظيمها أو إدارتها، و ذلك بغض النظر عن أعضائها، لان المنظمة الإجرامية هي الدعامة الأساسية في الجريمة المنظمة، كما أنها تتطلب من المشرع التوسع في نطاق التجريم ليشمل الجرائم المستحدثة و التي ترتكب بمعرفة المنظمات الإجرامية .

ثانيا: دور العقاب في مكافحة الجريمة المنظمة

يعرف الفقه العقوبة بأنها جزاء يقرره المشرع و يوقعه القاضي على من ثبتت مسؤوليته في ارتكاب جريمة، و تتمثل العقوبة في إيلام الجاني بالإنقاص من بعض حقوقه الشخصية و أهمها الحق في الحياة أو الحق في الحرية¹³، وتتسم العقوبة بجملة خصائص مشتركة تستقل بها و لا تشاركها فيها الجزاءات الأخرى، و لكي تحقق العقوبة أهدافها في مكافحة الجريمة المنظمة لا بد أن تتناسب مع طبيعة و خطورة الجريمة، و ذلك بتجريم الانتماء أو الاشتراك في اتفاق جنائي لارتكاب جريمة منظمة، و العلة في ذلك تكمن في خطورة الاتفاق الجنائي على امن المجتمع و استقراره، كما أن الاتفاق الجنائي يعد خطوة أولى نحو تأليف المنظمات الإجرامية، كما منحت معظم التشريعات حق إعفاء كل عضو من أعضاء المنظمة الإجرامية من العقوبة إذا ساهم في كشف بقية أعضاء المنظمة . أما في الميدان الاقتصادي فينصرف العقاب المستهدف لاقتصاديات الجريمة المنظمة الجريمة المنظمة إلى المصادرة (نزع ملكية مال منقول رغم إرادة مالكه و إضافته إلى ملكية الدول) و يتجه الفقه في الوقت الحاضر إلى التأكيد على أهمية المصادرة في مكافحة الجريمة المنظمة و ذلك بهدف حرمان المنظمات الإجرامية من عائداتها المتحصلة من أنشطة الجريمة .

الفرع الثالث: دور القواعد الجنائية الإجرائية في مكافحة الجريمة المنظمة

تلعب القواعد الإجرائية في بعض البلدان دورا فعالا في مكافحة الجريمة المنظمة، إذ أن تلك القواعد تحول هيئاتها القانونية المختصة بتنفيذ القوانين بعض الصلاحيات الخطيرة التي تعتبر خرقا للحقوق و الحريات في نطاق الجرائم العادية، و سنقوم بتقسيم هذا الفرع إلى محورين نخصص الأول لدراسة دور القواعد الإجرائية في مرحلة التحري و جمع الأدلة و في المحور الثاني ندرس دورها في مرحلة التحقيق.

أولا: في مرحلة التحري و جمع الأدلة

13- د. احسن بوسقيعة الوجيز في القانون الجزائري العام دار هومة ص 229.

إن الهيئة التي تتولى إجراء التحري و جمع الأدلة تختلف باختلاف الدول و ذلك طبقا للنظام المعمول به في تلك الدولة إذ أن هناك نظامان الأول هو النظام الاتهامي ويقوم على مبادئ أساسية أهمها أن الخصومة من صلاحيات الأطراف وحدها بحيث توجه الضحية الاتهام بنفسها الاتهام إلى المتهم¹⁴ ، كما أن الهيئات التي تتولى إجراء التحري هي ذاتها التي تتولى إجراء التحقيق أما النظام الثاني فهو نظام التنقيب و التحري، و بموجبه يتولى التحقيق هيئة تختلف عن الهيئة التي قامت بالتحري .

و قد أكد إعلان نابولي السياسي و خطة العمل العالمية لمكافحة الجريمة المنظمة على أهمية تبني وسائل متطورة في مكافحتها، تتسجم مع التطور التقني الخطير الذي آلت إليه المنظمات الإجرامية في إجرامها¹⁵ .

و من أهم الوسائل لجمع الأدلة في الجرائم المنظمة المراقبة الالكترونية و التسليم المراقب، وبالنسبة للمراقبة الالكترونية فهي مراقبة وسائل الاتصالات المختلفة بين الجناة بقصد كشفهم ، و يتطلب استخدامها الموازنة بين حق الفرد في الخصوصية من جهة و الحاجة إلى تنفيذ القوانين في تعقب اثر المجرمين من جهة أخرى، و تتسم المراقبة الالكترونية بأنها مقيدة بالحصول على إذن مسبق، كما أنها محددة بفترة قصيرة جدا فقط، و مهما قيل بشأن المراقبة الالكترونية، فإننا نرى فيها أسلوبا فعالا في كشف الجريمة المنظمة حيث لا يمكن لهيئات تنفيذ القانون الاستغناء عنه، و يجب أن تكون وسائل المراقبة الالكترونية متطورة لتتلاءم مع وسائل الاتصالات المستخدمة من قبل المنظمات الإجرامية . و أخيرا فان فرض الرقابة الالكترونية على وسائل الاتصالات لا بد أن يكون له سند قانوني و ذلك من خلال الحصول على إذن قاضي التحقيق لإجرائه لئلا يكون سلاحا بيد هيئات تنفيذ القانون فيساء استخدامه مما يشكل انتهاكا خطيرا لحقوق الإنسان و حرياته المصونة في المواثيق الدولية و الدساتير و القوانين .

أما بالنسبة للتسليم المراقب، فهو الأسلوب الذي يسمح بمرور شحنات غير مشروعة من المخدرات و المؤثرات العقلية أو المواد المركبة منها عبر أو إلى دولة أو أكثر بعلم سلطاتها المختصة و تحت مراقبتها و ذلك بهدف تحديد الأشخاص المتورطين في ارتكابها، و على الرغم من محاذير اللجوء إلى التسليم المراقب نرى أن هذا الأسلوب يعد فعالا لمكافحة نخط خطيرة من الجريمة المنظمة

دار هومة ص 14.5 - د. احسن بوسقيعة التحقيق القضائي

15- د. كوركيس يوسف داود المرجع السابق ص 136.

و هو الاتجار غير المشروع بالمخدرات ، و نقتح أن يتم توسيع نطاقه ليشمل أنشطة الجريمة المنظمة الأخرى.

ثانيا: في مرحلة التحقيق

إن قدرة المنظمات الإجرامية على إخفاء معالم الجريمة و موحها و التأثير في رجال تنفيذ القانون و الشهود بالإغراء أو الوعيد وإفساد المسؤولين عن تطبيق القانون قد دفع ببعض الدول إلى تبني مبدأ التخصص في التحقيق في قضايا الجريمة المنظمة.

إن إعطاء صلاحية التحقيق في مثل هذا النوع من القضايا إلى هيئة خاصة يمثل من وجهة نظرنا إجراء سليما يلعب دورا في مكافحة المنظمات الإجرامية و الحد من أنشطتها الخطيرة، و لكي يسهم التحقيق في ذلك لا بد أن يتم اختيار المحققين على أسس علمية كما لا بد أن يكون داخل أي جهاز من أجهزة تنفيذ القوانين نظام إدارة عليا قائم على أساس المركزية التامة يستطيع تمحيص جوانب التحقيقات و رصد سيرها للتأكد من أن جميع تلك التحقيقات تجري وفقا للقوانين الوطنية و بمراعاة تامة للحريات الفردية ، كما يجب الأخذ بعين الاعتبار في حالة إنشاء تلك الهيئات مدى إمكانية إفسادها من قبل المنظمات الإجرامية ، الأمر الذي يتطلب اتخاذ إجراءات وقائية للحد من ذلك .

و في الجزائر ، فان المادة 68 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري تنص على أن يقوم قاضي التحقيق وفقا للقانون باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة بالتحري عن أدلة الاتهام و أدلة النفي .

الخاتمة:

من الصعوبة بمكان وضع قائمة شاملة تتضمن جميع أنشطة الجريمة المنظمة لان المنظمات الإجرامية تمارس مختلف الأنشطة الإجرامية التي تحقق أكبر قدر ممكن من الأرباح و تهدد إقتصاد الدولة ، كما أنها تميل إلى ابتكار وسائل و تقنيات متطورة في ارتكاب الجرائم تتناسب مع التقدم العلمي و التطور التكنولوجي الحاصل في شتى مجالات الحياة .

و قد تبين موقف القوانين من الجريمة المنظمة ، إذ سكتت بعض التشريعات عن إيراد نص خاص بها ، و اكتفى البعض منها بتجريم الانتماء أو الاشتراك ، و اتجهت تشريعات أخرى إلى معالجة الجريمة ضمن أحكام المساهمة الجنائية ، و هناك تشريعات أخرى تناولت أحكامها في قوانين متفرقة .

و تتطلب مكافحة الجريمة المنظمة من الدول كافة بذل مساعيها في التعاون بينها و خاصة في مجال تسليم المجرمين ، كما يجب على الدول أن تسعى إلى تطوير التشريعات الجنائية و إقرار سياسة تجرّيمية تسد أوجه القصور أمام الجريمة المنظمة ، و تمنح القضاة فرصة تحقيق العدالة و إخضاع الجريمة لوصف قانوني يستوعب خصوصيتها و يجرم القائمين عليها من الموارد المالية للاستمرارية ، مع إقرار سياسة عقابية متشددة ، و تبني التشجيع و المكافآت كوسيلة لردع الجناة و اختراق المنظمات الإجرامية و التعرف على أعضائها و أماكن تركزهم و إحباط أنشطتهم ، إضافة إلى تطوير أداء أجهزة العدالة الجنائية و إنشاء مراكز معلومات متخصصة لجمع البيانات عن الجريمة المنظمة و أعضائها وأنشطتها ودورها ، و كذا علاقتها بالأجهزة السيادية ومدى نجاحها في التغلغل إلى دوائر الاقتصاد و المال و الأعمال و التجارة و الحياة العامة في كافة جوانبها .

كما انه لا بد من الإقرار بمشروعية الأدلة المستمدة عن طريق الاتصالات السلكية و اللاسلكية و الأرقام الصناعية و الانترنت ، و لو على سبيل الاستدلال أو كأدلة قاطعة إذا تمت بمعرفة السلطات القضائية .

كما يجب التأكيد على أن السياسة الجنائية لكل دولة بمفردها لن تنجح في التصدي لهذه الجريمة ، و يجدر الاستفادة من تجربة إيطاليا التي حاربت الجريمة المنظمة نوع المافيا في صقلية ، باليرمو و نابولي فانتقلت هذه الأخيرة إلى أقاليم أخرى داخل الدولة ، مما أدى إلى انتشارها في كافة أرجاء إيطاليا و منها إلى خارج الحدود لتصبح جريمة عابرة للحدود الوطنية ، هذا الأمر يوجب خلق وعي مشترك بين شعوب الدول المختلفة بخطورة الجريمة للحد من تعاونهم معها و التستر عليها ، و أن تولى المنظمات و الجمعيات الأهلية الحكومية و غير الحكومية قدرا أكبر من الاهتمام لدورها الفعال في مجال الوقاية و نشر الوعي .

و في ختام هذه الورقة البحثية ، لا يسعنا إلا التنويه بالسياسة التشريعية التي تسير عليها الجزائر في إطار مكافحة الجريمة المنظمة ، و ذلك بتبنيها للمبادئ و التوجيهات التي جاءت بها الاتفاقيات الدولية و كذا تطوير إجراءات محاربة المنظمات الإجرامية سيما ما جاء في تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر 06-23 و الذي ينتظر أن يأتي تحسيده في الميدان بثماره ، و هذا لا يكون إلا بتنسيق العمل بين الجهات المكلفة بمحاربة الجريمة المنظمة .

- المراجع باللغة العربية:

أولاً- الكتب الدينية:

- 1- المصحف الشريف، بالرسم العثماني على رواية ورش، المؤسسة الوطنية للكتاب، طبعة 1991.
 - 2- تيسير العلي القدير لاختصار تفسير ابن كثير، دار لبنان للطباعة و النشر، ط.3
ثانياً- الكتب و الرسائل الجامعية:
 - 1- د.أحمد مجحودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائري و القانون المقارن، الجزء الأول و الثاني، دار هومة.
 - 2- د.احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، طبعة 2006.
 - 3- د. احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص (الجزء الأول: الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال)، دار هومة، طبعة 2005.
 - 4- د. احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص (الجزء الثاني: جرائم الفساد)، دار هومة، طبعة 2006.
 - 5- د. احسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، دار هومة، طبعة 2006.
 - 6- د. العيشاوي عبد العزيز، أبحاث في القانون الدولي الجنائي، دار هومة، طبعة 2005.
 - 7- عبد الرحيم صدقي، الإجرام المنظم - جريمة القرن الواحد و العشرين -دراسة مقارنة في مصر و البلاد العربية، كلية الحقوق القاهرة، دار الهاني للطباعة.
 - 8- د. فائزة يونس الباشا، الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقات الدولية و القوانين الوطنية، دار النهضة العربية، طبعة 2002.
 - 9- كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى 2001.
 - 10- محمد فهيم درويش، الجريمة في عصر العولمة، النسر الذهبي للطباعة، طبعة سنة 2000.
- ثالثاً- أعمال المؤتمرات و الحلقات العلمية:
- 1- د. العيشاوي عبد العزيز، الجرائم المنظمة بين الجريمة الوطنية و الجريمة الدولية، مجلة كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، سبتمبر 2000.

- 2- د. الغوثي بن ملحمة، الجريمة المنظمة في أحكام قانون العقوبات الجزائري، مجلة كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، سبتمبر 2000.
- 3- د. عبد الكريم درويش، الجريمة المنظمة عبر الحدود و القارات، مجلة الأمن و القانون، الإمارات العربية المتحدة، 1995.
- 4- د. عمار مساعدي، المسؤولية العلمية لرجال الفكر عن مكافحة الإجرام المنظم، مجلة كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، سبتمبر 2000.
- 5- د. ذياب موسى البدائية، المنظور الاقتصادي و التقني للجريمة المنظمة.
- 6- د. نصر الدين مروك، الجريمة المنظمة بين النظرية و التطبيق، مجلة كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، سبتمبر 2000.
- 7- د. محي الدين عوض، مخاطر غسل الأموال على الاقتصاد الوطني، مجلة الأمن و الحياة، عدد 188.
- 8- مُجَدَّ فاروق النبهان، مكافحة الإجرام المنظم (المركز العربي للدراسات الأمنية و التدريب).
- 9- مُجَدَّ ارزقي نسيب، المافيا أداة الجريمة المنظمة، مجلة كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، سبتمبر 2000.
- 10 - مُجَدَّ شريف بسويوني و د. لادواردو فيتيري (نحو فهم الجريمة المنظمة) ورقة عمل مقدمة إلى ندوة الجريمة المنظمة و غسل الأموال)، ايطاليا، ديسمبر 1998.

رابعاً- مجموعة القوانين و الاتفاقات الدولية:

- 1- د. احسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي، طبعة 2007-2008.
- 2- د. احسن بوسقيعة، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي، طبعة 2007-2008.
- 3- قانون 18/04 المتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال و الاتجار غير المشروع بها.
- 4- قانون 01/05 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتها.
- 5- مرسوم رئاسي رقم 55/02 المتضمن التصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

- 6- مرسوم تنفيذي رقم 348/06 و المتضمن تمديد الاختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية و قضاة التحقيق.
- 7- مؤتمر الأمم المتحدة التاسع لمنع الجريمة المنظمة.
- 8- المجلس الاقتصادي و الاجتماعي - المؤتمر الوزاري العالمي المعني بالجريمة المنظمة، نابولي نوفمبر 1994.
- 9- وثيقة الأمم المتحدة الصادرة عن المجلس الاقتصادي و الاجتماعي، نوفمبر 1998.
- المراجع بالفرنسية:

- 1- code pénal français.
- 2- rapport n° 2000/07 –la criminalité transnational – contexte Mondial (17 août 2000).

المحكمة الدستورية في التعديل الدستوري لسنة 2020 ودورها في إرساء دولة الحق والقانون.
The Constitutional Court in the Constitutional revision of 2020
and its role in establishing the Rule of Law.

د. أسماء بوراوي

دكتوراه في القانون الدستوري جامعة محمد خيضر بسكرة

مديرة دراسات بالمحكمة الدستورية

bouraouiasma2021@gmail.com

ملخص:

يعتبر دستور أول نوفمبر 2020، أول من استحدث، ضمن مؤسسات الرقابة، المحكمة الدستورية التي تعد بديلا عن المجلس الدستوري بهدف تعزيز بناء دولة القانون والمؤسسات. وقد جاءت هذه المؤسسة ضمن سلسلة الإصلاحات الدستورية التي قامت بها الجزائر على مستوى العديد من المؤسسات من أجل إضفاء شرعية أكثر عليها وإسناد لها عدة مهام واختصاصات جديدة وواسعة، فهذا التغيير الذي طرأ يتجاوز حدود التسمية إلى ما هو أبعد وأعمق حيث تعدى دور المحكمة مهمة "ضمان احترام الدستور" ليشمل مهام "الرقابة والتحكيم والضبط والاستشارة" بالإضافة إلى شروط اختيار أعضائها بمراعاة المرح بين المهنية والحياد، بالإضافة إلى الكفاءة والافتقار في المسائل القانونية وكذا شروط تعيين رئيسها، وهو أمر فيه دلالة ومؤشر على التمكين من العدالة الدستورية وترسيخها، لإرساء دولة الحق والقانون.

الكلمات المفتاحية: المحكمة الدستورية، الرقابة الدستورية، اختصاصات المحكمة الدستورية، حماية الحقوق والحريات، دولة الحق والقانون.

Abstract :

The Constitution of November 1st, 2020 was the first to introduce, within supervisory Institutions, the Constitutional Court, a substitute for the Constitutional Council, in order to enhance the building of the Rule of law and Institutions. This institution came as part of a series of constitutional reforms undertaken by Algeria at the level of many institutions, aiming to grant them more legitimacy and entrust them with many new and large attributions and competencies. This change exceeds the denomination to go beyond the Court's role of « ensuring the Constitution observance », to include "oversight, arbitration, regulation and consultation " functions, in addition to the conditions of selection of its members, which take into account the blend of professionalism and impartiality, as well as competence and efficiency in legal matters, in addition to the conditions of appointment of its President, which are indicative of the enabling and entrenching of constitutional justice in order to establish the Rule of law.

Keywords : Constitutional Court, constitutional control, Constitutional Court competencies, rights and freedoms protection, Rule of law.

مقدمة:

من المستقر عليه، فقها وقضاء أن الدساتير تسمو وتعلو مرتبة عن باقي القوانين المعمول بها داخليا ونظرا لكونها تشكل قوانين أساسية في البلاد فإن احترامها يقتضي مراعاة المشرع لمبدأ سمو الدستور أثناء سنه للقوانين واللوائح التنظيمية بما يتطابق مع أحكام وقواعد النص الدستوري، والحرص على عدم مخالفتها له.

غير أن سمو الدستور لا يتجسد من منطوق نظري، بل لا بد من توافر ضمانات مؤسسية تجسده من خلال إنشاء هيئة دستورية تتولى مهمة صياغة الدستور.

ولقد أرسى التعديل الدستوري لسنة 2020 العديد من المستجدات الدستورية سواء على مستوى المؤسسات أو الاختصاصات من تكريس للديمقراطية وتأسيس الفصل الحقيقي بين السلطات، وتعزيز الصلاحيات الرقابية للبرلمان والسماح بعمل متناغم للمؤسسات، كما يحمي حقوق وحرريات المواطن ويوجب البلاد من أي انحراف من خلال إنشاء سلطات محايدة فعالة وقد جاء ذلك انسجاما مع تجسيد مطالب الحراك الشعبي كما وعد رئيس الجمهورية عبد المجيد تبون في برنامجه الانتخابي وفق نظرته لبناء جزائر جديدة حيث تعهد والتزم بتحقيق 54 تعهدا واحتل التعديل الدستوري المقام الأول الذي صادق عليه الشعب الجزائري عبر الاستفتاء.

تضمن التعديل الدستوري محكمة دستورية بدل مجلس دستوري، وليس الأمر مجرد استبدال تسمية بأخرى، بل يتعلق الأمر بإرساء وتأسيس نمط رقابة جديد، وغير معهود، يختلف جوهريا عن النمط المعتمد سابقا والمعمول به قبل تعديل 2020، من شأنه إرساء دولة القانون وتكريس مبدأ الشرعية الذي يعد أحد دعائم الديمقراطية ومبدأ سمو الدستور " باعتباره فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحرريات الفردية والجماعية ويحمي حرية اختيار الشعب، ويضفي المشروعية على ممارسة السلطات (مرسوم رئاسي 20-442، التعديل الدستوري، 2020، ج ر رقم 82).

تفردت المحكمة الدستورية بفصل مستقل هو الفصل الأول من الباب الرابع من الدستور الخاص بمؤسسات الرقابة، الأمر الذي يوحي صراحة بأهمية هذه المؤسسة الدستورية ضمن مجال الرقابة، وهو أيضا تقسيم مستحدث، كما أن المواد المتعلقة بهذه المؤسسة الدستورية، لا تنحصر في

الفصل المذكور في المواد من 185 إلى 198 فقط ، بل متواجدة أيضا في الباب الثالث الفصل الأول، وأيضا في الفصل الثاني من ذات الباب ومتواجدة أيضا في الباب السادس ، بما يؤكد تنوع اختصاصاتها ومكانتها ضمن المؤسسات الدستورية ودورها الرائد والمتنوع في حماية الحقوق والحريات الأساسية ودولة الحق والقانون.

ولممارسة المحكمة الدستورية اختصاصاتها الدستورية وتطبيقا للمادتين 185، 196 من الدستور فقد تم اصدار القانون العضوي الذي يحدد إجراءات وكيفيات الاخطار والاحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية ليتكيف مع المهام الجديدة والموسعة التي أسندت إليها، وكذا النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية.

من هذا المنطلق نتساءل على مدى نجاعة وفعالية المحكمة الدستورية كآلية مستحدثة للقيام بدورها الرقابي؟ وهل إنشائها سيعزز في إرساء دولة الحق والقانون ويحمي حقوق وحرريات المواطن؟

للإجابة على هذه الإشكالية قسمنا موضوع مداخلتنا لأربع محاور نتناول في المحور الأول: تشكيلة المحكمة الدستورية وشروط عضويتها والتنظيم العضوي الخاص بها، المحور الثاني: اختصاصات المحكمة الدستورية، المحور الثالث: حصيلة عمل المحكمة الدستورية، المحور الرابع: آثار قرارات المحكمة الدستورية.

المحور الأول: تشكيلة المحكمة الدستورية وشروط عضويتها والتنظيم العضوي الخاص بها

أولا: تشكيلة المحكمة الدستورية

تشكل المحكمة الدستورية الجزائرية من اثني عشر عضوا، وفقا للتقسيم الآتي:

- أربعة(4) أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية من بينهم رئيس المحكمة.
- عضوا واحد (1) تنتخبه المحكمة العليا من بين أعضائها وعضو واحد (1) ينتخبه مجلس الدولة من بين أعضائه.
- ستة (6) أعضاء ينتخبون بالاقتراع من أساتذة القانون الدستوري ويحدد رئيس الجمهورية شروط وكيفيات انتخابهم (مرسوم رئاسي 21-304، ج ر رقم 60، 2021).

بالرجوع للتعديل الدستوري 2020 يلاحظ من أول وهلة أن السلطة التشريعية تم التخلي عنها في التمثيل على مستوى المحكمة الدستورية وقلص أيضا من تعداد القضاة المنتخبين من أربعة أعضاء اثنان لكل من المحكمة العليا واثنان من مجلس الدولة إلى اثنان فقط، بالإضافة إلى تخلي عن اختصاص رئيس الجمهورية في تعيين نائب رئيس المحكمة الدستورية مقارنة ما كان عليه الحال في التعديل الدستوري لسنة 2016.

ثانيا: شروط العضوية الخاصة بالمحكمة الدستورية

لما كانت طبيعة عمل المحكمة الدستورية مصبوغة بالطابع الفني التقني التخصصي، وما لقراراتها من آثار فاصلة وحاسمة، فكان لزاما أن يتسم أعضاء المحكمة المعينين أو المنتخبين بمواصفات ومعايير خاصة ودقيقة حددها المادة 187 من الدستور على سبيل الحصر والمتمثلة في:

1- شروط السن:

اشترط المؤسس الدستوري بلوغ خمسين (50) سنة كاملة يوم تعيين الأعضاء أو انتخابهم، وهي سن معقولة من الناحية العملية بالنظر للتجارب المقارنة في هذا المجال وهذا الشرط مرتبط بالكفاءة المطلوبة في الشرط الثاني من المادة 187 من التعديل الدستوري 2020، باعتبار وجوب توفر 20 سنة خبرة في القانون، كما أن المترشح لهذا المنصب يفترض فيه الحكمة والإتزان للنظر في القضايا المعروضة عليه.

2- شروط الكفاءة:

لا يمكن الحديث عن العدالة الدستورية وعن إسهاماتها في ترسيخ المكتسبات الحقوقية على المستوى الدستوري، إلا عبر قاضي كفؤ فمن المستجدات التي جاء بها التعديل الدستوري 2020 وجوب تمتع الأعضاء بخبرة لا تقل عن 20 سنة والاستفادة من تكوين في القانون الدستوري فالمشرع الدستوري حدد الشروط العامة الواجب توافرها في عضو المحكمة الدستورية المنتخبين والمعينين فخبرة ممثلي السلطة القضائية تقاس بممارسة مهنة قاضي بالمحكمة العليا ومجلس الدولة، أما ممثلي السلطة التنفيذية غير معلومة مجالات خبرتهم القانونية، ما يخول لرئيس الجمهورية تعيينهم من بين الأساتذة أو القضاة أو المحامين، أما بخصوص أساتذة القانون الدستوري فقد

حددت المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 21-304 الشروط كما يلي: (مرسوم رئاسي 21-304).

- أن يكون المترشح برتبة أستاذ التعليم العالي

- أن يكون أستاذ في القانون الدستوري لمدة خمس (5) سنوات على الأقل وله إسهامات علمية في هذا المجال.

- أن يكون في حالة نشاط على مستوى مؤسسات التعليم العالي وقت الترشح.

- أن يكون متمتع بخبرة في القانون لا تقل عن عشرين (20) سنة في مؤسسة من مؤسسات التعليم العالي.

إن تحديد المؤسس الدستوري لشروط الخبرة في عضوية المحكمة الدستورية وعدم تركها للمشرع يشكل دعامة لاستقلالية المحكمة الدستورية.

3- التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وألا يكون محكوما عليه بعقوبة سالبة للحرية:

لقد اشترط التعديل الدستوري في عضو المحكمة الدستورية أن يتمتع بكامل حقوقه المدنية والسياسية، وألا يكون العضو محكوما عليه بعقوبة سالبة للحرية.

لأنه لا قيمة للمحكمة الدستورية إلا بالأعضاء الذين يمثلونها، والذين يفترض فيهم الاستقامة والنزاهة والتحلي بالأخلاق الحسنة التي تمكنهم من أداء وظيفتهم داخل مؤسسة دستورية مكلفة بضمان احترام الدستور.

4- شرط عدم الانتماء الحزبي:

اشترط المؤسس الدستوري ضمن التعديل الدستوري 2020 في عضو المحكمة الدستورية المعين أو المنتخب أن يكون مجرد من الانتماء الحزبي وبالنسبة لأساتذة القانون الدستوري على الأقل خلال السنوات الثلاث (3) السابقة للانتخاب (المرسوم الرئاسي رقم 21-304، المادة 9) ويعود سبب المنع بالنسبة لهذه الفئات إلى حساسية المنصب الذي يشغله العضو، إذ تتطلب الاستقلالية والحياد التام.

زيادة على الشروط التي يتعين توفرها في عضو المحكمة الدستورية، نصت المادة 188 من التعديل الدستوري 2020 على أنه يتعين توفر في رئيس المحكمة الدستورية بعض الشروط الأخرى والتي هي مطلوبة للترشح لمنصب رئيس الجمهورية، والمحددة في نص المادة 87 من التعديل الدستوري 2020 باستثناء شرط السن والمتمثلة في:

- 1- يتعين أن يكون رئيس المحكمة الدستورية متمتعا بالجنسية الجزائرية الأصلية فقط، ويثبت الجنسية الجزائرية الأصلية للأب والأم،
- 2- لا يكون قد تجنس بجنسية أجنبية،
- 3- يدين بالإسلام،
- 4- يتمتع بكامل حقوقه المدنية والسياسية،
- 5- يثبت أن زوجه يتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية فقط،
- 6- يثبت إقامة دائمة بالجزائر دون سواها لمدة 10 سنوات، عل الأقل، قبل تعيينه رئيسا للمحكمة الدستورية،
- 7- يثبت مشاركته في ثورة أول نوفمبر 1954 إذا كان مولودا قبل يوليو 1942،
- 8- يثبت تأديته الخدمة الوطنية أو المبرر القانوني لعدم تأديتها،
- 9- يثبت عدم تورط أبويه في أعمال ضد ثورة أول نوفمبر 1954 إذا كان مولودا بعد يوليو 1942،
- 10- يقدم التصريح العلني بممتلكاته العقارية والمنقولة داخل الوطن وخارجه.

إن النص على ضرورة وجود شروط خاصة في رئيس المحكمة الدستورية مرده إلى المركز الحساس لرئيس المحكمة الدستورية، إذ يمكن أن يتقلد مهام رئيس الدولة في حالة شغور منصب رئيس الجمهورية وتزامن الشغور مع شغور منصب رئيس مجلس الأمة.

تجدر الإشارة أيضا، يؤدي أعضاء المحكمة الدستورية قبل مباشرة مهامهم، اليمين الدستورية أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا (مرسوم رئاسي 20-442، التعديل الدستوري 2020، المادة 186؛ النظام الداخلي للمحكمة الدستورية، المادة 8) ، لأسباب عدة نذكر منها:

- التأكيد على احترامهم للدستور والمبادئ الأساسية التي يحميها
- الالتزام بالنزاهة والحياد والعدالة والإخلاص في أداء المهام الموكلة إليهم
- الالتزام بحفظ أسرار المحكمة الدستورية وعدم إفصاحهم عن أية معلومة خاصة بالقضايا التي ينظرونها.

وعليه فإن اليمين الدستورية هي تعبير عن التزام رسمي بالدستور والمبادئ التي يحميها، ولا تتعلق بأي توجه سياسي أو انتماء حزبي، وهذا يعكس أهمية المحكمة الدستورية ودورها في حماية الدستور وضمن احترامه وتطبيقه.

ثالثا: عضوية المحكمة الدستورية:

تحكم العضوية في المحكمة الدستورية مجموعة من الضوابط القانونية وتتمحور أساسا حول مدة العضوية وتجديدها وحالات التنافي مع العضوية.

1- مدة العضوية وتجديدها

حدد المؤسس الدستوري في التعديل الدستوري 2020 مدة العضوية بالمحكمة الدستورية وهي ست (6) سنوات غير قابلة للتجديد وتمارس لفترة واحدة فقط وتخص هذه المدة كل من الرئيس والأعضاء، كما يتم تجديد نصف أعضاء المحكمة الدستورية كل ثلاث (3) سنوات، وفي ظرف التسعين (90) يوما التي تسبق انقضاء عهدهم الجارية. (مرسوم رئاسي 20-442، التعديل الدستوري 2020، المادة 188؛ النظام الداخلي للمحكمة الدستورية المادة 10).

إن تخفيض مدة العضوية بست (6) سنوات بالمقارنة مع ما كانت عليه في الدساتير السابقة وكذا التجديد النصف لعضو المحكمة الدستورية وعدم قابليته للظفر بعهدة جديدة من طرف الهيئات والجهات التي قامت بتعيينه أو انتخابه يساهم في مساعدة العضو على القيام بوظيفته ومهامه وتحييد مواقفه وفق ما يرتضيه ضميره المهني، بالإضافة إلى أنه إجراء إيجابي يتماشى وفلسفة التداول على السلطة والتجديد الدوري في المناصب الحساسة لإعطاء نفس جديد للمؤسسات والدفع بها إلى الأمام.

رابعا: التنافي مع العضوية:

تضمنت المادة 187 الفقرة الأخيرة من التعديل الدستوري 2020 النص على العديد من الحالات التي تشكل تنافيا مع العهدة والعضوية بالمحكمة الدستورية، إذ بمجرد انتخاب العضو أو تعيينه يتوقف عن ممارسة أي عضوية أو أي وظيفة أو تكليف أو مهمة أخرى أو أي نشاط آخر أو مهنة حرة لضمان التفرغ التام وتركيز أعضاء المحكمة الدستورية جهودهم على وظيفتهم الدستورية دون غيرها من أجل ضمان حيادهم واستقلالية المحكمة الدستورية.

المحور الثاني: اختصاصات المحكمة الدستورية

تعدد اختصاصات المحكمة الدستورية من استشارية، رقابية، واختصاصات أخرى نص عليها التعديل الدستوري لسنة 2020 والنظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية.

أولا: في مجال رقابة الدستورية ورقابة المطابقة والتوافق مع المعاهدات:

1- الرقابة الدستورية:

تستهدف رقابة الدستورية صون الدستور، وحمايته من الخروج على أحكامه باعتباره القانون الأسمى والأساسي في الدولة (البحري، ص 143) الذي يرسى الأصول والقواعد التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة والحقوق والحريات، إذ تخطر المحكمة الدستورية من قبل الجهات المحددة في المادة 193 من الدستور، حسب الحالة، بشأن دستورية المعاهدات والاتفاقيات والاتفاقيات والقوانين والأوامر والتنظيمات والتوافق مع المعاهدات". (النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية، العدد 04، 2023)

وتفصل فيها بقرار وذلك على النحو التالي:

1.1: الرقابة الدستورية على المعاهدات والاتفاقيات والاتفاقيات:

تنص المادة 190 فقرة 2 من الدستور: "يمكن إخطار المحكمة الدستورية بشأن دستورية المعاهدات قبل التصديق عليها.....". والاتفاقيات والاتفاقيات (النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية، المادة 03).

يفهم من ذلك أن الرقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة الدستورية هي رقابة جوازية قبلية تنصب على جميع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تبرمها الدولة على المستوى الدولي (المرسوم رقم 87-222، العدد 42).

وبخصوص اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم ونظرا لطبيعتها الخاصة والظروف التي تعالجها والأوضاع الاستثنائية التي قد ترتبها، يلتمس رئيس الجمهورية رأي المحكمة الدستورية طبقا لنص المادة 102 من الدستور.

والمحكمة الدستورية عند ممارستها لاختصاصها الرقابي فهي تتأكد من عدم تعارض المعاهدة أو الاتفاق أو الاتفاقية مع أحكام الدستور ككتلة واحدة وبالتالي في حالة تعارضهم لأحكام الدستور فإنه لا يتم التصديق عليهم، وذلك طبقا للمادة 198 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

2.1 رقابة دستورية القوانين العادية :

لقد حصرت المادة 139 من الدستور مجالات التشريع بقوانين عادية، وهي ثلاثين مجال، وتخضع اختياريا لرقابة دستورية القوانين من قبل المحكمة الدستورية حيث نصت المادة 190 من الدستور في فقرتها الثانية " يمكن اخطار المحكمة الدستورية بشأن والقوانين قبل إصدارها".

ومنه فإن الرقابة على دستورية القوانين العادية تكون اختيارية سابقة قبل صدورها ولا تخضع لرقابة لاحقة وتهدف إلى الحيلولة دون إصدار قوانين تخالف النص الدستوري في الشكل أو المضمون، وحسب ما نصت عليه المادة 198 من الدستور فإذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون فلا يتم إصداره.

وفي حالة صدور القوانين في الجريدة الرسمية تتحصن من أي رقابة، باستثناء رقابة الدفع بعدم الدستورية طبقا لنص المادة 195 من الدستور فهنا يصبح النص محل رقابة جوازية لاحقة.

وللإشارة فقد تلقت المحكمة الدستورية ولأول مرة في تاريخ التجربة الدستورية الجزائرية إخطارا برلمانيا، موقعا من مئة (100) نائب بالمجلس الشعبي الوطني بخصوص رقابة مواد من القانون المتعلق بالأكاديمية الجزائرية للعلوم، إلا أن هذا الاخطار من ناحية الموضوع تم رفضه لأنه

جاء بعد صدور القانون موضوع الاخطار في الجريدة الرسمية، وبالتالي هذا الاخطار خالف المادة 190 الفقرة 2 من الدستور سابقة الذكر (قرار/06/ق.ر.د/العدد 54، 2022).

3.1 الرقابة على دستورية الأوامر الرئاسية:

تنص المادة 142 من التعديل الدستوري " لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شعور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية بعد رأي مجلس الدولة، يخطر رئيس الجمهورية وجوبا المحكمة الدستورية بشأن دستورية هذه الأوامر على أن تفصل فيها في أجل عشرة (10) أيام" أما بالنسبة للأوامر التي يشرعها رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية، فإن المؤسس الدستوري ألزم رئيس الجمهورية وبحسب المادة 7/98 من التعديل الدستوري بعد انقضاء مدة الحالة الاستثنائية المحددة بستون (60) يوما قابلة للتمديد بعد موافقة أغلبية أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا عرض كل القرارات التي اتخذها أثناء الحالة الاستثنائية على المحكمة الدستورية لإبداء الرأي بشأنها.

وعليه فإن الأوامر الرئاسية ولأول مرة تخضع للرقابة الوجوبية من طرف المحكمة الدستورية وهي دلالة على تكريس دولة المؤسسات.

4.1 الرقابة على دستورية التنظيمات:

حددت المادة 190 من التعديل الدستوري 2020 أجل لإخطار المحكمة الدستورية حول دستورية التنظيمات وذلك خلال شهر من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية، وبالتالي الرقابة الدستورية الممارسة على التنظيمات هي رقابة جوازية لاحقة، إذا انقضت مدة الشهر يسقط حق جهات الاخطار في تحريك الرقابة ضدها، وتبقى محل رقابة ضمن آلية الدفع بعدم الدستورية إذا تحققت شروطه.

5.1 رقابة توافق القوانين العادية والتنظيمات مع المعاهدات:

رقابة التوافق مع المعاهدات هي رقابة جديدة استحدثتها المؤسس الدستوري لأول مرة في تاريخ الدساتير الجزائرية حيث لم يسبق أن أسندها للمجلس الدستوري باعتبار أن المعاهدات أسمى

من القوانين حيث نصت عليها المادة 154 من التعديل الدستوري 2020 وبالتالي المحافظة على مبدأ تدرج القوانين.

وعليه تختص المحكمة الدستورية بالنظر في مدى توافق القوانين العادية قبل إصدارها والتنظيمات خلال شهر واحد من تاريخ نشرها مع المعاهدات المصادق عليها.

وطبقا للمادة 190 (الفقرة 4) من الدستور، إذا فصلت المحكمة الدستورية بعدم توافق القوانين مع المعاهدات فلا يتم إصدارها.

إذا فصلت المحكمة الدستورية بعدم توافق التنظيمات مع المعاهدات خلال شهر من تاريخ نشرها، فإنها تفقد أثرها ابتداء من يوم صدور قرار المحكمة الدستورية. (النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية، المادة 5)

ولالإشارة فإن المحكمة الدستورية عندما تقوم باختصاصاتها في مجال الرقابة الدستورية والتوافق مع المعاهدات فإنها تخطر من قبل جهات الإخطار المنصوص عليها في المادة 193 من الدستور وهم "رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو من الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، بموجب رسالة إخطار معللة، مرفقة بالنص موضوع الإخطار.

الملاحظ في التعديل الدستوري 2020 أنه قد قلص من عدد أعضاء البرلمان الذين يحق لهم إخطار المحكمة الدستورية باعتبارهم ممثلين للشعب بالمقارنة مع التعديل الدستوري لسنة 2016، حيث يكفي لإخطار المحكمة الدستورية توقيع من أربعين (40) نائبا بالمجلس الشعبي الوطني أو خمسة وعشرون (25) عضوا في مجلس الأمة فقط وهذا التقليل يساعد المعارضة البرلمانية على ممارسة حق الإخطار في حال فشلها في إسقاط النص عن طريق التصويت والذي ترى أنه مخالف للدستور.

في نفس السياق تم توسيع مجالات الإخطار البرلماني لتشمل إلى جانب رقابة دستورية المعاهدات والقوانين العادية والتنظيمات توافق القوانين والتنظيمات مع المعاهدات وتفسير

الدستور، ورفع الحصانة عن أعضاء البرلمان والفصل في الخلافات المحتملة بين السلطات الدستورية.

2- في مجال رقابة المطابقة:

المحكمة الدستورية تمارس رقابة المطابقة، بالنسبة لكل من القوانين العضوية والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان وذلك بالنظر إلى ارتباط النصين بالدستور.

وتتميز هذه الرقابة بأنها وجوبية سابقة وهي أكثر تشددا وصرامة مقارنة مع الرقابة الدستورية، كما تتميز بكونها شاملة للنص بأكمله زيادة على ذلك فإن رقابة المطابقة لا تتعدد فيها جهات الإخطار، بل هناك جهة واحدة مخولة بحق الإخطار وهو رئيس الجمهورية.

1.2 بالنسبة للقوانين العضوية:

لقد حددت المادة 140 من التعديل الدستوري 2020 مجالات التشريع بقوانين عضوية كما نصت نفس المادة في فقرتها الأخيرة على خضوع القانون العضوي قبل إصداره لمراقبة مطابقتها للدستور من طرف المحكمة الدستورية، أي أنها تخضع لرقابة مطابقة سابقة، أي قبل صدور النص القانوني وقد أسندت مهمة الإخطار الوجوبي بعد أن يصادق عليها البرلمان لرئيس الجمهورية على اعتبار أنه هو حامي الدستور. (مرسوم رئاسي 20-442، التعديل الدستوري 2020، الفقرة 5).

فإذا قررت المحكمة الدستورية عند رقابتها مدى مطابقة القوانين العضوية للدستور أن القانون العضوي المعروض عليها يتضمن حكما أو عدة أحكام غير مطابقة للدستور ولا يمكن فصلها عن باقي أحكام هذا القانون العضوي، يعاد النص إلى الجهة المخطرة.

غير أنه إذا قررت المحكمة الدستورية أن القانون العضوي المعروض عليها يتضمن حكما أو عدة أحكام غير مطابقة للدستور وأنه يمكن فصلها عن باقي أحكام هذا القانون العضوي، يمكن رئيس الجمهورية أن يصدر هذا القانون العضوي باستثناء الحكم أو الأحكام المخالفة للدستور. (النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية، المادة 7)

2.2 بالنسبة للأنظمة الداخلية للبرلمان:



تعتبر رقابة دستورية النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان ضرورية لتفادي تجاوز الأحكام الدستورية،

وعليه نصت المادة 190 فقرة أخيرة من التعديل الدستوري 2020 على وجوب فصل المحكمة الدستورية في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور حسب الإجراءات المتعلقة بالفصل في دستورية القوانين العضوية، تبدي قرارها وجوبا في دستورية النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان.

معنى ذلك بعد الإعداد والمصادقة على النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان وقبل النشر يجب أن يعرض على المحكمة الدستورية لبحث مدى مطابقة أحكامهما للدستور حسب ما نصت عليه المادة 135 الفقرة الأخيرة من التعديل الدستوري 2020.

إذا قررت المحكمة الدستورية أن حكما أو عدة أحكام غير مطابقة للدستور، لا يمكن فصلها عن باقي أحكام هذا النظام، يعاد النص إلى الجهة المخطرة.

كذلك يعرض كل تعديل للنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان على المحكمة الدستورية لمراقبة مطابقتها للدستور (النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية، المادة 8).

3- في مجال الفصل في الخلافات القائمة بين السلطات الدستورية وفي مجال تفسير الأحكام الدستورية:

يمكن إخطار المحكمة الدستورية بشأن الخلافات التي قد تحدث بين السلطات الدستورية، كما يمكن إخطارها حول تفسير حكم أو عدة أحكام دستورية.

1.3: في مجال الفصل في الخلافات القائمة بين السلطات الدستورية:

أسند المؤسس الدستوري في التعديل الدستوري 2020 في مادته 192 اختصاص جديد للمحكمة الدستورية لم يكن يمارسه المجلس الدستوري في الدساتير السابقة وهو الفصل في الخلافات التي قد تحدث بين السلطات الدستورية.

وفي عموم هذا النص يمكن القول أن المحكمة الدستورية ستكون صمام أمان ضد الأزمات التي يمكن أن تحدث بين السلطات الدستورية كالحكومة والبرلمان مثلا، بالإضافة إلى أن هذا الاختصاص الجديد يضمن تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات وتوزيع الاختصاص فيما بينها بالشكل المحدد في الدستور.

وتمارس المحكمة الدستورية هذا الاختصاص بموجب إخطار من قبل جهات الإخطار المنصوص عليها في المادة 193 من التعديل الدستوري 2020 بموجب رسالة معللة. (القانون العضوي، 19-22، المادة 11، العدد 51، 2022).

تفصل المحكمة الدستورية في الخلاف بين السلطات الدستورية بموجب قرار، في أجل أقصاه ثلاثون (30) يوما من تاريخ إخطارها، ويمكن بطلب من رئيس الجمهورية، تخفيض الأجل المذكور إلى عشرة أيام (10) في حالة وجود طارئ، طبقاً لأحكام المادة 194 من الدستور. (النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية، المادة 16).

2.3 في مجال تفسير الأحكام الدستورية:

نصت المادة 192 فقرة أخيرة من التعديل الدستوري 2020 " يمكن إخطار المحكمة الدستورية حول تفسير حكم أو عدة أحكام دستورية وتبدي المحكمة الدستورية رأيا بشأنها." فالتفسير يهدف إلى إزالة الغموض، ورفع الخلاف في حكم القاعدة القانونية من ناحية وسد الفراغ بالاجتهاد، في القواعد القانونية، لمواجهة ما يكشف عنه الواقع من ناحية أخرى. (أبو يونس، 2008، ص 5، 9).

بالإضافة إلى أنه يعد قيمة مضافة للمحكمة الدستورية لأنها ستساهم في استقرار قواعد الدستور والتزام السلطات الدستورية بما تقدمه المحكمة الدستورية من تفسير تفاديا للانحدار المؤسسي.

وتمارس المحكمة الدستورية هذا الاختصاص بناء على إخطار من قبل جهات الإخطار المنصوص عليها في المادة 193 من التعديل الدستوري السابقة الذكر.

وتصدر رأيها في أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ اخطارها ويمكن، بطلب من رئيس الجمهورية تخفيض الأجل المذكور إلى عشرة (10) أيام في حالة وجود طارئ، طبقاً لأحكام المادة 194 من الدستور. (القانون العضوي ، 22-19، المادة 14).

ثانياً: في المجال الانتخابي

حرص المؤسس الدستوري الجزائري بموجب التعديل الدستوري لسنة 2020 على تكريس مبدأ العدالة الدستورية حيث أصبح أكثر وضوحاً مقارنة مع الدستور السابق وسهل وصول المواطن مباشرة إلى المحكمة الدستورية من أجل تعزيز دولة الحق والقانون من خلال الطعن في النتائج المؤقتة للانتخابات الرئاسية والانتخابات التشريعية والاستفتاء ومن بين أهم المستجدات التي جاء بها الأمر رقم 21-01 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات والذي جاء متناغماً مع أحكام الدستور ما يلي:

- حق للمواطن في اللجوء إلى المحكمة الدستورية بمناسبة ترشحه لرئاسة الجمهورية للطعن في قرار رفض ترشحه الصادر عن السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات دون شروط معقدة أو صعبة؛
- إمكانية المترشح أو ممثله القانوني الطعن في النتائج المؤقتة للانتخابات الرئاسية أمام المحكمة الدستورية دون شروط خاصة أو إجراءات معقدة ومكلفة؛
- حق المترشح أو ممثله المؤهل قانوناً في حالة الانتخابات الرئاسية، أو أي ناخب في حالة الاستفتاء، أن يطعن في صحة عمليات التصويت بإدراج احتجاجه في محضر الفرز الموجود في مكتب التصويت؛
- فسح المجال أيضاً أمام المترشح الفائز المعارض على فوزه في الانتخابات الرئاسية والمترشح أو القائمة المعارض على فوزها في الانتخابات التشريعية في اللجوء المباشر إلى المحكمة الدستورية لتقديم أوجه دفاعهم حول ما أثير بشأن انتخابهم؛
- وسع المشرع مجالات لجوء المواطن بمناسبة الانتخابات الرئاسية والتشريعية إلى المحكمة الدستورية من خلال الطعن في قرارات لجنة مراقبة الحملات الانتخابية (الأمر رقم 21-01 المواد 121، 240، 209، 258، 252، العدد 17، 2021).

ثالثا: في مجال الدفع بعد الدستورية:

يعتبر الدفع بعدم دستورية القوانين من قبل الأفراد، آلية جديدة للرقابة البعدية استحدثتها التعديل الدستوري لأول مرة في سنة 2016، من خلال المادة 188.

وحافظ التعديل الدستوري لسنة 2020 على هذه الآلية الدستورية ودعمها من حيث توسيعها بناء على المادة 195 منه، حيث كانت تقتصر على الحكم التشريعي فقط لتشمل أيضا الحكم التنظيمي.

وتعتبر رقابة الدفع بعدم الدستورية رقابة لاحقة لصدور النص التنظيمي أو التشريعي في الجريدة الرسمية حيث تخطر المحكمة الدستورية عن طريق الإحالة من قبل مجلس الدولة أو المحكمة العليا بأن النص التشريعي أو التنظيمي ، والتي يمكن اخطار المحكمة الدستورية بشأنها عن طريق الدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يكفلها الدستور، وهذا مما لا شك فيه أكبر انتصار لحقوق وحرريات الفرد ذلك أن أبرز الانتهاكات قد تدرج ضمن التنظيمات، نظرا لكون التشريع يخضع للرقابة القبلية للمحكمة الدستورية.

ولكي ينعقد للمحكمة الدستورية اختصاص النظر في الدفع بعدم دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي هناك مجموعة من الضوابط نص عليها القانون العضوي رقم 22-19 الذي يحدد إجراءات وكيفيات الاخطار والاحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية(قانون عضوي رقم 22-19).

كذلك أتى بمستجدات مهمة نعتبرها ضمانا لحماية حقوق وحرريات الأفراد وكذا تجسيد لدولة الحق والقانون ومن بين أهم المستجدات ما يلي:

- إمكانية التدخل في إجراء الدفع لكل شخص ذي مصلحة، سواء أمام الجهة المثار أمامها الدفع أو المحكمة الدستورية، بعدما كان يقتصر الدفع على أحد أطراف الدعوى فقط (مدعى أو مدعى عليه).

- تراجع المشرع عن فكرة عدم إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية، والتي كانت تسمح بإثارته فقط لدى استئنافه، فالآن يمكن إثارته أمام محكمة الجنايات الابتدائية والاستئنافية أيضا واللذان تنظران فيه قبل فتح باب المناقشة.
- تمكين النيابة العامة أو محافظة الدولة من تقديم ملاحظات كتابية حول الدفع بعدم الدستورية بناء على طلب من المحكمة الدستورية فقط باعتبارهم ممثلين عن المجتمع.
- تحديد آجال تبليغ أطراف القضية قصد اتخاذ الإجراءات القانونية الملائمة، بخصوص رفض إحالة الدفع بعدم الدستورية سواء على مستوى الجهات القضائية المعنية أو على مستوى المحكمة العليا أو مجلس الدولة.

إضافة إلى الاختصاصات الرقابية للمحكمة الدستورية تمارس مجموعة من الاختصاصات الاستشارية إما عبر تشكيلتها ككل، أو من خلال رئيسها بالإضافة إلى اختصاصات دستورية أخرى.

رابعاً: الاختصاصات الاستشارية:

- استشارة رئيس الجمهورية رئيس المحكمة الدستورية عند إعلان حالة الطوارئ أو الحصار. (المادة 97 من الدستور)
- استشارة رئيس الجمهورية رئيس المحكمة الدستورية عند إعلان الحالة الاستثنائية (المادة 98 من الدستور)
- عرض رئيس الجمهورية بعد انقضاء مدة الحالة الاستثنائية، القرارات التي اتخذها أثناءها على المحكمة الدستورية لإبداء الرأي بشأنها. (المادة 98 من الدستور)
- استشارة رئيس الجمهورية رئيس المحكمة الدستورية عند إعلان حالة الحرب. (المادة 100 من الدستور)
- التماس رأي المحكمة الدستورية بشأن الاتفاقيات المتعلقة باتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم. (المادة 102 من الدستور)
- استشارة المحكمة الدستورية لتمديد عهدة البرلمان في حالة الظروف الخطيرة جدا التي لا تسمح بإجراء انتخابات عادية. (المادة 122 من الدستور).

خامساً: الاختصاصات الدستورية الأخرى:

للمحكمة الدستورية أدوار عديدة تتمثل في:

- إصدار رأي معلل بخصوص التعديل الدستوري (المادة 221 من الدستور).
- تقترح بأغلبية ثلاثة أرباع $\frac{3}{4}$ أعضائها على البرلمان التصريح بثبوت المانع لرئيس الجمهورية عن ممارسة مهامه بسبب مرض خطير ومزمن (المادة 94 من الدستور)
- تقترح بأغلبية ثلاثة أرباع $\frac{3}{4}$ أعضائها على البرلمان التصريح بشغور منصب رئيس الجمهورية في حالة استمرار المانع (المادة 94 من الدستور)
- تجتمع وجوبا لتثبت الشغور النهائي لرئاسة الجمهورية في حالة استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته. (المادة 94 من الدستور).
- الاجتماع وجوبا وتثبت بأغلبية ثلاثة أرباع $\frac{3}{4}$ أعضائها الشغور النهائي لرئاسة الجمهورية إذا اقترنت استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته بشغور رئاسة مجلس الأمة (المادة 94 من الدستور)، ففي هذه الحالة يتولى رئيس المحكمة الدستورية مهام رئيس الدولة.
- في حالة اقتران شغور منصب رئيس الجمهورية ورئاسة مجلس الأمة في فترة الحرب. يتولى رئيس المحكمة الدستورية وظائف رئيس الدولة (المادة 101 من الدستور)
- إعلان المحكمة الدستورية شغور مقعد عضو في البرلمان. (المادة 120 من الدستور).

المحور الثالث: حصيلة عمل المحكمة الدستورية

رغم قصر عمر تجربة المحكمة الدستورية إلا أنها تميزت بإنتاج غزير، واجتهاد قضائي متميز في مجال القضاء الدستوري، متصدية بذلك لأية محاولة للمساس بالحقوق والحريات المكفولة دستوريا.

فأصدرت خمسة وثلاثون (35) قرار في مجال الدفع بعدم الدستورية، ثمانية قرارات (8) بمناسبة رقابة المطابقة، ثلاث (3) قرارات رقابة الدستورية، استخلاف النواب قرار واحد (1)، الآراء: رأي واحد (1).

كما أعلنت المحكمة الدستورية النتائج النهائية بعد دراسة جل الطعون الواردة إليها بمناسبة التجديد النصفى لأعضاء مجلس الأمة المنتخبين وكذا انتخاب أعضاء مجلس الأمة للولايات

الجديدة، أصدرت كذلك 60 قرارا بخصوص الطعون الواردة ضد قرارات لجنة مراقبة تمويل حسابات الحملة الانتخابية لدى السلطة الوطنية للانتخابات، وقرار واحد يتعلق بحالة شعور واستخلاف نائب في المجلس الشعبي الوطني. (المحكمة الدستورية، 2022، ص 13، الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية).

المحور الرابع: آثار قرارات المحكمة الدستورية

على اعتبار أن مبدأ الأمن القانوني يفرض تقليص قدر الإمكان من المجال الزمني لتطبيق القانون الجديد، على حسب أن الأفراد قد نظموا تصرفاتهم ومعاملاتهم وفق النظام القانوني الموجود أمامهم، وبالتالي فإن أي تعديل لقاعدة قانونية أو إلغائها من شأنه المساس بصحة معاملاتهم المبرمة في ظل القانون الملغى أو حتى المس بحقوقهم الناتجة عنه، إلا أنه لا ينبغي التغاضي على أن البحث في مدى مشروعية نص قانوني ما، فيه تكريس حقيقي لدولة القانون من جهة وحماية فعلية وحقيقية لحقوق الأفراد الذين حرّموا بموجب القانون الملغى من التمتع بمزاياه (السعدي، 2004 ص 202).

لذلك فقد اختلفت التشريعات في تفضيل مبدأ عن آخر أو حماية مبدأ على حساب مبدأ آخر، فهناك من تمسكت بمبدأ الأمن القانوني لحماية حقوق الأفراد الناشئة بموجب القانون الملغى، وتطبيق فكرة الأثر المباشر أي إلغاء النص القانوني من دون الرجوع على الحقوق أو المراكز القانونية التي أنشأت بموجبه، وهناك تشريعات من تمسكت بالأثر الرجعي ومفاده إلغاء النص القانوني المخالف للدستور وبالمقابل إلغاء جميع الحقوق والمراكز القانونية الناتجة عنه. (سرور، 1999، ص 223، 224)

بالنسبة لموقف المشرع الدستوري الجزائري فقد كان واضحا من خلال نص المادة 198

بنصها

(إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية، فلا يتم التصديق

عليها.

إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون، لا يتم إصداره.

إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية أمر أو تنظيم، فإن هذا النص يفقد أثره ابتداء من يوم صدور قرار المحكمة الدستورية.

إذا قررت المحكمة الدستورية أن نصا تشريعا أو تنظيميا غير دستوري على أساس المادة 195 أعلاه، يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المحكمة الدستورية).

وكما نعلم أن الرقابة الدستورية إما تكون رقابة سابقة أي قبل تطبيق النص القانوني، وهنا لا يثار إشكال حول الحقوق والمراكز القانونية على اعتبار أنه لم يطبق بعد، أو أن تكون رقابة بعدية أو لاحقة أي القانون دخل حيز النفاذ ورتب حقوقا ومراكز قانونية، فمن خلال نص المادة السالفة الذكر الفقرة الثالثة ، أكدت أن قرار المحكمة الدستورية بإلغاء الأمر أو التنظيم لا يسري بأثر رجعي، وإنما الإقرار بالأثر المباشر وعليه الإبقاء على الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة في ظل القانون الملغى وتكون قائمة وصحيحة، ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري قد رجح مبدأ الأمن القانوني على مبدأ المشروعية، من خلال محافظته وعدم مساسه بالحقوق والمراكز الناشئة وهذا حماية لحقوق الإنسان.

أما الفقرة الرابعة من نص المادة 198 السالفة الذكر، فإنه يفهم منها أن أثر الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية بعدم الدستورية قد يكون بأثر رجعي أو بعدي أو فوري.

والمحكمة الدستورية الجزائرية لها سلطة تقرير الأثر الرجعي أو البعدي أو الفوري لحكمها على ضوء الظروف الخاصة التي تتصل بالدعاوى الدستورية التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها والخطورة التي تلازمها، لكي لا يكون هناك مساس بالحقوق والمراكز الناشئة في ظل النص التشريعي أو التنظيمي الملغى لعدم دستوريته.

والمثال على ذلك القرار الذي أصدره المجلس الدستوري يبين فيه فقدان الأحكام التشريعية المقررة عدم دستورتها أعلاه، أثرها فورا.

ويسري أثر القرار بعدم الدستورية المصرح به أعلاه، على كل الأحكام الجزائية التي لم تستنفذ آجال الاستئناف عند تطبيق أحكام المادة 416 من القانون المذكور أعلاه. (مجلة المجلس الدستوري، 2019، ص 31، 32).

بالإضافة إلى أن قرارات المحكمة الدستورية نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية وهذا ما نصت عليه المادة 198 فقرة أخيرة من الدستور.

وطبقا لهذه الفقرة فإن المشرع الدستوري قصد إسباغ الحجية المطلقة سواء كانت هذه القرارات قد انتهت إلى عدم دستورية النص المطعون فيه ومن ثمة بطلانه وزوال الآثار الناتجة عنه، أم إلى دستوريته.

فالحجية المطلقة لا يقتصر أثرها على الخصوم في تلك الدعاوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وكذلك إلى جميع سلطات الدولة.

والمجلس الدستوري كان له رأي بخصوص هذه الحجية حيث اعتبرت الآراء والقرارات التي يتخذها المجلس الدستوري تكتسي الحجية المطلقة للشيء المقضي فيه، سواء في أسباغها أو في منطوقها. (قرار رقم 06/ق.ر.د/ 22 المواد 9، 12، 15، 20، 2018).

كذلك للتأكيد أكثر على إلزامية قراراتها اتجاه السلطة القضائية فإن المحاكم الجزائرية على اختلاف أنواعها تكون ملزمة بقرارات المحكمة الدستورية وهذا ما أكدته المادة 171 من التعديل الدستوري 2020 حيث نصت " يلتزم القاضي في ممارسة وظيفته بتطبيق المعاهدات المصادق عليه، وقوانين الجمهورية وكذا قرارات المحكمة الدستورية".

فهذه المادة تعتبر إضافة جديدة لم تكن موجودة في الدساتير السابقة حيث أنها ستعزز من مكانة المحكمة الدستورية وهي إشارة صريحة غير ضمنية لإلزامية تنفيذ القاضي لقراراتها.

خاتمة:

مما لا شك فيه تعتبر الإصلاحات الدستورية التي جاء بها التعديل الدستوري 2020، خطوة جبارة لإرساء دعائم دولة القانون لاسيما باستحداث محكمة دستورية بصلاحيات جديدة وواسعة ومهمة، ومن خلال تطرقنا لموضوع المحكمة الدستورية حامى الحقوق والحريات توصلنا لجملة من النتائج نوجزها فيما يلي:

-التخلي عن ممثلي البرلمان من تشكيلة المحكمة الدستورية لمنع التجاذبات الحزبية داخل المحكمة الدستورية ولتكريس مبدأ الحياد.

-طور هذا التعديل في تشكيلة المحكمة الدستورية من حيث الخبرة وتنوع الاختصاص وأدمج لأول مرة فئة الأساتذة الجامعيين بطريقة الانتخاب.

-الدستور أقر للمحكمة الدستورية ضبط سير السلطات الدستورية

-الدستور أقر لها أيضا تفسير حكم أو عدة أحكام دستورية

-توسيع الأحكام موضوع الدفع بعدم الدستورية وامتدادها إلى الأحكام التنظيمية

-امتدت رقابة المحكمة الدستورية للأوامر.

-النص على رقابة توافق القوانين والتنظيمات مع المعاهدات الدولية.

-ترقية حقوق المعارضة والاعتراف لها بإخطار المحكمة الدستورية مع تقليص العدد المعتمد في مرحلة سابقة سواء ما يخص نواب المجلس الشعبي الوطني أو أعضاء مجلس الأمة، وهذا بلا شك يدعم الشرعية الدستورية.

-إضافة مادة جديدة وهي المادة 171 ضمن الفصل الرابع المعنون بالقضاء، تتضمن صراحة إلزام القاضي في ممارسة وظيفته بتطبيق قرارات المحكمة الدستورية وهذا دليل على مكانة وسمو هذه المحكمة.

-حرص المؤسس الدستوري الجزائري بموجب التعديل الدستوري لسنة 2020 على تكريس مبدأ العدالة الدستورية حيث أصبح أكثر وضوحا مقارنة مع الدستور السابق وسهل لجوء المواطن مباشرة إلى المحكمة الدستورية من خلال الطعن في النتائج المؤقتة للانتخابات الرئاسية والانتخابات التشريعية والاستفتاء

-اعترف التعديل الدستوري للمحكمة الدستورية بممارسة رقابتها على القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية في الوضع الاستثنائي، وهذا حكم مستجد ليس له مثيل في الدساتير السابقة

-التأكيد على إلزامية قراراتها دون آرائها لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية

-الدستور أقر لقرارات المحكمة الدستورية حجية مطلقة حيث تنصرف إلى المنطوق وإلى الأسباب المرتبطة به ارتباطا وثيقا.

قائمة المراجع:

الدرساتير:

-التعديل الدستوري لسنة 2020، الجريدة الرسمية، العدد 82، مؤرخة في 15 جمادى الأولى، عام 1442، الموافق 30 ديسمبر سنة 2020.

القوانين العضوية:

-القانون العضوي رقم 22-19 مؤرخ في 26 ذي الحجة عام 1443 الموافق 25 يوليو سنة 2022، يحدد إجراءات وكيفية الاخطار والاحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، الجريدة الرسمية، العدد 51، مؤرخة في 2 محرم عام 1444 الموافق 31 يوليو سنة 2022.

الأوامر الرئاسية:

-الأمر رقم 21-01 مؤرخ في 26 رجب عام 1442 الموافق 10 مارس سنة 2021، المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية، العدد 17، مؤرخة في 26 رجب عام 1442، الموافق 10 مارس سنة 2021.

المراسيم الرئاسية:

- مرسوم رقم 87-222 مؤرخ في 20 صفر عام 1408 الموافق 13 أكتوبر سنة 1987 يتضمن الانضمام مع التحفظ إلى اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المبرمة يوم 23 ماي سنة 1969، الجريدة الرسمية، العدد 42، مؤرخة في 21 صفر عام 1408، الموافق 14 أكتوبر سنة 1987

- مرسوم رئاسي رقم 21-304 مؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1442 الموافق 4 غشت سنة 2021، يحدد شروط وكيفيات انتخاب اساتذة القانون الدستوري، أعضاء في المحكمة الدستورية، الجريدة الرسمية، العدد 60، مؤرخة في 26 ذو الحجة عام 1442 الموافق 5 غشت سنة 2021.

الأنظمة الداخلية:

- النظام الداخلي للمحكمة الدستورية، الجريدة الرسمية، العدد 75، مؤرخة في 18 ربيع الثاني عام 1444، الموافق 13 نوفمبر سنة 2022.

الأنظمة:

- النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية، الجريدة الرسمية، العدد 04، مؤرخة في 29 جمادى الثانية عام 1444، الموافق 22 جانفي سنة 2023

القرارات

- قرار رقم 06/ق.ر.د/ 22 مؤرخ في 29 ذي الحجة عام 1433 الموافق 28 يوليو سنة 2022، يتعلق برقابة دستورية المواد 9 و12 و15 و20 من القانون رقم 22-02 المؤرخ في 24 رمضان عام 1443 الموافق 25 ابريل سنة 2022، الذي يحدد تنظيم الأكاديمية الجزائرية للعلوم والتكنولوجيات وتشكيلها وسيرها ومهامها، الجريدة الرسمية، العدد 54، مؤرخة في 12 محرم عام 1444، الموافق 10 غشت سنة 2022

-الكتب:

- حسن مصطفى البحري، القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دون دار ومكان النشر، 2017.

- محمد باهي أبو يونس، الاختصاص الاصلي للمحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية في النظام الدستوري الكويتي، دار الجامعة الجديدة، 2008، الإسكندرية.

- كتاب صادر عن المحكمة الدستورية، سنة من الاجتهاد الدستوري للمحكمة الدستورية، 2022.

- مُجَد الخطيب السعدي، حقوق الانسان وضماناتها الدستورية في اثني وعشرين دولة عربية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004.

- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الأولى، دار الشروق، 1999.

-المجلات والدوريات-

- رأي رقم 02/ر.ق.ع/ر.ق.ع/م.د/18 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 2 غشت سنة 2018، يتعلق بمراقبة القانون العضوي المتعلق بقوانين المالية للدستور، أحكام الفقه الدستوري الجزائري لسنة 2018، رقم 22.

- أحكام الفقه الدستوري لسنة 2019، مجلة المجلس الدستوري، رقم 23.

-المواقع الالكترونية:

- <https://cour-constitutionnelle.dz> الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية

حقوق الإنسان بين المواثيق الدولية و تحفظات التشريعات الوطنية دول مجلس التعاون الخليجي نموذجا

د. مريم نبيل منير

جامعة القاهرة- كلية الاقتصاد والعلوم السياسية

ملخص الدراسة

حقوق الإنسان هي حقوق وحرّيات أساسية لجميع الأفراد بغض النظر عن جنسهم أو عرقهم أو دينهم. رغم تبني المواثيق الدولية لحماية حقوق الإنسان، تواجه دول مجلس التعاون الخليجي تحديات في تنفيذها بسبب التحفظات القانونية والاختلافات الثقافية والتشريعات المحلية المتعارضة مع بعض المواثيق الدولية.

لتعزيز حقوق الإنسان في المنطقة، يجب مراجعة وتعديل التشريعات المحلية لتتوافق مع المعايير العالمية التي سبق ووافقت عليها هذه الدول، وتعزيز التوعية بحقوق الإنسان. كما ان العمل المشترك والتعاون الدولي ضروريان لتعزيز وحماية حقوق الإنسان في المنطقة وتقليل التحفظات القانونية بما يتوافق مع المعايير العالمية لحقوق الإنسان خاصة في قضايا الحقوق والحريات، وما يخص المرأة والطفل.

الكلمات المفتاحية

الحق- حقوق الإنسان - التحفظات

Summary

Human rights are fundamental rights and freedoms that apply to all individuals regardless of their gender, race, or religion. Despite the adoption of international conventions to protect human rights, Gulf Cooperation Council (GCC) countries face challenges in implementing them due to legal reservations, cultural differences, and conflicting domestic legislations. To enhance human rights in the region, there is a need to review and amend local legislations to align with international standards and promote awareness of human rights. Joint efforts and international cooperation are necessary to promote and protect human rights in the region and reduce legal reservations, especially concerning rights, freedoms, women, and children.

مقدمة

تعد حقوق الإنسان أساساً أخلاقياً وقانونياً من أهم القضايا التي تهتم المجتمعات الدولية في الوقت الحاضر. إن حماية وتعزيز حقوق الإنسان تعد أساسية لضمان الكرامة البشرية والعدالة الاجتماعية، وهذا ما يشجع على وجوب تنفيذ التوجيهات والمعايير الدولية في هذا الصدد. ومع ذلك، تظل الاختلافات بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية فيما يتعلق بحقوق الإنسان قضية معقدة تتطلب دراسة دقيقة وتحليلاً شاملاً. وهذا ما يمكن تجسيده بشكل ملموس من خلال النظر في تجربة دول مجلس التعاون الخليجي.

مجلس التعاون الخليجي هو منظمة إقليمية تأسست في 25 مايو 1981 وتضم في عضويته دولاً خليجية تقع في منطقة الشرق الأوسط. الدول الأعضاء في مجلس التعاون الخليجي هي: المملكة



العربية السعودية، وسلطنة عمان، والإمارات العربية المتحدة، والبحرين، ودولة الكويت، ودولة قطر. تشترك هذه الدول في العديد من الجوانب الثقافية والاقتصادية والسياسية، وهي تعتبر واحدة من الكتل الإقليمية الهامة في الشرق الأوسط.

تعمل دول مجلس التعاون الخليجي علي تطوير تشريعات وتنظيمات وطنية تتعلق بحقوق الإنسان، وفي الوقت نفسه، هذه الدول ملتزمة بالمعاهدات والمواثيق الدولية التي تنص علي حقوق الإنسان والحريات الأساسية. إلا أن هناك تحديات تنشأ عندما تتعارض تشريعات الدول الوطنية مع التزاماتها الدولية في مجال حقوق الإنسان. تلك التحديات تشمل تحفظات تشريعات الدول الوطنية علي بعض الأمور التي يتم التعبير عنها بوضوح في المواثيق الدولية. وهناك عدة مرتكزات بنت عليها الكثير من الدول العربية، ومنها دول الخليج العربي تحفظاتها علي بعض الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، ومن هذه المرتكزات: التمسك بالسيادة الوطنية، وعدم مخالفة الشريعة الإسلامية، وحماية الحق في الهوية الثقافية، ومناهضة تنميط الشعوب الذي لا يراعي المعتقدات الدينية، والخصوصيات الحضارية للشعوب¹⁶

تهدف هذه الدراسة إلي فهم وتحليل تلك التحديات والاختلافات بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية فيما يتعلق بحقوق الإنسان في دول مجلس التعاون الخليجي. سيتم استكشاف كيفية تأثير هذه التحفظات على تنفيذ واحترام حقوق الإنسان في هذه الدول، وكيف يمكن تحقيق التوازن بين الالتزامات الدولية والتشريعات الوطنية. إن هذا البحث مهم لأنه يسלט الضوء على الجهود التي تبذلها دول مجلس التعاون الخليجي لتطوير وتعزيز حقوق الإنسان في المنطقة، وكذلك علي التحديات التي تعترض تلك الجهود.

و لتوضيح ما سبق ذكرة يتناول موضوع البحث دراسة بعض النقاط الأساسية:

اولا: مفهوم حقوق الانسان واهميتها و التطور التاريخي لها

اجمع الباحثين علي صعوبة وضع تعريف محدد لحقوق الإنسان، ذلك لأنه مفهوما شائكا واسع في مضمونه، خطيرا في آثاره. واسع لأنه يشمل علي مجموعة كبيرة من الحقوق بمختلف انواعها، وخطير لأنه يتدخل في حياة الإنسان اليومية وفي نشاطاته المختلفة وعلاقاته الفردية والذهنية بالآخرين وبالسلطة القائمة علي أمر الجماعة، وأي إنكار لحق من تلك الحقوق في النهاية هو

¹⁶ علوان، مُجد يوسف، والموسي، مُجد خليل (2009)، القانون الدولي لحقوق الإنسان - المصادر ووسائل الرقابة، الجزء الأول، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ص ص 50-55.

إنكار لوجود الفرد ولكرامته، ونفي لشرعية وجود الدولة نفسها¹⁷. كلمة حق نفسها يحصر استعمالها في فكرتين أساسيتين: الحق ما يكون متطابقا مع قاعدة محددة، ومن ثم يكون واجبا شرعيا وقانونا وبالطبع مستحقا، اما يكون مباحا بالقوانين المكتوبة، او الاحكام المتعلقة بالأفعال المعتبرة او مباحا بشكل اخلاقيا¹⁸.

أما عن حق الإنسان، وعلي سبيل المثال لا الحصر فقد طرحت له تعريفات عديدة من قبل المفكرين مثل "رينه كاسان" أحد واضعي الإعلان العالمي لحقوق الانسان عام 1948، والحائز علي جائزة نوبل للسلام 1968، فقد عرفه على أساس "أن علم حقوق الإنسان هو فرع خاص من فروع العلوم الاجتماعية موضوعه هو دراسة العلاقات القائمة بين الأشخاص وفق الكرامة الإنسانية مع تحديد الحقوق والخيارات الضرورية لتفتح شخصية كل كائن إنساني²⁰. و قد لا نستطيع سرد جميع التعريفات عن مصطلح حقوق الإنسان²¹، ولكن يمكننا تصنيف تلك التعريفات الي معايير مختلفة احدها تحدث عن الكرامة الإنسانية، و الاخر تحدث عن كيفية حماية هذه الكرامة بالتزام قانوني حقيقي اي فكرة سيادة القانون لحماية هذه الحقوق. والبعض الأخر رأها حقوق معنوية طبيعية نابعة من إنسانية كل كائن بشري. ويؤكد جاك دونللي عندما يقول بأن حقوق الإنسان هي تلك الحقوق التي يمتلكها الفرد ببساطة باعتباره إنسانا، وبالتالي إذا ما انتفت

¹⁷ الدباس، علي مُجد صالح، عليان مُجد أبوزيد، علي (2005)، حقوق الإنسان وحرياته ودور شرعية الاجراءات الشرطية في تعزيزها : دراسة تحليلية لتحقيق التوازن بين حقوق الانسان و حرياته وامن المجتمع : تشريعا، وفقها، وقضاء، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 26.

¹⁸ زيادة، رضوان (2000)، مسيرة حقوق الإنسان في الوطن العربي، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، ص 15-16.

¹⁹ بن عثمان، فوزية، حقوق الإنسان العالمية وخصوصية الفعل الوطني في حمايتها، ورقة بحثية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، ص 182

²⁰ الرشيد، احمد، السيد حسين، عدنان (2002)، حقوق الإنسان في الوطن العربي، الطبعة الأولى، دار الفكر دمشق، سورية ودار الفكر المعاصر بيروت، لبنان، ص 21.

²¹ الدريني، فتحى، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده (2008)، مؤسسة الرسالة، جامعة دمشق، سوريا، ص 18-20.

عن المرأ صفة الإنسانية، إنتفي امتلاكه لمثل هذه الحقوق، بالتالي فحقوق الإنسان هي نوع معين من الممارسات الاجتماعية المبنية علي مفهوم الكرامة الإنسانية²².

و بناء علي قراءة متعمقة لجميع محاولات الباحثين والمفكرين في وضع تعريف لحقوق الإنسان، حاولت الباحثة وضع تعريف لها وهو: حقوق الإنسان هي حقوق أساسية تعود للجميع بصفتهم بشراً، دون تمييز أو تفرقة. تمثل هذه الحقوق الحماية القانونية والأخلاقية للأفراد وتشمل حقوقاً مثل الحق في الحياة والحرية والأمان، وحقوق اقتصادية واجتماعية مثل حقوق العمل والتعليم، وحقوق سياسية مثل حق الانتماء والمشاركة في اختيار الحكومة. وبناء علي هذا التعريف نري الأهمية الكبيرة لحقوق الإنسان فهي تعتبر الضمانة الأساسية لكرامة الإنسان وتحقيق العدالة والمساواة في المجتمع. إنها تضمن حماية الأفراد من التعسف والظلم وتعزز الديمقراطية وحكم القانون. كما يمكن أن تساهم في تعزيز الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي وتعزيز التنمية المستدامة.

وعليه فقد بذلت جهود مضيئة علمية و إقليمية في مجال حماية وترقية حقوق الإنسان، محاولة منها لوضع ضمانات واليات تكفل هذه الحقوق. اولها: ميثاق الأمم المتحدة الذي أولي اهتماما خاصا بمسألة حقوق الإنسان، فأنشأ أكبر منظمة دولية في هذا القرن، تمت الموافقة عليها من قبل خمسين دولة تختلف انتماءاتها الدينية والعرقية واللغوية لتتعهد ب الإلتزام الدولي والقانوني بهذه الحقوق

ثانيا: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، وقد مثلت هذه المرحلة إعلان الحقوق الأساسية والحریات التي ينبغي أن تكون متاحة لجميع البشر

ثالثا: العقود الدولية لحقوق الإنسان 1966، وقد مثلت هذه المرحلة تطورا للإعلان العالمي، وتشمل العقدان الدوليان للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

رابعا: تم تطوير معاهدة إضافية توفر تفصيلا أكثر دقة حول حقوق الإنسان، بما في ذلك معاهدة منع التعذيب واتفاقية حقوق الطفل²³.

22 Patrice MEYER-BISCH, Méthodologie pour une présentation (2004), p (47-85), CLASSER LES systémique des droits Humains DROITS DE L'HOMME, Penser le droit, BRUYLANT, BRUXELLES.



خامسا: في هذا الصدد ظهرت محاولات الإنتقال الي المستوي الإقليمي، وكانت البداية في هذا الصدد الاتفاقيه الأوروبية لحقوق الإنسان 1950، ثم الإتفاقيه الأمريكية لحقوق الإنسان 1969، ثم الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب 1981، وأخيرا الميثاق العربي لحقوق الإنسان²⁴.

سادسا: التطورات الحديثة، والتي شملت تضمين قضايا مثل حقوق المرأة، وحقوق الأقليات، والحقوق البيئية في النقاش الدولي حول حقوق الإنسان.. ولاحقا سوف نسرده هذه الاتفاقيات بشكل أكثر تفصيلا

بمذه الطريقة، تطورت حقوق الإنسان علي مر الزمن لتصبح إطارًا قانونيًا وأخلاقيًا دوليًا ملزمًا يهدف الي حماية وتعزيز كرامة الإنسان في جميع أنحاء العالم. لكن- ومع الأسف- لازالت الأزمة قائمة رغم المحاولات الدولية المستمته لإقامة نظام علمي لا يخفق في حماية حقوق الإنسان لكن تكمن الأزمة الحقيقية في الواقع العملي الذي لا يؤكد وجود حماية علمية حقيقية لحقوق الإنسان والفئات الضعيفة كالمراة والطفل وهو ما يؤكد ضرورة إدخال قواعد وضمانات جديدة فعالة في التطبيق.

ثانيا: الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان

وقبل الحديث عن تحفظات الدول علي اتفاقيات حقوق الانسان، نستعرض اولاً هذه الاتفاقيات بالتسلسل الزمني الذي صدرت فيه. توجد عشر اتفاقيات دولية رئيسية لحقوق الإنسان، وقد قامت كل اتفاقية من هذه الاتفاقيات بإنشاء لجنة من الخبراء لمراقبة تنفيذ الأعضاء لنصوصها، وتكمل هذه الاتفاقيات بروتوكولات اختيارية تتعامل مع القضايا الخاصة وذلك من خلال الفروع الآتية²⁵.

الفرع الأول: اتفاقية منع ومعاقبة جريمة الإبادة الجماعية

²³ A Nussbaum A Concise History of the Law of Nations (1954), 2nd edn Macmillan New York.

²⁴ Koskenniemi Martti, A History of International Law Histories (2012), OUP UNCORRECT PROOF- First Proof, SPI.

²⁵ Universal Declaration of Human Rights, United Nations Department of Public Information, NY.

اعتمدت في باريس في ديسمبر 1948م، وقعت عليها 41 دولة، و نفذت في يناير 1951. وقد اعلنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر 1946م أن الإبادة الجماعية تعد جريمة بمقتضى القانون الدولي تتعارض مع روح الأمم المتحدة وأهدافها ويدينها العالم المتمدن²⁶

الفرع الثاني: الاتفاقية الدولية للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري

اعتمدت في ديسمبر 1965م، وقعت عليها 86 دولة، و نفذت في يناير 1969م. تعهدت الدول الأطراف في تلك المعاهدة بحظر التمييز العنصري والقضاء عليه بكافة أشكاله وبضمان حق كل إنسان دون تمييز في تمتع بكافة الحقوق علي سبيل المثال لا الحصر العدل والأمان، ممارسة السياسة، حرية الحركة، الحق في الإرث والزواج واختيار الزوج، حرية العقيدة والفكر والدين وقائمة طويلة لمختلف الحقوق²⁷.

الفرع الثالث: العهدان الدوليان لحقوق الإنسان

أ- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

اعتمد في ديسمبر 1966م، وقعت عليها 70 دولة، و نفذت في يناير 1976. تعهدت الدول الأطراف في تلك المعاهدة بإحترام حقوق الإنسان بعدّه كائنا إنسانيا، كما نص علي حق المساواة في الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بين الرجال والنساء والحق في العمل وحق التمتع بشروط عمل عادلة وتكوين النقابات وحق الإضراب وحق كل شخص في الضمان الاجتماعي والتأمينات الاجتماعية وحماية الأسرة إلي آخره...

ب- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

اعتمد في ديسمبر 1979م، وقعت عليه 99 دولة، و نفذت في مارس 1976م. ورد فيه حقوقا ذات طبيعة مدنية وسياسية، ونص علي حقوق اخري كحق الملكية، وحق التماس ملجأ في بلد

²⁶ Basic International Treaties for Human Rights (2006), Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, United Nation, New York.

²⁷ Basic International Treaties for Human Rights, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, United Nation, New York, 2006, p. 57.

آخر للتخلص من الاضطهاد. وقد صدر البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية واعتمد في ديسمبر 1966، ونفذ في مارس 1976، وهدف الي ضمان حق الشكوي المقدمة من قبل الأفراد ضد أي دولة مشتكي عليها تكون طرفا في البروتوكول نتيجة لخرقها لأي من الحقوق التي وردت فيه²⁸.

الفرع الرابع: اتفاقية القضاء علي جميع أشكال التمييز ضد المرأة

اعتمد في ديسمبر 1966م، وقعت عليها 70 دولة، ونفذت في ديسمبر 1981م. وقد دعت هذه الاتفاقية بصورة شاملة إلي التساوي المطلق بين المرأة والرجل في جميع المجالات السياسية والاقتصادية والثقافية والمدنية سواء في الأدوار أو الحقوق أو التشريعات. وفي عام 1999م، اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة البروتوكول الاختياري لأفراد تقديم شكاوي الي لجنة القضاء علي التمييز ضد المرأة بشأن الانتهاكات المزعومة لاتفاقية من جانب دولة طرفا فيها. وقد تحفظت الدول العربية والاسلامية علي عدد كبير من نصوص هذه الاتفاقية بالأخص نظرا لإختلاف ما ورد في نصوصها مع الشريعة الإسلامية²⁹.

الفرع الخامس: اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا إنسانية

اعتمدت في ديسمبر 1984م، وقعت عليها 78 دولة، ونفذت في يناير 1987م. وقد أوجبت الاتفاقية علي كل دولة طرف ضرورة اتخاذ إجراءات تشريعية أو إرادية أو قضائية فعالة، أو أية إجراءات أخرى لمنع أعمال التعذيب في أي إقليم يخضع لاختصاصها القضائي³⁰.

الفرع السادس: اتفاقية حقوق الطفل

اعتمدت في نوفمبر 1989م، وقعت عليها 140 دولة، ونفذت في سبتمبر 1990م. ومن اهم الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية: الحق في الحياة، وحق الطفل في الاحتفاظ بهويته الوطنية،

²⁸ علوان، محمد يوسف، والموسي، محمد خليل، مرجع سابق، ص 132.

²⁹ Basic International Treaties for Human Rights, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, United Nation, New York, 2006, pp. 73-89.

³⁰ الأحمد، وسيم (2011)، الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، ص 80.

وحقه بالجنسية، وأيضاً في الرعاية الصحية والاجتماعية، والحق في العيش ضمن أسرة، والحق في التعبير عن الرأي، والحق في الانتساب لعائلته. وقد صدر البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البقاء وفي المواد الإباحية في مايو 2000م، كذلك عدم جواز اشتراك الأطفال في الصراعات المسلحة³¹.

الفرع السابع: الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم
اعتمدت في ديسمبر 1990م، وقعت عليها 34 دولة، ونفذت في يوليو 2003م. وتنص الاتفاقية علي توفير ضمانات واسعة وحقوق يلتزم بها الدول الأطراف لجميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم سواء هاجروا معهم، أو لحقوا بهم في الهجرة، أو ولدوا فيها، أو دخلوا بدون اذن او اوراق رسمية³².

الفرع الثامن: اتفاقية حقوق الأشخاص من ذوي الإعاقة
اعتمدت في ديسمبر 2006م، وقعت عليها 153 دولة، ونفذت في مايو 2009م. تتضمن هذه الاتفاقية اهم الحقوق المقدره لذوي الإعاقة من حيث الحق في المساواة وعدم التمييز من أي نوع، والحق في الحرية والأمن والحياة وحماية وسلامة الشخص، وحق المشاركة في الحياة العامة، وحرية التعبير، والحق في التعليم والعمل، والحق في المعيشة العادلة والرعاية الصحية، والحق في الحياة الثقافية، والاعتراف بالمعاقين علي قدم المساواة مع الآخرين امام القانون³³.

الفرع التاسع: الاتفاقية الدولية لحماية جميع الاشخاص من الاختفاء القسري

³¹ Basic International Treaties for Human Rights, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, United Nation, New York, 2006, pp. 123- 135.

³² Basic International Treaties for Human Rights, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, United Nation, New York, 2006, p. 177.

³³ الأحمّد، وسيم، مرجع سابق، ص 315.

اعتمدت في ديسمبر 2006م، وقع عليها 91 دولة، ونفذت في ديسمبر 2010م. حظرت هذه الاتفاقية الاختفاء القسري والزمّت جميع الدول الأطراف بإحالة مرتكبي جريمة الاختفاء القسري للمحاكمة العادلة. ولم تقتصر هذه الاتفاقية علي مفهوم ضحايا الاختفاء القسري علي المختصين فحسب، بل يشمل أقربائهم ايضاً، وتعترف بحق العائلات في معرفة مصير أقربائها وحق ضحايا الاختفاء القسري في التعويض عن الضرر الذي لحق بهم³⁴.

ثالثاً: تحفظات التشريعات الوطنية في دول مجلس التعاون الخليجي

التحفظ (Reservation) كما عرفته اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المعقودة بين الدول لسنة 1969م في المادة (2/1/د) بأنه: " إعلان من جانب واحد أيا كانت صيغته أو تسميته، تصدره دولة ما عند توقيعها أو تصديقها أو قبولها أو إقرارها أو انضمامها إلي معاهدة مستهدفة به استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة من حيث سريانها علي تلك الدولة³⁵. وفي ضوء جميع تعريفات التحفظ التي تم الإطلاع عليها من جانب المعاهدات الدولية وكذلك التعريفات الفقهية له، تعرفه الباحثة علي انه إعلان تقدمه الدول عند التوقيع علي أو الانضمام إلي موائيق دولية تعنى بحقوق الإنسان. تعتبر التحفظات تقديم استثناءات أو تحفظات على الالتزام الكامل بأحكام الموائيق والاتفاقيات الدولية. يمكن أن تتنوع تحفظات الدول بشكل كبير وتشمل الاحتفاظ بالحق في عدم تطبيق مفردات محددة أو القيام بتعديلات على النص الأصلي للموائيق. ويحكم التحفظ هنا قاعدتان، فمن ناحية يتمثل التحفظ في فصل جزء من المعاهدة عن مجموعها لتعديل الأثر القانوني لهذا الجزء سواء بالزيادة أو النقصان أو باستبعاده كلية، ومن ناحية اخري يجب ان يتم التعبير عن التحفظ وقت التوقيع علي المعاهدة أو وقت التعبير عن الرضا بالالتزام بها³⁶. وتختلف سياسات القبول للتحفظات من موثقة الي اخري حيث يجب علي الدول الأخرى التي تكون عضوة في الموائيق الدولية أن تحدد ما إذا كانت ستقبل التحفظ أو ترفضه.

³⁴الأحمد، وسيم، مرجع سابق، ص 323.

³⁵ مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، تاريخ الدخول 2023/10/23،

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/subdoc.html>

³⁶ سمران فهد المطيري، فهد (2012)، تحفظات الدول الأعضاء في مجلس التعاون الخليجي علي الاتفاقيات

الدولية لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ص 37.

وبالحديث عن الاتفاقات الدولية، فقد حظيت مجموعه من الاتفاقات السالفة الذكر بمصادقة جميع دول الخليج العربي وهي:

أ- الإتفاقية الدولية للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري، والتي كانت دولة الكويت اول من صدقت عليها في 15 أكتوبر 1968م، و آخرهم كانت سلطنة عمان في 2 يناير 2003م.

ب- إتفاقية القضاء علي جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وقد صدقت عليها جميع دول الخليج العربي وأخرهم كانت دولة قطر في 29 ابريل 2009م.

ت- اتفاقية حقوق الطفل والتي كانت دولة الكويت اول من صدقت عليها في 7 يناير 1990، وأخرهم كانت دولة الإمارات العربية المتحدة في 3 يناير 1997³⁷.

ث- اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة: وقعت عليها دولة البحرين في 25 يناير عام 2007، وأخرهم كانت دولة الكويت عام 2013، والتي قدمت إعلان تفسيري بشأن الفقرة 2 من المادة 12 من اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة وتحفظت بشأن المادة 18 الفقرة (1) (أ) و المادة 23 الفقرة 2.

لكن، بعض من هذه الاتفاقيات ايضا لم تحظ بالمصادقة من جانب جميع دول الخليج العربي. من أول هذه الاتفاقيات:

أ- اتفاقية منع ومعاقبة جريمة الإبادة الجماعية: فقد صادقت عليها فقط كل من: المملكة العربية السعودية في 13 يوليو 1950م، ومملكة البحرين في 27 مارس 1990م والتي ابدت تحفظات للإضمام، و دولة الكويت في 7 مارس 1995م.

ب- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية: صادقت عليه دولة الكويت في 21 مايو عام 1996، ومملكة البحرين في 27 سبتمبر 2007، وكانت السعودية تجري مباحثات للتصديق ولكنها لم تصدق الي الآن.

ت- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية: صادقت عليه كل من دولة الكويت في 21 مايو 1996، والبحرين في 20 سبتمبر 2006م، والتي كان لها بعض التحفظات فقد

³⁷ Legal protection of Human rights, Council of Europe, <https://www.coe.int/ar/web/compass/legal-protection-of-human-rights>

فسرت المواد 3 (أي تمييز الجنسي) و18 (حرية الدين) و23 (حقوق الأسرة) في إطار الشريعة الإسلامية ، وهو ما سيتم تناوله بشكل أكثر تفصيلا . ودولة قطر في 21 اغسطس 2018، ورفضت باقي الدول التوقيع والتصديق.

ث- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة: صادقت عليها كل من دولة الكويت في 8 مارس 1996م، والمملكة العربية السعودية في 23 سبتمبر 1997م، ومملكة البحرين في 6 مارس 1998م، ودولة قطر في 11 يناير 2000م.

وبالمثل، حظت بعض الاتفاقيات الاخرى برفض المصادقة من قبل دول الخليج العربي كافة. ومن اول هذه الاتفاقيات:

أ- الإتفاقية الدولية بشأن حماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم: الي يومنا هذا لم توقع اي دولة من دول الخليج العربي علي هذه الاتفاقية، بالنظر الي تقرير حالة الهجرة الدولية لعام 2019 الصادر عن الأمم المتحدة³⁸، وقد يعود هذا لتعارض هذه الاتفاقيات مع التشريعات الوطنية الدخلية التي لازالت تأخذ بنظام الكفيل وما يستتبعه من قيود علي حرية العمال المهاجرين في الحرية والتنقل. كما ترفض هذه الدول مبدأ مساواة العمال المهاجرين التي تفرضه الاتفاقيات الدولية لأسباب اجتماعية وسياسية.

ب- الإتفاقية الدولية بشأن حماية الأشخاص من الاختفاء القسري: لم تصدق اي دولة من دول الخليج العربي الي الآن علي هذه الاتفاقية، ويري الباحث ان هذا يعود الي عدم وجود ارادة سياسية حقيقية الي الالتزام بتلك الإتفاقية وتضمينها في القانون او التشريع الداخلي لكل دولة علي حدا³⁹.

رابعاً: تحفظات دول الخليج علي احكام اتفاقيات حقوق الإنسان التي انضمت إليها

³⁸تقرير حالة الهجرة الدولية لعام 2019: الإتفاق العالمي من أجل الهجرة الأمنة والمنظمة والنظامية في سياق المنطقة العربية، الأمم المتحدة، المرفق الخامس، 2020، ص 184.

³⁹بوغوفيتش، ميليك كولاكوفيك، استجابة الأمم المتحدة للاختفاء القسري- عدم ترك أي ضحية تتخلف عن الركب، وقائع الأمم المتحدة، 30 اغسطس 2021. <https://www.un.org/ar/150045>

بالنسبة الى تحفظات دول الخليج علي اتفاقيات حقوق الإنسان، يُعد تحفظات دول الخليج موضوعاً معقداً يتطلب دراسة دقيقة للتحفظات الدقيقة لكل دولة على حدة. تجدر الإشارة إلى أن التحفظات تتفاوت من دولة إلى أخرى وتعتمد على عدة عوامل، بما في ذلك الثقافة والتشريعات الوطنية والتفسيرات الدينية. وعليه سنحاول توضيح أوجه التحفظات التي أبدتها هذه الدول علي الاتفاقيات التي صادقت عليها.

أ- **اتفاقية منع ومعاقبة جريمة الإبادة الجماعية:** لم تبد السعودية اية تحفظات علي هذه الإتفاقية. أما البحرين فقد ابدت تحفظاً عاماً يفيد أن انضمامها الي الإتفاقية لا يعني اعترافها بإسرائيل كدولة ولا يلزمها بإقامة أية علاقات معها، ويعد هذا تحفظاً عاماً غير باطلا ما دام أنه لم يتنكر لموضوع الإتفاقية والغرض منها. كما ابدت حفظاً أيضاً علي المادة رقم (9) من الإتفاقية مفاده أنه لتقديم أي نزاع في أحكامها علي اختصاص محكمة العدل الدولية بخصوص تفسيرها أو تنفيذها يحتاج الي موافقة صريحة من جميع الأطراف في النزاع في كل حالة علي حدة⁴⁰.

اما دولة الكويت فقد تحفظت علي المدة (20) من الاتفاقية المذكورة والتي تتعلق بحق اللجنة الدولية لمناهضة التعذيب في دعوة أطراف الاتفاقية لدراسة ما يصل إليها من معلومات، وتقديم ملاحظات بشأنها، وإجراء تحقيق سري، و طلب زيارة الدولة في حالة إجراء التحقيق، وذلك انطلاقاً من التمسك بالسيادة الوطنية لدولة الكويت⁴¹.

اما الإمارات فقد وافقت علي الإنضمام بالفعل الي الإتفاقية، ولكنها ابدت تحفظاً يتعلق بالمادة (2/9) بشأن تقديم المنازعات التي تنشأ بين الطرفين فيما يتعلق بتفسير او تطبيق او تنفيذ هذه

⁴⁰ التوافق والإلتزام بالنظام القانوني الدولي، البوابة الوطنية لمملكة البحرين- حقوق الإنسان، <https://bahrain.bh/> . تم الدخول في 2023/10/27.

⁴¹ العنزي، عيسى (2021)، الكويت من أكثر الدول تقيداً بالاتفاقيات الدولية، لجنة الحقوق المدنية والسياسية بالديوان الوطني لحقوق الإنسان، دراسة غير منشورة.

الاتفاقية إلى محكمة العدل الدولية بناء علي طلب أي من أطراف النزاع، إذ إن ذلك يتطلب موافقة جميع أطراف النزاع⁴².

ب- **اتفاقية القضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري**: لم تبد كلا من دولة قطر و سلطنة عمان أية تحفظات علي أحكام هذه الإتفاقية.

اما السعودية فقد ابدت تحفظ عاما- لم يتحدد فيه بند بعينه- علي عدم تطبيق أي حكم من أحكام الاتفاقية لا يكون متفقا مع الشريعة الإسلامية والتشريع الداخلي النافذ فيما يخص المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية وقوانين الأسرة و بحرية الفكر والضمير والديانة. كما تحفظت ايضا علي المادة (22) المتعلقة بموافقة كافة الأطراف ذات الصلة علي إحالة أي نزاع إلي محكمة العدل الدولية للفصل فيه حول تفسير أو تطبيق هذه الإتفاقية ولم تتم تسويته بالتفاوض أو بالإجراءات المنصوص عليها صراحة في الاتفاقية، إذ رفضت السعودية تحويل أي خلاف بين دولتين إلي هذه المحكمة إلا بموافقتها⁴³.

أما دولة الكويت، أكدت بشكل عام ان إنضمامها الي الاتفاقية لا يعني إقرارها ب إسرائيل او إلزامها بإقامة علاقات معها، كما تحفظت علي المادة (22) المتعلقة بسبل حل النزاع بين الأطراف بشأن تفسير أو تطبيق الاتفاقية ونفس البند تحفظت عليه مملكة البحرين ايضا، إذ اعلنت أن ذلك يتطلب موافقة كل أطراف النزاع في كل حالة علي حدة.

و تشابهت مع الكويت دولة الإمارات العربية المتحدة، التي تحفظت علي أن انضمامها الي الاتفاقية لا ينطوي علي أي اعتراف بإسرائيل أو الدخول في أية علاقات معها⁴⁴.

ت- **العهدين الدوليين**: كما اوضحنا سابقا بخصوص العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ان دولتين فقط وهما الكويت، ومملكة البحرين والتي بالمناسبة لم

⁴² إبراهيم آل علي، عائشة، و أحمد علام، وائل (2022)، التحفظات والإعلانات التفسيرية للإمارات علي الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان (دراسة تطبيقية)، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 19، العدد3، الشارقة، الإمارات، ص 503.

⁴³ بن عبيد الحرني، مبارك ، العنصرية وجهود المملكة العربية السعودية في التصدي لها، ورقة بحثية، جامعة الأمير سطاتم بن عبد العزيز، الخرج، السعودية، ص 802- 805.

⁴⁴ إبراهيم آل علي، عائشة، و أحمد علام، وائل، مرجع سابق، ص 499.

تبد أية تحفظات، هم من صدقوا علي الإتفاقية، في حين لم تصدق عليها باقي دول الخليج العربي.

وقد ابدت دولة الكويت تحفظات علي المادة (3/2) المتعلقة بممارسة الحقوق المدونة في العهد دون تمييز والتي تنص بأنه: "يجوز للأقطار النامية مع الاعتبار الكافي لحقوق الإنسان و لاقتصادها الوطني، أن تقرر المدني الذي تضمن عنده الحقوق الاقتصادية المعترف بها في الإتفاقية الحالية بالنسبة لغير المواطنين. كما تحفظت علي المادة (3) التي تتعلق بتأمين المساواة بين الرجال والنساء في التمتع بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. والبند رقم (9) الذي ينص علي حق كل فرد في الضمان الإجتماعي والتأمين الإجتماعي ويرجع هذا للتشريع الداخلي لدولة الكويت والذي لا يطبق أحكام الضمان الاجتماعي لغير الكويتيين. كما تحفظت الكويت علي المادة (1/8-د) التي تتعلق بالحق في الإضراب وهو ما رفضته واحتفظت لنفسها بحق عدم تطبيق أحكام المادة⁴⁵. أما بخصوص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، فقد صدقت عليه ثلاث دول فقط وهم الكويت ومملكة البحرين و دولة قطر.

لم تبد البحرين أية تحفظات علي أحكام هذه الإتفاقية. أما دولة الكويت فقد أبدت تحفظا علي المادة (1/2) التي تقضي بعدم التمييز من أي نوع، وتبعثها بتحفظ علي المادة (3) التي تنص علي ضمان مساواة الرجال والنساء في التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية والرجوع في هذا الأمر للمشرع الكويتي. كما تحفظت علي المادة (2/25) التي تنص علي حق كل مواطن في الانتخاب لتعارضها مع القانون الكويتي الانتخابي، وعدم انطباق هذا الحق علي رجال الشرطة والقوات المسلحة⁴⁶.

أما عن دولة قطر وكما اوضحنا سابقا انها اخر من انضم لهذه الإتفاقية، فكان لها النصيب الأكبر من التحفظات، فقد تحفظت علي المادة رقم (3) فيما يتعلق بأحكام ورائة الحكم لمخالفتها للأحكام الواردة في المادة (8) من الدستور القطري، والمادة (4/23) لمخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية. كما ابدت تحفظها علي الإعلانات حيث فسرت مصطلح "العقوبة" الوارد في المادة

⁴⁵ تقرير دولة الكويت الدوري الثالث الخاص بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أمام لجنة حقوق الإنسان
بالأمم المتحدة، <https://www.aljarida.com/articles/1466590728310778500>

⁴⁶ تقرير دولة الكويت الدوري الثالث الخاص بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أمام لجنة حقوق الإنسان
بالأمم المتحدة، المرجع السابق.

(7) من العهد وفقاً للتشريعات القطرية النافذة، وأحكام الشريعة الإسلامية. و الفقرة (2) من المادة (18) من العهد بأنه لا يُفهم منها مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، وتحتفظ الدولة بحق تنفيذ هذه الفقرة وفقاً لهذا الفهم. كما تُفسر دولة قطر أن المقصود بالنقابات وما يتعلق بها الواردة في المادة (22) من العهد هو ما يتفق مع أحكام قانون العمل والتشريعات الوطنية، وتحتفظ دولة قطر بحق تنفيذ هذه المادة وفقاً لهذا الفهم. ايضاً فسرت أحكام الفقرة (2) من المادة (23) من العهد بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وتحتفظ الدولة بحق تنفيذ هذه الفقرة وفقاً لهذا الفهم. واخيراً أن أحكام المادة (27) من العهد بأن المجاهرة بالدين وإقامة الشعائر تقتضي عدم مخالفة أحكام النظام العام والآداب العامة أو حماية السلامة العامة والصحة العامة أو حقوق الآخرين وحررياتهم الأساسية⁴⁷.

ث- اتفاقية القضاء علي جميع اشكال التمييز ضد المرأة (سيداو): تلك الاتفاقية

صادقت عليها جميع دول الخليج العربي ولكنها ابدت تحفظاتها انطلاقاً من تعارض بعض احكامها مع الشريعة الإسلامية أو مع الدساتير الوطنية. وتمحورت التحفظات حول المواد (2)، (7)، (9)، (15)، (16)، (29)⁴⁸.

و ابدت المملكة العربية السعودية تحفظاتها علي المادة رقم 16 المتعلقة بالمساواة بين الرجل والمرأة كونها تتعارض مع الشريعة الإسلامية وايضاً مع القوانين المنظمة للأحوال الشخصية وقانون الاسرة. كما تحفظت علي المادة (1/29)، واعلنت انها غير ملزمة بما ورد فيها بأن يعرض للتحكيم أي خلاف ينشأ بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف حول تفسير أو تطبيق هذه الإتفاقية ولا يسوي عن طريق المفاوضات وذلك بناء علي طلب واحدة من هذه الدول، وإذا لم يمكن الأطراف خلال ستة أشهر من تاريخ طلب التحكيم من الوصول إلي اتفاق علي تنظيم أمر

⁴⁷ منشور وزارة العدل رقم (40) لسنة 2018 بالموافقة علي انضمام دولة قطر إلي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، البوابة القانونية القطرية، العدد 15، 2018/10/21، ص 45.

⁴⁸ نصت هذه المواد بالترتيب علي حظر التمييز في دساتير الدول وتشريعاتها، الحياة السياسية، منح الجنسية للمرأة، المساواة بين الرجل والمرأة في الأهلية القانونية وقوانين السفر والإقامة، قوانين الزواج والأسرة، واخيراً المادة 29 التي تتعلق برفع الخلاف في تفسير الاتفاقية أو تطبيقها بين الدول الأطراف إلي محكمة العدل الدولية.

التحكيم، جاز لأي من أولئك الأطراف إحالة النزاع إلى محكمة العدل الدولية بطلب يقدم وفقا للنظام الأساسي للمحكمة⁴⁹.

أما دولة الإمارات العربية المتحدة فقد تحفظت على أحكام نصوص المواد الأتية المادة (2) التي تتعلق ببند التمييز لأنه مخالف لأحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، والبند (9) والتي تتعلق بقوانين منح الجنسية لأنها تري ان هذا الأمر له ضوابطه وشروطه في القانون الداخلي ولا ضرورة للإلتزام به، والبند (2/15) لتعارضه مع احكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالمساواة بين المرأة والرجل في الأهلية القانونية وقوانين السفر والإقامة، والبند (1/16) اعلنت الإمارات أن التزامها بهذه المادة سيكون إلى المدى الذي لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، حيث رأت أن الزوج عليه التزام بالمهر قبل الزواج والنفقة بعد الزواج كما ان له حق الطلاق، وللزوجة ذمتها المالية المستقلة، ولها الحق في الطلاق ولكن بحكم القضاء في حالة الإضرار بها. اما المادة (1/29) تتعلق برفع الخلاف في تفسير الاتفاقية أو تطبيقها بين الدول الأطراف إلى محكمة العدل الدولية، إذ تحفظت على هذه أحكام هذه الفقرة استناداً إلى أنها تخالف المبدأ العام الذي يقضي بأن تتم إحالة أي قضية إلى هيئة تحكيم بموافقة الطرفين، كما أنها قد تشكل منفذاً لبعض الدول لمقاضاة دول أخرى في الدفاع عن مواطنيها، وقد تحال القضية إلى اللجنة المعنية بمناقشة تقارير الدول التي فرضتها الاتفاقية، ويتم إصدار قرار ضد هذه الدولة لانتهاكها أحكام هذه الاتفاقية. لذلك، فإن الإمارات العربية المتحدة رأت التحفظ على أحكام هذه القوة ولا تري ضرورة الإلتزام بها⁵⁰.

وكذلك البحرين أبدت نفس التحفظات التي أبدتها دولة الإمارات التي تتعلق بالمساواة بين الرجل والمرأة فيما يخص الزواج، وحتى أمام القانون، وتمثل هذا في تحفظها على المادة (2) لأنها اعتبرت ان تنفيذ هذا البند بالذات يدخل في إطار سيادة الدولة، والمادة (9) المتعلقة بمنح الجنسية للمرأة ايضاً تعد شأنًا داخلياً تنظمه وتضع شروطه وضوابطه القانون الوطني. والمادة (2/9) التي تتعلق بمنح النساء حقوقاً متساوية فيما يتعلق بجنسية أطفالهن وذلك لتعارضها مع قانون الجنسية البحرينية. و المادة (4/15) التي تتعلق بجرية المرأة في الحركة والتنقل والذي يخالف الشريعة الإسلامية التي تلزم الزوجة بالتواجد في مسكن زوجها. والمادة (16) التي تتعلق بالأسرة التي هي

⁴⁹ الطرايرة، مُجد محمود (2015)، المرأة واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدها (سيداو)، مركز باحثات لدراسات المرأة، الرياض، السعودية.

⁵⁰ إبراهيم آل علي، عائشة، و أحمد علام، وائل، مرجع سابق، ص ص 501-503.

نواة المجتمع كمؤسسة اجتماعية تحكمها القيم وهو ما يتعارض في احكامه مع الشريعة الإسلامية⁵¹، والمادة (1/29) فيما يتعلق بالجوء الي التحكيم بين الدول الأطراف في الإتفاقية والإحالة إلي محكمة العدل الدولية في حال الخلاف في تفسير او تطبيق الإتفاقية، فإن ذلك يتطلب موافقة جميع الأطراف. والمادة (15) التي تعطي النساء أهلية قانونية للسفر والإقامة، والتي أعتبرته البحرين مخالف للضوابط المجتمعية وقد يعرض الفتاه الي الإنحلال عند السفر بمفردها او الإستقلال عن والديها بالسكن بعيداً عنهم⁵².

اما دولة الكويت، فقد شملت تحفظاتها اربع قضايا منها المادة (2/9) التي تنص على ان تمنح الدول الاطراف المرأة حقها مساويا لحق الرجل في ما يتعلق بجنسية اطفالها باعتبار ان ذلك يتعارض مع قانون الجنسية الكويتية، وكذلك المادة (16) التي تنص على نفس الحقوق والمسؤوليات في الولاية والقوامة والوصاية على الاطفال وتبنيهم لتعارضها مع احكام الشريعة الاسلامية، وكذلك المادة (1/29) التي تنص على ان يعرض للتحكيم اي خلاف ينشأ بين دولتين او اكثر من الدول الاطراف حول تفسير او تطبيق هذه الاتفاقية ولا يسوى عن طريق المفاوضات، بالإضافة الي المادة(7) الخاصة بالمشاركة السياسية للمرأة⁵³، مع العلم ان حكومة الكويت ابلغت الأمين العام بإشعار في 9 ديسمبر 2005، بقرارها التحفظ الذي يتعلق بالمادة 7(أ)، الذي كانت قد أبدته لدي انضمامها إلي الإتفاقية، وجاء هذا بعد تعديل مجلس الأمة قرارة بمشاركة النساء في الانتخابات والحياة السياسية وليس الذكور فقط.

أما دولة قطر، فقد شملت تحفظاتها الأتي: المادة(2/أ) فيما يتعلق بالقواعد الوراثية لانتقال السلطة، لأنها تتعارض مع أحكام المادة 8 من الدستور. المادة (2/9)، لأنها تتعارض مع أحكام قانون الجنسية القطرية. المادة (1/15) فيما يتعلق بمسائل الإرث والشهادة لمخالفاتها أحكام الشريعة

⁵¹ مذكرة توضيحية بأهم القضايا التي تناولتها اتفاقية القضاء علي كافة أشكال التمييز ضد المرأة، موقع الأمم المتحدة الرسمي في شأن الإتفاقيات الدولية، <https://research.un.org/ar/docs/law/treaties>، تم الاطلاع في 2023/10/26.

⁵² الصياغة السابقة والجديدة لتحفظات البحرين علي اتفاقية القضاء علي جميع أشكال التمييز ضد المرأة(سيداو)، جريدة الأيام، العدد 9860، 2016/4/7.

⁵³ اتفاقية القضاء علي جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اجتماع الدول الأطراف في اتفاقية القضاء علي جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الاجتماع الرابع عشر، 2006/6/23، ص 41.

الإسلامية. المادة (4/15) لمخالفاتها أحكام قانون الأسرة والأعراف السائدة. المادة (1/16) (أ) و (ج)، لمخالفاتها أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة. كما صدرت عن دولة قطر إعلان تضمن الأتي: أن جميع تشريعاتها الوطنية ذات الصلة تصب في مصلحة تشجيع التكافل الاجتماعي، بالإضافة إلى الإعلانات عن المواد (1)، (5/أ) و (1/29)، حيث تقبل حكومة قطر نص المادة (1) من الاتفاقية بشرط أن لا يقصد من عبارة " بغض النظر عن حالتها الزوجية" الواردة في هذه المادة تشجيع العلاقات الأسرية خارج إطار الزواج الشرعي وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات القطرية. وتحتفظ بحق تنفيذ الاتفاقية وفقا لهذا المفهوم. أعلنت دولة قطر أيضا بأن مسألة تغيير الأنماط الواردة في المادة (1/5) ينبغي الا يفهم منها تشجيع المرأة للتخلي عن دورها كأم ومربية مما يؤدي الى خلخلة كيان الأسرة. كما انها غير ملزمة بما ورد في الفقرة 2 من المادة (29)⁵⁴.

ولم تختلف سلطنة عمان عما سبقوها من دول الخليج، بل تحفظت تقريبا علي نفس المواد التي لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية وما يخص القوانين والتشريعات الداخلية المعمول بها في السلطنة. ومن هذه المواد علي وجه الخصوص المادة (2/9)، والمادة (4/15) والمادة (16)، والمادة (1/29) .

ج- إتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية او اللاإنسانية⁵⁵:

كانت الكويت من اول الدول التي صدقت علي الإتفاقية ولكنها تحفظت علي المواد (20) من قبيل التمسك بالسيادة الوطنية والتدخل في سيادة الدولة نظرا لإجراء تحقيقات وتقديم ماحظات من قبل اللجنة الدولية عند فحص اي شكوي. والمادة (1/30) التي تتعلق بحل النزاعات واشترت موافقة جميع الدول المعنية. ولم تختلف تحفظات المملكة العربية السعودية عن دولة الكويت فقد ابدت نفس التحفظات تقريبا

⁵⁴ الجناحي، عبد العزيز مصطفي (2012)، تقييم تحفظات دولة قطر علي بنود إتفاقية القضاء علي جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، دولة قطر، ص 41.

⁵⁵ GCC: Joint Security Agreement Imperils Rights, Vaguely Worded Provisions Endanger Free Expression, Privacy, Human Rights Watch Report, 26/4/2014.

. ومثيلتها مملكة البحرين، ولكن يجدر الإشارة انها سحبت تحفظها علي المادة (20)

في اغسطس 1998.

أما دولة قطر فقد أبدت تحفظا عاما بكل ما يتعارض مع احكام الاتفاقية والشريعة الإسلامية والتشريع الداخلي الوطني. كما تحفظت علي المادتين (21)، (22)، المتعلقةتين بصلاحيات لجنة مناهضة التعذيب، إذ لم تعترف بتلك الصلاحيات.

ح- **اتفاقية حقوق الطفل:** لم تبد البحرين أي تحفظ علي احكام هذه الإتفاقية. أما السعودية فأبدت تحفظا عاما بشأن عدم التزامها بأي مبدأ يتعارض مع الشريعة الإسلامية في احكام الاتفاقية. أما دولة الإمارات فقد تحفظت علي المادة (2،1/7) المتعلق بجنسية الطفل لان مسألة الجنسية تعد شأن داخلي تختص به التشريعات الوطنية، والمادة (14) التي تتعلق بحرية الطفل في العقيدة والدين بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية. والمادة(17) التي تتعلق بحق الطفل في الحصول علي المعلومات من المصادر الدولية والوطنية، اقرت به ولكن في ضوء ما تقرره الأنظمة والقوانين والقيم الثقافية. والمادة(21) التي تتعلق بالتبني، إذ أبدت التزامها بالشريعة الإسلامية التي لا تجيز التبني⁵⁶. وهي نفس المادة التي اعترضت عليها دولة الكويت، واعلنت بخصوص المادة(7) بحق الطفل في الجنسية، بأنها تكفل منح جنسيتها للطفل مجهول الأبوينالذي يولد علي ارضها.

ولم تختلف دولة قطر عن باقي دول الخليج، غير انها سحبت تحفظها جزئيا فيما يخص عدم الزامها بأي من المواد الذي لا يتوافق مع الشريعة الإسلامية، ولم يبق إلا في النطاق المحدود في إطار أحكام المادتين (2) المتعلقة بحظر التمييز من أي نوع، والمادة (22) المتعلقة بالتدابير الملائمة التي تكفل للطفل الذي يسعى للحصول علي مركز لاجئ فمن حقه التمتع بالمعاملة والمساعدة الإنسانية.

واخيرا سلطنة عمان التي تحفظت تحفظاً عاما انها غير ملزمة علي كل ما يرد من التزامات تتعارض مع الشريعة الإسلامية، والمادة (21) التي تتعلق بالتبني. والمادة (7) المتعلقة بجنسية الطفل فتطبيقه وفقا لقانون الجنسية. والمدة (14) المتعلقة بحق الطفل في حرية الدين. والمادة (30) التي تسمح

⁵⁶ 56 إبراهيم آل علي، عائشة، و أحمد علام، وائل، مرجع سابق، ص 504.

للأطفال المنتمين إلى أقليات دينية بالجهر بعقيدتهم. والمادة (4/9) التي تتعلق بالتزام الدول الأطراف بتوفير معلومات عن أعضاء الأسرة، فقد طلبت إضافة مجال يتعلق بالسلامة العامة.

خلاصة الأمر، بعد الحديث عن التحفظات التي قدمتها دول الخليج علي اتفاقيات حقوق الإنسان، وبالنظر الي هذه التحفظات وتحليلها نجد انها تتفاوت من دولة الي اخري وتعتمد علي عدة عوامل، بما في ذلك الثقافة والتشريعات الوطنية والتفسيرات الدينية، ولكن يمكن حصر اسبابها او دوافعها في الآتي:

اولا: التحفظات الدينية والثقافية: بعض الدول قد تُقدم تحفظات بناءً على تفسيرات دينية أو ثقافية تتعارض مع بعض أحكام الاتفاقيات. على سبيل المثال، تحفظت بعض الدول على بنود تتعلق بحقوق المرأة، مثل الزواج والطلاق والإرث.

ثانيا: تحفظات بناء علي القوانين المحلية: قد تُقدم تحفظات لتوافق الاتفاقيات مع التشريعات المحلية والنظم القانونية للدول. على سبيل المثال، تحفظت بعض الدول على بنود تتعلق بحقوق العمال والاتحادات النقابية.

ثالثا: التحفظات لحقوق الأقليات: قد تتضمن التحفظات تقديم استثناءات أو تحفظات بشأن حقوق الأقليات العرقية أو الدينية.

رابعا: تحفظات تتعلق بحقوق القوات المسلحة: في بعض الحالات، تتعلق التحفظات بحقوق القوات المسلحة والموقف العسكري.

خامسا: تحفظات مؤقتة: بعض الدول قد تُقدم تحفظات مؤقتة تستند إلى ظروف معينة قد تؤدي إلى تعليق تنفيذ بعض الأحكام.

مما يفرز تحديات حقيقية امام دول الخليج العربي بشأن العديد من القضايا كحرية التعبير والصحافة، حقوق المرأة ، حقوق العمال، حرية التجمع والتظاهر، وأخيرا القضاء ونظام العدالة فهنالك مخاوف بشأن استقلالية القضاء ونظام العدالة في بعض الدول الخليجية. يتعين على القضاء أن يكون مستقلاً وعادلاً لضمان حماية حقوق الإنسان.

خامسا: تأثير التحفظات علي حقوق الانسان

بعد الحديث عن تحفظات دول مجلس التعاون الخليجي علي اتفاقيات حقوق الإنسان، يأتي سؤال هام اردت هذه الورقة العلمية الإجابة عليه هل لهذه التحفظات بشكل عام تأثير علي حقوق

الإنسان في الممارسة اليومية كمواطن له ما له من الحقوق وعليه واجبات وطنية وإنسانية؟. بالطبع للتحفظات تأثير علي ممارسة الإنسان لحقوقه اليومية نخصرها في الآتي:

أولاً: قيود علي المساواة بين الأفراد، علي سبيل المثال إذا قررت دولة التحفظ علي مادة تتعلق بالمساواة بين الجنسين في اتفاقية حقوق الإنسان، فإنها قد تكون غير قادرة علي تطبيق تلك المادة بشكل فعال في القانون المحلي.

ثانياً: التأثير علي حرية التعبير، التحفظات قد تستخدم لقيود علي حرية التعبير وحرية الصحافة. دولة قد تحفظ علي مواد تتعلق بحرية التعبير بحيث يتم تقييدها بما يتناسب مع تفسير الدولة لهذه الحريات.

ثالثاً: تقييد حرية الديانة، بعض الدول تستخدم التحفظات لتقييد حرية الديانة والمعتقد. علي سبيل المثال، قد تكون هناك تحفظات تسمح للدول بتجريم أو تقييد ممارسة ديانة أو معتقد معين. رابعاً: تأثير علي حقوق الأقليات، التحفظات يمكن أن تؤثر علي حقوق الأقليات وتؤدي إلى تمييز ضدها. علي سبيل المثال، قد تحفظ دولة بما يسمح لها باتخاذ إجراءات تمييزية ضد الأقليات علي أساس العرق أو الديانة⁵⁷.

ولهذا فهناك ضرورة دائمة لمراقبة ومراجعة التحفظات وتعديلها إذا لزم الأمر، نظراً لأسباب عديدة أولها:

*تطور الأوضاع التي تتغير مع مرور الوقت، ومن ثم تكون الحاجة الي تغييرات جديدة لضمان تطابقها مع التطورات في مجال حقوق الإنسان.

* ايضاً مراجعة الفاعلية حيث يجب مراجعة التحفظات بانتظام لتقييم فعاليتها ومدى توافقها مع التزامات حقوق الإنسان. إذا تبين أن التحفظات تعيق تنفيذ حقوق الإنسان بشكل كبير، يجب علي الدولة إعادة النظر في تلك التحفظات.

* تشجيع الحوار والتوعية العامة: يمكن استخدام الحوار بين الدول ومنظمات حقوق الإنسان لتحفيز تعديل التحفظات. يمكن للمنظمات الدولية والمجتمع الدولي بشكل عام أن يلعبوا دوراً مهماً في تشجيع الدول علي تعديل التحفظات التي تعتبر غير ملائمة. كما أن توعية الجمهور

⁵⁷ الغنيمي، محمد طلعت (1982)، الوسيط في قانون السلام: القانون الدولي العام أو قانون الأمم زمن السلم، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية.

بأهمية مراجعة وتعديل التحفظات يمكن أن تمهد الطريق للمزيد من الضغط لإجراء التغييرات اللازمة في هذا الصدد.

سادسا: دور الهيئات الدولية والمنظمات غير الحكومية

لكن ينبغي علينا الاعتراف أنه تمت مراقبة بعض التطورات الإيجابية في مجال حقوق الإنسان في دول مجلس التعاون الخليجي، ويشمل هذا: إصدار بعض الدول لقوانين ولوائح جديدة لحماية حقوق العمال وتحسين ظروف العمل، تعزيز حقوق المرأة من خلال قوانين تشجيعية وتوجيهات لزيادة مشاركتها في مجموعة متنوعة من المجالات، إصدار بعض الدول للتشريعات التي تعزز حقوق الأطفال وتحميهم، وتفعيل الدول لأجهزة حقوق الإنسان ومؤسسات مستقلة لمراقبة تنفيذ واحترام حقوق الإنسان⁵⁸. مع ذلك لا تزال هناك العديد من التحديات والمسائل غير المحلولة التي تواجه حقوق الإنسان في المنطقة، ومراقبة تطورات الوضع والعمل على تحقيق التحسينات المستدامة تظل ضرورية. وتعد لهذا ادوار الهيئات والمنظمات الدولية وغير الحكومية مهمة جداً في مجال حقوق الإنسان في دول مجلس التعاون الخليجي، حيث تسعى هذه المنظمات إلى مراقبة وتعزيز حقوق الإنسان والحريات الأساسية في هذه الدول، والعمل على ضمان احترامها والالتزام بها، نظرا لقيامها ببعض الأدوار في هذا السياق كرصده انتهاكات حقوق الإنسان عند قيامها بجمع المعلومات والبيانات حول انتهاكات حقوق الإنسان في دول مجلس التعاون الخليجي. ذلك يتضمن توثيق الحالات والأحداث التي تنتهك فيها حقوق الإنسان والتقارير حولها. إلى جانب دورها في توعية الجمهور وتثقيفه حول حقوق الإنسان والقوانين الدولية المتعلقة بها. يمكن أن تنظم ورش عمل وحملات توعية ونشر معلومات لزيادة الوعي بمسائل حقوق الإنسان. كما أن دورها في الضغط الدولي علي حكومات الدول -يشمل ذلك التقديم للجهات الدولية بشكاوى وتقارير حول انتهاكات الحقوق الإنسان- له صدها الواسع في التأثير علي الحكومات. إضافة إلى دعم الضحايا كالأفراد والمجتمعات المتضررة من انتهاكات حقوق الإنسان. ذلك يشمل الدعم القانوني والنفسي والمساعدة الإنسانية. وتقديم توصيات ومشورة للحكومات المحلية حول تحسين حقوق الإنسان والالتزام بالتزاماتها الدولية. وأخيرا العمل جنب الي جنب مع هيئات الدولة المعنية بحقوق

D. Gaer Felice(1995), Reality Check: Human Rights ⁵⁸

Nongovernmental Organizations Confront Governments at the United Nations, Third World Quarterly, Vol 16, No 3.

الإنسان مثل الأمم المتحدة والمفوضية السامية لحقوق الإنسان لتحقيق تقدم في مجال حقوق الإنسان.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع الانجليزية

- 1- Patrice MEYER-BISCH, Méthodologie pour une présentation systémique des droits Humains (2004), p (47-85), CLASSER LES DROITS DE L'HOMME, Penser le droit, BRUYLANT, BRUXELLES.
- 2- A Nussbaum A Concise History of the Law of Nations (1954), 2nd edn Macmillan New York.
- 3- Koskenniemi Martti, A History of International Law Histories (2012), OUP UNCORRECT PROOF- First Proof, SPI.
- 4- Universal Declaration of Human Rights, United Nations Department of Public Information, NY.
- 5- Basic International Treaties for Human Rights (2006), Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, United Nation, New York.
- 6- Legal protection of Human rights, Council of Europe, <https://www.coe.int/ar/web/compass/legal-protection-of-human-rights>
- 7- **GCC: Joint Security Agreement Imperils Rights, Vaguely Worded Provisions Endanger Free Expression, Privacy, Human Rights Watch Report, 26/4/2014.**
- 8- D. Gaer Felice (1995), Reality Check: Human Rights Nongovernmental Organizations Confront Governments at the United Nations, Third World Quarterly, Vol 16, No 3.

- 9- GM Ferreira and MP Ferreira-Snyman, The impact of treaty reservations on the establishment of an international human rights regime, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 38, No. 2(JULY 2005).
- 10- Eric Neumayer, Qualified Ratification: Explaining Reservations to International Human Rights Treaties, The Journal of Legal Studies, Vol. 36, No. 2 (June 2007).

ثانياً: المراجع باللغة العربية

- 1- علوان، مُجَّد يوسف، والموسي، مُجَّد خليل (2009)، القانون الدولي لحقوق الإنسان- المصادر ووسائل الرقابة، الجزء الأول، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى
- 2- الدباس، علي مُجَّد صالح، عليان مُجَّد أبوزيد، علي (2005)، حقوق الإنسان وحرياته ودور شرعية الاجراءات الشرطية في تعزيزها : دراسة تحليلية لتحقيق التوازن بين حقوق الانسان و حرياته وامن المجتمع : تشريعيا، وفقها، وقضاء، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- 3- زيادة، رضوان (2000)، مسيرة حقوق الإنسان في الوطن العربي، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان.
- 4- بن عثمان، فوزية، حقوق الإنسان العالمية وخصوصية الفعل الوطني في حمايتها، ورقة بحثية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر.
- 5- الرشيد، احمد، السيد حسين، عدنان (2002)، حقوق الإنسان في الوطن العربي، الطبعة الأولى، دار الفكر دمشق، سورية ودار الفكر المعاصر بيروت، لبنان.
- 6- الدريني، فتحى، الحق ومدي سلطان الدولة في تقييده (2008)، مؤسسة الرسالة، جامعة دمشق، سوريا.
- 7- الأحمد، وسيم (2011)، الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان.

- 8- مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، تاريخ الدخول 2023/10/23،
<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/subdoc.html>
- 9- سمران فهد المطيري، فهد (2012)، تحفظات الدول الأعضاء في مجلس التعاون الخليجي علي الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط.
- 10- تقرير حالة الهجرة الدولية لعام 2019: الإتفاق العالمي من أجل الهجرة الأمنة والمنظمة والنظامية في سياق المنطقة العربية، الأمم المتحدة، المرفق الخامس، 2020.
- 11- بوغوفيتش، ميليك كولاكوفيك، استجابة الأمم المتحدة للاختفاء القسري- عدم ترك أي ضحية تتخلف عن الركب، وقائع الأمم المتحدة، 30 اغسطس 2021.
<https://www.un.org/ar/150045>
- 12- التوافق والإلتزام بالنظام القانوني الدولي، البوابة الوطنية لمملكة البحرين- حقوق الإنسان، [/https://bahrain.bh](https://bahrain.bh) . تم الدخول في 2023/10/27.
- 13- العنزي، عيسى (2021)، الكويت من أكثر الدول تقيدا بالاتفاقيات الدولية، لجنة الحقوق المدنية والسياسية بالديوان الوطني لحقوق الإنسان، دراسة غير منشورة
- 14- إبراهيم آل علي، عائشة، و أحمد علام، وائل (2022)، التحفظات والإعلانات التفسيرية للإمارات علي الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان (دراسة تطبيقية)، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 19، العدد 3، الشارقة، الإمارات.
- 15- بن عبيد الحربي، مبارك ، العنصرية وجهود المملكة العربية السعودية في التصدي لها، ورقة بحثية، جامعة الأمير سطاتم بن عبد العزيز، الخرج، السعودية.
- 16- تقرير دولة الكويت الدوري الثالث الخاص بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أمام لجنة حقوق الإنسان بالأمم المتحدة،
<https://www.aljarida.com/articles/1466590728310778500>

- 17- منشور وزارة العدل رقم (40) لسنة 2018 بالموافقة علي انضمام دولة قطر إلي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، البوابة القانونية القطرية، العدد 15، 2018/10/21.
- 18- الطرايرة، مُجد محمود (2015)، المرأة واتفاقية القضاء علي جميع أشكال التمييز ضدها (سيداو)، مركز باحثات لدراسات المرأة، الرياض، السعودية.
- 19- اتفاقية القضاء علي جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اجتماع الدول الأطراف في اتفاقية القضاء علي جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الاجتماع الرابع عشر، 2006/6/23.
- 20- الجناحي، عبد العزيز مصطفى (2012)، تقييم تحفظات دولة قطر علي بنود اتفاقية القضاء علي جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، دولة قطر.
- 21- الغنيمي، مُجد طلعت (1982)، الوسيط في قانون السلام: القانون الدولي العام أو قانون الأمم زمن السلم، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الأسكندرية.

دور القاضي المدني في مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري

The role of the civil judge in confronting practices restricting competition in Algerian law

د. قرطبي سهيلة

أستاذة محاضرة - أ - كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر

souhilah70@live.fr

الملخص:

على الرغم من ان مجلس المنافسة هو الجهاز المختص الذي تم إنشاؤه من طرف المشرع الجزائري لمواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة، لكن وجود هذا الأخير لا يقضي أبدا مساهمة القضاء العادي في حماية المنافسة الحرة. فالقاضي المدني هو الوحيد المختص للنظر في بطلان الممارسات المقيدة للمنافسة وكذا التعويض اللاحق بضحايا هذه الممارسات. الكلمات المفتاحية: القاضي المدني- الممارسات المنافية للمنافسة - البطلان - التعويض .

Abstract :

Although the Competition Council is the competent body that was created by the Algerian legislator to confront practices restricting competition, the presence of the latter does not at all exclude the contribution of the ordinary judiciary to protecting free competition. The civil judge is the only one competent to consider the invalidity of practices restricting competition, as well as the subsequent compensation for the victims of these practices.

Keywords: civil judge - anti-competitive practices - invalidation - compensation.

المقدمة

يعد مبدأ حرية المنافسة احد المظاهر الأساسية في التنظيم الحر لاقتصاديات الدول التي تأخذ في سيرها منحى الليبرالية الرأسمالية وبما تفرضه من منافسة بين المؤسسات وسهولة الوصول إلى المستهلكين ،هذا الوضع لن يتحقق إلا بالسماح للمتعاملين الاقتصاديين من ممارسة أنشطتهم الاقتصادية المسموح بها من الدخول إلى السوق وحرية التنقل فيه.

غير إن تكريس مبدأ المنافسة الحرة يعتبر من أهم العوامل التي تؤدي إلى خلق بيئة تنافسية فعالة ، وتحت تأثير المنافسة يلجأ المتعاملون الاقتصاديون في كثير من الأحيان إلى استعمال أساليب تتنافى مع قواعد المنافسة الحرة لتلبية حاجيات المستهلكين وتحقيق الأرباح مما يفرض عليهم بذل قصارى جهدهم في مجال البحث والتطوير والإبداع ومن اجل تحقيق ذلك قد يحاول البعض منهم تقليص عدد منافسيهم او إقصاءهم من السوق ، بوسائل غير مشروعة توصف بالممارسات المقيدة للمنافسة.

ولوضع حد لهذه الممارسات كان لا بد من إنشاء جهاز خاص متمثل في مجلس المنافسة لتنظيم المنافسة وضبطها ، إلا انه رغم اعتباره هيئة مختصة ومتخصصة منح لها صلاحيات واسعة ، إلا ان نصوص قانون المنافسة ، تؤكد أن مجلس المنافسة ليس الوحيد الذي يملك الاختصاص في تطبيق تشريع المنافسة ،حيث منح للهيئات القضائية صلاحية حماية مبدأ حرية المنافسة لتضمن التصدي لكل ممارسة تعرقل السير الطبيعي للسوق ،حيث يختص القاضي العادي بالنظر في دعوى بطلان الممارسات المقيدة للمنافسة والتعويض عن الأضرار الناتجة عنها.

لذلك ولإثراء هذه الفكرة ارتأينا طرح الإشكالية التالية : ما مدى مساهمة القاضي المدني في مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة في التشريع الجزائري وللإجابة عن هذه الإشكالية قمنا بتقسيم الدراسة الى مبحثين تناولنا في المبحث الأول اختصاص القاضي المدني في تسليط الجزاءات المدنية في مجال المنافسة اما المبحث الثاني فخصصناه للصعوبات التي يثيرها تطبيق الجزاءات المدنية على الممارسات المقيدة.

المبحث الأول: مساهمة القاضي المدني في تسليط الجزاءات المدنية في مجال المنافسة
تختص الجهات القضائية المدنية في إبطال الالتزامات أو الشروط التعاقدية المخلة بقواعد المنافسة وكذا التعويض عن الضرر الناجم عن الممارسة المقيدة للمنافسة ،وبالتالي يرفع أمام الجهات القضائية المدنية دعوتين:

المطلب الاول: دعوى البطلان

إن اي تصرف مخالف للنصوص التشريعية الآمرة في مجال المنافسة يؤدي حتما إلى بطلان كافة التصرفات والاتفاقات في هذا المجال(الفرع الأول) مما يعطي أصحاب الحق إمكانية التمسك بالبطلان واللجوء إلى القضاء للمطالبة بتقريره(الفرع الثاني)

الفرع الأول : الأحكام المتعلقة بالبطلان

تنص المادة 13 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم على انه "دون الاخلال بأحكام المادتين 8 و9 من هذا الأمر يبطل كل التزام او اتفاقية او شرط

تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6 و7 و1011 و12
أعلاه⁵⁹ .

فيعتبر البطلان كجزء لخرق قاعدة من قواعد المنافسة والمتعلقة بالنظام العام بطلانا
مطلقا وهذا حسب ما جاء في الأحكام العامة للبطلان ونخص بالذكر المادة 102
من القانون المدني الجزائري التي تنص على انه 'إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز
لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء
نفسها.⁶⁰

وبالتالي يفهم من صريح العبارة التي جاءت بها هذه المادة هو أن البطلان المنصوص
عليه في قانون المنافسة هو بطلان مقرر بنص قانوني لارتباطه بالنظام العام.

كما ان البطلان المنصوص عليه في المادة 13 من قانون المنافسة يتميز بالشمولية أي
انه يطبق على جميع الممارسات المقيدة للمنافسة وذلك دون اي قيد⁶¹ . باستثناء تلك
الممارسات المرخص بها بموجب المادتين 8 و 9 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم
والتي نص على "يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة بناء على طلب المؤسسات المعنية
واستنادا إلى المعلومات المقدمة له ، أن اتفاقا ما أو عملا مربرا أو اتفاقية او ممارسة
كما هي محددة في المادتين 6 و7 لا تستدعي تدخله ،تحدد كيفية تقديم طلب
الاستفادة من أحكام الفقرة السابقة بموجب مرسوم.

⁵⁹-الامر رقم 03/ 03 المؤرخ 19 جويلية 2003 ، يتعلق بالمنافسة ، المعدل والمتمم ج ر ع 43 الصادرة في
20 جويلية 2003 .

⁶⁰-الامر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم يتضمن القانون المدني ج ر ع 78.

⁶¹- محمد الشريف كسو ، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، رسالة
دكتوراه ، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، سنة 2005، ص375.

أما المادة 9 من نفس الأمر فهي تنص أيضا على انه " لا تخضع لأحكام المادتين 6 و7 أعلاه الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي او تنظيمي اتخذ تطبيقا له.

يرخص بالاتفاقات او الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين الشغل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، لا تستفيد من الحكم سوى الاتفاقات أو الممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة. "

يفهم من هاتين المادتين انه لا تعد من قبيل الممارسات الماسة بجرية المنافسة تلك الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي أو تلك التي يخص لها بسبب أثارها الايجابية ومساهمتها في التقدم الاقتصادي.

الفرع الثاني: أصحاب الحق في تحريك الدعوى

تنص المادة 1/102 من القانون المدني الجزائري " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلق جاز لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجارة وعليه واستنادا على هذه المادة، فقد أجاز القانون لكل ذي مصلحة أن يلجا إلى القضاء المدني للمطالبة ببطلان الاتفاق المقيد للمنافسة.

وعموما يمكن القول أن هناك مجموعة من الأطراف لها صلاحية تحريك دعوى البطلان أمام القاضي المدني وهي:

اولا: أطراف الاتفاق

يستطيع اي طرف في الالتزام او الاتفاقية او الشرط التعاقدى للمطالبة بإبطال ما التزم به وعادة ما يكون احد الطرفين والمتمثل في مؤسسة الضحية من الممارسات المقيدة للمنافسة، فان تضارب المصالح الاقتصادية في سوق معينة، كثيرا ما يؤدي إلى نشوء نزاعات بين المؤسسات فتلجأ المؤسسة المتضررة إلى القضاء لحل النزاع.

ثانيا: الغير

يمكن لكل طرف أجنبي ذي مصلحة كان ضحية إحدى الممارسات المقيدة للمنافسة أن يرفع دعوى البطلان .

ثالثا: مجلس المنافسة

يتولى مجلس المنافسة رفع دعوى البطلان إلى المحاكم المدنية والتجارية عندما يتضمن الملف المعروض علىية التزامات مقيدة ومنافية للمنافسة، لان المحاكم هي وحدها التي خول لها صلاحية النطق بحكم البطلان⁶².

رابعا: جمعيات حماية المستهلك

يمكن لجمعيات حماية المستهلك أن ترفع دعوى إلى المحكمة تطالب فيها بإبطال أي التزام أو أي اتفاقية او شرط تعاقدى يتعلق بالاتفاقيات المنافية للمنافسة، لأنه عن طريق حماية المنافسة يتم حماية السوق والمستهلك، لان هذا الأخير هو المعني في المقام الأول بالعملية التنافسية، نظرا لما توفره من خدمات و سلع وتخفيض للأسعار يستفيد

⁶² - محمد شريف كتو، نفس المرجع، ص 359.

منها المستهلك ،ولهذا فان أي تقييد للمنافسة يعتبر عمل غير مشروع يخل بأهدافها.⁶³

المطلب الثاني:دعوى التعويض

إذا ترتب على الممارسات الماسة بجرية المنافسة إلحاق ضرر سواء بمصالح المؤسسات المتنافسة أو بجمعيات المستهلكين أو حتى الغير يتعين في هذا المقام البحث عن آلية معينة تكفل جبر الضرر وبالتالي تتيح للأطراف الفاعلة في السوق من مؤسسات وغيرها والتي تضررت جراء اتفاقات واستغلال تعسفي لوضعية الهيمنة أو حتى عمليات التجمعات الاقتصادية المخالفة لأحكام قانون المنافسة الجزائري الحق في طلب التعويض أمام القاضي المدني . وهذا ما كرسته المادة 48 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم حيث منحت الحق لكل شخص طبيعي او معنوي متضرر نتيجة ممارسة مقيدة للمنافسة اللجوء إلى الهيئات القضائية المختصة لطلب التعويض عن الضرر ،وأضاف في نفس الفقرة أن طلب التعويض يكون طبقا للتشريع المعمول به ⁶⁴ .

والهدف من إدراج المادة 48 ضمن قانون المنافسة هو التأكيد على المضرورين في اللجوء إلى القضاء والمطالبة بالتعويض.

⁶³-موساوي ظريفة ،دور الهيئات القضائية في تطبيق قانون المنافسة،مذكرة ماجستير في القانون ،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو،سنة2011 ،ص18.

⁶⁴-انظر المادة 48 من الامر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم المشار اليه سابقا.

الفرع الأول: أركان دعوى التعويض

تعتبر رفع دعوى التعويض ضد المسؤولين عن الممارسات المقيدة للمنافسة نفسها الأركان التي تقوم عليها المسؤولية التقصيرية في القانون المدني ، والتي تقتضي وجود الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر فإذا توافرت هذه الأركان كان للمضرور أن يطالب بالتعويض.

أولاً : الخطأ

يشترط لقيام المسؤولية وجود خطأ⁶⁵، وهذا ما نصت عليه المادة 124 من القانون المدني الجزائري " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض " .

ويقصد بالخطأ في إطار قانون المنافسة خرق أحكام هذا الأخير من خلال المساهمة في ممارسة منافية. ويقع عبء إثبات الممارسة المقيدة للمنافسة على طالب التعويض ، وبما انه يصعب إثباته في مجال الممارسات المنافسة للمنافسة، فإنه يمكن أن يساهم وجود قرار مسبق لمجلس المنافسة حول تحريم الممارسة في إثبات الخطأ ، رغم استقلالية هذا الأخير عن الجهات القضائية.

ثانياً:الضرر

يعتبر الضرر الركن الثاني في المسؤولية التقصيرية، حيث يجب ان يترتب على الخطأ ضرر يصيب مؤسسة ما والضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق

⁶⁵- فيلالي علي ،الالتزامات ،الفعل المستحق للتعويض ،الطبعة الثانية، موفم للنشر ، الجزائر 2010.ص55.

من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له⁶⁶، كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم يكن.

أما عن الضرر الناتج عن الممارسات المقيدة للمنافسة أو ما يعرف بالضرر التنافسي قد يكون فرديا يقع على فرد معين كما قد يكون جماعيا ينتمون إلى مهنة محددة، أو جمعية معينة كجمعيات حماية المستهلك، لهذا فان الضرر الناتج عن هذا النوع من الممارسات يصعب تقدير قيمته من طرف القاضي المختص⁶⁷.

ثالثا : العلاقة السببية

تعتبر العلاقة السببية الركن الثالث في المسؤولية التقصيرية ،ومعناه إثبات وجود علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر أي يجب أن يكون الضرر هو النتيجة المباشرة للممارسة المحظورة ، وباجتماع أركان المسؤولية المدنية ، فان الضحية يتمتع بحق الحصول على التعويض ، حيث يلتزم القاضي بتحديد مقدار التعويض ، وإضافة إلى سلطة التعويض عن الضرر ، يتمتع القاضي العادي ، بإمكانية وضع موانع والتزامات لوضع حد للممارسات المقيدة للمنافسة يكون تنفيذها مصحوبا بغرامة تهديديه ، وهو ما يؤكد تمتع الهيئات القضائية العادية بسلطات ووسائل جد مهمة إذا ما قارناها مع تلك المخولة لمجلس المنافسة⁶⁸.

⁶⁶- فيلاي علي ، نفس المرجع ، ص 283.

⁶⁷- موساوي ظريفة ، المرجع السابق، ص 69.

⁶⁸- موساوي ظريفة ، نفس المرجع ، ص 30.

الفرع الثاني : أصحاب الحق في طلب التعويض

لقد نصت المادة 48 من الأمر رقم 03/03 المشار إليها سابقا على الأشخاص الذين بإمكانهم طلب التعويض عن أي ممارسة مقيدة للمنافسة لكل من الأشخاص الطبيعية والمعنوية أو الخاصة، سواء كان أحد أطراف الاتفاق أو من الغير أو حتى من طرف جمعيات حماية المستهلك.

أولا أطراف الاتفاق

إن مساهمة أحد الأطراف في ارتكاب أفعال تكون ماسة بجرية المنافسة باعتبارها أفعالا محظورة و سببت ضررا للطرف الآخر ، فانه لهذا الأخير الحق في طلب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية كونه وقع ضحية لتعسف الطرف الآخر في استعمال حقه⁶⁹.

ثانيا : الغير

الغير هو كل طرف أجنبي عن الاتفاق والذي يمكنه أن يتضرر من ممارسة مقيدة للمنافسة ، فهو كل ضحية اتفاق او تعسف في الهيمنة او غيرها من الممارسات المحظورة ، الأمر الذي يجعله يطالب بالتعويض وفقا للمادة 48 من قانون المنافسة أو المادة 124 من التقنين المدني على أساس التقصيرية و التي تلزم بالتعويض كل شخص ارتكب فعلا بخطئه و سبب ضررا للغير .⁷⁰

⁶⁹ -حماليلة سمير ، عن سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق ،مذكرة ماجستير في القانون ، كلية الحقوق ،جامعة تيزي وزو ، 2013،ص111

⁷⁰ -بن وطاس إيمان ،مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي ،دار هومة،الجزائر ،2012، ص208.

ثالثا : جمعية حماية المستهلك

إن الهدف الذي تسعى إليه قوانين المنافسة هو الوقاية من كل الأضرار التي تمس الاقتصاد الوطني وذلك لتأثيرها على وضعية المستهلك، وكل الممارسات التي يجرمها قانون المنافسة إنما سببها الحد من حرية المستهلك في اقتناء السلع والخدمات.⁷¹

يمكن لجمعيات حماية المستهلك أن تطالب بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بمصالحها من طرف الأعوان الاقتصاديين وذلك استنادا على نص المادة 48 من المنافسة الذي يمنح للأشخاص المعنوية الحق في المطالبة بالتعويض على اعتبار أن المستهلك سيتضرر من جراء الممارسات المنافية للمنافسة كاتفاق الأعوان الاقتصاديين على خفض الإنتاج مما يساهم في رفع الأسعار و بالتالي الإضرار بالقدرة الشرائية للمستهلك .

المبحث الثاني: الصعوبات التي يثيرها تطبيق الجزاءات المدنية على الممارسات المقيدة

المطلب الأول : إشكالية الإثبات في مادة الممارسة المقيدة للمنافسة

إن رفع دعوى إبطال الممارسات المقيدة للمنافسة أو الحصول على التعويض يصعب إثباته لأنه أمر يتميز بالتعقيد والتقنية مما يخلق نوع من الإرهاق قد يتراجع بموجبه صاحب الحق عن حقه و لتفادي ذلك كان لابد من العمل على إيجاد حلول لتجاوز الصعوبة.

الفرع الأول:إرهاق المدعي بعبء الإثبات

يجب على رافع دعوى البطلان إثبات أن الاتفاق أو الالتزام أو الشرط التعاقدي الصادر عن العون الاقتصادي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب قانون

⁷¹ دنوني هجيرة ،قانون المنافسة وحماية المستهلك ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ،العدد الاول2002.

المنافسة ، ضف إلى ذلك مسألة استثناء الممارسات المرخصة ، التي تتطلب من المدعى التأكد من أنها لا تشملها أحكام المادتين 9/8 من قانون المنافسة .

إن عبء الإثبات لا يسرى فقط على طالب الإبطال بل أيضا على طالب التعويض أن يقوم بإثبات أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية فبالنسبة للخطأ يقوم المدعى بإثبات وجود ممارسة مقيدة للمنافسة على اعتبار أن الخطأ مفترض في المسائل المتعلقة بالمنافسة ، ولكن كيف يثبت المدعى ممارسة مقيدة للمنافسة يعجز أحيانا مجلس المنافسة على اكتشافها ، فيكون المدعى مطالب بإثبات الممارسة المقيدة للمنافسة بكافة الطرق الإثبات على اعتبار أنها وقائع مادية .

كما يلزم المدعى كذلك بإثبات الضرر خاصة في مجال المنافسة حيث يلزم المضرور بإثبات الضرر حتى يحصل على التعويض كأن يثبت تراجع رقم أعماله أو تعرضه للإفلاس جراء الممارسة المقيدة للمنافسة .

كما يقع عليه عبء إثبات العلاقة السببية أي أن الضرر ناتج عن خطأ المسؤول ، غير أن هذه القاعدة مجال تطبيقها في العمل محدود إذ انه متى اثبت المضرور وقوع الخطأ وحدث الضرر يفترض أن الضرر قد نشأ عن الخطأ ، وما على المدعى عليه إلا إثبات السبب الأجنبي⁷² .

الفرع الثاني: الحلول المقترحة لحل إشكالية الإثبات

من بين الحلول المقترحة لمواجهة صعوبة الإثبات في مجال المنافسة هو اللجوء إلى مجلس المنافسة باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل ولما يتمتع به من وسائل جد

⁷² -انظر المادة 127 من الامر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

ج ر رقم 78 الصادرة 1975/12/19

فعالة للبحث عن الأدلة ، وخبرة تشكيلته في المجال الاقتصادية ، إذ يمكن بعد صدور قرار مجلس المنافسة الالتجاء للقضاء للطعن فيه وهذا ما يجعله أهم ضمانات للمتضرر أمام الممارسات المقيدة للمنافسة⁷³ ، إن هذا الإجراء يخفف عبء الإثبات من الناحية التطبيقية عند رفع دعوى التعويض⁷⁴ . لكن اللجوء مباشرة إلى مجلس المنافسة لا يخلو أيضا السلبيات وذلك لطول أمد التقاضي ، مما سيؤدي إلى إرهاق المدعي لكون القرار الصادر عن مجلس المنافسة غالبا ما يكون محل الطعن . وهناك حل آخر يتمثل في إمكانية اللجوء مباشرة إلى الجهات القضائية المعنية والمطالبة بالتدخل سلطة ضبط المنافسة في الدعوى المدنية من اجل تقديم رأي تكريسا للتعاون بين مجلس المنافسة والقضاء او أن يطلب من القاضي الأمر بإجراء تحقيق وهو ما من شأنه تخفيف العبء على المتقاضي⁷⁵ .

المطلب الثاني : صعوبة تقدير التعويض

يصطدم القاضي المدني بصعوبة تقدير التعويض المناسب لجبر الضرر الناتج عن خرق قواعد المنافسة الحرة إلا أن هناك حلول يمكن للقاضي أن يتخذها لحل الإشكال .

⁷³ .سنقوفة سائح ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دار الهدى ، الجزائر، 2011، ص152.

⁷⁴ -موساوي ضريفة ، المرجع السابق، ص 45

⁷⁵ -انظر المادة 75 من قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر عدد 21 الصادر في

2008/02/23

الفرع الأول : صعوبة تقدير الضرر الناتج عن الممارسات

يتعين على القاضي المختص تقدير التعويض المناسب مع جسامته الضرر اللاحق بالمضروب دون جسامته الخطأ ، ونظرا لصعوبة تحديد مقدار الضرر المترتب على ارتكاب الممارسات المقيدة للمنافسة كونه مرتبط برقم أعمال المحقق على اثر هذه الممارسات ، يلتزم القاضي بتقدير مبلغ التعويض طبقا لقواعد المسؤولية المدنية يجب أن يكون مقابل لضرر اللاحق بالقدرة التنافسية للمؤسسة المتضررة. لكون التعويض لا يكون فعال إلا إذا كان فوريا وكافيا من الناحية المالية، فالحكم بالتعويض الجزائي او الرمزي لا يخدم مصالح الضحايا ، وقد لا يؤدي إلى قمع الممارسات المرتكبة ، والإضرار بمصالح الأعوان الاقتصادية .

الفرع الثاني : الحلول القانونية المقترحة لحل إشكالية تقدير التعويض

إن القاضي المدني عند إصلاحه للضرر الناتج عن الممارسات المقيدة للمنافسة له خيارين إما أن يطبق قواعد المسؤولية المدنية مما يستوجب عليه أن يكون دقيقا في ملائمة التعويض للضرر ، وبين أن يتولى بنفسه معاقبة الممارسة المنافية للمنافسة مع اخذ بعين الاعتبار جسامته الخطأ وما حققته المؤسسة المرتكبة تلك الممارسة من فوائد .

إلى جانب ذلك يمكن للقاضي مواجهة إشكالية تقدير التعويض بالاعتماد على السلطات الأخرى الممنوحة له قانونا استنادا على المواد 125 إلى 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁷⁶ بتعيين خبير بطلب من الخصوم ، أو من تلقاء نفسه

⁷⁶ -انظر المواد 125 الى 145 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية المشار اليه سابقا.

على أن يسهر على حل أي إشكال يواجهه الخبير ، حيث يرفع هذا الأخير تقريراً عن مختلف الإشكالات التي تعيق تنفيذ المهمة المسندة إليه إلى القاضي. كما يمكن للقاضي اللجوء إلى مجلس المنافسة لطلب رأيه لمعالجة القضية المطروحة أمامه حيث تنص المادة 38 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه ((يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة في يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة كما هو محدد بموجب هذا الأمر ، ولا يبدى رأيه إلا بعد إجراءات الاستماع الحضورى ، إلا إذا كان المجلس قد درس القضية المعنية ، تبلغ الجهات القضائية مجلس المنافسة بناءً على طلب المحاضر أو تقارير ذات الصلة بالوقائع المرفوعة إليه)).

الخاتمة

نخلص مما سبق أن الهيئات القضائية المدنية على غرار مجلس المنافسة تتدخل من أجل وضع حد لمختلف الممارسات المقيدة للمنافسة ، فتلعب الهيئات القضائية دوراً هاماً في ضمان حماية المنافسة الحرة ، إذ نجد أن القضاء العادي هو الوحيد المختص بالنطق ببطالان الممارسات المقيدة للمنافسة وكذا التعويض عن الضرر اللاحق بضحايا هذه الممارسات ، غير أنه ورغم فعالية القضاء العادي في مجال المنافسة ، لاسيما قضايا الإبطال والتعويض فإنها تصطدم بعدة عراقيل أهمها مشكل تقدير التعويض وكيفية إثبات الخطأ الموجب للتعويض .

قائمة المراجع :

النصوص القانونية:

1. الامر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم يتضمن القانون المدني ج ر ع 78.
2. الامر رقم 03/ 03 المؤرخ 19 جويلية 2003 ،يتعلق بالمنافسة ، المعدل والمتمم ج ر ع 43 الصادرة في 20 جويلية 2003 .
3. قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر عدد 21 الصادر في 2008/02/23.

الكتب:

1. بن وطاس إيمان ،مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي ،دار هومة،الجزائر،2012.
2. سننوقة سائح ،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،دار الهدى ،الجزائر،2011.
3. فيلاي علي ،الالتزامات ،الفعل المستحق للتعويض ،الطبعة الثانية، موفم للنشر ،الجزائر 2010.

الرسائل و المذكرات الجامعية:

1. حمائلية سمير ، عن سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق ،مذكرة ماجستير في القانون ، كلية الحقوق ،جامعة تيزي وزو ، 2013.

2. دنوبي هجيرة ،قانون المنافسة وحماية المستهلك ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ،العدد الاول 2002.
3. مُجَدّ الشريف كتو ،الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)،رسالة دكتوراه ،فرع قانون الأعمال،كلية الحقوق،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو،سنة 2005.
4. موساوي ظريفة ،دور الهيئات القضائية في تطبيق قانون المنافسة،مذكرة ماجستير في القانون ،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو،سنة 2011.

دعوى التعويض على أساس مبدأ التضامن الوطني

Claim for Compensation Based on the Principle of National Solidarity

أ.د. نجاة خلدون

جامعة محمد الخامس الرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا

najatkhaldoun@hotmail.fr

ملخص المداخلة باللغة العربية

يعتبر القاضي الإداري أن كل دعوى رفعها صاحبها للمطالبة بالتعويض تندرج ضمن دعوى المسؤولية الإدارية. ولا يفرق بين دعوى التعويض ودعوى المسؤولية الإدارية. صحيح أن دعوى المسؤولية الإدارية هي دعوى تعويض، ولكن ليس كل دعوى تعويض هي دعوى مسؤولية إدارية. فدعوى التعويض أمام القضاء الإداري لا تتأسس قانوناً إلا على أساس مبدأ المسؤولية كما هي مقررّة في قانون الالتزامات والعقود، سواء كانت هذه المسؤولية قائمة على أساس الخطأ أو على أساس المخاطر. وبالتالي لا يمكن أن تتأسس على مبادئ أخرى كمبدأ التضامن الوطني.

ملخص المداخلة باللغة الإنجليزية

The administrative judge considers that every claim filed by its owner to demand compensation falls within the scope of administrative liability claims. There is no distinction between a compensation claim and an administrative liability claim. While it is true that an administrative liability claim is a claim for compensation, not every compensation claim is an administrative liability claim. Claims for compensation before the administrative judiciary are only based on the principle of liability as established in the law of obligations and contracts, whether this liability is based on fault or risk. Therefore, they cannot be based on other principles such as the principle of national solidarity.

مبدأ التضامن الوطني هو من المبادئ الحديثة التي ظهرت في مجال جبر الأضرار التي تحصل للأفراد نتيجة العيش داخل المجتمع. والتي انتبه إليها المشرع وراح يسن بعض النصوص القانونية التي تحول تعويضاً مادياً للضحايا والمتضررين من أفعال وأعمال أو من أحداث وقعت داخل المجتمع. كما هو الشأن بالنسبة للقانون رقم 110.14 المتعلق بإحداث نظام لتغطية عواقب الوقائع الكارثية وبتغيير وتتميم القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات⁷⁷. ويهدف هذا القانون إلى إحداث نظام لتغطية عواقب الوقائع الكارثية وذلك قصد تعويض ضحايا هذه الوقائع.

وعرفت المادة الثالثة من القانون السالف الذكر الواقعة الكارثية بأنها كل حادث تنجم عنه أضرار مباشرة في المغرب، يرجع السبب الحاسم فيه إلى فعل القوة غير العادية لعامل طبيعي أو إلى الفعل العنيف للإنسان.

ويشكل وفق القانون المذكور عامل القوة غير العادية لعامل طبيعي واقعة كارثية إذا تبين توفره على المواصفات التالية:

- أن تتوفر في وقوع الحادث المسبب له شرط الفجائية أو عدم إمكانية التوقع. وفي حالة إمكانية توقع الحادث، يشترط أن لا تمكن التدابير الاعتيادية المتخذة من تفادي هذا الحادث أو تعذر اتخاذ هذه التدابير؛
- أن تشكل آثاره المدمرة خطورة شديدة بالنسبة للعموم.

ويعتبر الفعل العنيف للإنسان واقعة كارثية وفق القانون نفسه إذا كان:

- يشكل فعلاً إرهابياً؛ أو نتيجة مباشرة لوقوع فتن أو اضطرابات شعبية عندما تشكل آثارها خطورة شديدة بالنسبة للعموم.

وتعد في حكم الأضرار الناجمة عن الواقعة الكارثية الأضرار المترتبة مباشرة على أعمال وتدابير الإغاثة والإنقاذ واستتباب الأمن إذا كانت هذه الأعمال والتدابير مرتبطة بهذه الواقعة.

⁷⁷ - الجريدة الرسمية عدد 6502 بتاريخ 20 ذو الحجة 1437 (22 ديسمبر 2016)، 6830.

وقد استثنى القانون من مجال تطبيق هذا القانون، الأضرار أو الخسائر المترتبة عن:

- استعمال المواد أو الأسلحة الكيماوية أو البيولوجية أو الجرثومية أو الإشعاعية أو النووية؛
- الحرب الأهلية أو الحرب الخارجية أو أعمال العدوان المشابهة وذلك سواء أكانت الحرب معلنة أم لا؛
- جريمة إلكترونية.

وأحدث القانون السالف الذكر مؤسسة عمومية سماها بصندوق التضامن وأسند إليها مهمة تعويض ضحايا الوقائع الكارثية.

وقد اعتبر الفقه والقضاء على حد سواء مبدأ التضامن الوطني مبدأ حديثا لتقرير مسؤولية الدولة حتى في غياب الخطأ وخارج قاعدة المسؤولية على أساس المخاطر.

يثير موضوع دعوى التعويض على أساس مبدأ التضامن الوطني إشكالية تتعلق بالأساس القانوني لاختصاص القضاء الإداري في مجال تعويض المتضررين وضحايا الأحداث والأفعال التي تقع داخل المجتمع والتي لا تنتج عن أعمال ونشاطات الدولة. وبالتالي هل يمكن اعتبار مبدأ التضامن الوطني مبدأ حديثا في مجال المسؤولية الإدارية أم أن هذا المبدأ لا علاقة له بقواعد المسؤولية عموما وبقواعد ومبادئ المسؤولية الإدارية خصوصا؟

يلاحظ من خلال عدد كبير من القرارات والأحكام القضائية أن القاضي الإداري يعتبر كل دعوى رفعها صاحبها للمطالبة بالتعويض تندرج ضمن دعوى المسؤولية الإدارية. ولا يفرق بين دعوى التعويض ودعوى المسؤولية الإدارية. صحيح أن دعوى المسؤولية الإدارية هي دعوى تعويض، ولكن ليس كل دعوى تعويض هي دعوى مسؤولية إدارية. فدعوى التعويض تتأسس على مبدأين فقط مبدأ المسؤولية ومبدأ حديث أخذ به القضاء المقارن والقضاء المغربي في بعض قراراته وأحكامه، ويتعلق الأمر بمبدأ التضامن الوطني أو الاجتماعي، وما يدور في فلكه من مفاهيم كمفهوم الإنصاف ومفهوم العدالة. وإذا كان المشرع قد أعطى الاختصاص للقضاء الإداري بالنظر في دعوى التعويض المؤسسة على مبدأ أو نظرية المسؤولية (أولا)، فإنه في المقابل لم يورد أي مقتضى قانوني يخوله الاختصاص للنظر في دعاوى التعويض المؤسسة على مبدأ التضامن الوطني (ثانيا).

أولاً: القاضي الإداري مختص قانوناً بدعوى التعويض المؤسسية على مبدأ المسؤولية

القضاء الإداري كالقضاء العادي لا يمكنه أن يخرج عما تنص عليه القوانين؛ فهو مقيد بها، وعليه أن يسهر على تطبيقها في جميع النزاعات التي ترفع إليه طبقاً لما يقرره الدستور في الفصل 110، والفصل 117 وغيرها من الفصول.

يحدد القانون المحدث للمحاكم الإدارية اختصاص المحاكم الإدارية فيما يتعلق بدعوى التعويض في المادة الثامنة كالتالي: "تختص المحاكم الإدارية بالنظر في دعوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام".

إن هذه المادة ترسي اختصاص المحاكم الإدارية في البت في دعوى التعويض المرفوعة عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات الشخص العام في إطار قواعد المسؤولية سواء تعلق الأمر بمسؤولية السلطة التنفيذية أو مسؤولية الجماعات الترابية أو مسؤولية المؤسسات العمومية أو مسؤولية الأشخاص الخاصة التي تدير أو تساهم في تدير مرافق عمومية. والكل في إطار ما يسمى بالمسؤولية الإدارية. وما دامت المادة الثامنة المذكورة تتحدث عن الأشخاص العامة بدون تحديد، فإن السلطة التشريعية والسلطة القضائية معنيان أيضاً بمقتضاها، وفي هذه الحالة نتحدث عن مسؤولية الدولة عن أعمال هاتين السلطتين، ولا نتحدث عن المسؤولية الإدارية، وإن وجهت الدعوى ضد الدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة، لأن السلطة التشريعية تمارس مهامها سيادية تشريعية والسلطة القضائية تمارس مهام القضاء. غير أن السلطة التشريعية والسلطة القضائية إذا مارسنا مهامها إدارية خارج ما هو تشريعي، وما هو قضائي فتدخلتا في المجال الإداري، وأحدثنا أضراراً للأفراد ثارت مسؤوليتهما الإدارية وليس مسؤولية الدولة عن أعمالهما التشريعية والقضائية. وتوجه الدعوى في هذه الحالة أيضاً ضد الدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة وفق ما تقرره المادة 515 من قانون المسطرة المدنية.

ومعلوم أن المسؤولية الإدارية وفق ما هو وارد في الفصولين 79 و80 من قانون الالتزامات والعقود، وكذا في المادة الثامنة من القانون رقم 90.41 المحدث للمحاكم الإدارية، تنوار على أساسين: على أساس الخطأ أو على أساس المخاطر. والمسؤولية على هذا الأساس الأخير تقوم على وجود علاقة سببية بين الضرر ونشاط الشخص العام. كما تقوم هذه المسؤولية على أساس آخر هو إهدار مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة الذي يختلف عن أساس أو نظرية المخاطر باعتبار

أن الضرر في هذه الحالة الأخيرة ينتج عن عمل أو نشاط مادي يحتمل بعض المخاطر. أما الضرر في حالة تطبيق إهدار مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، فينتج عن عمل قانوني مشروع يسبب أضراراً خاصة لبعض الأفراد دون البعض الآخر. قد يتخذ هذا العمل القانوني شكل قانون صادر عن البرلمان، فتثار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، أو شكل قرار تنظيمي صادر عن رئيس الحكومة أو عن أحد الوزراء أو عن الجماعات الترابية، فتثار المسؤولية الإدارية.

لا يمكن، ولا يجوز احتراماً للمبادئ الدستورية العامة أن نتحدث عن المخاطر بخصوص النصوص القانونية؛ لأن هذه النصوص تتضمن قرينة مطلقة وعامة بأنها لا تصدر إلا من أجل المصلحة العامة. فلا تنطوي من حيث المبدأ على مخاطر. فالمخاطر هي دائماً مصدرها الأعمال والأنشطة المادية وليس النصوص القانونية. لذلك لا ينبغي أن نتحدث عن إهدار مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كأساس لقيام مسؤولية الشخص العام إلا إذا تعلق الأمر بتصرف قانوني سواء في شكل نص تشريعي أو نص تنظيمي.

غير أن القضاء لا يدرك حقيقة هذا الفرق، ويتحدث عن جميع أسس دعوى التعويض دون تمييز. وهذا ما يظهر من قرار محكمة النقض رقم 1443-3-2016 بتاريخ 2016/11/3 كالتالي: "لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار انتهت عن صواب إلى أن الدولة أصبحت تتحمل المسؤولية عن أعمال المرافق العمومية حتى بدون خطأ، وذلك إذا ثبت أن الضرر كان نتيجة نشاط جماعي، وأساس هذه المسؤولية هو مبدأ مساواة المواطنين أمام تحمل التكاليف العامة والتضامن الاجتماعي، كما تركز على نظرية المخاطر التي ينطوي عليها النشاط الإداري، حيث إن جميع الأضرار المرتبطة بالنشاط العام يمكن أن تجد سندها في مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة كان النشاط مشروعاً أم ليس كذلك حيث تسأل الدولة عن التعويض ليس لتقصير أمني منها، وإنما فقط تضامناً منها مع المتضرر، وإن اعتماد المحكمة على المبدأ القانوني المذكور لإقرار مسؤولية الدولة فضلاً عن ثبوت تأخر قواتها الأمنية في التدخل في الوقت المناسب جعل قرارها معللاً بما فيه الكفاية ومركزاً على أساس"⁷⁸.

نلاحظ من خلال هذه الحثية الواردة في قرار محكمة النقض المذكور، ومن خلال أحكام وقرارات قضائية أخرى، أن القاضي يتحدث عن مبدأ التضامن الوطني ومفهوم إهدار مبدأ

⁷⁸ - قرار محكمة النقض رقم 1443-3-2016 في الملف رقم 2015/3/4/4243 بتاريخ 2016/11/03، غير منشور.

المساواة أمام الأعباء العامة بنفس المعنى والدلالة، في حين أنهما يختلفان في كل شيء. فمبدأ التضامن الوطني تقوم عليه دعوى التعويض بعيدا عن أي مسؤولية لانتفاء شروطها، وقواعدها، ولا تستغرقها لا مقتضيات المادة الثامنة من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، ولا مقتضيات الفصلين 79 و80 من قانون الالتزامات والعقود. بيد أن مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة هو مبدأ تتأسس عليه دعوى التعويض في إطار قواعد مسؤولية الشخص العام، وتبقى داخلية ضمن مشمولات المادة الثامنة السالفة الذكر. ومفهوم إهدار مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ينهض سببا لإعمال قواعد المسؤولية بالنظر إلى أن الأضرار في حالته تنسب إلى عمل قانوني مشروع قام به الشخص العام، وكل ما هنالك هو أنه ألحق ببعض أفراد المجتمع ضررا خاصا دون بقية أفرادها. يبقى فيه الضرر إذن ناتجا عن العمل القانوني للشخص العام. أما عندما يتعلق الأمر بدعوى التعويض المؤسسة على مبدأ التضامن الوطني أو الاجتماعي، فإن الضرر الذي يلحق بفرد أو مجموعة من الأفراد مرده ليس إلى عمل أو نشاط الشخص العام، وإنما إلى سبب خارجي لا يد له فيه إطلاقا. ولا تتورق في هذه الحالة أي مسؤولية لهذا الشخص العام بل لا يجوز أن يستعمل هذا المصطلح القانوني أو ما يدل عليه.

وهذا الخلط بين نظرية المخاطر ونظرية إهدار مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة في إطار قواعد المسؤولية، نسجله أيضا في حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد 376 بتاريخ 2002/7/3 حيث صرحت بأن "القضاء الإداري خلال دراسته للمسؤولية بدون خطأ، تحدث عن حالات المسؤولية على أساس المساواة أمام الأعباء العامة، وإن هذا المبدأ من المبادئ القانونية الراسخة في فقه القانون العام. وهو جزء من المبدأ المعلن في حقوق الإنسان، وهو مبدأ المساواة أمام القانون، ويشكل هذا المبدأ أساس مسؤولية السلطة العامة حينما تفرض فيه هذه الأخيرة على بعض الأشخاص تحمل أعباء خاصة باسم الصالح العام، فهو يبرر ويؤسس الحكم لهؤلاء الأشخاص بالتعويض مقابل العبء الخاص الواقع عليهم، وإذن على كل مواطن أن يتحمل جزءا من المسؤولية. وحيث إن الضرر الذي تعرضت له مصالح المطالبين هو ضرر محقق وقع بمجرد إنشاء القنطرة المتضرر منها، وهو ضرر مباشر ارتبط بنشاط الإدارة خلال إنشائها للطريق. الأمر الذي يكون معه طلب التعويض عنه مبررا من الناحية القانونية"⁷⁹.

⁷⁹ - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد 376 بتاريخ 2002/7/3، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد مزدوج 55/54، ص.251.

وهذا الخلط نلاحظه أيضا لكن هذه المرة بشكل كبير لدرجة التخبط، في قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 709 بتاريخ 18 فبراير 2015 من خلال الحيثيات التالية: "وحيث إن هذه المحكمة، بإطلاعها على عناصر المنازعة ومعطياتها، وما انتهى إليه الحكم المستأنف من خلال تعليقه لأساس المسؤولية، إذ اعتبر أن مسؤولية الدولة في نازلة الحال تبني على نظرية المخاطر، فلئن كانت القاعدة العامة أن مسؤولية الإدارة تقوم على أساس الخطأ المرفقي، فإنه يمكن أيضا وفي حالات عديدة أن تقوم تلك المسؤولية على أساس فكرة المخاطر أي بدون إثبات خطأ الإدارة، حيث يكفي لتعويض المضرور أن يقيم ويثبت العلاقة السببية بين نشاط الإدارة والضرر الذي أصابه، وذلك في الحالة التي يؤدي تطبيق المسؤولية الإدارية بناء على الخطأ إلى استحالة استيفاء التعويض عن الضرر بسبب عدم قدرة المتضرر على إثبات وجود خطأ وحتى تتم مواجهة هذا الاحتمال فقد ابتكر القضاء اللجوء إلى نظام آخر للمسؤولية يسمح بتعويض المتضررين، وهذا النظام هو نظام المسؤولية الإدارية بدون خطأ، حيث أصبحت الدولة تتحمل التعويض عن أعمال المرافق العمومية حتى دون خطأ، وذلك إذا ثبت أن الضرر كان نتيجة نشاط جماعي، وترتكز المسؤولية بدون خطأ على الأساس القانوني العام الذي تقوم عليه كل أصناف المسؤولية، وهو مبدأ مساواة المواطنين أمام التكاليف العامة والتضامن الاجتماعي، كما تركز أيضا على إجراء خاص يتمثل في المخاطر التي يمكن أن ينطوي عليها النشاط الإداري، والتي تلزم الدولة بمفهومها العام، بتعويض الأضرار الحاصلة حتى في غياب أي خطأ، انطلاقا من نظرية المخاطر التي مفادها أن ضمان الدولة للضرر واجب بمجرد أن يكون ناشئ بصفة غير مباشرة عن العمل الذي تقوم به، بخلاف المسؤولية الخطئية التي لا تنعقد إلا بتوفر عناصر الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، فإن المسؤولية بناء على المخاطر تتحقق بتوفر ركنين فقط وهما الضرر والعلاقة السببية. ومن تطبيقات المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر نجد ما يتعلق بمبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية، حيث أن جميع الأضرار المرتبطة بالنشاط العام يمكن أن تجد سندها في هذا المبدأ سواء كان النشاط مشروعاً أو غير مشروع، فالضرر الناتج عن أعمال المتفجرات وإتلاف الممتلكات العامة والخاصة، تسأل عنه الدولة التي تعمل على تعويض الغير عن الأضرار الناتجة عن هذه الأعمال، ليس لتقصير أمني وإنما فقط تضامنا وتعاوننا من الدولة اتجاه المتضرر ولا يقتصر على نوع معين من الضرر، وإنما يغطي كل ما يمكن أن يواجه الأفراد من كوارث طبيعية أو أوبئة أو غيرها، وعندما تتحمل الدولة التعويض فهي تفعل ذلك بموجب التزام اجتماعي، وليس بموجب مسؤولية قانونية باعتبار أن الدولة هي الحامية لأمن المواطنين وسلامتهم وأمواهم

وحررياتهم، وتبقى هي المسؤولة عن الإخلال بواجباتها اتجاه مواطنيها في إطار الخطأ المرفقي المنسوب إليها، وخطأ الدولة من الناحية القانونية تؤطره القواعد العامة للمسؤولية الإدارية، بناء على موارد المرفق وإمكاناته وآليات اشتغاله ووسائل عمله وظروف وملابسات الأحداث من حيث الزمان والمكان⁸⁰.

وهكذا نلاحظ أن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في هذا القرار لا تقيم إطلاقاً أي تمييز بين مختلف أسس دعوى التعويض: فدعوى التعويض عندها هي دعوى المسؤولية الإدارية. وتستغرق المسؤولية الإدارية بدون خطأ وفق قرارها السالف الذكر، كل أسس المسؤولية سواء تعلق الأمر بأساس المخاطر أو بأساس إهدار مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة أو بأساس مبدأ التضامن الوطني أو الاجتماعي. بل إنها ترى أن مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية هو من تطبيقات المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر. كما ترى على غرار ما ذهبت إليه محكمة النقض في قرارها عدد 1443-3-2016 السالف الذكر، أن التعويض عن جميع الأضرار المرتبطة بالنشاط العام يجد سنده في مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة سواء كان هذا النشاط مشروعاً أو غير مشروع، وأن الحكم بالتعويض في هذه الحالة لا يستند إلى أي مسؤولية قانونية وإنما إلى ما أسمته المحكمة بالالتزام الاجتماعي.

ثانياً: القاضي الإداري غير مختص قانوناً بدعوى التعويض المؤسسة على مبدأ

التضامن الوطني

إن اختصاص القضاء الإداري في مجال دعاوى التعويض ينعقد وفق القانون رقم 90.41 المحدثه بموجبه محاكم إدارية فقط في حالة حدوث ضرر تسبب فيه الشخص العام بفعل خطئه أو عمله القانوني أو نشاطه المادي. وبالتالي لا يعطي المشرع للقضاء الإداري أي اختصاص للنظر في دعاوى التعويض التي لا يكون فيها الضرر ناتجاً عن خطأ اقترفه الشخص العام أو ناتجاً عن نشاطه في إطار نظرية المخاطر أو ناتجاً عن عمله القانوني في إطار إهدار مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

⁸⁰ - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 709 في الملف رقم 2014/7206/1080 ضم له الملف رقم 2014/7206/1169 بتاريخ 18 فبراير 2015، غير منشور.

استناداً إلى ما سبق قوله يتأسس اختصاص القضاء الإداري في مجال دعوى التعويض على قواعد مسؤولية الشخص العام. وبالتالي لا اختصاص لهذا القضاء في دعاوى التعويض التي لا تقوم على أساس قواعد المسؤولية المبنية على الخطأ أو المخاطر أو إهدار مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة. بمعنى لا يمكن الاستناد في دعاوى التعويض إلى مجرد وجود ضرر بدون أن يكون هناك خطأ أو نشاط مادي أو عمل قانوني من قبل الشخص العام.

لذلك لم تر المحكمة الإدارية بالرباط ما يوجب الاستناد إلى مبدأ التضامن الوطني لتقرير الحق في التعويض عن الضرر اللاحق بالمدعي جراء تعرضه للهجوم والاختطاف من طرف "البوليزاريو"، فصرحت بأنه "وحيث تمسك المدعي بكونه تعرض للاختطاف من "عصابة البوليزاريو" منذ 1980/08/20، وظل في الأسر إلى غاية 2003/09/01، مما تسبب له في أضرار بدنية وإصابته بأمراض وفقده لفرص العمل إلى جانب تشريد أفراد عائلته وتفويت فرص العيش الكريم عليهم. وحيث دفعت الجهة المدعى عليها بعدم ارتكابها لأي فعل يمكن أن يكون أساساً لترتيب مسؤوليتها اتجاه المدعي والتزامها بتعويضه، بالإضافة إلى أنها مكنته من بعض الامتيازات بعد عودته من الأسر.

وحيث تواتر الفقه والعمل القضائيين على أن قيام المسؤولية الإدارية لأشخاص القانون العام لا يمكن أن يكون إلا على أساسين اثنين: أولهما المسؤولية بناء على خطأ حيث يشترط فيها ارتكاب خطأ من جانب الشخص العام ألحق ضرراً بالغير، وثانيهما المسؤولية بدون خطأ وتجد أساسها في الأضرار الناتجة عن استعمال الإدارة لبعض الأشياء الخطيرة أو ما يعرف بالمسؤولية بناء على المخاطر، أو بناء على مبدأ المساواة في تحمل التكاليف العامة. مما مؤداه أنه في كلتا الحالتين لا يمكن تصور قيام مسؤولية الإدارة إلا عن أنشطتها أو أفعالها سواء شكلت خطأ أم لا بحسب الحالة الأولى والثانية، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 8 من القانون رقم 90.41 المحدثه بموجبه محاكم إدارية من كون هذه الأخيرة تختص بالبت في دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام.

وحيث في نازلة الحال، فإن الفعل المنسوب إليه إلحاق الضرر بالمدعي يتمثل في واقعة اختطافه من طرف "البوليزاريو" في 1980/08/20، دون أن ينسب إلى الدولة المغربية أو أحد أجهزتها أي فعل أو نشاط تسبب في الضرر سواء بالإيجاب أو السلب، الأمر الذي لا موجب معه لتحميلها مسؤولية التعويض عن ذلك الضرر، سيما وأنه خلال تلك الفترة كانت في حالة حرب مع الجهة المذكورة. كما أنه من جهة ثانية، فإن التعويض على أساس مبادئ التضامن

المشار إليه في مكتوبات المدعي، لم يأخذ به القضاء الإداري المغربي إلا في قرار فريد صادر في الملف رقم 2002/1/4/461 تحت عدد 935 بتاريخ 2005/2/14، وتختلف ظروفه عن وقائع النازلة بحيث كان الأمر متعلقاً بطلب التعويض عن الضرر الناتج عن مس خطير بالنظام العام عن طريق اعتداء مادي ذي الطابع غير الوطني أخذ وصف الفعل الإرهابي، الأمر الذي لا مجال معه للاحتجاج بالأساس المذكور. وحيث تبعا لذلك، يكون الطلب غير مبني على أساس سليم لانعدام أحد الأركان الأساسية الموجبة لقيام المسؤولية الإدارية، ويتعين بالتالي التصريح برفضه⁸¹.

لقد كانت المحكمة الإدارية بالرباط في هذا الحكم محقة في عدم منح التعويض على أساس مبدأ التضامن الوطني. لأن المشرع لا يعطيها الاختصاص لتقرير التعويض على هذا الأساس، وهو ما يظهر جليا من المادة الثامنة من القانون رقم 90.41 التي تتحدث عن اختصاص المحاكم الإدارية بالبت في دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام. فهذه المادة واضحة في منح الاختصاص للمحاكم الإدارية في مجال دعاوى التعويض التي تتأسس فقط على أضرار يسببها الشخص العام بفعل خطئه أو بفعل نشاطه المادي أو عمله القانوني، وبالتالي فالمحاكم الإدارية لا يمكنها أن تقضي بأي تعويض خارج هذه القاعدة القانونية. وهو ما يستبعد اختصاص القضاء بالنظر في دعاوى التعويض على أساس مبدأ التضامن الوطني. أو بعبارة أخرى منح المشرع الاختصاص للقضاء الإداري للنظر في دعاوى التعويض التي تتأسس فقط على نظرية مسؤولية الشخص العام. لذلك وجدنا أن أول تطبيق لمبدأ التضامن الوطني في مجال التعويض كان في الميدان الأمني ولكنه انحصر في حالة خاصة واستثنائية لا ينبغي القياس عليها، ولا التوسع فيها. وذلك بمناسبة قرار محكمة النقض رقم 935 بتاريخ 2005/12/04 حيث صرحت بأن: "الدولة لا تسأل عن ضمان وسلامة أي متضرر فوق أراضيها بصورة مطلقة ما لم يثبت في حقها خطأ جسيم، وهو الشيء المفتقد في النازلة، لأن الظرف الذي حصل فيه الاعتداء ليس بظرف استثنائي يستدعي الاستنفار، وأن تسرب سلاح ناري لا يكفي لوحده لإضفاء صبغة الخطأ الجسيم على الفعل، وذلك بالنظر إلى ظروف النازلة وإلى طول الحدود ووعورة تضاريسها، غير أنه استجابة لقواعد العدالة والإنصاف والموجبات الإنسانية المبنية على التضامن

⁸¹ -حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 532 بتاريخ 2010/02/24 في الملف رقم 07/1299 ش.ت.

سبقت الإشارة إليه.



الوطني الذي تتكفل دول المعمور بموجبه وعلى سبيل الإسعاف والمساعدة وفي حدود الإمكان بصرف تعويضات لكل متضرر كلما وقع مس خضير بالنظام الأمني العام عن طريق اعتداء إرهابي ذي الطابع غير الوطني، والمغرب بدوره لم يجد عن هذه القاعدة بصرفه مبالغ محددة من الميزانية العامة لفائدة ضحايا الاعتداء الإرهابي الذي وقع بالدار البيضاء بتاريخ 16 ماي 2003 (ظهر شريف رقم 03-178 بتاريخ 2003/9/11)، وهو ما يبرر بالقياس وفي إطار المعاملة بالمثل تعويض ذوي حقوق الضحية في هذه النازلة⁸².

غير أن المفارقة في قرار الغرفة الإدارية هذا، هي أنها تستعمل مفهوم المسؤولية وهي تتحدث عن مبدأ التضامن الوطني. وهو أمر لا يستقيم مع مجال أعمال هذا المبدأ كأساس استثنائي لدعوى التعويض وليس لدعوى المسؤولية. فقد لاحظنا أن القضاء كثيرا ما يستعمل مفهوم المسؤولية الإدارية في أحكامه وقراراته وهو يتحدث فيها عن مبدأ التضامن الوطني. في حين لا علاقة لهذا المبدأ لا من بعيد ولا من قريب بنظرية المسؤولية عموما والمسؤولية الإدارية خصوصا. وكأن قضاءنا لا يدرك حقيقة مبدأ التضامن الوطني الذي قد تتأسس عليه دعوى التعويض، ولا يفرق بينه وبين مفهوم المسؤولية. وهذا ما يظهر من قرار محكمة النقض عدد 4 بتاريخ 8 يناير 2015 في الملف عدد 2013/2/4/2166، الذي صرحت فيه بما يلي: "لكن، حيث إنه لما كان من المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن الأضرار الناجمة عن أعمال الشغب التي تقوم بها جماعات تحركها قناعات وخلفيات مشتركة تمنحها معها شخصية كل واحد فيها، وذلك بشكل علني مرفوق بمظاهر العنف التي يكون الهدف منها الإضرار بكل ما تقع عليه أيدي أعضائها ليس من أجل إلحاق الأذى بالمتضررين لشخصهم، وإنما من أجل تحقيق أهداف وغايات تروم ضرب استقرار الدولة وزرع القلاقل فيها، في إطار مخطط مدروس ومبيت للمساس بأمنها الوطني، تسأل عنها الدولة بصرف النظر عن قيام الخطأ من جانب مرفق الأمن من عدمه، وذلك في إطار التضامن الوطني، إذ لا يمكن تحميل بعض المواطنين دون غيرهم أضرارا استثنائية ناتجة عن الأفعال المذكورة رغم أنها لم تكن تستهدفهم لدواتهم بل فقط لأنهم تواجدوا هم أو أموالهم في نطاق البقعة الجغرافية المستهدفة من المشاغبين لخلخلة الأمن العام وزعزعته، فإن هذه العلة القانونية الصرفة

⁸² - قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 935 بتاريخ 2005/12/4 ، ملف إداري عدد 2002/1/4/461 غير منشور.

المستمدة من الوقائع ثابتة لقضاة الموضوع من خلال وثائق الملف ولاسيما محضر الضابطة القضائية المتضمن وصفا للأحداث التي عرفتها مدينة العيون يوم 2010/11/08، وما رافقها من أعمال الشغب والإحراق والنهب والأضرار التي خلفتها تلك الأحداث التي قامت بها مجموعة إجرامية مستعملة العنف بواسطة مختلف الأسلحة البيضاء في إطار مخطط إجرامي مدروس وموعز به تقوم مقام العلة المنتقدة، والتي بتطبيقها على واقع النزاع الماثل ينتفي مجال أعمال قواعد الإغفاء من المسؤولية عند قيام خطأ الغير، باعتبار أن مسؤولية الدولة في هذه الحالة قائمة بدون خطأ مع حقها في الرجوع على المتسبب في الضرر. وبخصوص ما أثير بشأن الحادث الفجائي والقوة القاهرة، فإن أساسهما استحالة توقع الأحداث والوقائع التي أدت إلى حدوث الضرر وعدم إمكانية دفع ذلك، في حين أن أعمال الشغب والمظاهرات التي ترتبت عن تفكيك مخيم "أكديم أزيك"، وما أرفق هذا التفكيك من اضطرابات وأعمال تخريبية في مواجهة القوات العمومية كانت تعتبر مؤشرا ظاهرا وجلبا على حدوث أعمال شغب في كافة أنحاء المنطقة، وبالتالي فإن ما حدث بمدينة العيون من أعمال الشغب والتخريب كان متوقعا لدى مرفق الأمن، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ردت الدفع بإغفاء الدولة من المسؤولية بسبب الحادث الفجائي والقوة القاهرة بما جاءت به من أنه: "...باستقراء المقتضيات القانونية أعلاه يتبين أنها لا تنطبق على نازلة الحال، باعتبار أن الأحداث التي عرفتها المدينة وإن كانت غير متوقعة فإن استمرارها وتطورها إلى أحداث شغب ينفي عنها القوة القاهرة..."، فإنها تكون قد راعت مجمل ما ذكر وما بالفرع الأول من الوسيلة على غير أساس".

وهذا الخلط بين مبدأ التضامن الوطني ومبدأ المسؤولية في دعاوى التعويض نجده كذلك في قرارها عدد 236/2 في الملف عدد 2012/2/4/742 بتاريخ 2013/04/11 كالتالي: "وحيث نعى الوكيل القضائي للمملكة على قرار المحكمة المطعون فيه فساد التعليل الموازي لانعدامه، بدعوى أنه استند في تعويضه للضحية على نظرية المخاطر والخطأ المفترض، في حين أن المسؤولية في المجال الطبي لا تقوم إلا على الخطأ الواجب الإثبات، بل وأن يكون الخطأ جسيما وغير عادي. كما أن فكرة الخطأ المفترض لا يمكن أن تقوم إلا إذا ثبت الضرر الناتج مباشرة عن نشاط الإدارة، بمعنى ثبوت العلاقة السببية بين النشاط المذكور والضرر، وهو ما لم يثبت في النازلة؛ ذلك أن الصمم لا علاقة له إطلاقا بعملية التلقيح، وهو ما أكدته الخبرات التي نفت بشكل قطعي وجود تلك العلاقة خاصة وأن الدراسات المعتمقة التي أجريت على مستوى المعلومات

المتوفرة بالمركز العلمي لمحاربة التسمم واليقظة الدوائية للمنظمة العالمية، بينت بأن التلقيح ضد داء الحصبة والحميراء ليست له آثار جانبية أو أعراض سلبية تنتهي بالصمم الذي له أسباب متعددة منها ما هو مرتبط بجراثيم معين ومنها ما هو جيني وراثي تظهر عوارضه بصفة تدريجية، مما يجعل القرار بما ذهب إليه فاسد التعليل ومعرضاً للنقض.

لكن وحيث إنه لما كان الثابت للمحكمة مصدره القرار المطعون فيه أن الضرر الذي تعرض له الضحية كان بمناسبة خضوعه لعمليات التلقيح الإجباري، وكان التلقيح المذكور يدخل فعلاً ضمن الأعمال الطبية إلا أن خصوصيته تتمثل في كون من تم تلقيه لا يستشار في الخضوع له، ولا يسأل عن قبوله الطوعي للمخاطر المترتبة عنه. ما دام أن الهدف الأساسي منه هو حماية الصحة العامة من مخاطر الأوبئة مما يترتب عن كل هذا، الحق في تعويض من تضرر منه على أساس مبدأ التضامن الوطني بين أفراد المجتمع في تحمل المخاطر الاجتماعية بصرف النظر عن قيام خطأ من عدمه. وبذلك تكون المحكمة مصدره القرار المطعون فيه التي ثبت لها أن الضحية أصابه صمم بعد خضوعه لعملية التلقيح. وترتب على ذلك القول بأحقية في التعويض في إطار فكرة المساواة والمشاركة في تحمل الأعباء العامة، تكون قد راعت ما ذكر⁸³.

وفي سياق نفس الأفكار التي تخلط بين مبدأ التضامن الوطني وقاعدة المسؤولية في دعاوى التعويض، قضت المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها عدد 251 بتاريخ 2014/01/223 بالآتي: "حيث يهدف الطلب إلى الحكم بتحميل الطرف المدعى عليه المسؤولية الكاملة عن الأضرار التي لحقت بضبعة المدعين نتيجة التقصير في الحماية ضد مياه الفيضانات، وبأدائهم لفائدتهم مبلغ 6.423.000 درهم كتعويض عن الخسائر مع النفاذ المعجل ولو في حدود النصف مع الصائر.

حيث دفع المكتب المدعى عليه بانعدام مسؤوليته عن الأضرار غير المتوقعة وفقاً لتقرير الخبرة.

وحيث إن الثابت قانوناً تولي مكتب الاستثمار الفلاحي مهام التجهيز والاستثمار في ميدان الفلاحة (الفصل 2 من مرسوم رقم 2.65.190 بتاريخ 7 مايو 1965 بإحداث مكتب الاستثمار الفلاحي)، ويضع تبعاً لذلك إحصاء لموارد المياه وينفذ الأشغال التي تساعد على

⁸³ - قرار غير منشور.

تتميمه (الفصل 3)، ويؤهل المكتب في نطاق برامج التدخل المصادق عليه من طرف وزير الفلاحة لاتخاذ جميع التدابير الرامية إلى استخدام موارد المياه، وتهيئة الأماكن الطبيعية وتحسين أحوال الإنتاج بمؤسسات الاستغلال (الفصل 4). كما يقوم المكتب بالأشغال المتعلقة بخزن المياه وجمعها وبصرفها ونقلها من مؤسسات الاستغلال الفلاحي أو إليها (الفصل 5).

وحيث إن السياسة الوقائية يجب أن تشكل أساس تدخل الدولة في مجال إنجاز البنية التحتية والتهيئة القروية الفلاحية المائية، ولاسيما بناء سدود أو قنوات كبيرة لصرف المياه، وذلك بهدف الحماية الدائمة للسكان والمراكز والأنشطة الاقتصادية والفلاحية الموجودة في المناطق المهتدة من الفيضانات.

وحيث إن الأمطار الغزيرة والاستثنائية المسببة للفيضان لا تشكل قوة قاهرة، وإنما قرينة على ترتيب المسؤولية لكون وقوعها في فصل الشتاء من الأمور المتوقعة وليست قوة قاهرة أو سببا أجنبيا للإعفاء من المسؤولية. مما يعطي للقوة القاهرة في حقل القانون والقضاء مفهوما متميزا وخصوصا يتلاءم وطبيعة روابط القانون العام تتحمل آثاره الدولة عن القانون المدني الذي يتحمل آثاره المدين.

وحيث المكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي مسؤول بحكم مهامه عن تأمين مرفق تصريف المياه لدرء الخطر عن أراضي المواطنين الفلاحين، ومسؤول عما تحدثه من أضرار للغير. وهذه المسؤولية موضوعية مبناها الضرر طبقا لقواعد العدالة والإنصاف والموجبات الإنسانية المبنية على التضامن الوطني الذي تتكفل دول المعمور بموجبه، وعلى سبيل الإسعاف والمساعدة، وفي حدود الإمكان بصرف تعويضات لكل متضرر كلما وقعت أضرارا بيئية خطيرة، والمغرب بدوره لم يجد عن هذه القاعدة بصرفه مبالغ محددة من الميزانية العامة لفائدة ضحايا الكوارث "صندوق الكوارث"، وهو ما يبرر بالقياس وفي إطار المعاملة بالمثل تعويض المدعي المضروب في هذه النازلة. (في نفس الاتجاه يراجع قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 935 بتاريخ 2005/12/4 في الملف الإداري عدد 2002/1/4/461).

وحيث إنه انطلاقا من المبدأ الدستوري القاضي بلزوم تحمل الدولة والمواطنين بصفة تضامنية، وبشكل يتناسب مع الوسائل التي يتوفرون عليها، التكاليف التي تتطلبها تنمية البلاد، وكذا تلك الناتجة عن الأعباء الناجمة عن الآفات والكوارث الطبيعية التي تصيب البلاد (الفصل 40 من الدستور). ورعيا لما للمحكمة من سلطة تقديرية في تحديد التعويض استنادا إلى الأضرار المادية

اللاحقة بالمدعي وتبعاً لتقرير الخبرة وإعمالاً لتشطير المسؤولية التي تفرضها قواعد التضامن قررت المحكمة تحديد التعويض المستحق له في القدر الوارد بمنطوق الحكم⁸⁴.

ويظهر من هذا الحكم أن القضاء استند إلى الفصل 40 من الدستور لتقرير الحق في التعويض عندما تتأسس الدعوى على مبدأ التضامن الوطني. والحقيقة أن هذا الفصل يرسي مبدأً تحمل المواطنين التكاليف العامة تجاه الدولة الناتجة عن الأضرار التي تسببها الآفات والكوارث الطبيعية التي تصيب البلاد، وبعبارة أخرى إنه يرسي تكليفاً على الفرد تجاه الدولة وليس العكس، ولا يعطي أي اختصاص للقضاء الإداري للحكم بالتعويض عن الأضرار التي تحصل للأفراد داخل المجتمع، والتي لا يمكن بأي شكل من الأشكال نسبتها إلى أنشطة أو أعمال الدولة أو أي شخص معنوي عام آخر.

وختاماً نرى أنه لا يوجد أي مقتضى قانوني لا في الدستور ولا في أي نص تشريعي أو تنظيمي يسمح للقاضي بأن يحكم بالتعويض في الدعوى التي يؤسسها صاحبها على مبدأ التضامن الوطني أو الاجتماعي إلا إذا أسسها على مبدأ المسؤولية.

⁸⁴ - حكم المحكمة الإدارية عدد 251 بتاريخ 2014/1/23 في الملف رقم 2010/12/807، غير منشور.

مبدأ فصل السلط وسؤال الاستقلالية "دراسة في تبعية القضاء للسلط الأخرى"

د. خالد شخمان

جامعة مُجَد الخامس الرباط

باحث رئيس بمؤسسة خالد الحسن للدراسات والأبحاث بالرباط

khalid_9430@yahoo.fr

ملخص:

لقد جسدت أعمال مونتكيو ورؤيته للعلاقة بين السلط الثلاث أداةً منهجيةً ومرجعاً حاكماً يلوذ إليه السياسيون والباحثون من أهل الاختصاص لمنع التداخل المفترض بين التشريع والتنفيذ والقضاء. وبالمثل شكلت محاولات روسو في عقده الاجتماعي، فقرة نوعية لإضفاء البريق على شعار الديمقراطية الخالد "حكم الشعب لنفسه بنفسه". غير أن تحول الديمقراطية من طابعها المباشر إلى الطابع النيابي/التمثيلي الذي ينوب فيه البعض عن الكل، قد مكن البعض ممن قادتهم الظروف السياسية للاقتراب من القرار السياسي ومن دهايز صياغته، إلى التربع على سلم الهرم الاجتماعي والسياسي لمجتمعاتهم، ومن ثم إلى التأثير على البعض الآخر ممن أحالته هذه الظروف مجموعاً متناثراً لا يقوى على مجابهة آلة السلطة ومؤسساتها الموغلة في المركزية والقوة.

الكلمات المفتاحية: فصل السلط، الدولة، التوازن، التوزيع، الديمقراطية

مقدمة

من شأن التدقيق في العلاقة بين سلط ووظائف الدولة استجلاء التداخل الواقع بين مكوناتها، والكشف عن موقع القضاء من المشرع الحقيقي في الدولة الحديثة: أهو البرلمان الذي تنبثق منه السلطة التنفيذية، أم هو الأغلبية التشريعية التي لا خيار لها إلا في إفراز القوانين المنحازة المساندة لحكومتها، ناهيك بإمكانية استحواد السلطة التنفيذية بمقتضى الدستور، على الحق في التشريع، ومن ثمَّ التشريع لنفسها بنفسها، متجاوزة البرلمان ودوره الوظيفي الحيوي الذي أنشئ له! لقد كان لهذا التداخل بين السلط وارتعان التشريعات الوضعية لأهل النفوذ المالي والإعلامي داخل المجتمع، الدور الكبير في اختيار موضوع البحث وتحديد أهدافه العامة؛ فعلى هذا الأساس تحدّد مجالُ الدراسة في الدولة الحديثة، ليقودنا البحث إلى استيعاب المثالب/ النقائص التي تعتور المنظومة الديمقراطية ومبداها الأصيل في الفصل بين السلط، ومن ثم جعل الدراسة بمثابة مادة علمية وأرضية بحثية يمكن أن يُستفاد منها لتجاوز أعطاب المنظومة السياسية الحديثة والابتناء عليها لصياغة منظومات حُكْمية متوازنة وعادلة، خاصة وأن علم الاجتماع والدراسات المنطقية تمدنا بمعطيات هامة حول إمكانية تحول سلط الدولة ووظائفها، إلى وظائف يقوم بها المواطنون بأنفسهم بعيدا عن مركزية الدولة وسلطانها.

وإذا كانت اختيارات الباحث قد استشكلت سؤاها من غياب التوزيع العادل لوظائف الدولة داخل منظومة فصل السلط وعدم حيابة السلطة القضائية للمقومات الذاتية التي تجابه بها السلط الأخرى، فإن الفرضية البحثية قد أقيمت على عدم استقلال القضاء عن الوظيفتين التشريعية والتنفيذية لاستحالة استغائه عنهما.

ولتحقيق أغراضها البحثية استنقرت الدراسة أدوات المنهجين الاستقرائي والتاريخي/التحليلي، بغية تتبع السياقات الدلالية اللغوية والتاريخية السياسية لمبدأ الفصل بين السلط، وتحليل بنيتها Structure الداخلية للتدقيق في الطابع الإجرائي للعلاقة بين وظائفه التشريعية والتنفيذية والقضائية.

وعلى هذه الأسس تحاول الدراسة استيعاب متنها من خلال تقسيم ثنائي يضم محورين: يعنى الأول بالنظر في مقومات علاقة مبدأ الفصل بين السلط بسلطان الدولة (المحور الأول). وذلك من خلال عنصرين اثنين، يخصص الأول للتدليل على ارتباط الفصل بمركزية الدولة الحديثة باعتباره وظيفة من وظائفها الثابتة (أولا)، ويخصص الثاني لتتبع السياقين الدلالي اللغوي

والتاريخي السياسي لمبدأ الفصل بين السلط (ثانيا). أما (المحور الثاني) فإنه ينظر في مصدر التشريع في الدولة الحديثة وفي مفهوم المصلحة العامة الذي يوظف عملية صياغة القوانين وتشريعها (أولا)، ليعرج بعد ذلك على استجلاء مُقام القضاء ضمن منظومة فصل السلط والتأكد من تبعيته للسلطين التشريعية والتنفيذية (ثانيا).

أولا: سلطان الدولة في منظومة فصل السلط

قبل الخوض في منظومة فصل السلط وتتبع العلاقات بين وظائفها، نرتقي أن نفكك بنية الدولة وننظر فيما إذا كانت تعبر عن تطلعات مجتمعتها ومواطنيها أم أنها لا تعدو كونها تعبيراً عن أهل النفوذ داخل المجتمع.

1: سلطان الدولة

يقود مفهوم الدولة في بعض الأنساق الدلالية غير الغربية، إلى معاني الحركة والتحول وعدم الاستقرار والابتعاد عن مركز السلطة السياسية.. ومن هذه الأنساق، مثلا النسق الدلالي والفلسفي العربي الإسلامي الذي يجعل من الدولة محط تحول وتبدل السلطة. أما الأصول اللغوية للفكر الغربي فإنها تقرن الدولة بمعاني القوة والثبات والاستفراد بالوظائف السياسية، كما هو شأن مصطلحات " Statos اليوناني، و Etat الفرنسي، و State الإنجليزي". (رياض عزيز هادي، 2008، ص 2)

وَتُعَوِّل الدولة في الفكر الغربي على مفهوم "المصلحة العامة" لاستدامة قوتها وثباتها ولشعنة استحواذها على السلطة وتركيزها في مؤسساتها؛ ذلك لأنها لا تحوز ثباتها وقوتها إلا من نسقتها الفلسفي الذي يبرر للناس/المواطنين فرارهم من حالة الطبيعة إلى حالة المدنية، فلا يهم بعد ذلك أن ينسبهم عيشهم المشترك تحت مظلة "المصلحة العامة" و"الإرادة العامة"، أن اجتماعهم قد تحول إلى اجتماعٍ ترعاه دولة "تتين" أو دولة "إله" (توماس هوبز، 2011، ص 179) فإذا كان مضمون الاتفاق بين الأفراد هو قول كل فرد للآخر: "إنني أخول هذا الرجل أو هذه المجموعة من الرجال، وأتخلى له أو لها عن حقي في أن يحكمني أو أن تحكمني، شرط أن تتخلى له أو لها أنت عن حقتك وتجزئ أفعاله أو أفعالها بالطريقة عينها"، فإن الدولة Civitas "سيفيتاس" تصير هي المعبر عن انصهار المجموع في "الواحد" شخصا كان أم مؤسسة،

(توماس هوبز، نفس المرجع، ص 180) وبالتالي فهي المعبر عن مصلحة هذا المجموع المتناثر من الناس/ المواطنين.

وعلى جانب آخر، يبدو من البديهي أن الدولة تتوسل بسيادة القانون الذي يضمن لها إنفاذ رؤيتها ومفهومها للصالح العام عبر مبدأي "المعرفة المسبقة بالقاعدة" و"المساواة أمام القانون" (حامد ربيع، 1979، ص 53). وهو أمر تنبه له المفكران الإيطالي مارسيل دي بادو، والفرنسي جان دي داندون حين اعتبرا في كتابهما "الدفاع عن السلام" أن "الغاية من كل حكومة ومبرر وجودها هو تحقيق الصالح العام، والصالح العام يتضمن العدالة. والقانون هو الذي يحدد ما هو الصالح العام وما هي العدالة، إذ أن القانون يتضمن كل القواعد العامة والعادلة والمفيدة" (عصمت سيف الدولة، ب ت، ص 33)

يبقى أن تدخل الدولة من أجل إنفاذ قوانينها ورؤاها وتصوراتها يحتاج لخلفية أخلاقية تقود إلى الخضوع العام والقبول بقواعدها في الاحتكام عبر مؤسساتها ونخبها ومثلها وقوانينها.. ففي هذا تكون الدولة بحاجة لاستدماج مختلف وجهات النظر المنتشرة في المجتمع لتبرير وجهة نظرها المعبرة عن مفهومها للمصلحة العامة.

أضف إلى ذلك أن الخلوص إلى صياغة نهائية لمفهوم المصلحة العامة، إنما يتم في الاجتماع البشري الحديث، بتلقائية تفرز القوى المؤثرة داخل المجتمع (بيير بورديو، 1989، ص 60 فما بعدها) بالشكل الذي يجعلنا أمام انتخاب طبيعي كذاك الذي بشر به فرويد وداروين في علوم الأحياء. وأكثر من ذلك، يضم الاجتماع المدني الذي تسهر عليه الدولة ومؤسساتها، جمعا من "الفاعلين الاجتماعيين" الخاضعين لسيادة الدولة المنضبطين لعقيدها وقوانينها ومصالحها الكبرى: كمثل "الموظفين والمنتدبين لممارسة السيادة"؛ فالأولى والأخرى بمؤلاء أن يكونوا متمرسين على إدارة النزاعات والتخفيف من حدة صراع الطبقات الاجتماعية وتناقضات مصالحها المتعددة (بيير بورديو، 1989، ص.ص 60. 76)

هذا ولا يمكن استدامة سمو هذه الطبقات بمصالحها وإلزام الباقين بقراراتها، إلا عبر حصر مفهوم الشأن العام في المجال السياسي الخاص *la Politique* الذي ترعاه الدولة عبر أجهزتها وسلطتها وقواعد احتكامها، ومن ثم العمل على استدراج باقي القوى والفاعليات داخل المجتمع لدائرة اشتغالها ولقراراتها السياسية المركزية، بالشكل الذي يضمن تحييد النشاطات غير المتماهية مع القصد والنشاط السياسي العام *le Politique*.

من غير شك أن الدولة تستند في هذا "الاستبداد الناعم" على البيروقراطيات الإدارية وعلى بعض المؤسسات السياسية (كمؤسسة البرلمان)، ليُخلَّ الصراع التَّظْمِي (المؤسساتي) محل صراع الكل ضد الكل، ويسهل على القادة السياسيين والموظفين الإداريين توطيد سلطة الدولة وتثبيت سلطانها، فتصير "المصلحة العليا للدولة La Raison D'Etat" هي جسد السياسة وروحه (بيير بورديو، 1989، ص 139)، وهي فرصة الدولة لمنع الحركة من خارج حدود القواعد العامة "الأمرة" أو "المكملة"، حتى يتسنى لها عبر قانونها، التقرير في التجريم وفي الإباحة أو الإعفاء من العقوبة في الأحكام القضائية، ناهيك بأن "إبطال قاعدة قانونية أو إلغاء قانون بأكمله" لا يحق له أن يتم إلا وفق "الأسباب والطريقة التي يحددها القانون..." (عصمت سيف الدولة، ب ت، ص 33).

الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل إن الدولة تمنح لنفسها في كثير من الأحيان، "نزع الاختصاص التشريعي" من الشعب، ومنحه لنخبها ومؤسساتها، وذلك ب "تقييد الهيئة التشريعية النيابية" والتدقيق في معايير الرقابة على دستورية القانون، كما تعمل على تضيق نطاق تشريع "الهيئة النيابية"، و"استثناء" "الوظيفة التشريعية للهيئة النيابية" من "مبدأ سيادة القانون"، وذلك برد "سيادة الإرادة الشعبية" لموقع القاعدة القانونية وموضعها في التراتبية الاجتماعية والسياسية داخل المجتمع (حامد ربيع، 1979، ص 55).

وإذا كان قانون الدولة هو مرآتها التي تخفي تناقضاتها وصراعات أهل النفوذ داخلها، فإن مبدأ فصل السلط يبقى هو سند الدولة في الحفاظ على التوازنات الاجتماعية والسياسية التي تضمن استمرارية مرافقتها والتأكيد على سلطانها. فهل تخدم هذه النظرية الدولة ومؤسساتها أم المجتمع وأفراده؟

2 فصل السلط: في المفهوم والنشأة

تشكل نظرية فصل السلط نظرية محورية في صياغة المدركات السياسية الغربية. فهي لا تعبر فقط عن مجرد نظرية علمية، بل إن البعض قد رفعها لمقام المذهب أو العقيدة السياسية، وكأننا أمام قيمة زمنية تضبط إيقاع حركة الناس من الماضي إلى المستقبل.

ويقترن مفهوم الفصل بين السلطات في الأدبيات القانونية والسياسية، بالتمييز بين السلطات أو تمييز السلطات La Distinction Des Pouvoirs بالشكل الذي يحصرها في ثلاث "وظائف دستورية" تشمل التشريع والتنفيذ والقضاء؛ كما يوحى إلى "توازن" السلط Balance

Des Pouvoirs، وفصلها الدقيق عن بعضها البعض: أي تلك "القواعد الفنية/التقنية التي
تتم توزيع الوظائف بين المؤسسات من أجل ضمان الحرية السياسية". (Mauro Brebis,)
(2014, p 5

وإذا كان التوازن بهذا المعنى يجيل على الانفصال والاستقلال (DICTIONNAIRE
LAROUSSE) التام للمؤسسات وهيكلها (JEAN PHILIPPE FELDMAN,)
(2010, p 484)، فإن إرادة تحقيق هذا التوازن تصطدم بغياب الأداة المنهجية التي تمنع التداخل
والتأثير المفترض بينها. ومن ذلك مثلاً أن مباشرة السلطة القضائية لعملها يقيها تحت مظلة
قوانين السلطة التشريعية ومراسيم ومعدات ووسائل السلطة التنفيذية، لأن منتهى عمل السلطة
القضائية هو إنفاذ القوانين والمراسيم والرقابة على دستورتها. (Mauro Brebis, 2014, p)
(5

يبدو أن التدقيق المصطلحي في "فصل السلط" يقود إلى "ترسيم" الحدود بين وظائف الدولة،
وضبط هيكل ومؤسسات كل وظيفة على حدة، وإذا كان يتم تجنب التداخل المفضي إلى التسلط
والعسف عبر أداة "التوازن بين السلط": The balance of powers، التي تمكن من
النظر إلى الوظائف والمؤسسات السياسية والدستورية بالمنظار الذي يطابق مفهوم السلط
Powers مع مفهوم المؤسسات Institutions، ويطابق مفهوم الفصل Separation
مع مفهوم التعادل. فعلى هدي وأساس هذا التعادل يمكن لسلطة ما أن توقف سلطة أخرى، لأن
"السلطة لا توقفها سوى السلطة" بحسب مونتسكيو. (Mauro Brebis, 2014, p 5)

لقد وسم مونتسكيو مبدأ الفصل بين السلط بميسمه الخاص وحاول وضع ضوابطه التي تحقق
التعادل والتوازن. فمن جهة أولى عمل على درء التجاوزات التي قد تفرضها سلطة على سلطة
أخرى، ومن جهة أخرى كان يأمل في لجم المحاولات التي تفضي إلى الاستغلال السيء للسلطة.
إلا أن ما يعاب على مونتسكيو في معرض التأصيل للمفهوم ولنشأته هو عدم ذكره سواء
بالتصريح أو بالتلميح لأعمال أفلاطون وأرسطو. وهو أمر من شأنه إفقاد البحث التأصيلي توازنه
وجديته، ناهيك باضطراب مفهوم فصل السلط ذاته، لأنه يُنتزع من مساره وتسلسله التاريخي
الطبيعي.

لقد تدرجت وتدحرجت مفاهيم الفصل بين السلط من صلب التأصيل التاريخي للدولة وللمنظومة الديمقراطية، وكان لتنامي أولويات الدولة وتعاضم دورها السياسي، الدور الكبير في التمييز بين حكم الفرد الذي يجمع كافة السلط في يده عن حكم الشعب، وبين حكم الأعراف والقوانين عن حكم الطبقات وأهل النفوذ.

ويلزم هنا التذكير، بأن المجتمعات - اليونانية والرومانية - قد أبنعت محاولات فكرية جادة لتقييد سلطة القوى والفئات المتنفذة فيها، حيث جسدت أعمال أرسطو وأفلاطون نواةً نظريةً صلبة لوظائف الدولة ولآليات توزيعها وفصلها، فأقاما وظائف الدولة على أساس من الفصل بين التشريع والتنفيذ والتحكيم، وذلك بناءً على اجتهادهما بشأن شروط التشريع وضمانات التنفيذ واستقلالية القضاء.

غير أنه لم يكتب لهذه المحاولات النجاح بفعل، أولاً: استغراقها في التجريد الفكري الذي لم يستطع الابتناء على الواقع المعاش وعلى التشكل الاجتماعي لمجتمعاتهم المتسم بتمييز الناس إلى مواطنين وأغيار، وإلى طبقات عرقية تفاضل بين شعب الهيبية *Dignitas* وبين شعب الاستباحة *Licenia* (حامد ربيع، 1979، ص 38) وبفعل، ثانياً: إغفال البعد الرقابي في العلاقة بين هذه الوظائف والسلط، فقد كانت محاولات كل من أفلاطون وأرسطو تنزع فقط إلى تحديد ماهية كل سلطة من السلط لتمييز النظام الديمقراطي عن نظام الامتيازات والأسباد.

لا أحد ينكر نقل أفلاطون (427-347 ق.م) لأسس الرياضيات والهندسة والميتافيزيقا إلى العلوم السياسية حينما أسس أكاديمية خاصة بتدريس السياسة قوامها الابتعاد عن العواطف والشعارات إلى التأسيس لعلم دقيق يقصد نقل السياسة إلى الطابع العملي التجريبي، لكن رغبة أفلاطون هذه اصطدمت بغياب التجربة العملية، مما جعله يقتصر على التجريد المفضي إلى تأسيس دستور وقانون تشريعي "خيالي" سماه بشرية "مجنسيا *Magnesia*"، إلى درجة جعلت مترجم كتابه إلى الإنجليزية الدكتور تيلور يقول "إنه من العقم أن نعد قانوناً أو دستوراً في فراغ دون الإشارة إلى سالف الأشخاص الذين سيعيشون في ظل هذه القوانين، وإلى ظروفهم الاقتصادية" (أفلاطون، 1986، ص.ص 20.30)

وعلى نفس المنوال سار، المفكرُ الأثينيُّ أرسطو طاليس (384-322 ق.م): حين نزع نحو تقسيم الدولة إلى ثلاث سلط رئيسية استجمعها في "الجمعية العامة" التي تعنى بالسلطة التشريعية وتداول في " الشؤون العامة"، و"الحكام" -أي السلطة التنفيذية-الذين يعملون وفق الطريقة التي يعينون بها. ثم " المحاكم" أي السلطة القضائية، التي يفترض فيها الاستقلال التام عن باقي السلط. (أرسطو طاليس، 2016، ص 415)

أما عن مرحلة ما بعد القرون الوسطى، فقد انتقل المفهوم نحو المطالبة بالحرية السياسية، حيث كان الوعي الجمعي الغربي يُطَبِّب في رغبة تحرير "السلطة التشريعية" من قبضة الحكام وسطوة السلطة التنفيذية، ليستقر له استقلال التشريع عن التنفيذ واستقلال القضاء عن كليهما (سجاد إزدهي، 2013، ص 208). وفي هذا الصدد جسدت أعمال أوليفر كرومويل: (1599-1658) أعمالاً رائدة في تجاوز فساد ملكية إنجلترا ووضع دستور يتبنى مبدأ الفصل بين السلط. (علي هادي حميدي البشكراوي، 2012) وأعمال جون لوك (1632-1704) من خلال مؤلفه "الحكومة المدنية" الذي سلط فيه الضوء على دور الفصل بين الوظائف في استتباب أمر الجماعة، وذلك بمحاولة إعطاب أسباب الاستبداد ومنع جمع السلطة في يد سلطة واحدة. (جون لوك، ب ت، ص 75)

بقي أن نشير إلى أن منظومة فصل السلط تتعدد ولا يمكن مركزتها في الجانب الغربي الأمريكي الأوربي فقط، فلقد انطبعت المنظومة بطباع سياقات كل مجتمع على حدة يمكن استجماعها في: "الفصل العمودي" الذي يمتاز باختصاص كل سلطة بوظيفتها المعينة؛ و"الفصل الأفقي" الذي يتحدد على أساس المساواة والرقابة البيئية بين الوظائف؛ و"الفصل المطلق" الذي يعني الفصل الجامد المانع للتفاعل بين السلط بعضها مع بعض؛ ثم "الفصل النسبي" بين السلطات الذي يتيح عملية التفاعل بين السلط ضمن تحديد التخصصات المشتركة بينها؛ وأخيراً "نظرية السلطة العليا": التي يضطلع فيها الملك بحق التحكيم بين السلط بقصد الحفاظ على التوازن السياسي (سجاد إزدهي، ب ت، ص، ص 210، 212)

ثانيا: فصل السلط وتعبئة القضاء للسلط الأخرى

يشكل موقع القضاء مركزا مهما ضمن منظومة فصل السلط، فهو المؤسسة الوحيدة التي تستمد قوتها من غير ذاتها: أي أنها تحتاج للقوانين التي تخططها السلطة التشريعية وللوسائل والأدوات والموارد التي تقيضها لها السلطة التنفيذية. فمنظومة فصل السلط لا تتيح للقاضي سوى القليل من الحرية في إطار سلطات تقديرية لا تخرج عن التأويل. وإذا كان القاضي لا يضطلع، وفق هذا النظر، بسلطات إنشائية للنص القانوني: أي للتشريع. فإننا أمام سؤال هام يهم مصدر التشريع واستقلالية القاضي.

1 إشكالية التشريع: من يشرع لمن؟

لقد شكل التشريع منذ العصور القديمة أداة للسيطرة على الشعوب والتسيد عليها، بما كان يضمنه لفئات معينة من مقامات القوة والغلبة على حساب فئات أخرى. وإذا كان الفكر الوضعي المعاصر يجعل من الشعب، المصدر الأول للتشريع ولسلطته، ويمنحه إمكانيات التحقق من إرادته وفق سيادته التشريعية والقانونية، فإن حيازة الشعب للتشريع ولمصدره إنما تتم في سياق البحث عن "السيادة في الدولة"، لأن "من يمتلك السيادة في إقليم الدولة يحق له أن يتولى السلطة فيها وأن يضفي الشرعية على عمل الهيئات المتولية للوظائف فيها". (ضو مفتاح غمق، 2002، ص 32)

وإذا كان الأصل في التشريع الوضعي أن يخضع في المبدأ والمنتهى، لآراء مجردة تتعدد وتتنوع بتعدد وتنوع أصحابها المعبرين عن شتات من المصالح التي يصعب النفاذ لعمقها أو حصرها، فإن أي محاولة للإجابة عن إشكال التشريع بعيدا عن البحث في مصدر التشريع وأصوله وفي إمكانية تعاليه عن هذه الآراء المجردة، تبقى محاولة حبيسة أبعاد ومعالم تقنية محضة لا تجيب عن مشكل الاستئثار بالتشريع والاستبداد بأمره.

ينبه النظر في مصدر التشريع وسلطته إلى عدم انضواء مفهوم الشعب ذاته في وحدة منسجمة أو كتلة منتظمة، بل إنه يحيل ضمن السياق الغربي، على طبقات مختلفة ومتنوعة لا تتوقف عن استذكار ضوابط الصراع الاجتماعي في حالة الطبيعة، وأن الفكر الغربي لم يستطع التخلص المطلق من هذا المفهوم الطبقي ولا وجد له حلا إلا من خلال جعل السياسة وسلطتها

الموغلة في المركزية، الأداة الوحيدة لحسم هذه الصراعات والاستتكاف عن بطش البعض البعض تحت مظلة المصلحة العامة.

إن بحث الشعب عن المصلحة العامة أو الخير العام *l'intérêt général* في ظل مفاهيم السياسة الحديثة، لا يعفينا من التأمل في فكرة المصلحة العامة ذاتها: هل تعبر عن السيادة التشريعية والقانونية للشعب وعن إرادته العامة، أم أنها تعبر عن سيادة جماعات ضاغطة تحوز القوة والنفوذ داخل المجتمع.

من غير شك أن هذا الاستنتاج لم نقفز إليه، بل إن فكرة المصلحة العامة التي يسماها بعض المفكرين بالثبات والموضوعية، كبوردو مثلا، تحتمل غموضا ونسبية كبيرين، لكونها تنطبع في الغالب الأعم ب "تصورات الأفراد ومثالياتهم الوضعية المتضاربة"، ولأن هذه الأفكار تمثل في نهاية رحلتها نحو صياغة مفهوم المصلحة العامة، تعبيرا عن تصورات فئات مخصوصة حاضنة لهذه الأفكار والمصالح. (محي الدين قاسم، 1997، ص 62)، وهو الأمر الذي يجعل الصالح العام هو صالح الفئة التي استقوت وتغلبت على الفئات الأخرى، لأن الصراع من أجل البقاء السياسي يؤول كغيره من الصراعات الأخرى لصالح الأقوى والأقدر.

الأصل في ذلك أن رد الأفكار والقوانين إلى عقول الأفراد وتبريراتهم للتدليل على صدقية اختياراتهم ومدى تعبيرها عن مصلحة المجموع، لا يضمن انسلاخ هذه الأفكار عن رؤى مخصوصة تعبر عن مقاييس وانشغالات واحتياجات أفراد بعينهم؛ وذلك لأن كل المقاييس الخاصة لا يمكن لها أن تصلح لشمول وتبرير المقاييس العامة. ثم إن كل قياس خاص أو رؤية خاصة يفتح الأبواب لأفراد أو جماعة أخرى أن تتكأ على رؤى ومقاييس خاصة أخرى ترى فيها موضوعية حقيقتها. فعلى افتراض صحة أو خطأ أحد هذه المقاييس فإن "الحقيقة الموضوعية للنظام ذاته تظل مجهولة" (عصمت سيف الدولة، ب ت، ص 265).

إن عدم وجود مقياس مرجعي يتعالى على الدولة ومؤسساتها، ويؤطر باقي المفاهيم والأفكار، قد جعل الشعب في التجربة الغربية الحديثة يحس "بأزمة هوية" أزدته تائها بدون خلفية مرجعية تقوده للإجابة على سؤال: (من يشرع لمن)؟ لأن الديمقراطية التمثيلية Representative democracy تسائل الجميع حول أدوارها التمثيلية ومدى تعبير المنتخبين عن موكلهم الذين بدأوا يفقدون الثقة في مؤسساتهم التشريعية (Marie Anne

(Cohendet, 2004, p41) التي لا تزيدهم سوى تناثرا ومنافحة عن حرياتهم الفردية الموعلة في الذاتية التي تنسيهم ظلم الدولة وجبروتها في الحياة العامة.

يبدو هذا التناثر جليا في الوكالة التي يقدمها الناخبون إلى موكلهم في النظام الانتخابي: فالأصل في الناخبين أنهم أفراد متناثرون يحتفظ كل واحد منهم بـ "إرادته الخاصة" التي تتحول دون تغير إرادات الأفراد الذين يشبهونه إلى "إرادة عامة" قبل عملية الانتخاب، وذلك لأن هؤلاء الأفراد "ليسوا شخصا اعتباريا واحدا مكونا من متعددين" ليعبروا عن "إرادة واحدة" تمكنهم من الاختيار على أساسها. بل إن "إرادة جماعة الناخبين التي يعبر عنها النائب - كما هو مفترض - لا توجد إلا بعد الانتخاب ولا وجود لها قبله" حيث أن النائب هو الذي يوجد "إرادة الناخبين الموحدة" (عصمت سيف الدولة، ب ت، ص، ص 266، 267).

ومن الواضح أن الأفراد في الفكر السياسي، لا يستطيعون التعبير عن إرادتهم السياسية إلا من خلال اتفاق هذه الإرادات وتوحيدها في إطار ما يعرف بـ "الإرادة العامة". وعلى هذا لا تتحقق قوة آرائهم وقراراتهم إلا بشكل بعدي يُعقَّب مرحلة الانتخاب والاقتراع: أي حينما تتحول الأمة من كيان معنوي إلى كيان مادي "قانوني" Nation légale. فالنائب لا يمثل سوى وحدة الأمة الاعتبارية المجسدة خارج "بنية الأفراد الذين يكونونها" لأن تمثيله للأمة قبل فعل الانتخاب لا يتجاوز كونه تمثيلا لـ "هيئة واحدة مستقلة ومتميزة عن كل الأفراد والجماعات التي تتضمنها". وفي هذا تصير الأمة موحدة مع الدولة ويصير نواب الأمة مجرد موظفين ومندوبين عن الدولة وعن سيادتها في إطار "الاختصاص التشريعي"، وكأننا أمام بحث عن موظفين/نواب لسد الخصاص في الموارد البشرية للدولة على المستوى التشريعي. (سمير داوود سليمان، 2015، ص 88 فما بعدها. عصمت سيف الدولة، ب. ت، ص 270)

إن الدولة على هذا الأساس تعتمد إلى انتداب نخب أكفاء من قانونيين متحكمين في الصياغة القانونية وبرلمانيين ووكلاء على المحاكم، ومسؤولين إداريين، للدفاع عن ثقافتها وتشريعها، إلى الدرجة التي تفصل كل هؤلاء عن محيطهم الاجتماعي بسبب مطامح الظفر بامتيازات الدولة الموعودة (برتران بادي، 2017، ص 145). فلكي يحقق "أمير" ميكيافيلي ضبطه الاجتماعي وإخضاع الناس لأغراضه، لا يضير أن يتم الوصول للسلطة عن طريق الخديعة وتزوير مفهوم المصلحة العامة (نيكولو ميكيافيلي، ب ت، ص، ص 54، 55)

وإذا كانت الدولة تعتمد إلى انتزاع الاختصاص التشريعي ومنحه لخبها وكفاءتها لتمتلك المجتمع وأفراده وتفرض هيمنتها على الثقافة والفكر والتعليم وتستحوذ على النظام الاجتماعي ككل (هارولد لاسكي، 2012، ص 25. وائل حلاق، 2014، ص، ص 80، 82)، فإن موقع القضاء ضمن بنية سلطة الدولة الحاكمة يسائل منظومة فصل السلط عن مدى استقلاله من عدمه خاصة وأن السلطة القضائية لا تملك مقومات قوتها من ذاتها كما هو الشأن بالنسبة للسلطين التشريعية والتنفيذية.

2 فصل السلط: في تبعية القضاء

رأينا كيف أن الدولة الحديثة في الأدبيات الفلسفية وفي الواقع السياسي تعمل على تملك القانون المشرّع، الذي هو عنوان سيادتها، وذلك ضمن علاقة "الاقتضاء والتبعية" بين السيادة وإنشاء القوانين، فالرابط بين الدولة وقانونها رابط متين لأن الجماعة التي نطلق عليها "دولة" هي "النظام القانوني الخاص بها" (ضو مفتاح غمق، 2002، ص 204. وائل حلاق، 2014، ص.ص 73، 88).

يطرح التشابك القانوني بين مؤسسات الدولة إذن، إشكالا أساسيا حول موقع السلطة القضائية من السلط الأخرى. فمن شأن هذا التشابك أن ينزع عن القضاء مبررات استقلاله عن المؤسسات الأخرى، ليس فقط في الجوانب المتعلقة بالوسائل والآليات الرقابية التقنية التي تمكن من مباشرة عملية الضبط والتقييد، بل من خلال مصدر أحكام القضاء: الشكلية والموضوعية.

يبدو هذا الأمر واضحا في التجربة القانونية الوضعية التي تفرض على القضاء الانضباط للقوانين والقرارات الصادرة عن مؤسسة التشريع وضرورة احترامه لنصوص وقوانين ومراسيم تنظيمية تؤطرها السلطة التنفيذية؛ وذلك لأن أعضاء المؤسسة التشريعية في المنظور الوضعي الغربي "متساوون" من حيث الأوضاع والمراكز داخل مؤسساتهم وفق صرح أفقي، وأعضاء المؤسسة التنفيذية يضطلعون بأدوار تنفيذ المشرّع من الهيئة التشريعية، وفق صرح هرمي رئاسي، (طارق البشري، مقال، إسلام اليوم) فعلى هذا الأساس تصير العدالة مؤطرةً تأطيرا سياسيا من خلال تبعتها لقوانين السلطة السياسية/البرلمانية. (Pascal Jan, 2017, pp 20,22)

ويتعاظم هذا التأثير في ظل المنظومة الإدارية التي يفرض فيها القانون الإداري على "التشريع" أن يصير أصلا من أصول "الدولة الإدارية" المستقوية ببنائها البيروقراطي المتين. فبالإضافة إلى أن

التشريع الإداري متعدد الوجوه متنوع المجالات (الصحة والتعليم والجيش والتجنيد والهجرة..) فإنه ينعش بيروقراطية الدولة ويجعلها- ضدا على منطق الفصل والتوازن- تهيمن على التشريع والتنفيذ والقضاء. وما ذلك إلا لأن الدولة تستحضر- وهي تبني العلاقات داخل المجتمع- "البنية النموذجية المتحكمة" التي تجعل منها على الدوام نقطة "مركزية" تهيمن على باقي السطلي في إطار تراتبية القرار الإداري وبنيتها، خاصة وأن الدولة توكل هذه المهام لموظفين "غير منتخبين" لهم سبط ودربة واسعة. (وائل حلاق، 2014، ص.ص.98.77)

لهذا نجد أن إيميل دوركهايم مثلا، يجعل من الدولة تجمعا خاصا من الموظفين منظمين بشكل تراتبي رأسي يستخدمها المجتمع الحديث "كأداة وظائفية". كما ينظر رائد علم الاجتماع السياسي الحديث (ماكس فيبر) للدولة على أنها "منشأة سياسية" موسومة بالطابع المؤسسي الذي يمزج بين تطبيق القوانين المترتبة إداريا وبين احتكارها لوحدها استعمال العنف المشروع. لأن الدولة بحسبه لا يمكنها أن تتحق من وظائفها إلا بأداتي العنف المادي المشروع و"الإدارة المؤسسية" "البيروقراطية" (الموسوعة الجزائرية للدراسات السياسية والاستراتيجية، 2018)

طبيعي جدا أن يعمد مبدأ فصل السطلي من الناحية النظرية إلى تخفيف وطأة تدخل الدولة في المجتمع ولجم محاولات تأثير أهل النفوذ على القضايا المرتبطة بالعدالة المدنية والجنائية والسياسية، كما يسهم في عقلنة وتبرير الاستعمال المادي لقوة الدولة ولمؤسساتها، غير أن هذا المذهب لا يتيح للقاضي من الناحية العملية المقدرة على التشريع لنفسه والنفذ إلى المجتمع الذي ينتمي إليه. واضطاعه فإنه يساعدنا على التنبه لسؤال مقدرة القاضي على الاندماج في المجتمع والتشريع له بنفسه.

وبيان ذلك أن القاضي حينما ينزوي في ركنه ومؤسسته المعهودة منقطعاً عن حياة الناس وإمدادات مجتمعه، فإنه يصبح أداة طيعة في يد كل من السطليتين التشريعية والتنفيذية. وهو أمر ينهك القاضي وسلطته القضائية التي تبدو مضطربة منعزلة لا تُحصّل أي مقوم من مقومات القوة سواء على مستوى علاقات القاضي الاجتماعية والسياسية أو على مستوى الاحتياجات المادية المرتبطة بحسن اشتغال مؤسسته. فالقضاء لا يحرز استقلاله إلا من خلال التوازنات التي تتيحها السطليتين التشريعية والتنفيذية، على عكس السلطة التشريعية التي تتقوى من اتصالها المتين "بالرأي العام وجماعاته في المجتمع"، والسلطة التنفيذية التي تتقوى من اختصاصها بممارسة "العنف المشروع"، (طارق البشري، ب.ت، مجلة العربي): إننا أمام تأرجح للقاضي بين مطرقة المشرع الذي

يشرّع له القوانين ويفرض عليه الالتزام والتقيد والإخلاص لها، وبين سندان السلطة التنفيذية التي تمده بالمعدات المادية الضرورية لمباشرة عمله من تعيين وتوفير راتب وتهيئة مستلزمات العمل.

لقد صارت السلطة القضائية سلطة منعزلة عن المجتمع، فلا هي مهنة للعموم ولا هي وظيفة سياسية، والقاضي لا يخالط الناس ولا يعرفونه، لأن سلطته لم تعد تشكل "مهنة من المهن" بل تحولت إلى كيان غير مرئي يخاف صاحبه من الاقتراب من الناس، فالقضاة صاروا كأشباه غير مرئية أو ككائنات جامدة بلا قوة أو حيلة، ينحصر دورهم الأساسي في قراءة القانون وحسب. (Mauro Brebis, 2014, p 8)⁸⁵

لقد كان هذا الأمر مدعاة للبعث لسحب صفة "سلطة" من القضاء، ليس وحسب لأن القاضي لا يمتلك نفس سلط المشرعين والمنفذين، ولا لكونه يفتقد للمقدرة على التحرك وإنشاء القوانين والأفعال والتعبير عن رأيه ضدا على قواعد الكتمان والصمت، بل لأن دور القاضي دور سلبي يعتمد فقط الحكم على ادعاءات مقدمي المظالم الخاصة: فالقرارات بصددها لا يمكنها أن تتسم بالعمومية والتجريد، وفي حال "تأويله" الشخصي لحوادث خارج النص فإنه يكون أمام "مغامرة" الابتعاد عن حجية الحكم المقضي به (Pascal Jan, 2017, pp 20,22)⁸⁶

الأکید أن القضاء لا يستطيع التبرم المطلق عن تبعيته للوظيفتين التشريعية والتنفيذية، لأنه لا تتاح له من الخيارات إلا أن يُستدرج- رغم استقلاله شكليا واعتداده بمؤسسته الخاصة التي لا تقبل من الناحية النظرية تدخل أي مؤسسة أخرى في أطوار عملها - حَتَفَ أنفه إلى الارتباط بمؤسستي

⁸⁵Mauro Barberis, **LE FUTUR PASSÉ DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS**, (<https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2012-4-page-5.htm>), 2014-4 n 143 pages 5 à 15: p 8

⁸⁶ Pascal Jan, La justice et le pouvoir politique : entre indépendance et Influences, Dans Après-demainAprès-demain, Fondation Seligmann 2017/1 (N ° 41, NF)2017/1 (N ° 41, NF), pages 20 à 22 d'après le site www.cairn.info

التشريع والتنفيذ. فالقاضي ليس له من الأمر سوى أن يحكم بالقوانين التي خطتها أيادي المشرع: سلطة تشريعية كانت أم تنفيذية.

وعلى تلكم الاعتبارات يمكن القول أن منظومة فصل السلط بدأت تفقد بريقها في الفضاءات الفكرية والسياسية العالمية، وأخذت تظهر اعترافات لها مقدارها من الجدية والمصادقية، تضع هذه المنظومة محل نقد وتمحيص وازدراء من بعض أهل النظر والفكر والسياسة الغربيين؛ فهذا أستاذ القانون الدولي الفرنسي باسكال جون Pascal Jan يعتبر أن هناك مجموعة من الحدود والقيود التي تمنع القضاء من أن يشكل سلطة مثله مثل السلطتين التشريعية والتنفيذية، وأن البرلمان هو الذي يضع جميع القوانين للقاضي ليحكم بها، (Pascal Jan, 2017, pp 20,22) وهذه "اعترافات" الدراسات الدستورية الغربية-الأمريكية التي تراوحت بين الإقرار بأن مبدأ الفصل بين السلطات "مسبب لكثير من البلبلة" (Marshall)، "مشوه بكثير من الاستثناءات" (Mogen, H, Hansen)، وبه "صعوبات سيئة الصيت" و"كثير من عدم الدقة وغياب الاتساق" (Cheryi Sanders)؛ وبين اعتباره "حقيقية تتسم بالفوضى من أطروحات لسياسات يجب دعمها أو رفضها على أسس أخرى" (Marshall)، لأنه "مبدأ يوصف بالفشل" (Elizabeth, M, Magill)؛ إلى أن وصل الأمر بالبعض إلى الدعوة للتخلص من المبدأ "كخطوة أولى لصوغ نسق جديد من الأفكار حول الفصل بين السلطات" (Mansfield). (وائل حلاق، 2014، ص.ص 91.90)

خاتمة

بالرغم مما حققته الدولة الحديثة في الغرب من تقدم ملموس في الدفاع عن الناس/ المواطنين وكف بأس بعضهم عن بعض، وذلك بالسعي نحو تحديث مبدأ الفصل بين السلط وتضمينه الضمانات اللازمة التي تحقق التوازن بين التشريع والتنفيذ والقضاء؛ فإن هذا المبدأ لم يتمكن من الانزياح التام عن رغبات الفئات المنتفذة داخل المجتمع، كما لم يتمكن من التبرم المطلق عن أمر هذه الفئات: تشريعا وتنفيذا وحكما.

ولقد كان لاستحواذ أهل النفوذ على الوظائف السياسية للدولة وعدم المقدرة على تجاوز الخلط بين السلط، الدور الكبير في جعل القضاء أداة طيعة في يد السلطتين التشريعية والتنفيذية. وهو

الأمر الذي جعل الكثير من المفكرين والفلاسفة الغربيين يشككون في مصداقية مبدأ الفصل بين السلط وتغيير نظرتهم الإيجابية عنه.

غير أن فقدان البريق الذي صاحب النظرية وإشعاعها، لا يمكنه أن يقودنا إلى التغافل المطلق عن جدوى نظرية الفصل بين السلط، فهي تعتبر ثمرة جهد بشري فكري وسياسي تخلصت بفضل البشرية من إراقة الدماء والتنازع على السلطة وضياع حقوق الناس. ففي هذا يتوجب على الباحثين والأكاديميين المواجهة بين الرغبة في الانسلاخ عن النموذج الإدراكي الغربي والانفكاك عن خلفيته المعيارية في الحكم والسياسية، وبين فسح المجال للنظر في التجارب الإنسانية المتعددة، التي تتيح إمكانية التأسيس لمنظومة حكمية متممة بالكثير من العدل والتوازن.

إن الدراسات المقارنة والدراسات المنطقية تفتح أعيننا على تجارب أخرى يكون للقاضي فيها دور كبير في استيلاء منظومات تشريعية من رؤيته ومعرفته بالمجتمع: ومن ذلك مثلاً منظومة الحكم والفقهاء الإسلامية التي كانت تسمح بالتفاعل بين ولاة الأمر ومجال القضاء من غير خوف على استقلالية القضاء، لأن الأحكام الشرعية لم يكن يعتد بها إلا حين استنادها على قوة الدليل، وأن عدالة "الحق" تثبت بمرور الحكم الشرعي، لا بالأغلبية العددية التي تحددها القوانين الوضعية (خاليد شخمان، 2022، ص 101)⁸⁷؛ كما أن القاضي في التاريخ الإسلامي مثلاً كان في ظل ما يعرف بالتعايير، هو من يشرع للمجتمع، ولم يكن ينتظر الناس لكي يعرضوا عليه القضايا، بل كان يأخذ المبادرة من تلقاء نفسه. وفي هذا الشأن ضبطت القضاة "الشؤون البلدية والمحلية" من جمع للضرائب ومراقبة الأشغال العامة والأسواق، كما "أداروا المؤسسات الخيرية"، واعتنوا عناية شرعية بالأيتام والمحرومين كأوصياء على أموالهم وباقي شؤونهم. (وائل حلاق، 2014، ص 190، 191)⁸⁸ وكذلك الشأن بالنسبة لما كان يعرف في مصر بـ "المجالس العرفية" أو "مجالس عرب"، التي كانت قوانينها تحوز قوة الإلزام من الالتزام الطوعي بما البعيد كل البعد عن قوة الدولة وسلطانها. (طارق البشري، 1996، ص 29)

⁸⁷ شخمان، خالد، الدساتير والقوانين الجنائية المغاربية: دراسة في العلاقة بين الحريات الفردية والمرجعية الإسلامية" مجلة تجسير، المجلد الرابع، العدد2، 2022، ص 101

⁸⁸ وائل ب حلاق، مقالات في الفقه، دراسات حول الشرعية (بيروت، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، 2014، ط1، صص190، 191)

وفي بعض تقاليد الممارسة الإنجليزية كانت السلطان التشريعية والتنفيذية تمارسان بشكل استثنائي الوظيفة القضائية، مثلما كانت تجعل من تشريع النص القانوني وظيفة قضائية منوطة "بقضاة القانون العام" "les Juges Des Common Law"؛ ونفس الشيء ينطبق على بعض الاجتهادات - في السياق الأوربي الاقليمي - التي تشير إلى تفاعلات كبيرة تسمح للقضاة بصياغة القانون على شكل قوانين عامة. (Mauro Brebis, 2014, p 7, 8)⁸⁹

وما تزال هذه التقاليد حاضرة في التقاليد السياسية والاجتماعية، لبعض المناطق العربية التي لا يعرف سكانها شيئاً عن التقاضي في المحاكم، لأن الوظيفة القضائية التي كانت في الأصل تابعة منهم ومن اختيارهم، لا يمكنها أن تكون وظيفة للدولة؛ فهم من يختارون قضاة من "حكّماء" بلدتهم أو قريتهم لعرض الخلافات والنزاعات والأقضية عليهم: وهو أمر يتم في غالب الأحيان بعيداً عن أدوات الدولة من تصويت وانتخابات وتعيينات، ولكن بضوابط تلقائية تؤطر عمل هؤلاء "القضاة" كالسلط المعنوية والأخلاقية والعلمية التي تتربع على سلم التقاليد السياسية والاجتماعية لهذه المناطق.

لائحة المراجع باللغة العربية

1. أرسطو طاليس، *السياسة*، ترجمة عن الاغريقية جول بارتلمي - سانتهيلر ونقله إلى العربية أحمد لطفي السيد (المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، ط 1، بيروت، 2016)
2. أفلاطون، *القوانين*، ترجمه من اليونانية إلى الإنجليزية د تيلور، وإلى العربية مُجدّ حسن ظاها (الهيئة المصرية العامة للكتاب، مكتبة الإسكندرية، ب ط، 1986)

⁸⁹Mauro Barberis, **LE FUTUR PASSÉ DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS**, (<https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2012-4-page-5.htm>), 2014-4 n 143 pages 5 à 15: p.p 7, 8

3. بتران بادي، *الدولتان السلطنة والمجتمع في الغرب وبلاد الإسلام*، ترجمة لطيف فرج (القاهرة، مدارات للأبحاث والنشر، ط1، 2017)
 4. بيار بورديو، *عن الدولة دروس في الكوليج دو فرانس 1989-1992*، ترجمة نصير مروة (بيروت، المركز العربي للأبحاث ودراسات السياسات، ط1، 2016)
 5. توماس هوبز، *الليفياثان الأصول الطبيعية والسياسية لسلاطة الدولة*، ترجمة ديانا حرب وبشرى صعب (دار الفارابي، ط1، أبو ظبي، 2011)
 6. جون لوك، *الحكومة المدنية وصلتها بنظرية العقد الاجتماعي لجون جاك روسو*، ترجمة مُجد شوقي الكيال (مطابع شركة الإعلانات الشرقية، سلسلة اخترنالك 81، ب.ت، نسخة إلكترونية)
 7. حامد ربيع، *محاضرات في النظرية السياسية* (القاهرة، 1979، ب ط)
 8. خالد شخمان، *الديساتير والقوانين الجنائية المغاربية: دراسة في العلاقة بين الحريات الفردية والمرجععية الإسلامية* مجلة تجسير، الدوحة، المجلد الرابع، العدد2، 2022.
 9. رياض عزيز هادي، *مفهوم الدولة ونشوؤها عند ابن خلدون*، (مجلة العلوم السياسية، بغداد، ع 37، 2008).
- <https://jcopolicy.uobaghdad.edu.iq>
10. سجاد إيزدهي، *الرقابة على السلاطة في الفقه السياسي*، ترجمة رضا شمس الدين (مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي، بيروت، ط 1، 2013)
 11. سمير داود سلمان، *مدى تمثيل النائب للناخبين في ظل النظام النيابي* (القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2015)،
 12. ضو مفتاح غمق، *السلاطة التشريعية في نظام الحكم الإسلامي والنظم المعاصرة (الوضعية)* دراسة مقارنة (دار الهدى، مالطا، 2002)

13. طارق البشري، *الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي*، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط 1، 1996.
14. طارق البشري، *عن مؤسسات الدولة في النظم الإسلامية والغربية* (موقع الإسلام اليوم، www.islamtoday.com)
15. طارق البشري، *مؤسسات الدولة بين النظم الإسلامية والنظم الغربية* (مجلة العربي، المجلس الوطني للثقافة والفنون والأدب، الكويت، ع 396، ب.ت)
16. عالي هادي حميدي الشكراوي، *نشأة مبدأ الفصل بين السلطات* (عن موقع جامعة بابل، كلية القانون، 2012/04/18) <http://www.uobabylon.edu.iq>
17. عصمت سيف الدولة، *النظام النيابي ومشكلة الديمقراطية* (دار الموقف العربي، مصر العربية، نسخة إلكترونية)
18. عصمت سيف الدولة، *الاستبداد الديمقراطي* ((نسخة إلكترونية) (<http://saifaldawla.al-taleaa.net>)
19. ميكافيلي، *الامير*، ترجمة أكرم مؤمن، (القاهرة، ابن سينا للطبع والنشر والتوزيع، نسخة إلكترونية، ب ط، ب ت)
20. محي الدين قاسم، *السياسة الشرعية ومفهوم السياسة الحديث* (القاهرة، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، ط1، 1997)
21. الموسوعة الجزائرية للدراسات السياسية والاستراتيجية، *مفاهيم سياسية الدولة والدولة الحديثة*، 2018-10-30، www.politics-dz.com
22. وائل ب حلاق، *الدولة المستحيلة الإسلام والسياسة ومأزق الحداثة الأخلاقي*، ترجمة عمر عثمان (بيروت، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، ط1، 2014)
23. وائل ب حلاق، *مقالات في الفقه*، دراسات حول الشريعة (الشبكة العربية للأبحاث، بيروت، ط1، 2014)
24. هارولد لاسكي، *الدولة نظريا وعمليا*، (شركة الأمل للطباعة والنشر، ط2، 2012)

لائحة المراجع باللغات الأجنبية

- 1- Mauro Barberis, **LE FUTUR PASSÉ DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS**, (<https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2012-4-page-5.htm>), 2014-4 n 143 pages 5 à 15
- 2- DICTIONNAIRE LAROUSSE. *Séparation des pouvoirs*, d'après www.larousse.fr
- 3- Jean-Philippe Feldman, *la séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme, Mythe et réalité d'une doctrine et de ses critiques*. (Revue française de droit constitutionnel, Presses Universitaires de France 2010/3 (n° 83), pages 483/ 496
- 4- Marie-Anne Cohendet, *Une crise de la représentation politique* (www.cairn.info/Presseuniversitaire de France, 2004,n2)
- 5- Pascal Jan, *La justice et le pouvoir politique : entre indépendance et Influences*, Dans *Après-demain*Après-demain, Fondation Seligmann 2017/1 (N ° 41, NF)2017/1 (N ° 41, NF), pages 20 à 22 d'après le site www.cairn.info

السمو المشروط للمعاهدات الدولية

في النظام القانوني الليبي

The conditional supremacy of international institutes in the Libyan legal system

د. عثمان أبوخريص

الجامعة الأسلمرية الإسلامية - زليتن - ليبيا / كلية الشريعة والقانون - قسم القانون

othmanomar555@gmail.com

ملخص البحث: يترتب عن تصديق الدولة على المعاهدات الدولية الالتزام بتنفيذها، مما يعني أن هذه المعاهدات بمجرد التصديق عليها تحتل مكانة قانونية معينة في النظام القانوني الداخلي للدولة، والحديث عن قوة المعاهدة في النظام القانوني لدولة ما، يعني تحديد مرتبة ومكانة المعاهدة بالنسبة لمختلف أنواع التشريعات الوطنية سواء الدستور أو التشريع العادي أو حتى التشريع الفرعي، والمرتبة التي تحتلها المعاهدة تعني أن التشريعات التي تعلق عليها مرتبة تسمو عليها، في حين تسمو المعاهدة على التشريعات الأقل منها مرتبة، وهذا السمو لا تظهر أهميته إلا عند وجود تعارض بين المعاهدة وأي تشريع آخر . وتبرز أهمية تحديد علاقة المعاهدة الدولية بالتشريع الداخلي في أنه قد يحدث وأن يكون هناك تعارض بين المعاهدة التي صادقت عليها الدولة مع تشريعها الداخلي، الأمر الذي يترتب معه إما تعطيل أعمال أحكام المعاهدة رغم أن الدولة قد التزمت بها على المستوى الدولي من خلال التصديق عليها، أو تعطيل أعمال نصوص التشريع الوطني بما في ذلك الأحكام الدستورية، ولا بد أن يكون ذلك التعارض حقيقيا، بمعنى استحالة أعمال النصين معا، لذلك فإن تحديد العلاقة بينهما أمر بالغ الأهمية ، وانطلاقا من أن مبدأ المشروعية يعني خضوع جميع تصرفات الدولة للقانون وتفعيلا لدور القضاء الوطني لمتابعة تنفيذ التشريعات الوطنية على الوجه الصحيح، فإن المعاهدات الدولية باعتبارها تصرفا قانونيا لا بد أن لا تخرج عن هذا المبدأ، أي وجوب خضوع المعاهدة الدولية في جميع مراحل ابرامها و دخولها حيز التنفيذ إلى القانون، والذي في أعلى هرمه القواعد الدستورية، وكذلك الأمر بالنسبة للأحكام التي تتضمنها المعاهدات الدولية، يجب أن لا تتعارض مع أحكام الدستور، فحتى تتصف معاهدة ما بأنها دستورية يجب أن لا تتعارض هذه المعاهدة مع القواعد الاجرائية والموضوعية للتشريع .

Abstract

The ratification of international agreements by the state entails the obligation to implement them, which means that these agreements, once ratified, occupy a certain legal place in the internal legal system of the state. The strength of the agreement in the legal system of a state means determining the status of the agreement in relation to the different types of national legislation whether the constitution, ordinary legislation, or even subsidiary legislation. Each agreement has a rank which means that the legislation that is above it, is a rank that affects it, while the agreement transcends the legislation of lower rank, this supremacy is not important unless there is a conflict between the agreement and other legislation.

The importance of determining the relationship of an international agreement with domestic legislation is highlighted in the fact that it may happen if there is a conflict between the agreement ratified by the state with its domestic legislation, which results in either disrupting the work of the provisions of the agreement, despite the fact the state has committed to it at the international level by ratifying it, or disrupting the implementation of the texts of national legislation, including constitutional provisions, and that such exposure must be real, in the sense of the impossibility of implementing the two texts together, so determining the relationship between them is extremely important, proceeding from the fact that the principle of legality means that all state actions are subject to the law and in patriotism on the right way, international treaties, as a legal act, must depart from this principle, that is, an international agreement must be subject at all stages of its conclusion and entry into force to the law, which is at the top of the hierarchy of constitutional norms, as well as the provisions contained in international agreements. They must not contradict the provisions of the constitution. In case the agreement is characterized as constitutional, this agreement does not contradict the procedural and substantive rules of legislation.

المقدمة :

مر النظام القانوني في ليبيا بعدة نقلات دستورية، فمن الدستور الملكي في عام 1951 إلى الإعلان الدستوري لسنة 1969، إلى فترة غياب الدستور من سنة 1977 إلى 2011 مع وجود لبعض القواعد التي كانت تعد دستورية في بعض الوثائق، ثم مؤخرا صدور الإعلان الدستوري في 3 أغسطس 2011 والذي تولى تنظيم المرحلة الانتقالية التي تمر بها ليبيا حاليا إلى أن يتم إصدار الدستور الدائم للدولة الليبية والذي صدر مشروعه لأول مرة في 2017/7/29 . وطبيعة المرحلة الانتقالية التي تمر بها ليبيا تستلزم الابقاء على أكبر قدر من القوانين التي كانت سارية قبل سنة 2011 وهذا ما نص عليها الإعلان الدستوري صراحة في المادة (35) وبالأخص فيما يتعلق بالمعاهدات الدولية، حيث إنه من المفترض أن تكون الجهة التي تدير الدولة حاليا هدفها الوحيد التأسيس لدولة جديدة، وبالتالي فإن الالتزام الرئيسي عليها هو عدم تحميل الدولة أي التزامات دولية، وإنما تحاول بقدر الإمكان تكملة الالتزامات السابقة والوفاء بها، الأمر الذي يتطلب الابقاء على نسق قانوني سابق لتكملة ما بدأ به النظام السابق بشأن هذه الالتزامات الدولية، الأمر الذي ترتب عليه أن المادة (17) من الإعلان الدستوري قد جاءت مؤكدة للمادة (4) من القانون رقم (1) لسنة 2007 فيما يتعلق بالجهة المختصة بالإبرام والمصادقة على المعاهدات الدولية وذلك استنادا للمادة (35)، فالجهة المختصة بالإبرام هي السلطة التنفيذية (الحكومة)، والجهة المختصة بالمصادقة فقط على المعاهدات الدولية لهذا النص هي السلطة التشريعية والتي تمثلت في المجلس الانتقالي المؤقت وحده، ومن بعده المؤتمر الوطني العام الذي انتقلت له اختصاصات المجلس، ثم من يليه من الأقسام التشريعية (مجلس النواب حاليا) طبقا للفقرة (3) من المادة (30) من الإعلان الدستوري الليبي الصادر في 3 أغسطس 2011، وهذا التفسير يتماشى مع كون الحكومة هي التي تقوم بتنفيذ السياسة العامة التي يضعها المجلس ومن بعده المؤتمر وذلك استنادا للمادة (24) من الإعلان الدستوري، وبما أن ليبيا تمر حاليا بمرحلة انتقالية يحكمها إعلان دستوري فإن أحكام ونصوص هذا الإعلان الدستوري تعتبر هي أعلى مراتب التشريع، والتي لا يجوز للقانون ولا للمعاهدات التي تعتبر في حكم القانون أن تخرج في أحكامها عليه بأي وجه لأن كل ذلك لا يستقيم قانونا، وفي ظل غياب نص عام يحدد مكانة المعاهدات الدولية في النظام القانوني الليبي، فقد ظهرت وجهتها نظر حول موقف المشرع الليبي من

مكانة المعاهدات، الاولي : تقول بأن المعاهدات الدولية لها نفس درجة القانون العادي، والثانية : تذهب إلى أن المعاهدات الدولية لها درجة أعلى من التشريع العادي وبالتالي فإن مرتبة المعاهدات الدولية في ليبيا لا تصل بأي حال إلى مرتبة تفوق الدستور أو حتى تساويه، ولكن القضاء الليبي يعتبر قد حسم الأمر في هذا الشأن وذهب إلى أن المعاهدات الدولية تعتبر في حكم التشريع أو القانون العادي، وذلك طبقا لما جاء في أحكام المحكمة العليا الليبية، إضافة لذلك فإن المشرع الليبي لم يتم بتحديد أهم الشروط المطلوبة لاعتبار المعاهدات الدولية كمصدر من مصادر المشروعية، حيث لا يوجد نص خاص بهذه المسألة، لا في الدستور الملكي ولا في الإعلانات الدستورية اللاحقة، ولا في التشريعات العادية، وبما أن المعاهدات الدولية تعد في حكم القوانين العادية بناء على العديد من أحكام المحكمة العليا الليبية ، فإنه كان من الضروري على القضاء الليبي أن يضع معايير وشروط لاعتبار المعاهدة الدولية في مرتبة من مراتب التشريع في ليبيا

أهمية البحث :

إن المؤسسات الليبية المختلفة وخصوصيتها واشكاليات تداخل اختصاصاتها ببعضها فيما يخص ابرامها للمعاهدات الدولية وآليات تنفيذ تلك المعاهدات منذ استقلال الدولة الليبية وحتى تاريخها المعاصر، وبالمقارنة ببعض دساتير بعض دول العالم اليوم وعلى الأخص دولتي تونس ومصر، فإن النظام القانوني الليبي فيما يخص بعلاقته مع المعاهدات الدولية يعتريه بعض الغموض من حيث مكانتها وطرق تنفيذها، ما يبرر تقديم هذا البحث لمعرفة مدى قيمة المعاهدات الدولية داخل النظام القانوني الليبي وشروط سموها في التشريع الليبي ومدى اتصافها بصفة المصدر في القانون الليبي .

أهداف البحث :

يهدف هذا البحث إلى زيادة الحرص في تنقية النظام القانوني الداخلي من القواعد الدولية المخالفة للدستور القادم ، وإيجاد الحلول المناسبة لموضوع سمو المعاهدات ومكانتها في التشريع الداخلي وإعطاء توضيح شامل لهذا الموضوع سواء بالنسبة للدارسين أم الذين يعملون على تطبيق المعاهدات الدولية ، وذلك بسبب ضياع الكثير من الحقوق جراء فرض المعاهدات الدولية نفسها وبقوة من بين القوانين في النظام الداخلي للدولة .

منهجية البحث :

يتبع البحث أسلوب البحث الوصفي التحليلي بالجمع بين المنهج التاريخي الاستقرائي والواقع العملي المعاصر

مشكلة البحث :

ماهي أهم الشروط الواجب توافرها لتسمو المعاهدات الدولية في التشريع الداخلي الليبي واعتبارها من مصادر القانون في ليبيا وما هي أهم الاجراءات والخطوات التي يتخذها القضاء الليبي لتنفيذ ذلك ؟ .

خطة البحث :

للإجابة على التساؤلات السابقة سنقسم موضوع البحث على المباحث التالية :

المبحث الأول: شرط الالتزام بالضوابط الدستورية والقانونية للنظام الداخلي

المبحث الثاني: شرط نشر المعاهدة الدولية في النظام الداخلي

المبحث الثالث: شرط عدم تطبيق المعاهدات الدولية من القضاء الوطني إلا في حدود النصوص

الدستورية والتشريعية

الخاتمة (نتائج وتوصيات) .

المبحث الأول/ شرط الالتزام بالضوابط الدستورية والقانونية للنظام الداخلي

نتناول في هذا المبحث المطلوبين التاليين :

- المطلب الأول: احترام المعاهدات الدولية للقواعد الدستورية والقانونية والهوية الليبية
- المطلب الثاني : ملائمة المعاهدات الدولية مع التشريعات الليبية

المطلب الأول: احترام المعاهدات للقواعد الدستورية والقانونية والهوية الليبية

هناك جملة من الضوابط ، تعتبر قيودا داخلية على حرية تعاقد الدولة بالمعاهدات الدولية ، يتعين على الدول مراعاتها لكي يكسب تصرفها في الارتباط بالمعاهدة الدولية المشروعية من وجهة نظر القانون الداخلي، فقد احتوت التشريعات الاساسية الليبية (الدستور والاعلانات والوثائق الدستورية المختلفة في ليبيا) على عدد من المقومات والمبادئ الأساسية التي لا يجوز المساس بها ولا التعدي عليها من جهة أو سلطة أو فرد ، وهذه المقومات تكمن في الآتي:

أولا: احترام المعاهدات الدولية لمبادئ الشريعة الاسلامية :

يقصد بالشريعة الإسلامية في هذا المجال المفهوم والمعنى الواسع للشريعة الإسلامية بمصادرها المتعددة الموحى بها وعلى رأسها القرآن الكريم والسنة النبوية من جهة ، والمصادر النقلية من جهة

أخرى ومنها الإجماع وقول الصحابي والعرف والقياس والاستحسان وسد الذرائع والاستصحاب والمصالح المرسله⁽⁹⁰⁾ .

تعتبر الشريعة الإسلامية في ليبيا على مر تاريخها المعاصر من أهم مصادر القانون حيث نصت المادة 5 من دستور 1951 بأن " الإسلام دين الدولة " ، ثم تم النص عن ذلك في القانون المدني الليبي في مادته الأولى بالفقرة الثانية بأنه " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ... " ثم أكد ذلك مجلس قيادة الثورة في الإعلان الدستوري الصادر عنه سنة 1969 بأن " الإسلام دين الدولة " ، ومن بعده إعلان سلطة الشعب في سنة 1977 ونص بأن " القرآن الكريم شريعة المجتمع " ، وأخيرا الإعلان الدستوري لسنة 2011 حيث نص في المادة الأولى منه بأن " ليبيا دولة ديمقراطية مستقلة ، ... ، ودينها الإسلام ، والشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع " ، من تلك النصوص فإنه على السلطات المختصة بالإبرام والتصديق على المعاهدات الدولية احترام كافة مبادئ الشريعة الإسلامية، ويجب عليها أن لا تقوم بالارتباط بالمعاهدات الدولية التي قد تخالف الشريعة الإسلامية ، وإلا اعتبرت باطلة لمخالفتها نصوص الدستور هذا من جهة ، ومن جهة أخرى وبالنظر إلى ما نص الإعلان الدستوري لسنة 2011 في اعتباره أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع ، يدل على الضرورة الملحة من المشرع في عدم المساس بكيان الشريعة الإسلامية ولا معارضتها لا من قبل القوانين ولا المعاهدات الدولية وإن حدث ذلك فهي مخالفة صريحة لنصوص الإعلان الدستوري ما يستوجب معه إعادة النظر في تلك المعاهدة أو عدم التصديق عليها والالتزام بها .

ثانيا: احترام المعاهدات الدولية للقواعد والمبادئ الدستورية :

يجب ألا تتعارض نصوص المعاهدات الدولية التي يتم الارتباط بها من قبل السلطات الليبية المختصة مع أحكام وقواعد ومبادئ الإعلان الدستوري الحالي (2011) ، وكذلك دستور الدولة الليبية الجديد " المرتقب " ، بما في ذلك الحقوق والحريات العامة للأفراد ، وذلك لان هذه الأحكام وتلك النصوص تمثل الأصول والمبادئ التي تقوم عليها الدولة الليبية في هذه الفترة " فترة المرحلة الانتقالية " ، وما بعدها باعتبارها تمثل النظام العام، وفي ذلك قضت المحكمة العليا الليبية بأن : " متى نص الدستور على طريقة معينة واجراءات محددة لتعديل النصوص الدستورية تعين على السلطة التشريعية عند اصدار التعديل التزامها بالأوضاع الدستورية ، فإن طعن في نص

(90) د . سلام محمد مذكور ، المدخل للفقهاء الاسلامي ، الطبعة الثانية ، سنة 1963 ، ص 199 وما بعدها .

التعديل بأنه مؤسس على إجراءات تخالف الاجراءات والأوضاع الواردة بالإعلان الدستوري، فإن من اختصاص الدائرة الدستورية أن تتصدى لمراقبة مدى التزام تلك السلطة للقيود الواردة بالدستور، ...، ولو قيل بغير ذلك لكان للسلطة التشريعية أن تتحلل من القيود الواردة بالدستور بشأن التعديل، وهو اطلاق لسلطاتها ، وفتح لباب مخالفة النصوص الدستورية ، وهو مالا يستقيم قانونا⁽⁹¹⁾ .

يتضح من ذلك أنه يجب ان تكون احكام النصوص الدستورية أعلى مراتب التشريع ولا يجوز للمعاهدات الدولية التي تعتبر في حكم القانون لدى النظام الليبي أن تخرج في أحكامها على النصوص الدستورية بأي شكل من الأشكال⁽⁹²⁾ .

ثالثا: احترام المعاهدات الدولية للمبادئ الأساسية والإقتصادية والإجتماعية :

نصت المادة 4 من الإعلان الدستوري 2011 على أنه " تعمل الدولة على إقامة نظام سياسي ديمقراطي مبني على التعددية السياسية والحزبية وذلك بهدف التداول السلمي الديمقراطي للسلطة "، ونصت المادة 7 على أنه " تصون الدولة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، وتسعى إلى الانضمام للإعلانات والمواثيق الدولية والإقليمية التي تحمي هذه الحقوق والحريات " ، ونصت المادة 8 على أنه " تضمن الدولة تكافؤ الفرص، وتعمل على توفير المستوى المعيشي اللائق وحق العمل والتعليم والرعاية الصحية والضمان الاجتماعي لكل مواطن " ، ونصت المادة 9 من الإعلان على أنه " يجب على كل مواطن الدفاع عن الوطن والحفاظ على الوحدة الوطنية ، وعدم المساس بالنظام المدني الدستوري الديمقراطي ، والتمسك بالقيم المدنية ... " كما نصت المادة 16 على أنه " الملكية الخاصة مصونة ، ولا يمنع المالك من التصرف في ملكه ، إلا في حدود القانون " ، من تلك المواد فإن على سلطات الدولة التنبه عند الارتباط بالمعاهدات الدولية بأن لا تتعارض تلك المعاهدات مع المقومات والمبادئ الدستورية المنصوص عليها في هذا الإعلان أو في الدستور المرتقب، وألا تتعارض مع أي تشريع من التشريعات الأساسية المعمول بها في البلاد .

⁽⁹¹⁾ طعن دستوري رقم 27 لسنة 59 قضائية ، جلسة بتاريخ 2013/2/26 .

⁽⁹²⁾ د . خليل سويدان ، الحدود الدستورية للمعاهدات الدولية في النظام القانوني في ليبيا ، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، سنة 2014، ص 360 .

رابعاً: احترام المعاهدات الدولية لقواعد الأخلاق والنظام العام :

وهي مجموعة المبادئ والمثل العليا المستوحاة من المعتقدات الاجتماعية والدينية للمجتمع ويتولى رعايتها الضمير الفردي الاجتماعي ، وتهدف إلى السمو بالسلوك الإنساني للفرد وللجماعة لتبلغ درجات الرقي والكمال، فهي قواعد نموذجية للكمال الإنساني، ومن ذلك فإنه يجب أن تصون المعاهدة الدولية المبرمة بمبادئ الأخلاق العامة والكرامة الإنسانية المقبولة في أوساط المجتمع الليبي، بمعنى أن تبتعد السلطات الليبية في إبرام المعاهدات الدولية التي قد تمس النواميس الاخلاقية⁽⁹³⁾ والقيم العليا التي تعبر عن الهوية الليبية ، كما فعل القضاء الليبي بشأن قرارات مجلس الأمن (باعتبارها تطبيقاً للميثاق) عندما منعت تسليم مواطنين ليبيين في قضية لوكربي للولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا مرراً ذلك بتعارض هذه القرارات مع سيادة الدولة الليبية ومع حقوق المواطنين الليبيين التي هي قواعد أساسية في القانون الليبي ومخالفة للنظام العام، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 27/5 ق بالجلسة المؤرخة في 13/5/1983 بقولها (عدم تطبيق المعاهدة الدولية في حال تعارضها مع النظام العام)⁽⁹⁴⁾ .

المطلب الثاني : ملائمة المعاهدات الدولية مع التشريعات الداخلية الليبية

لكي تكون القاعدة القانونية الدولية سارية المفعول يجب أن تتحول إلى قاعدة في القانون الداخلي، ولا قيمة لها بغير ذلك، وبهذه الصفة يمكنها أن تبقى سارية المفعول أو معدلة أو ملغاة من قبل تشريع داخلي لاحق، مع إمكانية تحميل الدولة المسؤولية الدولية في ذلك، وعليه فإن المحاكم الوطنية لا تعتمد في أحكامها إلا على القانون الداخلي، ولكي تستند إلى قاعدة دولية لا بد من تحويل هذه القاعدة من قاعدة في القانون الدولي إلى قاعدة في القانون الداخلي⁽⁹⁵⁾ .

وفي ليبيا غالباً ما يتم مواءمة التشريعات مع نصوص وأحكام المعاهدات وهو ما ذكره التقرير الوطني الدوري الثالث والرابع حول تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل المقدم إلى لجنة حقوق الطفل

⁽⁹³⁾ د . عبد السلام عي المزوعي ، النظرية العامة لعلم القانون ، الجزء الاول ، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع ، الطبعة الثانية ، سنة 1988 ، ص 51 .

⁽⁹⁴⁾ د. عبد السلام الطيف عمارة ، القاضي الليبي واشكالية تفسير المعاهدات الدولية ورقة بحثية مقدمة غير منشورة أقيمت في الموسم الثقافي لسنة 2005، جامعة طرابلس ، كلية القانون بتاريخ 2005/3/21 ، ص 5 .

⁽⁹⁵⁾ شارل روسو ، القانون الدولي العام ، الأهلية للنشر والتوزيع ، بيروت ، 1982 ، ص 17 وما بعدها .

بالأمم المتحدة بتاريخ 2009/9/1 حيث ذكر التقرير بأن ليبيا صادقت على اتفاقية حقوق الطفل ضمن الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها بموجب القانون رقم (2) لسنة 1991، واستناداً إلى المبدأ الملزم الصادر عن المحكمة العليا الليبية والذي ينص على أن تصديق ليبيا على الاتفاقيات الدولية يجعلها ملزمة بتنفيذ أحكامها، فإن نصوص أي اتفاقية دولية يصدر قانون بالمصادقة عليها تكون بمثابة أداة تشريعية ملزمة التطبيق، وباعتبار أن تلك المصادقة تكون بقانون يصدره مؤتمر الشعب العام (باعتباره ممثل السلطة التشريعية في النظام الجماهيري)، بذلك أصبحت جزءاً من التشريع الداخلي وتكون أحكامها ملزمة للجميع، وبحق لكل ذي مصلحة الاحتكام إليها والتمسك بأحكامها أمام القضاء، وبالرغم من صدور عدد من التشريعات الليبية في وقت سابق على الاتفاقية، إلا أنها تكاد تكون منسجمة انسجاماً كاملاً مع مبادئها، ذلك لأن هذه التشريعات تستند في نصوصها على الشريعة الإسلامية⁽⁹⁶⁾.

وكذلك التقرير الوطني بشأن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الدورة الثالثة والأربعون 19 يناير - 6 فبراير 2009 حيث ذكر التقرير بأن (مما سهل على الجماهيرية العربية الليبية الانضمام إلى هذه الاتفاقية أن تشريعاتها تنسجم تماماً مع ما جاء في أحكام هذه الاتفاقية، ولا تتعارض معها، بل تتفق معها في معظم الأحوال نصاً وروحاً، وذلك من خلال مراجعة مواد الاتفاقية، ومقارنتها بالأحكام المماثلة الواردة في التشريعات الوطنية)، ويمكن القول أن المجتمع الليبي ومن خلال عقيدته الإسلامية حرص على تطبيق اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة قبل الانضمام إليها، بل وقبل أن تدخل هذه الاتفاقية لحيز النفاذ، باعتبار أن هذه الأحكام منصوص عليها في التشريعات الوطنية، كما ذكر بأن المشرع الليبي قام في تلك الفترة بتعديل القوانين السابقة والتي تضمنت بشكل أو بآخر معالجة قضايا التمييز بين الرجل والمرأة،

⁽⁹⁶⁾ عمدت السلطات في ذلك الوقت على القيام بتعديل عدد من مشاريع القوانين الجاهزة لعرضها على المؤتمرات الشعبية الأساسية لإقرارها، وتم على إثر ذلك تشكيل لجنة سميت باللجنة الوطنية لحقوق الإنسان وهي هيئة عامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة، شكلت بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (557) لسنة 2008، وأحيلت إليها دراسة اتفاقيات حقوق الإنسان لإعداد المقترحات التشريعية اللازمة لمواءمة التشريعات الوطنية مع أحكام هذه الاتفاقيات والقيام بالبحوث والدراسات العلمية التي تهدف إلى تطوير قانون حقوق الإنسان في ليبيا .

من أجل الوصول إلى المساواة الحقيقية والفعلية بينهما، وإزالة العوائق التي تجعل بعض المجالات حكراً على الرجال دون النساء .

وفي واقع الأمر هناك وضعيتان من الممكن أن تطرحان أمام المشرع الليبي لملائمة نصوص المعاهدة الدولية مع نصوص التشريعات الداخلية ، الأولى تتمثل في وجود قانون سابق الصادر وينظم مسألة معينة ثم تأتي في تاريخ لاحق معاهدة دولية تحمل أحكاماً جديدة تختلف مع ما كرسه القانون السابق ، هنا يتقرر مبدأ أسبقية نصوص وأحكام المعاهدة مؤسساً ذلك على القواعد التي تحكم تنازع النصوص القانونية من حيث الزمن ، أما الثاني فيتمثل في وجود معاهدة دولية سابقة الصادر ثم يصدر المشرع في تاريخ لاحق قانون لينظم نفس المسألة التي تناولتها المعاهدة لكن بجملة قانونية جديدة ، وهو أمر منطقي كما يراه Dominique Carreau إذ يرى بأن كل نظام قانوني يجب أن يكون أعلى مرتبة من الأشخاص الملتزمين بأحكام هذا النظام القانوني⁽⁹⁷⁾ .

وأخيراً فإن أهمية المعاهدات الدولية تكمن في سيادة القانون الدولي العام على القوانين الداخلية لأن هناك من الأنشطة الدولية التي تجد امتدادات إدارية لها على صعيد الدولة الوطنية والتي تكون ملزمة بتطبيق بعضها من هذه المعاهدات على تراجمها وكذلك التزام الدول باحترام بعض المعاهدات والاتفاقيات الدولية كاحترام بعض الحقوق والحريات التي يمارسها الأفراد على إقليم الدولة، كما تتجلى هذه الأهمية في كونها في بعض الأحيان قد تبرم بعضها من العقود مع أطراف خارج نطاق الدولة في عدد من المجالات الإدارية .

المبحث الثاني/ شرط نشر المعاهدات الدولية في النظام الداخلي

نتناول في هذا المبحث المطلبين التاليين:

- المطلب الأول : استيفاء الاجراءات الشكلية والاجرائية للمعاهدة الدولية .
- المطلب الثاني: كيفية نشر الاتفاقيات الدولية في النظام الليبي وفقاً للإعلان الدستوري 2011

⁹⁷ (Dominique Carrau , droit international , 2 iem edition , pedone , paris , 1988 , p 41

المطلب الأول : استيفاء الاجراءات الشكلية والاجرائية للمعاهدة الدولية

بادئ ذي بدء ذكرت المادة 46 من اتفاقية فينا لقانون المعاهدة سنة 1969 على أن " الدولة التي صدقت على معاهدة بالمخالفة لقانونها الداخلي لا يجوز لها أن تتمسك بإبطال المعاهدة إلا في حالة واحدة وهي حالة الاخلال الواضح بقاعدة ذات أهمية جوهرية من قواعد قانونها الداخلي " .

وبالنظر لنص المادة 59 من الدستور الليبي لسنة 1951 في أن " الملك يعلن الحرب ويعقد الصلح ويصدق عليه بعد موافقة مجلس الامة " ، وفي الاعلان الدستوري لسنة 1969 بان " مجلس قيادة الثورة هو الذي يعقد المعاهدات ويصدق عليها ، الا ما قد يرى تفويض مجلس الوزراء في عقده والتصديق عليه " ، وبعد اعلان سلطة الشعب لسنة 1977 فإن المصادقة على المعاهدات الدولية في ليبيا تتم بموجب قانون يصدر من المؤتمر الشعب العام ، حيث تم النص على ذلك في قانون المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية رقم 1 لسنة 2007 في المادة 1 الفقرة 4 على أن " المؤتمرات الشعبية الاساسية ترسم السياسات الخارجية للجماهيرية العربية الليبية ، وتصادق على المعاهدات الدولية والاتفاقيات الدولية " ، وفي الاعلان الدستوري 2011 نصت المادة 17 على أن " المجلس الوطني الانتقالي هو أعلى سلطة في البلاد ويباشر أعمال السيادة ،،،،، والمصادقة على المعاهدات الدولية " .

من خلال النصوص السابقة نلاحظ بأنه لنشر المعاهدة داخل النظام القانوني الليبي لا بد أن تمر المعاهدة الدولية بالعديد من الإجراءات الشكلية والاجرائية ، وذلك بداية من دستور 1951 مروراً بالأنظمة الدستورية المختلفة التي مرت بها الدولة حتى صدور إعلان المرحلة الانتقالية لسنة 2011 ، وما نستخلصه بمطالعة هذه النصوص هو أن المشرع الليبي بالرغم من تغير النظام السياسي للبلاد إلا أنه لم يغير شيء فيما يخص مسألة الأوضاع الإجرائية التي تخص ابرام المعاهدات الدولية على المستوى الداخلي .

حيث اشترط المشرع الليبي لنشر المعاهدة أن يتم التوقيع عليها من قبل الجهة المختصة والتي نراها في تلك النصوص هي السلطة التنفيذية في أغلب الاحيان، عدا الإعلان الدستوري لسنة 1969 والذي كان التفاوض والإبرام فيه من اختصاص مجلس قيادة الثورة بصفته الجهة التشريعية في ذلك الوقت ثم استثنى من ذلك بقوله إلا ما قد يرى من تفويض مجلس الوزراء في ذلك .

وبعد أن تنتهي مرحلة التفاوض والتوقيع على المعاهدة يأتي دور البرلمان للمصادقة على هذه المعاهدات المبرمة بغض النظر عن نوعية المعاهدة أو تصنيفها، فحسب النص التشريعي في النظام

الليبي لم يتم تحديد اتفاقيات أو معاهدات دولية تختص بها جهة دون أخرى ، وإنما جعل كافة المعاهدات والاتفاقيات الدولية في كفة واحدة ودون أي تنوع يذكر وبغض النظر عن الموضوع الذي تطرحه هذه الاتفاقية .

بعد ذلك يأتي دور الاجراءات الداخلية والمتمثلة في وزارة الخارجية للإشراف على تنفيذها داخل النظام القانوني حيث تتولى اقتراح ودراسة وبحث المعاهدات والاتفاقيات الثنائية والجماعية في كافة المجالات والإشراف على تنفيذها وتفسيرها وتعديلها، وكذلك تتولى إدارة المعاهدات والشؤون القانونية بالوزارة دراسة وإعداد مشاريع المعاهدات والاتفاقيات الثنائية الدولية ومراجعة صياغتها وحفظها وتجميعها وتبويبها واستكمال ومتابعة الإجراءات القانونية المتعلقة بنفاذها⁽⁹⁸⁾ .

وفي سنة 2012 أعطى وزير الخارجية الليبي صلاحية تولي الاتصالات والمباحثات والمفاوضات الخاصة بإبرام المعاهدات والاتفاقيات مع الدول الأخرى والإشراف على تقويم جميع الإجراءات الخاصة بها، كما تختص إدارة المنظمات الدولية بوزارة الخارجية بمتابعة تنفيذ الاتفاقيات والمعاهدات التي انضمت إليها ليبيا وتقديم تقرير بشأنها⁽⁹⁹⁾ ، وبالتالي فإن اعتماد المشرع الليبي لكل هذه الإجراءات يبدو لأول وهلة هو تمهيد لها لصدور قانون أو قرار التصديق عليها ثم نشرها بالجريدة الرسمية بعد ذلك .

إن هذه الإجراءات والتي تعتبر من الإجراءات المطولة لدخول المعاهدة حيز التنفيذ هي من الأعمال القانونية التي تختص بها السلطة التشريعية على وجه التحديد ودون الإشارة من تلك النصوص سالفه الذكر إلى الاتفاقيات المبسطة ، مما يفهم منه بأن هذه الاتفاقيات - المبسطة - والتي لا تستوجب المصادقة عليها ، تدخل حيز النفاذ بمجرد التوقيع عليها من قبل السلطة المختصة ، نظرا للبساطة التي تتميز بها مثل هذه الاتفاقيات .

⁽⁹⁸⁾ انظر قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 66 لسنة 1993 بشأن تنظيم أمانة اللجنة الشعبية العامة للمكتب الشعبي للاتصال الخارجي والتعاون الدولي .

⁽⁹⁹⁾ انظر القرار رقم 214 لسنة 2012 باعتماد الهيكل التنظيمي واختصاصات وزارة الخارجية والتعاون الدولي وتنظيم جهازها الاداري .

المطلب الثاني : كيفية نشر المعاهدات الدولية في النظام الليبي في ضوء الإعلان الدستوري 2011

عندما صدر الإعلان الدستوري 2011 لم يشتمل على أي نص يفهم من خلاله الكيفية التي يتم بها نفاذ القانون أو المعاهدات والاتفاقيات في النظام الليبي، بالرغم من أنه قد أقر بأن هذا الاعلان ذاته يبدأ العمل به من تاريخ نشره في وسائل الإعلام المختلفة ، إلا إنه هو الآخر لم يحدد الوسيلة الرسمية التي يتم بها نشر القانون فيها وإن اقتصر على النشر في وسائل الإعلام المختلفة هذا من جانب ومن جانب آخر فإن وسيلة النشر هذه تقتصر على الاعلان الدستوري ولا تتعداه ومع ذلك فقد أصدر المشرع الليبي في هذه المرحلة القانون رقم 8 لسنة 2011 الصادر من المجلس الوطني الانتقالي الليبي بتاريخ 2011/12/6 بشأن تنظيم الجريدة الرسمية ونص في المادة الثانية منه على أن " ينشر في الجريدة الرسمية ما يلي:

1- القوانين والقرارات الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة ، 2- القرارات واللوائح الصادرة عن مجلس الوزراء ، 3 - اللوائح التنفيذية للقوانين ، 4 - نصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والإقليمية التي تصادق عليها السلطة التشريعية " .

ومع صدور هذا القانون الصريح لكيفية نشر المعاهدات - وهي السابقة الأولى في النظام الليبي - إلا إن القوانين التي صدرت بعد ذلك من المشرع الليبي لم تقض بأن نفاذ القانون يكون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ، وإنما على العكس من ذلك تماماً فهي إما تقول يعمل بهذا القانون من تاريخ صدوره وينشر في وسائل الإعلام كما جاء في القانون رقم 2 لسنة 2012 بشأن تجريم الحزبية وذلك عندما نصت المادة 2 منه على أن " يعمل بهذا القانون من تاريخ صدوره ويلغى كل حكم يخالفه وعلى كل فيما يخصه تنفيذ هذا القانون ويبلغ به الحكومة الانتقالية والمجالس المحلية وينشر في وسائل الإعلام " ، وإما أن يحدد تاريخ العمل بالقانون حتى ولو كان سابقاً لتاريخ صدوره، كما جاء بالقانون رقم 20 لسنة 2012 بشأن اعتماد الميزانية العامة للعام 2012 والصادر بتاريخ 2012/3/6 حيث نصت المادة 22 منه على أن " يعمل بهذا القانون اعتباراً من الأول من شهر يناير 2012 " ، وإما أن تقول يعمل بهذا القانون من تاريخ صدوره وينشر في الجريدة الرسمية وهو الذي عليه الكثير من القوانين الليبية اليوم ومنها القانون رقم 18 لسنة 2013 في شأن حقوق المكونات الثقافية واللغوية الصادرة عن المؤتمر الوطني العام نص في المادة 56 منه على أن " يعمل بهذا القانون من تاريخ صدوره وينشر في الجريدة الرسمية " وكذلك صدر عن مجلس النواب الليبي المنتخب في 2014 عدد من القوانين واتجه نفس النهج بأن تعمل القوانين منذ تاريخ صدورها وتنشر في الجريدة الرسمية ، ومثاله ما جاء بالقانون رقم 1 لسنة

2016 بشأن إعادة تنظيم الحرس البلدي في المادة 111 منه نصت بأن " يعمل بهذا القانون من تاريخ صدوره وينشر في الجريدة الرسمية "، وخلاصة ذلك أن المشرع الليبي في هذه المرحلة استمر على الوضع القائم قبل صدور الاعلان الدستور 2011 في اعتبار القواعد القانونية نافذة بتاريخ الصدور وليس من تاريخ النشر، وما يميز هذه المرحلة هي فصل القوانين العادية عن المعاهدات الدولية في مسألة تنظيم النشر في الجريدة الرسمية ، بالرغم من عدم ورود أي اتفاقية منشورة بقانون أو بقرار وفقا للإعلان الدستوري 2011 والقانون رقم 8 لسنة 2011 بشأن تنظيم الجريدة الرسمية الليبية⁽¹⁰⁰⁾.

وعلى ذلك ومن خلال تلك النصوص وما جرى به العمل في ليبيا يمكن القول بأن المعاهدة الدولية ينبغي أن تكون منشورة وفقا للإجراءات التي تتطلبها السلطة المختصة ، كما يجب على المحاكم كأصل عام أثناء تطبيقها لنصوص المعاهدة الدولية التأكد من أن تلك المعاهدة قد تم نشرها بالشكل الذي يتوخاه القانون، وهنا يثور تساؤل حول ما إذا لم يتم نشر المعاهدة الدولية بعد التصديق عليها ، هل تعد نافذة في القانون الداخلي أم لا ؟ ، إن المشرع الليبي قد درج في بعض الأحيان على التصديق على المعاهدات إما بقانون أو بقرار ثم ترقق نصوص المعاهدة كما هي دون تحويلها الى نصوص قانونية داخلية ، بينما نجد في أحيان أخرى يقوم بالتصديق على المعاهدة الدولية ويقوم بإرفاق جدول يتضمن اسم المعاهدات دون نصوصها ، وكقاعدة عامة فإذا كانت المعاهدة الدولية تعامل معاملة القانون العادي فإن نشرها يكون لازما لتطبيقها أمام القضاء الليبي ، كما أن الدفع بعدم النشر يعتبر دفع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى وعلى محكمة الموضوع أن ترد عليه ، وإلا كان حكمها معيبا يعيب القصور في التسبيب ، وقد درج القضاء الليبي في عدة مناسبات في اشتراطه لنشر المعاهدة الدولية حتى يمكن تطبيقها، فقد قضت المحكمة العليا الليبية في هذا الشأن " وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أن اتفاقية وارسو الموقعة

⁽¹⁰⁰⁾ صدر القانون رقم 8 لسنة 2011 لينظم الجريدة الرسمية في ليبيا من جديد وبشكل أكثر وضوحا ودقة من القوانين السابقة حيث نص في مادته الاولى بأن " تنشأ وفقا لأحكام هذا القانون جريدة رسمية لليبية ويكون صدورها باللغة العربية كما يكون لها موقع الكتروني تنشر به نسخة الكترونية منها " ثم نص في المادة التاسعة منه على أن " يلغى كلا من القانون رقم 17 لسنة 2001 بتنظيم مدونة التشريعات ، والقرار رقم 16 لسنة 2001 بتنظيم مدونة التشريعات ومدونة الاجراءات ، والقرار رقم 2 لسنة 2002 بشأن تنظيم مدونة الاجراءات ، والقرار رقم 133 لسنة 2002 بشأن تحديد القرارات والمواد التي تنشر في مدونة الاجراءات " .

في سنة 1929 والتي انضمت اليها ليبيا وأصبح العمل بها نافذا من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية في 1968/5/4⁽¹⁰¹⁾ .

وإذا كانت القاعدة العامة هي نفاذ المعاهدات الدولية من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية ، إلا أن العمل بتلك المعاهدات متوقف على ما ينص عليه المشرع الليبي بشأن تاريخ النفاذ ، حيث إنه في بعض الأحيان تعتبر المعاهدة نافذة من تاريخ صدور القانون الخاص بها ودون الحاجة الى نشرها بالجريدة الرسمية مما يعني تطبيقها داخليا بما في ذلك قضائيا ، وفي ذلك فعندما لا ينص المشرع صراحة على أن النفاذ من تاريخ النشر فإن القضاء الليبي لا يعلق تطبيق المعاهدة على ذلك التاريخ، بمعنى أن القضاء لا يمكنه مخالفة المشرع عندما يحدد تاريخ نفاذ القاعدة القانونية، وبالتالي فلا يعتبر النشر شرطا لإنفاذها ، بحيث تكون المعاهدة نافذة على المستوى الداخلي اعتبارا من الوقت الذي تكون فيه المعاهدة الدولية نافذة على المستوى الدولي اعتبارا من تاريخ التصديق عليها وليس من تاريخ نشرها⁽¹⁰²⁾ .

المبحث الثالث/ شرط عدم تطبيق الاتفاقيات الدولية من القضاء الوطني إلا في حدود النصوص الدستورية والتشريعية

نتناول في هذا المبحث المطالبين التاليين :

- المطلب الأول : إثبات القضاء الوطني للإبرام القانوني للمعاهدة الدولية
- المطلب الثاني : إثبات القضاء الوطني لإدماج للمعاهدة الدولية

المطلب الأول : إثبات القضاء الوطني للإبرام القانوني للمعاهدات الدولية

إن الدولة تستند إلى قانونها الدستوري الذي يفوض من يعبر عن ارادتها في إبرام المعاهدة الدولية، ذلك لأن المعاهدات أداة قانونية ناجمة عن تفويض القانون الوطني من جهة وقبول التعامل الدولي

⁽¹⁰¹⁾ طعن مدني رقم 29/4 ق ، جلسة بتاريخ 12/3/1984 ، مجلة المحكمة العليا الليبية ن العدد 3 ، السنة 21 ، ص 92 .

⁽¹⁰²⁾ عبد الكريم المسماري ، دور القضاء الوطني في تطبيق وتفسير المعاهدات الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، الطبعة الاولى ، 2010 ، ص 138 وما بعدها .

بها من جهة أخرى⁽¹⁰³⁾، وعليه فلا توجد حاجة إلى تفسيرات نظرية لتأسيس قاعدة العقد شريعة المتعاقدين خارج هذا التعامل الناجم عن تقارب القانونين الداخلي والدولي معا في قيام عملية التعاقد وفي الحدود والنطاق الذي ترضيه، وهو ما يفهم من حيثيات حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في 1923/8/17 في قضية Wimbledon بين فرنسا وألمانيا، حيث جاء فيه بأن سلطة إبرام التعهدات الدولية هي بالتحديد اختصاص من اختصاصات سيادة الدولة⁽¹⁰⁴⁾.

ولذا فإنه لا يمكن الاحتجاج بالقانون الداخلي في مواجهة المعاهدات الدولية، لأن القانون الداخلي والتصرفات القانونية الناجمة عنه لا يمكن إلا أن تستجيب للالتزامات الدولية في المعاهدات التي تبرمها مع الدول الأخرى كنتيجة من نتائج قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، حيث أن العلاقات القائمة بين أطراف المعاهدة تحكمها المعاهدة بغض النظر عن موقف القانون الداخلي لها، وهو ما تقضي به المادة 27 من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 حيث نصت بأنه: " لا يستطيع طرف في المعاهدة الاحتجاج بأحكام قانونه الداخلي كذريعة لعدم تنفيذ المعاهدة " .

ذلك لأن القوانين الوطنية هي مجرد وقائع في القانون الدولي باعتبارها تعبيرا عن ارادة وأنشطة الدولة شأنها شأن القرارات القضائية والإجراءات الإدارية وذلك حسبما يراه القانون الدولي ومحكمة العدل الدولية الدائمة⁽¹⁰⁵⁾.

(103) د. علي رضا عبد الرحمن، مبدأ الاختصاص الداخلي أو المجال المحجوز للدولة في ظل التنظيم الدولي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997، ص 270.

¹⁰⁴ (Permanent Court of international Justice, Case of S.S. WIMBLEDON on august 17th , 1923, E.B, Docket III ,P23-29 through .

(105) يقر القضاء الدولي ذلك، ففي تحكيم مونتيجو بين الولايات المتحدة وكولومبيا في سنة 1875 جاء فيه بان " المعاهدة تسمو على الدستور وان تشريعات الجمهورية يجب ان تتلاءم مع المعاهدة لا ان تتلاءم المعاهدة مع القانون " . وفي فتوى لمحكمة العدل الدولية الدائمة في قضية معاملة الوطنيين البولنديين في دانرك حيث قضت بانه " وطبقا للمبادئ العامة المسلم بها، فان الدولة لا تستطيع ازاء دولة اخرى التمسك بأحكامها الدستورية، وانما فقط بالقانون الدولي والالتزامات الدولية المبرمة بشكل صحيح من جهة وعلى العكس من ذلك فان الدولة لا تستطيع الاحتجاج بدستورها في مواجهة دولة اخرى من اجل التحلل من الالتزامات التي يفرضها عليها القانون

وقبل أن يشرع القاضي في تطبيق أحكام المعاهدة الدولية، يجب عليه أن يتأكد من توفر الشروط التي نص عليها الدستور الوطني، وذلك من خلال قيامه بمراقبة الشروط الشكلية والموضوعية للمعاهدة الدولية، من حيث التأكد من وجود الإجراءات اللازمة لكي تكون المعاهدة الدولية في قوة القانون، أي تم التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية دون غيرها من وسائل الإعلام، أما بالنسبة للرقابة على صحة أو مشروعية التصديق يجب عليه التأكد من أن المعاهدة تم المصادقة عليها من قبل الجهة المخولة دستوريا في ذلك، إضافة إلى أن التصديق لا يعتبر مجرد إجراء دوليا يعبر عن إرادة الدولة والالتزام بأحكام المعاهدة فحسب بل هو شرط هام للعمل بتلك الأحكام كقانون داخلي طبقا لأحكام الدستور، وكذلك التأكد من إبرام المعاهدة وشكلها ومضمون المعاهدة ومدى توافقه أو تعارضه مع الدستور ويتوقف ذلك على مدى اعتراف النظام الداخلي لمرتبة المعاهدة بالنسبة للدستور، هل هي أعلى منه مرتبة أم أدنى منه وهذا بطبيعة الحال يختلف من دولة إلى أخرى⁽¹⁰⁶⁾.

أخيرا عليه التأكد من دخول المعاهدة الدولية حيز التنفيذ، وهذا متوقف على إرادة الأطراف المتعاقدين إن شاءوا جعلوا المعاهدة نافذة من تاريخ التوقيع عليها أو جعلوا نفاذها متوقف على التصديق، فقد نصت اتفاقية فيينا بالمادة 24 حيث ذكرت بأن " تدخل المعاهدة دور النفاذ بالطريقة وفي التاريخ المنصوص عليه فيها أو المتفق عليه بين الدول المتفاوضة ".
أي إنه إذا كان التوقيع كافيا لنفاذها وجب عليه أن يتأكد من ذلك، وإن كان الأطراف قد اشتروا التصديق وجب عليه أن يتأكد من ذلك أيضا، ومن المعروف أن التصديق في حال المعاهدات الثنائية يتم بتبادل وثائق التصديق، أما في المعاهدات المتعددة الأطراف فهي تحرر من أصل واحد يوقعه المندوبون أو المشتركون في المؤتمر الذي أقر النص، ولا تدخل المعاهدة حيز النفاذ إلا بعد اكتمال عدد محدد من التصديقات وتحدد جهة معينة لإيداع التصديقات لديها،

الدولي والمعاهدات النافذة من جهة أخرى"، وفي حكمها سنة 1926 في قضية سليزيا العليا البولندية، وكذلك ما قضت به محكمة العدل الدولية في قضية نوتبوم في حكمها سنة 1955، " وفي قضية Commission ضد المانيا جاء في قرار مجلس الدولة الفرنسي رجحان الاتفاقيات الدولية التي تبرمها المجموعة على نصوص قانون المجموعة الأوروبية الفرعي الذي يحكم تفسير هذا القانون طبقا لتلك الاتفاقيات قدر الامكان.
⁽¹⁰⁶⁾ د . جمال عبد الناصر مانع، القانون الدولي العام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر (عنابة) 2005، ص 148 .

وعند اكتمال العدد تدخل المعاهدة حيز النفاذ في مواجهة الأطراف كقانون ملزم لهم ، وعلى القاضي الداخلي أن يتأكد من شرط سريان المعاهدة قبل تطبيقه للمعاهدة⁽¹⁰⁷⁾، فإذا استكملت واستوفت المعاهدة الدولية مراحل تكوينها في القانون الدولي وتوفرت فيها الشروط اللازمة لاعتبارها مصدر القانون الداخلي فهي تسري في مواجهة جميع الأطراف ، وتلزم المحاكم الوطنية بتطبيق أحكامها وبنفس المستوى الذي تلتزم فيه بتطبيق أحكام القانون الداخلي، وبالتالي يجب على القاضي الوطني تطبيق أحكام تلك المعاهدة بأثر فوري مثل القانون الداخلي وليس بأثر رجعي .

إن الاعتراف للمعاهدات الدولية بمكانة أسمى من القانون، يستتبع صيرورتها جزء من النظام القانوني الداخلي ، فتكون واجبة النشر للنفاذ في مواجهة المخاطبين بأحكامها ، وواجبة التطبيق بذاتها متى استوفت الإجراءات المقررة لذلك ، فيلتزم القاضي بتطبيقها من تلقاء نفسه دون انتظار طلب الخصوم لذلك ، ويخضع في هذا الشأن لرقابة المحكمة العليا كحاله في سائر مسائل القانون، لكون المعاهدة تعتبر مصدرا من مصادر المشروعية ، وبالإمكان رفع دعوى إلغاء استناد إليها ، ومعنى ذلك أن المعاهدات تكون واجبة التطبيق أمام القضاء، ويمكن للخصوم الاستناد إلى المعاهدة الدولية لتأسيس دعواهم ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا الليبية حيث قضت أن " للجامعة الليبية ومصالح الحكومة الأخرى أن تنهي عقد المغرب (الاجنبي) متى دعت المصلحة العامة ذلك، باعتباره عقدا إداريا والصلة فيه لائحية تنظيمية وليست خاصة ، وذلك بشرط قيامها بتعويض المغرب تعويضا عادلا ، فضلا عن حقوقه التي قررتها القوانين والتي نص عليها في شروط العقد أو في الاتفاقية التي بين الدولة التي يتبعها وبين ليبيا إن وجدت وذلك كله تحت رقابة القضاء الإداري"⁽¹⁰⁸⁾ ، وعلى ذلك يتوجب على القضاء الخضوع لأحكام المعاهدات وتطبيقها التطبيق الصحيح بما يستوجب الفصل في المنازعات طالما كانت قابلة للتطبيق المباشر دونما حاجة إلى قوانين أو تنظيمات داخلية تكفل لها ذلك، ومن زاوية أخرى فإن القضاء يجب عليه الاضطلاع بصلاحيته إعمال مبدأ أولوية تطبيق المعاهدات على القوانين في حالة التعارض ، حيث يقوم القاضي بتزجيج المعاهدات الدولية على كل القوانين واللوائح في حالة التعارض كنتيجة

⁽¹⁰⁷⁾ د . علي ابراهيم ، الوسيط في المعاهدات الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1995 ، ص 1008 .

⁽¹⁰⁸⁾ طعن اداري رقم 15 سنة 17 قضائية ، جلسة بتاريخ 1971/5/2 ، مجلة المحكمة العليا الليبية ، العدد 1 ، لسنة 1971 ، ص 9 .

يفرضها عليه مبدأ التدرج، بل ويمكن للقضاء الإداري إلغاء اللوائح المتعارضة مع المعاهدات النافذة في الدولة ، باعتبارها تكون غير مشروعة لمخالفتها المعاهدات التي صارت بالمصادقة عليها عنصرا من عناصر المشروعية ومصدرا من مصادر القواعد القانونية.

المطلب الثاني : إثبات القضاء الوطني لإدماج المعاهدة الدولية

انقسم الفقه الدولي الى مذهبين في تطبيق المعاهدات الدولية داخل الدولة ، هما مذهب وحدة القانونين الدولي والداخلي ، ومذهب ازدواجية القانونين ، ويقصد بازدواجية القانونين أن كلا من القانون الدولي والداخلي يشكلان نظامين قانونيين متساويين مستقلين منفصلين عن بعضهما ، وليس هناك أي تداخل أو توحد بينهما وذلك لوجود اعتبارات تترتب على ذلك فتقوم على أساس وجود اختلاف في مصادر وأشخاص وموضوعات وطبيعة كل من القانونين عن الآخر فضلا عن اختلاف البناء والتكوين القانوني لكل منهما فلا يختلط أحدهما بالآخر ولا يخضع أي منهما لنظام أعلى منه ، ومن أنصار هذا المذهب الفقيه " Anzilioty " والفقيه " Morelle " (109) ، أما نظرية وحدة القانون فيقصد بها أن كلا من القانونين الدولي والداخلي يكونان نظاما قانونيا واحدا يقوم على أساس تدرج هرمي في القواعد بحيث تخضع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى منها الى حين الوصول الى القاعدة العليا الأساسية التي تحكم جميع القواعد ، ولما كانت هذه النظرية قائمة على أساس الوحدة والتدرج ، الأمر الذي أدى الى انقسام أنصارها ، وكانت نقطة الخلاف تتعلق بتحديد أي من القانونين الدولي أو الداخلي يحتوي على القاعدة الأساسية، فبعض الفقه الدولي أمثال " Cofman " والفقيه " Firandier " قالوا بوجود القاعدة الاسمي في القانون الداخلي ، وبعضهم أمثال الفقيه " Kelsen " والفقيه " Ferdros " والفقيه " Dely " قالوا بوجود القاعدة الاسمي في القانون الدولي (110) ، وعلى ضوء هذا الاختلاف الفقهي ارتسمت اليات تطبيق المعاهدات الدولية من حيث أن المعاهدة الدولية تطبق مباشرة بدون أي اجراءات داخلية ، أم أنها تطبق في النظام الداخلي بعد عدد من الاجراءات الداخلية تقوم بها الدولة لإنفاذ

(109) من الدول التي أخذت بهذا المذهب : بريطانيا - السعودية - البحرين - سوريا - أيرلندا .

(110) من أشهر الدول التي أخذت بذلك الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا ، ينظر د سلوى أحمد المرجعي ، دستورية المعاهدات الدولية والرقابة عليها ، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الاولى ، 2013 ، ص 96 .

المعاهدة داخليا، وقد جاءت هذه الفكرة من القاضي الامريكي " Marchal " في سنة 1829 حين نص في حكم له حين ذكر " بأن النصوص الاتفاقية المدرجة في معاهدة دولية يمكنها أن تكون ذات أثر فوري ومباشر في القانون الامريكي دون طلب العون من المشرع لاستقبالها أو تطبيقها " . فالمعاهدة الدولية كما يراها " Marchal " (111) هي بطبيعتها عقد بين دولتين وليست عملا تشريعا ، وفي الولايات المتحدة مبدأ مختلف قد تم وضعه ، حيث ان دستور الولايات المتحدة الامريكية يعلن بأن المعاهدة هي قانون البلاد وبناء عليه فالمعاهدة يجب اعتبارها مساوية للقانون في كل الاحوال التي تكون فيها قابلة للتطبيق دون طلب العون من نصوص تشريعية أي دون تدخل من المشرع الامريكي.

وفي سنة 1884 أعلن القاضي " Mellr " بأنه " اذا كانت المعاهدات الدولية هي في الاصل اتفاقيات بين دولتين مستقلتين فان البعض منها وعلى سبيل المثال يعطي حقوقا لرعاياها ومواطنيها مباشرة وهي بذلك - أي المعاهدات - تعد طبقا للدستور ، قانون من قوانين الدولة الصادرة عن الكونجرس " ، وفي عام 1961 أعلنت محكمة مقاطعة نيويورك بمناسبة حكمها على التأمينات الكوبية بعبارة واضحة حيث ذكرت " إن محاكم هذا البلد عليها الالتزام باحترام وتطبيق القانون الدولي ، ليس فقط بسبب نظام البلد بكونه أحد أعضاء الجماعة الدولية، ولكن ايضا بسبب أن القانون الدولي هو جزء من قانون الولايات المتحدة ويعلو على ما عداه من قواعد عند التعارض " (112) .

(111) ابدى القاضي هذه الفكرة وهو بمعرض نظره في النزاع المتعلق حول المعاهدة المبرمة في 1819/2/22 بين أمريكا وإسبانيا التي انصبت على تنازل إسبانيا عن ولاية فلوريدا لصالح الولايات المتحدة الامريكية ، حيث نصت المادة الثامنة منها على أن (الهيئات والاقطاعات من الارض التي منحها ملك اسبانيا لرعاياه قبل تاريخ 1818/1/24 يجب تصديقها وتأكيدها وبقاؤها بالنسبة للأشخاص مالكي الاراضي، وتعتبر بذلك ملكيتهم صحيحة كما لو كانت هذه الارض بقيت تحت سيطرة ملك اسبانيا) مما أوجب على المحكمة تفسير هذا النص لمعرفة فحواه ومداه .

(112) د . علي ابراهيم ، النظام الدولي والنظام الداخلي - صراع أم تكامل ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1995 ، ص 236 .



أنواع المعاهدات القابلة للتطبيق :

1 - معاهدات قابلة للتطبيق المباشر : يقوم هذا الاسلوب على أساس وحدة القانونين وهي تلك المعاهدات التي ترتب حقوقا والتزامات مباشرة لصالح أشخاص القانون الوطني أو ضدهم ، حيث أن هذه المعاهدات لا تحتاج الى تدخل من جانب الجهة المختصة بإبرام المعاهدة الدولية لاستقبالها أو ادماجها في القانون الداخلي للدولة بواسطة تشريع معين ، وإنما تقوم المحاكم الداخلية بتطبيقها بمجرد التوقيع أو التصديق عليها حسب الاحوال ، الامر الذي يجعل التطبيق المباشر للمعاهدة هي مسألة داخلية تجد سندها القانوني من نصوص القانون الداخلي التي تعطي المعاهدة مكانتها وفعاليتها وليس من قواعد القانون الدولي .

2 - معاهدات غير قابلة للتطبيق المباشر : يقوم هذا الاسلوب على اساس ثنائية القانونين وهي تلك المعاهدات التي لا تقبل التطبيق المباشر بواسطة المحاكم وإنما يلزمها صدور قانون من المشرع الداخلي ليتم نفاذها والعمل بها وفي حالة غياب النص فان القاضي الوطني لا يمكنه منح المعاهدة هذا الاثر من تلقاء نفسه⁽¹¹³⁾ .

وعلى ذلك فان القاضي الوطني إذا قام بتطبيق قانون أجنبي فانه لا يطبقه لأنه قانون أجنبي ، وإنما يطبقه لأن مشرعه أوجب عليه ذلك بموجب قواعد الاسناد المقررة لحل أوجه تنازع القوانين ، وبالتالي فانه ليس لهذه المعاهدات قدرة ذاتية على النفاذ الا بالقدر الذي تنص عليه الانظمة الوطنية في دساتيرها وتشريعاتها ، لا بما تنص عليه المعاهدة الدولية ذاتها .

إن رفض النفاذ المباشر للمعاهدة قد يؤسس على اختلاف النظم الدستورية الوطنية ، حيث انه من حيث الواقع فان بعض الدول لا تسمح على الاطلاق بالتطبيق المباشر ، وقد يؤدي ذلك بحكومات ومواطني الدول الاخرى التي تأخذ به الى اعتبار الوضع بين الدول الاطراف غير متناسق وغير محقق للعدالة .

لذلك فقد يعلق التطبيق المباشر صراحة على المعاملة بالمثل، وكل تلك الاحتمالات يمكن ان تحدث في اطار بذل أقصى قدر ممكن من حسن النية عند تنفيذ أحكام المعاهدة في الداخل⁽¹¹⁴⁾

⁽¹¹³⁾ د . علي ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 226 .

⁽¹¹⁴⁾ د . عبد العزيز سرحان ، قواعد القانون الدولي العام في أحكام المحاكم وما جرى عليه العمل في مصر ،

المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد 28 ، لسنة 1972

هذا ويعتبر نشر المعاهدات الدولية من أهم الشروط الأساسية لفاذ المعاهدة في النظام الداخلي ومن هنا نورد سؤالاً حول إذا لم يتم نشر المعاهدة الدولية بعد أن أصبحت الدولة طرفاً فيها هل يلتزم القاضي بإثبات تلك المعاهدة أم الامتناع عن تطبيقها بمعنى أنه هل يجب علي القاضي العلم بالمعاهدة أسوة بسائر القوانين الداخلية ، أم تعتبر قانوناً دولياً يلتزم الخصوم بتقديمها للقاضي ، وبالمعنى الضيق كيف يمكن للقاضي اثبات المعاهدة الدولية .

ان موقف الفقه القانوني وبحسب نظرية ثنائية القانون يعتبر أن المعاهدة الدولية لا تعتبر بذاتها مصدراً من مصادر القاعدة القانونية ، وبالتالي يجب أن تصدر المعاهدة في شكل تشريع داخلي حتى تصبح ملزمة للأفراد وللسلطات العامة في الدولة ، واذا لم تقم الدولة باي اجراء حيال ذلك فان المعاهدة تضل نافذة في مجال القانون الدولي فقط ، ولا يمكن ان يمتد أثر تلك المعاهدة في المجال الداخلي ، مما يجعل القاضي غير ملزم بإثبات المعاهدة ، اما نظام وحدة القانون فانه يعتبر المعاهدة الدولية متى ارتبطت بما الدولة فإنها جزء لا يتجزأ من القواعد الداخلية للدولة ، ودون حاجة لاتخاذ أي اجراء ، وبالتالي فان نفاذ المعاهدة في القانون الدولي تعد نافذة في القانون الداخلي وعلى القاضي الوطني الالتزام بها .

أما المحاكم الوطنية فانه ومن باب المقارنة ترى المحاكم في فرنسا ومصر على ان الاتفاقيات الدولية والمعاهدات التي تكون الدولة طرفاً فيها تعتبر جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني الداخلي وبالتالي تكون لها قوة القانون ، بمعنى أنها تلزمها كما تلزم الافراد⁽¹¹⁵⁾ .

أما القضاء الليبي فإنه يجعل المعاهدة الدولية تتمتع بمكانة القانون الداخلي ، حيث صرحت المحكمة العليا الليبية منذ تأسيسها الى أن المعاهدة تشكل أحد عناصر القانون في ليبيا ، وفي ذلك قضت بأن انضمام ليبيا الى اتفاقية وارسو بشأن توحيد قواعد النقل الجوي بمقتضى القانون رقم 29 لسنة 1968 يجعلها قانون واجب التطبيق ، أي تعتبر بمثابة تشريع مثلها مثل غيرها من القوانين العادية التي تصدرها الدولة⁽¹¹⁶⁾ من ذلك فانه ومتى ما تم التسليم بتشبيه المعاهدة الدولية بالقانون ، أن يكون القاضي على علم بما ويقع عليه عبء اثباتها وتطبيقها من تلقاء نفسه . طبقاً

(115) الطعن رقم 304 سنة 47 قضائية ، جلسة بتاريخ 1980/2/11 ، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن " صدور قانون بانضمام مصر الى معاهدة دولية يؤدي الى صيرورتها جزء من التشريع الداخلي " مجموعة المكتب الفني ، سلسلة 31 ص 1278 .

(116) مجلة المحكمة العليا الليبية ، العدد 2 ، سنة 13 ، يناير 1977 ، ص 89 .

لقواعد تطبيق القانون . ودون الوقوف على طلب الخصوم ، فطالما تم التصديق على المعاهدة ونسرها في الجريدة الرسمية يتعين على المحكمة البحث عنها وتطبيق كما تطبق القوانين الداخلية⁽¹¹⁷⁾ .

ذلك فيما يخص المعاهدات المنشورة ، ولكن ما الحكم في حالة المعاهدة لم يتم نشرها في الجريدة الرسمية هل تعتبر حجة أمام الأشخاص المخاطبين بها وبالتالي يقع على القاضي اثباتها أم لا ؟ إذا تم التصديق على المعاهدة من جهة الاختصاص بالتصديق على المعاهدات الدولية دون أن يتم نشر تلك المعاهدة بالجريدة الرسمية ، فالأصل أن القاضي الوطني يجب أن ينظر الى المعاهدة الدولية التي تم التصديق عليها بوصفها تشريعا داخليا ، وأن نشر التشريع هو إجراء ضروري لجعل التشريع ملزما للمخاطبين بأحكامه وذلك للعلم به ، فإذا استحال العلم بالقانون بسبب قوة القاهرة أيا كان مظهرها فلا يكون القانون ملزما لمن استحال عليهم العلم به ، استنادا لقاعدة جواز الاخذ بالجهل بالقانون في حالة القوة القاهرة ، من ذلك فان المعاهدة الدولية لا تعد نافذة وملزمة للأفراد المخاطبين بأحكامها طالما أنها لم تنشر نصوص تلك المعاهدة في الجريدة الرسمية .

الخاتمة (النتائج والتوصيات):

تمر ليبيا بمراحل انتقالية يحكمها الإعلان الدستوري 2011 وعليه فإن أحكام ونصوص هذا الإعلان الدستوري تعتبر هي أعلى مراتب التشريع، والتي لا يجوز للقانون ولا للمعاهدات التي تعتبر في حكم القانون أن تخرج في أحكامها عليه بأي وجه لأن كل ذلك لا يستقيم دستوريا، وبالتالي فإن المعاهدة الدولية تكون مشروعة وقانونية من حيث الموضوع وقابلة للتنفيذ في حال احترامها للأحكام والقواعد الدستورية بصفة عامة، بحيث يجب عليها أن لا تخالف مقومات النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي للمجتمع الليبي، وأن لا تتعارض المعاهدة الدولية مع هذه المقومات، وأن تحترم المعاهدة الدولية الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع، وأن لا تقيّد المعاهدة الدولية الحقوق والحريات العامة الواردة في الإعلان الدستوري، وبعد أن يتم استقبال المعاهدة يتم ادماجها في القانون الداخلي باتخاذ الاجراءات التشريعية او الادارية او القضائية للوفاء بأحكام المعاهدة كتخصيص اعتمادات في الموازنة العامة للالتزامات المالية المترتبة

(117) د . سعيد الجدار ، تطبيق القانون الدولي أمام المحاكم المصرية ، دار المطبوعات الجامعية 2000 ، ص126 .

بناء على المعاهدة أو ادخال تعديلات في التشريع الوطني او الانظمة سارية المفعول، ومن الناحية العملية فان المعاهدات الثنائية او متعددة الاطراف التي تبرمها الدولة الليبية تدخل حيز النفاذ في القانون الداخلي بصدور قانون التصديق او الانضمام إليها بعد نشره في الجريدة الرسمية، وهذا يعني ان النفاذ في القانون الليبي لا يتم الا من تاريخ النشر استنادا الى الاحكام الختامية في المعاهدة التي تبين تاريخ النفاذ في القانون الدولي بتبادل المذكرات بالتصديق او الانضمام في المعاهدة الثنائية وبالإيداع في المعاهدات متعددة الاطراف، أما ما يخص نشر المعاهدات فإن نشر القوانين في حد ذاته فباستقراء لتاريخ نشر القوانين في النظام الليبي فإنه لم يكن مستقرا، ففي فترة كان وجوب إجراء النشر كشرط لنفاذ القاعدة القانونية، وبالتحديد في الفترة من سنة 1951 إلى 2001، حيث كان قد قرر صراحة على وجوب العمل بالمعاهدة من تاريخ نشر قانون التصديق وهو موقف غير سديد لأنه استند في ذلك على التشريع الليبي أما بعد ذلك فقد تم استبعاد إجراء النشر كشرط لنفاذ القاعدة القانونية، وذلك في الفترة من سنة 2001 إلى ما بعد صدور الاعلان الدستوري 2011 ، بالإضافة إلى أن المشرع الليبي لم يعد يأخذ بتاريخ النشر لنفاذ القوانين وإنما من تاريخ صياغتها .

ونشير هنا بأن على المشرع الليبي أن يستفيد من الأنظمة المقارنة في وضع نصوص واضحة وجزلية في الدستور المرتقب لأحكام المعاهدات الدولية، ويتم فيها تحديد الجهة المختصة بالإبرام والتصديق بشكل واضح، وأن يحدد بشكل دقيق مكانة المعاهدات الدولية بنوعيتها الشكلية والمبسطة في النظام الليبي إضافة لآليات نشرها في الجريدة الرسمية، وتحديد أهم الشروط المطلوبة لاعتبار المعاهدات الدولية أحد مصادر المشروعية في النظام الليبي وذلك لتسهيل عمل القاضي الوطني في التثبت من نصوص المعاهدة وسهولة القيام بتطبيقها وتفسيرها .

المصادر و المراجع :

- 1- جمال عبد الناصر مانع ، القانون الدولي العام ، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر(عنابة) 2005 .
- 2- خليل سويدان ، الحدود الدستورية للمعاهدات الدولية في النظام القانوني في ليبيا ، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، سنة 2014.
- 3- سعيد الجدار ، تطبيق القانون الدولي أمام المحاكم المصرية ، دار المطبوعات الجامعية 2000 .
- 4- سلام مجَّد مذكور ، المدخل للفقهاء الاسلامي ، الطبعة الثانية ، سنة 1963
- 5- سلوى أحمد المرفجي ، دستورية المعاهدات الدولية والرقابة عليها ، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الاولى ، 2013 .

- 6- شارل روسو ، القانون الدولي العام ، الأهلية للنشر والتوزيع ، بيروت ، 1982
- 7- عبد السلام عي المزوغي ، النظرية العامة لعلم القانون ، الجزء الاول ، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع ، الطبعة الثانية ، سنة 1988.
- 8- علي ابراهيم ، الوسيط في المعاهدات الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1995 .
- 9- . علي رضا عبد الرحمن ، مبدأ الاختصاص الداخلي أو المجال المحجوز للدولة في ظل التنظيم الدولي المعاصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1997.
- 10- علي ابراهيم ، النظام الدولي والنظام الداخلي - صراع أم تكامل ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1995 .
- 11- عبد العزيز سرحان ، قواعد القانون الدولي العام في أحكام المحاكم وما جرى عليه العمل في مصر ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد 28 ، لسنة 1972 .
- 12- عبد الكريم المسماري ، دور القضاء الوطني في تطبيق وتفسير المعاهدات الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، الطبعة الاولى ، 2010
- 13- عبد السلام الطيف عمارة ، القاضي الليبي واشكالية تفسير المعاهدات الدولية ورقة بحثية مقدمة غير منشورة أقيمت في الموسم الثقافي لسنة 2005، جامعة طرابلس ، كلية القانون بتاريخ 2005/3/21.
- 14-Dominique Carrau , droit international , 2 iem edition , pedone , paris , 1988
- 15-Permanent Court of international Justice, Case of S.S. WIMBLEDON on august 17th , 1923, E.B, Docket III .

القرارات والأحكام القضائية

- 1- قرار اللجنة الشعبية العامة سابقا رقم 66 لسنة 1993 بشأن تنظيم أمانة اللجنة الشعبية العامة للمكتب الشعبي للاتصال الخارجي والتعاون الدولي .
- 2- القرار رقم 214 لسنة 2012 باعتماد الهيكل التنظيمي واختصاصات وزارة الخارجية والتعاون الدولي وتنظيم جهازها الاداري .
- 3- طعن مدني رقم 29/4 ق ، جلسة بتاريخ 1984/3/12 ، مجلة المحكمة العليا الليبية ، العدد 3 ، السنة 21
- 4- طعن دستوري رقم 59/27 ق ، جلسة بتاريخ 2013/2/26 .
- 5- الطعن رقم 47/304 ق ، جلسة بتاريخ 1980/2/11 ، مجموعة المكتب الفني ، سلسلة 31.
- 6- مجلة المحكمة العليا الليبية ، العدد 2 ، سنة 13 ، يناير 1977 .
- 7- طعن اداري رقم 17/15 ق، جلسة بتاريخ 1971/5/2 ، مجلة المحكمة العليا الليبية ، العدد 1 ، لسنة 1971.

هوية القانون الإداري "Administrative Law Identity"

أ.د. المكّي السراجي

جامعة مُجَدّ الخامس الرباط / كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا
makiassaraji@hotmail.com

ملخص المداخلة باللغة العربية

ظل مفهوم القانون الإداري مفهوماً غامضاً بسبب تعدد التعاريف التي أعطيت له وكذلك بسبب الخصائص التي أصبغت عليه حتى بات قانوناً صعباً ومعقداً. لذلك نعتبر أن كل ما قيل عنه خاطئ وغير صحيح. فإذا أخذنا خاصية الاستقلالية سوف نلاحظ أن الفقه لم يستطع أن يوضحها بشكل علمي وموضوعي. وكذلك الشأن بالنسبة لخاصية القضائية لأنها تجعل حقيقة القانون الإداري بعيدة عن الفهم. فالقانون الإداري بوصفه قانوناً لا يمكن إلا أن يكون موجوداً في مختلف النصوص القانونية، فلا مجال فيه للعرف وللممارسة الإدارية، ولا لما يسمى بالاجتهاد القضائي.

ملخص المداخلة باللغة الإنجليزية

The concept of administrative law has remained obscure due to the various definitions given to it, as well as the characteristics attributed to it, making it a difficult and complex law to comprehend. Therefore, we consider everything said about it to be incorrect and inaccurate. If we examine the characteristic of independence of its rules, which jurisprudence talks about, we will notice that jurisprudence has not been able to prove it scientifically and objectively.

The same applies to the judiciary aspect of this law, as it renders the reality of administrative law distant and challenging to grasp. Administrative law, being a law, can only exist within various legal texts, leaving no room for customs, administrative practices, or what is known as judicial discretion.



مقدمة

إن مسألة تحديد مفهوم صحيح لما يسمى، وما نسميه بالقانون الإداري، يكتسي أهمية قصوى لوضع الأمور في موضعها السليم حتى تتحقق المعرفة القانونية الصحيحة من هذا القانون، وتعم الفائدة العملية من إدراك حقيقته وطبيعته. وتصحح الكثير من الممارسات الإدارية، والمواقف القضائية.

ما يمكن ملاحظته من خلال التعريفات المقدمة للقانون الإداري هو أنها لا تقدم صورة واحدة وواضحة للقانون الإداري. وبالتالي فهناك تعريفات عديدة، ومختلفة لهذا القانون، وذلك على خلاف الأمر بالنسبة للقوانين الأخرى التي يجمع الفقه على عناصر محددة، وواضحة فيها. يعرف الفقه القانون الإداري بأنه فرع من فروع القانون العام يتكون من مجموعة من القواعد القانونية المستقلة عن قواعد القانون الخاص تتعلق بتنظيم وعمل الإدارة، وبأنه قانون قضائي بالأساس.

سوف نعلم في هذه المداخل إلى مناقشة خاصة باستقلال قواعد القانون الإداري بالنسبة لقواعد القانون الخاص من أجل الوقوف على مدى صحتها، ومدى فائدتها في تعريف هذا القانون، (أولاً) قبل أن نناقش الخاصية القضائية لهذا القانون (ثانياً).

أولاً: خاصية استقلال قواعد القانون الإداري عن قواعد القانون الخاص

تجدر الإشارة بداية إلى أن الفقه كلما تحدث عن موضوع استقلال القانون الإداري إلا وتحدث أكثر عنه في علاقته بالقانون الخاص، وليس بباقي فروع القانون العام. وإن كانت علاقته بالقانون الدستوري هي التي جذبت أنظار الفقه أكثر من علاقته بباقي فروع القانون العام الداخلي.

عندما يتحدث الفقه عن القانون يقسمه إلى قانون عام وقانون خاص. فيعرف القانون العام بأنه "القانون الذي يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة في الجماعة، حيث يكون شخص القانون العام مشاركاً في العلاقة بما له من سيادة، أو يتعلق بتنظيم السلطة مثل القانون الدستوري". في حين يعرف القانون الخاص بأنه "مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين الأشخاص العاديين أفراداً كانوا أم أشخاصاً معنوية أو تلك التي تكون فيها الدولة طرفاً فيها، ولكن ليس باعتبارها صاحبة سيادة وسلطة، وإنما باعتبارها شخصاً عادياً يتصرف كما يتصرف أي شخص عادي".

لم يجد الفقه في حقيقة الأمر من تقسيم للقانون إلا هذا التقسيم بين القانون العام والقانون الخاص، والذي استمر منذ العهد الروماني، وذلك بالرغم من عدم اتفاق الفقه على معيار واحد وموحد له؛ فقد تعددت معاييرها إلى أن بلغت سبعة عشر معياراً وفق ما توصل إليه بعضهم¹¹⁸.

لكن الفقه، وهو يتبنى هذا التقسيم التاريخي كعادته المنهجية في تقسيم الموضوعات القانونية تقسيماً ثنائياً، ينسى أمراً في غاية الأهمية هو أن القانون الدستوري الذي يصنف ضمن فروع القانون العام يحتضن كل فروع القانون، ويشكل الأساس لكل القوانين؛ فهو يتضمن الكثير من القواعد القانونية التي يهتم بها ما يسميه الفقه بالقانون الخاص، فيضع المبادئ والقواعد العامة التي ينبغي على المشرع مراعاتها في سنه. كذلك المتعلقة بالملكية الشخصية، والتجارة، والشغل، والنقابات، والجمعيات، والصحافة، والأسرة، والأمن الشخصي للأفراد، والإضراب، والقضاء، وغيرها.

لذلك كله نرى أن القانون الدستوري هو القانون العام (Le droit commun) بمعنى القانون الشامل والكلّي والأساس، وهو القانون الذي يشكل الأصل لكل القوانين الصادرة داخل الدولة في جميع المجالات أياً كانت طبيعتها إدارية، أو مالية، أو سياسية، أو تجارية، أو اجتماعية، أو ثقافية، أو بيئية، أو عقارية، أو قضائية، أو غيرها. وأياً كان المخاطب بما سواء كان هو البرلمان، أو القضاء، أو الحكومة، أو الجماعات الترابية، أو الإدارة، أو المواطنين، أو غيرهم. وعليه يشكل الدستور القانون العام الوحيد (Le droit commun) وقانون كل القوانين، في حين تشكل باقي القوانين قوانين خاصة وفرعية لهذا الكل ولهذا الأصل العام والشامل.

وبالتالي فإن تقسيم القانون إلى عام وخاص هو تقسيم غير صحيح لا يستند إلى أسس موضوعية. ثم لأن ما يسمى بالقانون العام قد يتضمن قواعد قانونية لما يسمى بالقانون الخاص، والقانون الخاص قد يتضمن قواعد للقانون العام. فالمعاهدات الدولية التي تصنف ضمن القانون الدولي العام قد تتضمن قواعد تم الأشخاص العاديين في حياتهم الخاصة. كما أن جميع فروع القانون الخاص بدون استثناء تتضمن قواعد لما يسمى بالقانون العام. أضف إلى ذلك أن كل فروع القانون بدون استثناء هي ذات طبيعة عمومية (Publique) لأنها توضع من قبل المجتمع

¹¹⁸ - Roubier (P); Théorie générale du droit; 2eme 2dition 1951

ذكرته نجا بضراني في مؤلفها حول مدخل لدراسة القانون، الطبعة الثانية، ص.66.

تمثل في السلطات العمومية المختصة من أجل هذا المجتمع. ولولا هذه الطبيعة العمومية لما وضعت من قبل هذه السلطات حتى وإن همت علاقات الأفراد فيما بينهم، لأنها تم في حقيقة أمرها تنظيم الحياة والعيش داخل المجتمع.

هذا، وينبغي أن لا يغيب عنا أنه ليس هناك قانونا صادرا عن البرلمان إسمه القانون الإداري حتى نصنفه ضمن فروع القانون العام، بل كل ما لدينا هو قواعد دستورية ونصوص وقواعد تشريعية وتنظيمية ذات طبيعة إدارية في كل أو بعض مقتضياتها، تخاطب الإدارة في تنظيمها أو عملها أو تخاطب الأفراد وباقي الخواص في علاقتهم بهذه الإدارة تكون ما نسميه بالقانون الإداري. وبهذا المعنى يندرج قانون المالية العامة الذي يصنف ضمن فروع القانون العام ضمن هذا القانون لأنه يهتم هذه الإدارة. وكل ما هناك هو أن القانون الإداري في هذه الحالة تتعلق قواعده بموضوعات لها صلة بالأموال العمومية سواء تعلق الأمر بمالية الدولة، أو بمالية الجماعات الترابية، أو بمالية المؤسسات العمومية، بل حتى بأموال الشركات والمقاولات العمومية، دون أن ينفي ذلك عن هذه الموضوعات طبيعتها الإدارية. بل يصعب في الكثير من الأحيان، الفصل بين ما هو مالي وبين ما هو إداري في إطار ما سماه الفقه بقانون المالية أو بقانون المالية العامة.

ولا يمكن أن نختزل كما يذهب إلى ذلك الفقه قانون المالية العامة فقط في قانون المالية السنوي، والتعديلي، وفي قانون التصفية؛ فهناك العديد من النصوص التشريعية والتنظيمية التي تدرج ضمن هذا القانون. وهي عبارة عن قوانين تنظيمية، وقوانين عادية، ومراسيم، وقرارات بل ومناشير، ومذكرات، ودوريات. ويتعلق الأمر بالقانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية، والقوانين التنظيمية الثلاثة المتعلقة بالجماعات الترابية في مقتضياتها حول مالية هذه الجماعات، والقانون رقم 62.99 المتعلق بمدونة المحاكم المالية، والقانون رقم 61.99 المتعلق بتحديد مسؤولية الأمرين بالصرف والمراقبين والمحاسبين¹¹⁹، والمرسوم رقم 2.15.426 الصادر في 15 يوليو 2015 المتعلق بإعداد وتنفيذ قوانين المالية، والمرسوم الملكي رقم 330.66 بمثابة نظام عام للمحاسبة العامة، والمرسوم رقم 2.07.1235 بتاريخ 4 نوفمبر 2008 المتعلق بمراقبة نفقات

¹¹⁹- جريدة رسمية عدد 4999 بتاريخ 2002/04/29.

الدولة. والمراسيم الصادرة بسن أنظمة المحاسبة العمومية للجماعات الترابية¹²⁰. وقرار رئيس الحكومة رقم 3.221.16 بتاريخ 27 ديسمبر 2016 بتحديد قواعد التسيير الميزانياتي والمحاسباتي اللازمة لاحترام طابع محدودية الاعتمادات المفتوحة برسم فصل الموظفين والأعوان¹²¹. ومنشور وزير الاقتصاد والمالية رقم 02 م.ن.م. بتاريخ 17 يناير 2019 المتعلق بتدبير المناصب المالية وتعيين جداول أعداد الموظفين. وغيرها من القوانين والمراسيم والقرارات والمناشير.

أما فيما يتصل بعلاقة القانون الإداري بالقانون الدستوري فقد اختلف الفقه كثيرا في تحديد طبيعة هذه العلاقة التي تجمع القانونين. فقد تحدث Georges Vedel عن الأسس الدستورية للقانون الإداري¹²². وتحدث Bernard Srien في المقابل عن الأسس الإدارية للقانون الدستوري¹²³. ولم تجد نظرية الأسس الدستورية التي قال بها جورج فودل قبولا لدى شارل إيغمان الذي تصدى لها بكثير من النقد، والاعتراض في مقال مطول احتوى على 110 صفحة، حيث اعتبر أن نظرية الأسس الدستورية للقانون الإداري خاطئة، وخلصاتها واستنتاجاتها لا تركز على أسس صلبة، والحجج والدلائل المستعملة لتعزيزها هشّة وغير مقبولة¹²⁴.

¹²⁰- مرسوم رقم 2.17.449 صادر بتاريخ 23 نوفمبر 2017 بسن نظام للمحاسبة العمومية للجهات ومجموعاتها. جريدة رسمية عدد 6626 بتاريخ 30 نوفمبر 2017.

¹²¹- جريدة رسمية عدد 6530 مكرر بتاريخ 31 ديسمبر 2016.

¹²²- لقد كان موضوع الأسس الدستورية للقانون الإداري محل اهتمام الفقيه الفرنسي جورج فودل الذي كتب مقاله حوله سنة 1954 في مجموعة دراسات ووثائق مجلس الدولة العدد الثامن. ثم عاد ليتحدث عنه في مؤلفه حول القانون الإداري المنجز باشتراك مع "بيار دلفوفي".

¹²³ - Bernard Srien, les sources constitutionnelles du droit administratif : introduction au droit public, 3^e édition, L.G.D.J., 1999, préface de Georges Vedel.

¹²⁴ - Eisenmann (Ch), la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, R.D.P. 1972 p. 1345.

ويرى René Chapus أن القانون الإداري هو قانون منفصل عن القانون الدستوري¹²⁵. وفي سياق ذات الأفكار يذهب Jean Michel de Forges إلى أن القانون الإداري هو قانون مستقل عن القانون الدستوري¹²⁶.

وفي مقابل هذا الرأي يدعو Gaston Jéze إلى الصد لكل محاولة للفرقة بين القانون الدستوري والقانون الإداري؛ لأن هذه الفرقة لا تقوم على أساس علمي مقبول، وليست ذات مدلول قانوني محدد، ولا تستند إلا على تمييز سياسي صرف بين الحاكمين والأعوان¹²⁷. ويبدو أن هذه الدعوة قد صادفت قبولا لدى بعض الفقه الفرنسي ولاسيما أتباع مدرسة بوردو. فانصرف أكثرهم إلى معالجة موضوعات القانون الدستوري والقانون الإداري تحت إسم مشترك وهو القانون العام. ويعرب أندري دي لوبادير عن شكه في عزل القانون الإداري عن القانون الدستوري، ويتحدث في المقابل عن وجود تقاطعات بينهما تبعا لبعض الموضوعات المشتركة¹²⁸. ويرى Berthelemy أن القانون الإداري يتضمن نفس الموضوعات التي يتضمنها القانون الدستوري الشيء الذي يجعل نقط احتكاكهما كثيرة ومتعددة، والفصل بينهما شبه مستحيل. فإذا كان القانون الدستوري هو قانون التنظيم السياسي للدولة بما يقوم عليه من مبدأ الفصل بين السلطات، وما يتصل به من القواعد المنظمة لاختصاصات هذه السلطات فيما يتعلق بمهمة عمل القوانين وتنفيذها، فإن القانون الإداري يقوم على تحليل سير العمل الحكومي وما يتصل به بيان التنظيم الإداري¹²⁹.

ويرى الأستاذ حسن الوزاني الشاهدي في مؤلفه حول القانون الإداري أن أول فرع من فروع القانون التي يمكن للقانون الإداري أن يتواصل، وتكون له معه تقاطعات هو القانون الدستوري، بل يمكن القول بأن القانون الإداري يشكل التكملة المباشرة للقانون الدستوري¹³⁰.

¹²⁵ - René Chapus, droit administratif général, op.cit. , p. 5 et s.

¹²⁶ - Jean- Michel De Forges, droit administratif, op.cit., p. 12.

¹²⁷ - Jèse (G), principes généraux du droit administratif, tome II, p. 213.

¹²⁸ - Laubadère (A. de), traité de droit administratif, op.cit., p. 18.

¹²⁹ - BERTHELEMY (H), traité élémentaire de droit administratif,

Rousseau, 2ème édition, 1902, 12ème édition, 1930, p.2.

¹³⁰ - Ouzzani Chahdi (H), droit administratif, op.cit., p.15 et 16.

يرى الأستاذ عبد القادر باينة أن علاقة القانون الإداري بالقانون الدستوري هي علاقة وطيدة، لكنها لا تمتد إلى أن ينصهر الأول في الثاني، ويحتفظ كل منهما باستقلاله، وخصوصياته، ويؤيد الاتجاه الفقهي القائل بأن القانون الإداري هو قانون مكمل للقانون الدستوري، ويشتركان، بنظره، في تنظيم نشاط السلطة التنفيذية¹³¹.

ويعتبر Michel Rousset أن القانون الإداري هو امتداد للقانون الدستوري بل التطبيق العملي له. فكلاهما يعنى بتنظيم الدولة، وأن القانون الإداري هو فرع من فروع القانون العام الداخلي الذي يتعلق بتنظيم ونشاط الإدارة بمعنى مجموع السلطات والأعوان والأجهزة المكلفة من قبل السلطة السياسية بتحقيق مختلف تدخلات الدولة الحديثة¹³².

غير أن الأستاذ مُجَّد مرغيني يتحفظ على الرأي القائل بأن القانون الإداري هو امتداد للقانون الدستوري، ويرى أنه إذا كان صحيحاً أن بعض قواعد القانون الإداري تأتي تكميلاً وتفصيلاً لبعض القواعد الدستورية، فإن للقانون الإداري مجالاته المتميزة عن مجالات القانون الدستوري¹³³.

يظهر هذا الاختلاف الفقهي حول طبيعة العلاقة التي تجمع القانون الدستوري بالقانون الإداري من جهة صعوبة الفصل بين فروع القانون العام، ومن جهة أخرى صعوبة تأسيس قانون إداري مستقل حتى داخل ما يسمى بالقانون العام. وهذا كله يركي ما ذهبنا إليه في مواضع سابقة أن القانون الإداري نشأ كفكرة فقهية ولا زال كذلك إلى يومنا هذا.

تبنى الغالبية الكبرى من الفقه تعريفاً ضيقاً للقانون الإداري باعتباره مجموعة من القواعد القانونية الخاصة والمستقلة عن قواعد القانون الخاص، والتي تخضع لرقابة قضاء مستقل عن القضاء العادي. وقليل هم من يتبنون تعريفاً واسعاً للقانون الإداري باعتباره يضم كل القواعد القانونية المطبقة على الإدارة أياً كان انتماءها إلى القانون الخاص أو إلى القانون العام، وسواء اختص القضاء الإداري أو القضاء العادي بالمنازعات التي تثيرها. ويقدم هذا الاختلاف الفقهي أولى الإشارات الدالة على غموض مفهوم القانون الإداري لدى الفقه.

¹³¹ - عبد القادر باينة، مدخل لدراسة القانون الإداري والعلوم الإدارية، ص. 32.

¹³² - Rousset (M), Garagnon (J), droit administratif marocain, op.cit, p.11.

¹³³ - مُجَّد مرغيني: المبادئ العامة للقانون الإداري، مكتبة الطالب، الرباط 1984.

يختلف أنصار التعريف الضيق للقانون الإداري كثيرا في توضيح، وشرح، وتفسير استقلال قواعد القانون الإداري عن قواعد القانون الخاص. يقول Michel Rousset بأن هذا الاستقلال يتجلى في الامتيازات المهمة التي تحوزها الإدارة؛ فهي تحوز سلطة القيادة وسلطة التحكم، فتتخذ قرارات إدارية تنفيذية تفرض على الأفراد مباشرة دون حاجة إلى ترخيص قضائي مسبق. فهذه الامتيازات والمراقبة القضائية المفروضة على الإدارة، بنظره، هي التي أدت إلى نشأة فرع أصيل في القانون هو القانون الإداري¹³⁴.

هكذا يظهر أن Michel Rousset يفسر استقلال قواعد القانون الإداري من خلال الامتيازات الاستثنائية التي تتوفر عليها الإدارة، وفي مراقبة القضاء الإداري لهذه الامتيازات. لكن كيف يمكن الحديث عن امتيازات استثنائية في ظل غياب قانون يحدد لنا هذه الامتيازات، وينظمها. ولا ينبغي أن نغفل أن المصدر الحقيقي لهذه الامتيازات الاستثنائية ليس هو القانون الإداري كما يزعم الفقه، وإنما هو القانون الدستوري في مقتضياته التي تتحدث عن مهمة تنفيذ القوانين المنوطة بالحكومة. ولم يعمل القضاء إلا على إظهار، وكشف هذه الامتيازات، وليس على إحداثها أو إنشائها؛ لأن القضاء دستوريا ليس من مهمته أن يحدث أو ينشئ شيئا، وإن فعل يكون قد تعدى على اختصاصات البرلمان، واغتصت سلطته، وخرق مقتضيات الدستور.

أما Jean Rivéro و Jean Waline فيفسران استقلال قواعد القانون الإداري بكونها قواعد استثنائية عن قواعد القانون الخاص بشكل سلمي من خلال عدم تطبيق قواعد القانون الخاص على نشاط الإدارة، وبشكل إيجابي من خلال أصالة القواعد التي تحكم النشاط الإداري. وهذا ما عبرت عنه، بنظرهما، محكمة النزاع بشكل واضح في قرار بلانكو في مجال المسؤولية الإدارية، والذي أسس لمبدأ استقلال القانون الإداري، والذي امتد بآثاره ليشمل كل نشاط الإدارة¹³⁵.

إن ما جاء في تفسير كل من Jean Rivéro و Jean Waline بالرغم من جاذبيته مردود. لأن نشاط الإدارة يخضع في حالات كثيرة لقواعد القانون الخاص بنص القانون ذاته. كما هو الأمر بالنسبة للأنشطة الإدارية المنظمة قانونا في شكل مؤسسات عامة اقتصادية صناعية وتجارية، أو في شكل شركات عمومية، أو في شكل شركات الاقتصاد المختلط، وأيضا بالنسبة

¹³⁴ - Rousset (M), droit administratif marocain, op.cit., p.13.

¹³⁵ - Rivéro (J) et Waline (J), droit administratif, op. cit., p. 16.

للعقود التي ترميها السلطات الإدارية في إطار القانون الخاص. كما يحق لنا أن نتساءل عن فحوى هذه القواعد المستقلة والاستثنائية عن قواعد القانون الخاص التي تحكم نشاط الإدارة، والتي عبرت عنها محكمة التنازع في قرارها في قضية بلانكو. علما أن قرارها هذا صدر في مجال وموضوع محدد يتعلق بالمسؤولية الإدارية. ثم كيف يمكن الحديث في هذا الخصوص عن قانون إداري مستقل كامل الأركان والحال أن الأمر يتعلق بقرار قضائي منعزل وخاص بحالة معينة صدر في موضوع تنازع الاختصاص في مجال المسؤولية. وبالتالي كيف يجوز أن يستغرق هذا القرار القضائي نشاط الإدارة كله.

ويسهب René Chapus في تفسير استقلال القانون الإداري عن القانون الخاص، فيرى أن القانون الخاص هو أيضا مستقل عن القانون الإداري، وما يميز القانون الإداري هو أنه أولا قانون قضائي أساسا، وأنه صعب الإدراك (d'un accès difficile)، ثم أنه منفصل عن القانون الدستوري¹³⁶.

في الحقيقة ما جاء في تفسير وشرح René Chapus حول استقلال القانون الإداري عن القانون الخاص هو أيضا غير مقبول، ولا يؤسس لا علميا ولا موضوعيا لهذا الاستقلال؛ فهو تفسير أقل ما يمكن أن نقول عنه تفسير بعيد كل البعد عن المنطق، وعن الواقع القانوني، وعمما يفترض في القاعدة القانونية.

أما Martine Lombard فتري أن استقلال قواعد القانون الإداري لا يتجلى في كون القانون الإداري قانون استثنائي عن القانون الخاص، ولكن في كون هذا القانون هو مجموعة من القواعد بمصادر ومشروعية خاصة¹³⁷. وتكتفي Martine Lombard بهذا الشرح، ولا تقدم تفاصيل إضافية، وبالتالي يبقى التساؤل قائما حول فحوى هذه المصادر، وحول هذه المشروعية الخاصة التي تتحدث عنها.

يقول Jean- Claude Ricci إن القانون الإداري هو قانون مستقل بشكل كبير عن قواعد القانون الخاص، وذلك بسبب قواعد هذا القانون، وبسبب الأشخاص القانونية التي يسري عليها، وبسبب كذلك نظام أعماله القانونية التي تطغى عليها أسبقية المصلحة العامة على المصالح الخاصة.

¹³⁶ - Chapus (R), droit administratif général, op.cit. , p. 5 et s.

¹³⁷ -Lombard (M), droit administratif, op. cit., p. 3

أما بالنسبة ل Jean- Louis Autin و Catherine Ribot فيقولان إن القانون الإداري هو قانون مستقل بطبيعته القضائية. ومستقل لا يعني أنه منعزل، فهو مستقل بالنسبة للقانون الخاص لأن القانون الإداري هو الوحيد الذي يشكل أساس الكثير من المجالات التي تعود إلى ما نسميه بالقوانين الإدارية الخاصة. كقانون الأملاك العامة، وقانون الوظيفة العمومية، وقانون التعمير، وقانون البيئة، وقانون الصفقات العمومية، والقانون العام الاقتصادي. إن استقلال القانون الإداري، بنظرهما، يدرك بمقابلة قواعده بقواعد القانون الخاص¹³⁸.

أما Jean Michel de Forges فيرى أن القانون الإداري هو قانون مستقل عن القانون الخاص، وسنده في ذلك هو قرار محكمة التنازع في قضية بلانكو¹³⁹.

وهكذا يبدو أن الفقه غير متفق على تفسير واحد لاستقلال قواعد القانون الإداري، ويبقى ما قيل فيها مجرد أفكار تواتر عليها الفقه لا صلة لها إطلاقاً بواقع وحقيقة القانون الإداري. هذا القانون الذي تتعلق قواعده القانونية بالإدارة وفي حالات كثيرة تتعلق أيضاً بالأشخاص الخاصة. وبالتالي فإن هذا القانون لا يهم فقط الإدارة كشخص معنوي عام في تنظيمه واختصاصاته (جانب القانون العام في القانون الإداري) بل يهم أيضاً الأشخاص الخاصة عندما يدخلون في علاقة مع الإدارة أو عندما يقومون بأعمال أو أنشطة ترعاها أو تراقبها الإدارة (جانب القانون الخاص في القانون الإداري) ثم هل هناك، بصيغة الاستنكار، نشاط داخل الدولة لا ترعاه ولا تراقبه الإدارة.

من حقنا أن نسأل الفقه عن ماهية القواعد الخاصة التي نجدها في القانون الإداري، ولا نجدها في القانون الخاص، والتي يترتب عنها استقلال قواعده عن قواعد القانون الخاص؟ وأين لنا أن نجد هذه القواعد التي تكون ما يسمى بالقانون الإداري؟

من خلال قراءتنا لكتب الفقه يتبين أن هذه القواعد الخاصة التي يستقل بها القانون الإداري عن قواعد القانون الخاص، والتي تكونه تتجلى فيما يلي:

-استقلال القضاء الإداري عن القضاء العادي؛ بحيث أن القضاء الإداري هو الذي ينظر في منازعات القانون الإداري، في حين ينظر القضاء العادي في منازعات القانون الخاص؛

¹³⁸ - Autin (J-L), Ribot (C), droit administratif général, op.cit., p.3.

¹³⁹ - Jean- Michel De Forges, droit administratif, op.cit., p. 12.

-قواعد المسؤولية التي تخضع لها الإدارة تختلف عن قواعد المسؤولية التي يخضع لها الأفراد في إطار القانون الخاص؛

-الغاية من العمل الإداري هو تحقيق المصلحة العامة، وإشباع الحاجات العامة؛

-وجود امتيازات استثنائية ووسائل خاصة بالعمل الإداري تتمثل في القرار الإداري؛

-وجود إجراءات إدارية خاصة تتمثل مثلاً في نزع الملكية من أجل المصلحة العامة؛

-وجود نظام خاص بالأحكام العامة؛

-وجود نظام للعقود الإدارية يختلف عن نظام العقود التي يبرمها الخواص فيما بينهم.

يظهر أن هذه العناصر السابقة هي التي دفعت الفقه إلى المناقشة بوجود قانون إداري مستقل بقواعده عن القانون الخاص. غير أنه لا يمكن أن نختزل قواعد القانون الإداري في هذه العناصر فقط. فالقانون الإداري أكثر بكثير من هذه العناصر التي تتعلق كما يبدو واضحاً ببعض جوانب عمل ونشاط الإدارة، ولا تخص التنظيم الإداري الذي يدرج بدوره ضمن موضوعات القانون الإداري. علماً أن القواعد القانونية المتعلقة بالتنظيم الإداري لا تتضمن أي قواعد استثنائية، وتتعلق بالإدارة في تنظيم هيكلها، وهو مجال خاص بما لا علاقة مباشرة له بالمواطنين.

لقد ظل كل ما قيل حول استقلال قواعد القانون الإداري عن قواعد القانون الخاص مجرد أفكار ردها الفقه في مؤلفاته، وكتبه لا علاقة لها بالواقع القانوني، ولا صحة، ولا حقيقة فيها. علماً أنه حتى بالنسبة لقواعد القانون الخاص تستقل عن بعضها البعض في كل فرع من فروعها. بالنظر إلى موضوع هذا القانون أو ذلك، وأيضاً بالنظر إلى الأشخاص القانونية التي يخاطبها؛ فقواعد مدونة الأسرة تختلف، وتستقل عن قواعد قانون التحفيظ العقاري، وكلاهما مستقلان عن قواعد القانون التجاري وعن قواعد القانون الجنائي، وهكذا بالرغم من انتماء كل هذه الفروع القانونية إلى القانون الخاص حسب الفقه. كما أن النصوص التشريعية والتنظيمية التي تدرج ضمن القانون الإداري تستقل بعضها عن بعض بالنظر إلى اختلاف محتواها ومضمونها؛ فالقانون الانتخابي المتعلق بالجماعات الترابية يختلف عن القانون المتعلق بالتعمير، وكلاهما مستقلان عن القانون المتعلق بتعليق القرارات الإدارية وهكذا.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى كيف يستقيم الكلام عن فصل القانون الإداري عن فروع القانون الخاص، والحال أن بعض قواعده تحتضنها كل فروع القانون الخاص بدون استثناء. فقانون الالتزامات والعقود، والقانون الجنائي، وقانون الأسرة، وقانون الشغل، وقانون التحفيظ العقاري، وقانون المسطرة المدنية، وقانون المسطرة الجنائية، وقانون حماية المستهلك، والقانون التجاري،

وقانون الجنسية، وقانون التحفيظ العقاري، ومدونة الحقوق العينية، وباقي القوانين التي تصنف ضمن فروع القانون الخاص، تتضمن قواعد للقانون الإداري.

يبدو أن الفقه لم يستطع أن يتخلص من بعض الأفكار، وبعض الحلول التي أتى بها القضاء في المجال الإداري، فاعتقد بأن القانون الإداري هو هذه الأفكار، وهذه الحلول جاعلا منها قانونا مستقلا قائم الذات، فسماه بالقانون الإداري، وتبنى مفهوما ضيقا لهذا القانون فقصره على هذه الأفكار، وهذه الحلول التي لا مثيل لها في مجال القواعد التي تنظم علاقات الخواص فيما بينهم. لذلك فهو كلما تحدث عن استقلال القانون الإداري كلما استشهد بقرار محكمة التنازع الفرنسية في قضية بلانكو.

إن الفقه المأخوذ بهذه الأفكار وهذه الحلول، والتي ساهم هو أيضا في بلورتها، لم يستطع أن يستوعب أن القانون الخاص الذي يتعلق بالأفراد في علاقاتهم الخاصة قد يحاطب الإدارة أيضا. أو يتناول قضايا وموضوعات ذات طبيعة إدارية. ولم يسأل الفقه يوما نفسه كيف يمكن الفصل بين قواعد القانون الإداري وقواعد القانون الخاص في المقرر التنظيمي الذي يصدر في مجال تنظيم نشاط تجاري للخواص. أو في المرسوم التطبيقي لقانون ينتمي إلى فروع القانون الخاص. أو في المرسوم الذي يصدر ليخضع نشاط الإدارة لقواعد القانون الخاص. أو في القانون الذي يصدر في مجال إحداث المؤسسات العمومية ذات الطبيعة الاقتصادية، أو في مجال إحداث الشركات العامة، أو في القانون الذي يحدث مؤسسة عمومية إدارية تسهر على تنظيم نشاط الأفراد كما هو الأمر بالنسبة للقانون المحدث للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والضرائب.

هناك إذن نصوصا قانونية إدارية، وليس هناك قانونا إداريا بالمعنى الاصطلاحي للعبارة، وإذا أمكن الحديث عن قانون إداري، فإنه ينبغي الأخذ بعين الاعتبار كل هذه القواعد القانونية المتواجدة في مختلف النصوص القانونية بدءا من الدستور، والتي تتعلق بالإدارة، أو من يدخل في علاقة معها حتى وإن كانت تحيل هذه النصوص إلى تطبيق القواعد الواردة في القانون الخاص على عمل هذه الإدارة.

ثانيا: الخاصية القضائية للقانون الإداري

القانون الإداري قانون قضائي أساسا هكذا يوصف القانون الإداري، والكل يجمع على هذه الخاصية سواء كان فقها عربيا أو غربيا.



يكتب "Michel Rousset" و "Jean Gragnon" قائلين "إن القانون الإداري إلى حد بعيد هو قانون قضائي على الأقل فيما يتعلق بالمبادئ التي ينبغي أن تقود العمل الإداري. الأحكام المتصلة بشرعية الأعمال الإدارية غير محددة من قبل أي مدونة لكن تم تحديدها مع تعاقب الأحكام القضائية. ونعلم أيضا أنه حتى مع وجود نص قانوني يمكن للقاضي بفضل التأويل أن يلائم مقتضيات هذا النص مع متطلبات التطور الاجتماعي والاقتصادي والقانوني"¹⁴⁰.

يرى الأستاذ جمال الدين زهير بأن "القانون الإداري هو قانون قضائي. فالقاضي الإداري قام ولا زال يقوم بدور مهم في مجال إعداد قواعد القانون الإداري، وهو ما يفسر الأهمية التي يكتسبها الاجتهاد القضائي بين مصادر هذا القانون. مساهمة الاجتهاد القضائي واضحة سواء على مستوى إنتاج القواعد أو على مستوى بناء النظرية العامة للقانون الإداري. ويكفي أن نعود إلى المحاور الكبرى للقانون الإداري لكي نقف على حقيقة أن الاجتهاد القضائي كان وراء نظريته كما هو الشأن بالنسبة لنظرية المسؤولية الإدارية ونظرية الأملاك العامة وغيرها.

ومن جهة أخرى حتى بالنسبة للمجالات المنظمة من قبل نصوص قانونية خاصة لا تخلو من تدخل الاجتهاد القضائي الإداري. وبالفعل فإن القاضي الإداري القوي بسلطته التأويلية الواسعة يمكنه أن يطور قواعد لتجويد وملاءمة النصوص القانونية الموجودة"¹⁴¹.

يكتب "Jean Rivero" و "Jean Waline" عن خصائص القانون الإداري، فيقولان بأنه "قانون قضائي بشكل كبير *Le droit administratif est largement jurisprudentiel*، وإنها لخاصية جوهرية وإن كانت حاليا تعرف بعض التراجع بفعل تناسل القواعد المكتوبة"¹⁴².

¹⁴⁰ - Rousset (M), Gragnon (J), droit administratif marocain, 6^e édition, 2003 éditions La Porte, p. 18 et 19.

¹⁴¹ Zohir (J.E), éléments de droit administratif, p. 14 et 15.

¹⁴² - Rivero (J), Waline (J), droit administratif, Dalloz, 18 édition, p. 26.

وهذا هو الموقف الذي تبنته كذلك "Martine Lombard" في مؤلفها حول القانون الإداري الصادر سنة 1999 حيث ترى أن "القانون الإداري هو قانون قضائي إلى حد بعيد، وإن كان لا ينبغي تجاهل نصيب القانون المكتوب فيه من دستور وتشريع وتنظيم"¹⁴³.

إن هذه الخاصية التي تعطى للقانون الإداري خاصية خاطئة وغير صحيحة، وتجعل حقيقة القانون الإداري بعيدة عن الإدراك وعصية على الفهم. فالقانون الإداري بهذا الوصف أي بوصفه قانونا لا يمكن إلا أن يكون موجودا في مختلف النصوص القانونية، فلا مجال فيه للعرف وللممارسة الإدارية، ولا لما يسمى بالاجتهاد القضائي. ثم أن وظيفة القضاء الإداري هي تطبيق هذا القانون بحذافيره، وليس التشريع فيه، وإن فعل فإنه يجيد عن وظيفته الدستورية ويغتصب سلطة البرلمان في اختصاصه التشريعي وسلطة الحكومة أيضا في اختصاصها التنظيمي.

يلاحظ أن هناك تلازما دائما بين القانون الإداري والقضاء الإداري في التعريفات التي يقدمها الفقه للقانون الإداري حتى وصف هذا القانون بالقضائي. وكأن هذا القانون لا تقوم له قائمة بدون القضاء الإداري.

صحيح أن القضاء ونخص بالذكر مجلس الدولة ومحكمة التنازع في فرنسا هما اللذان أسسا النظريات الكبرى في مجال القانون الإداري كنظرية العقد الإداري، ونظرية المسؤولية الإدارية، ونظرية القرارات الإدارية، ونظرية المرفق العام، ونظرية الشخصية المعنوية، ونظرية السلطة العامة. وأسسا أيضا الكثير من المبادئ في مجال هذا القانون كمبدأ توازي الأشكال، ومبدأي العدالة والأنصاف، ومبدأ الصالح العام، ومبدأ التوازن المالي للعقد، ومبدأ استمرارية المرفق العام، ومبدأ المساواة وغيرها من المبادئ والتي استفاد منها أيضا القانون الدستوري كما يذهب إلى

¹⁴³ -Martine- Lombard, droit administratif, 3^e édition 1999. Dalloz, Paris, 1999, p.8.

ذلك "Georges Vedel" في تقديمه لكتاب "Bernard Srien" حول الأسس الدستورية للقانون الإداري¹⁴⁴. غير أن هذا الأمر أصبح من الماضي ومن التاريخ.

وما ينبغي الإشارة إليه هو أن قواعد القانون الإداري تواجدت قبل إحداث مجلس الدولة بمقتضى المادة 52 من دستور السنة الثامنة الصادر بتاريخ 12 دجنبر 1799، ومحكمة النزاع بمقتضى القانون الصادر بتاريخ 24 ماي 1872. وكل ما في الأمر هو أن هذين الجهازين القضائيين استطاعا في ضوء المبادئ الدستورية والتشريعية النافذة آنذاك أن يطورا نظريات ومبادئ تراعي خصوصية القانون الإداري باعتباره قانون الإدارة، وقانون المرفق العام.

إن القضاء الإداري لم ينشئ القانون الإداري، ومخطئ من يقول ذلك، وإنما أنشأ بعض المبادئ، وبعض النظريات في مجال القانون الإداري، والفرق واضح بين العبارتين والفكرتين.

لا بد من الإشارة بداية إلى أن الفقه مختلف مع ذاته حول طبيعة العلاقة التي تجمع القضاء الإداري بالقانون الإداري، فتارة يرى هذه العلاقة علاقة إنشاء وخلق، وتارة أخرى يراها علاقة تطبيق واحترام. وهذا ما يجعله لا يستقر على رأي واحد في هذا الموضوع، ويجعل ما ذهب إليه بخصوص هذا القانون غير مبني على أسس علمية وموضوعية، ويكشف الكثير من التناقض. ما يلاحظ من خلال كتابات الفقه الإداري هو أن هناك ارتباطا وثيقا بين القانون الإداري والقضاء الإداري. فكلما ذكر الأول إلا وذكر الثاني في اقتراح دائم أبدي. فدراسة الفقه لكل موضوعات القانون الإداري لا سيما تلك المتعلقة بالنشاط الإداري تعتمد المقاربة القضائية سواء تعلق الأمر بالقرار الإداري، أو بالعقد الإداري، أو بالمسؤولية الإدارية، أو بالأموال العامة، أو بغيرها من الموضوعات. وذلك راجع إلى اعتقاد الفقه أن القانون الإداري هو قانون قضائي أنشأه القضاء ولا زال ينشؤه.

إن السبب الرئيس في ظهور فكرة القانون الإداري يعود بالأساس إلى إحداث مجلس الدولة الفرنسي كقضاء إداري. فلولا القضاء الإداري ما كان الفقه سيتحدث عن القانون

¹⁴⁴ - Bernard Srien, les sources constitutionnelles du droit administratif : introduction au droit public, 3^e édition, L.G.D.J., 1999, préface de Georges Vedel.

الإداري. ولا أدل على ذلك من أن الدول التي لم تنشئ قضاء إداريا مستقلا عن القضاء العادي لا يتحدث الفقه فيها عن القانون الإداري. لذلك يقول M. Waline بأنه "من دون مجلس الدولة لا يمكن أن يوجد قانون يستحق أن ينعت بالقانون الإداري، وأن أي فرع من فروع القانون لا يمكن أن يتطور بصورة متميزة، وأن يحصل على استقلال حقيقي إلا إذا كان له قضاء مستقل خاص به"¹⁴⁵.

وفي سياق ذات الأفكار ذهب بعض الفقهاء البريطانيين، وعلى رأسهم دايسي Dicy إلى القول إن المصطلح الفرنسي للقانون الإداري ليس له مرادف في اللغة الإنجليزية، وأن ذلك راجع إلى عدم اعتراف النظام القانوني البريطاني بوجود ذات الشيء الذي يدل عليه هذا المصطلح الفرنسي، وأن بريطانيا والدول التي أخذت عنها مثل الولايات المتحدة الأمريكية لا تعرف نظام القانون الإداري، ولا المبادئ التي قام عليها هذا النظام¹⁴⁶.

لقد سبق أن أكدنا في إحدى مقالاتنا بأن القانون الإداري لا ينبغي وصفه بالقضائي¹⁴⁷. لأن هذا الوصف قد رتب نتائج عكسية، وحول القضاء الإداري من قضاء ينطق بالقانون إلى قضاء يشرع خارج الإطار الدستوري، ويهدد القانون ذاته، وما يسمى بالأمن القانوني، ويهدد دولة القانون ودولة المؤسسات، بل يخل بطبيعة النظام السياسي الذي أرساه الدستور. ذلك أن الدور الإنشائي للقاضي الإداري المدعوم من قبل الفقه لم يقتصر على المجال التشريعي بل تعداه إلى المجال الدستوري. ولعل أبرز مثال في هذا الموضوع ما جاء في الأحكام والقرارات المتعلقة بممارسة حق الإضراب¹⁴⁸. فقد أنزل القضاء الإداري نفسه في هذا الموضوع منزلة المشرع الدستوري، فراح يضع شروطا وضوابط لممارسة هذا الحق في الوقت الذي يحيل فيه

¹⁴⁵ - ذكره شاب توما منصور في كتابه حول القانون الإداري، الجزء الأول، 1971، ص.19.

introduction to the study of the law of the constitution, :¹⁴⁶ - A.V. Dicy London, Mcmilliam and com. Itd., 1956, pp. 475-546. ذكره نواف كنعان في

مؤلفه حول القانون الإداري، مرجع سابق ص. 28. /

¹⁴⁷ - المكسي السراجي، القانون الإداري قانون قضائي أساسا خاصة خاطئة وغير صحيحة، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 140، ماي- يونيو 2018.

¹⁴⁸ - نجاة خلدون، الاقطاع من الراتب الناتج عن ممارسة حق الإضراب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 129-130، يوليو- أكتوبر 2016.

الدستور في فصله 29 إلى قانون تنظيمي لبيان كيفية ممارسته، ضاربا بذلك عرض الحائط ما ينص عليه الدستور في هذا الباب، فوفر للحكومة حلا لن تحصل عليه ولو بالقانون التنظيمي الذي أحال إليه الدستور، وهو السبب الذي أصر صدور هذا القانون التنظيمي الذي نعتقد أنه لن يصدر أبدا في ضوء ما جاء به القضاء الإداري في هذا الموضوع.

هذا، ويخطئ من يعتقد أن القضاء الإداري يختص بكل القضايا والموضوعات ذات الطبيعة الإدارية. لأن هناك الكثير من الحالات التي أسند فيها المشرع إلى القضاء العادي النظر في القضايا الإدارية، وذلك حتى بعد صدور القانون رقم 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية.

وهكذا تختص المحاكم العادية الابتدائية في بعض الدعاوى الانتخابية ذات الطبيعة الإدارية كالدعاوى المتعلقة بالقبيل في اللوائح الانتخابية العامة. والدعاوى المتعلقة بالترشيح لانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية في العمالات والأقاليم حيث لا يوجد مقر لمحكمة إدارية. وقد رتب المشرع بهذا الخصوص في حالة الطعن أمام المحكمة الإدارية مع وجود اختصاص محكمة ابتدائية رفض الطلب لعدم الاختصاص¹⁴⁹. كما أن هذه المحاكم تبقى مختصة بنص القانون للنظر في الطعون المرفوعة ضد قرارات المحافظ على الأملاك العقارية المتعلقة برفض طلبات التحفيظ بالرغم من طبيعتها الإدارية الواضحة. وهكذا ينص الفصل 37 مكرر من قانون التحفيظ العقاري على ما يلي: "يجب على المحافظ على الأملاك العقارية في جميع الحالات التي يرفض فيها طلبات التحفيظ أن يعلل قراره ويبلغه لطالب التحفيظ.

يكون هذا القرار قابلا للطعن أمام المحكمة الابتدائية التي تبنت فيه مع الحق في الاستئناف وتكون القرارات الاستئنافية قابلة للطعن بالنقض".

ولا ينبغي أن يفيد اختصاص المحاكم العادية في هذه الحالة، وغيرها أن الأمر يتعلق بالقانون الخاص ولا علاقة له بالقانون الإداري. فلا يعدو الأمر أن يكون مجرد اختيار تشريعي لا غير. بل لقد أناط المشرع الاختصاص للمحاكم العادية حتى في بعض المنازعات ذات الطبيعة

¹⁴⁹ - المادة 133 من القانون رقم 57.11 المتعلق باللوائح الانتخابية العامة وعمليات الاستفتاء واستعمال وسائل الاتصال السمعي البصري العمومية خلال الحملات الانتخابية والإستفتاءية.

الدستورية كما هو الأمر بالنسبة للطعون المتعلقة بالترشيحات لعضوية مجلس النواب ومجلس المستشارين¹⁵⁰.

هذا، ويلاحظ أن الفقه يعتبر القضاء الإداري موضوعاً من موضوعات القانون الإداري، وهو الأمر الذي لا يستقيم مع التعريف الذي يعطيه الفقه للقانون الإداري باعتباره قانون الإدارة الذي يطبقه القضاء الإداري. كما أن هذا الأمر يخل بمبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والسلطات القضائية. لذلك نرى أن الفقه قد أخطأ، ووضع نفسه في تناقض عندما اعتبر أحكام وقرارات القضاء الإداري قانوناً إدارياً. ولكن وبصيغة استنكارية لماذا لا يعتبر القضاء العادي موضوعاً لهذا القانون عندما يكون هذا الأخير مختصاً بالقضايا الإدارية؟

إن اعتبار القانون الإداري قانون قضائي معناه أننا نعتبر القضاء الإداري سلطة تشريعية في المجال الإداري. وهو الأمر الذي لا يتفق مع الدستور الذي لا يقيم أي فرق بين القضاء العادي والقضاء الإداري. ويلزم القضاة بجميع أصنافهم بتطبيق القانون، وأن لا يصدرُوا أحكامهم وقراراتهم إلا على أساس التطبيق العادل للقانون.

كما أكد القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة¹⁵¹ استناداً إلى مقتضيات الدستورية، على التزام القاضي بتطبيق القانون. فنص في المادة 40 على ما يلي: "يؤدي كل قاض عند تعيينه لأول مرة في السلك القضائي وقبل الشروع في مهامه اليمين التالية:

¹⁵⁰ - تنص الفقرة الأولى والثانية والثالثة من المادة 87 من القانون التنظيمي رقم 27.11 المتعلق بمجلس النواب على ما يلي: "يسوى النزاع المتعلق بإيداع الترشيحات طبق الأحكام التالية:

يجوز لكل مترشح رفض التصريح بترشيحه أن يرفع قرار الرفض إلى المحكمة الابتدائية التابعة لها الدائرة الانتخابية. غير أن دعوى الطعن المنصوص عليها في الفقرة السابقة ترفع إلى المحكمة الابتدائية بالرباط فيما يخص الترشيحات التي رفضها كاتب اللجنة الوطنية للإحصاء...". وهي نفس المقتضيات التي نصت عليها المادة 88 من القانون التنظيمي رقم 28.11 المتعلق بمجلس المستشارين.

¹⁵¹ - ظهر شريف رقم 1.16.41 بتاريخ 24 مارس 2016 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي الخاص للقضاة. جريدة رسمية عدد 6456 بتاريخ 14 أبريل 2016.

"أقسم بالله العظيم أن أمارس مهامي بحياد وتجرد وإخلاص وتفان، وأن أحافظ على صفات الوفاق والكرامة، وعلى سر المداولات، بما يصون هيبة القضاء واستقلاله، وأن ألتزم بالتطبيق العادل للقانون، وأن أسلك في ذلك مسلك القاضي النزيه".

تؤدي هذه اليمين أمام محكمة النقض في جلسة رسمية.

يجري محضر أداء اليمين ويوجه إلى الأمانة العامة للمجلس، كما توجه نسخة منه إلى المحكمة المعنية بما القاضي المعني وكذا إلى الوزارة المكلفة بالعدل.

وكل إخلال بالتزامات الواردة في اليمين المذكورة يعتبر إخلالاً بالواجبات المهنية".

وتنص المادة 41 على أنه: "تطبيقاً لأحكام الفصل 117 من الدستور، يجب على كل قاض أن يسهر، خلال مزاولته لمهامه القضائية، على حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحررياتهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون".

وتنص المادة 42 على أنه: "طبقاً لأحكام الفقرة الأولى من الفصل 110 من الدستور، لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون، ولا تصدر أحكام القضاة إلا على أساس التطبيق العادل للقانون".

وتنص المادة 97 على ما يلي: "يمكن توقيف القاضي حالاً عن مزاولة مهامه إذا توبع جنائياً أو ارتكب خطأ جسيماً. ويعد خطأ جسيماً:

- الخرق الخطير لقاعدة مسطرية تشكل ضماناً أساسية لحقوق الأطراف؛
- الخرق الخطير لقانون الموضوع؛
- الإهمال أو التأخير غير المبرر والمتكرر في بدء أو إنجاز مسطرة الحكم أو في القضايا أثناء ممارسته لمهامه القضائية؛

- خرق السر المهني وإفشاء سر المداولات؛
- الإمتناع العمدي عن التجريح التلقائي في الحالات المنصوص عليها في القانون؛
- الإمتناع عن العمل المدير بصفة جماعية؛
- وقف أو عرقلة عقد الجلسات أو السير العادي للمحاكم؛
- اتخاذ موقف سياسي؛
- ممارسة نشاط سياسي أو نقابي أو الانتماء إلى حزب سياسي أو نقابة مهنية.

ويبدو أن القضاء الإداري لا يتقيد في بعض الحالات بما جاء في النص القانوني؛ فيقضي بما يخالف مقتضياته. فقد قبل الطعن عن طريق دعوى الإلغاء بسبب التجاوز في استعمال السلطة ضد القرارات الإدارية الصادرة عن مجلس الوصاية على الأراضي الجماعية رغم تحصينها من قبل ظهير 1919/04/27 المتعلق بالوصاية على الأراضي الجماعية. وفي الحقيقة حتى في هذه الحالة استند القضاء إلى الدستور باعتباره القانون الأسمى للدولة، وإلى القانون ذاته ويتعلق الأمر بالقانون رقم 03.01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية. وهذا ما يبدو من قرار محكمة النقض عدد 383 بتاريخ 5 مارس 2015 في الملف الإداري عدد 2012/1/4/1281 حيث قضت بما يلي: "حيث يعيب القرار المطعون فيه بخرق القانون، ذلك أن محكمة الاستئناف علته بكون قرارات مجلس الوصاية قابلة للطعن بالإلغاء، وكونها واجبة التعليل في صلبها عملاً بمقتضيات القانون رقم 03.01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية، وهو ما يعتبر خرقاً لمقتضيات الفصل 12 من ظهير 1919/04/27 بشأن الوصاية على الأراضي الجماعية الذي ينص على أن قرارات مجلس الوصاية تكون غير مدعومة بأسباب وغير قابلة لأي طعن، ذلك أن التفسير لا يلجأ إليه إلا في حالة غموض النص القانوني أو إبهامه، وهو أمر لا وجود له، كما أن النص الخاص يقدم على النص العام في حالة التعارض، وأن قابلية القرارات الإدارية للطعن بالإلغاء ليست مطلقة، وإنما توجد استثناءات لها، حتى بعد نفاذ القانون رقم 41.90 بشأن إحداث المحاكم الإدارية، وأن القرار الإداري المطعون فيه هو من جنس القرارات غير القابلة لأي طعن قضائي بنص قانوني صريح، وهو ما أكدته محكمة النقض في عدة قرارات وأن القرار الملغى بغض النظر عن ذلك، وخلافاً لما ذهب إليه محكمة الاستئناف، غير مشوب بانعدام التعليل، ذلك أنه يشير بداية إلى الفصول القانونية التي تم الاستناد عليها في اتخاذه، وهي الفصول 3 و4 و12 من ظهير 1919/04/27 كما يشير إلى أنه تم اتخاذه بناء على قرار المجلس النيابي للجماعة السلالية "اللوثة البور"، وتقرير السلطة المحلية بعين المكان والحجج المدلى بها من طرف النزاع، مما جعله يصدر وفقاً للشكل المحدد قانوناً، وبغاية تحقيق مبادئ العدالة والإنصاف، ويعرض القرار المطعون فيه بالتالي للنقض.

لكن، حيث لما كان دستور المملكة، وفي إطار حماية حقوق المتقاضين وقواعد حسن سير العدالة، قد نص في المادة 118 على كون كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان

تنظيماً أو فردياً، يمكن الطعن فيه أمام الهيئة القضائية الإدارية المختصة، مانعاً بذلك تحصين أي قرار إداري من الخضوع للرقابة القضائية، ولما كانت دعوى الإلغاء في طبيعتها دعوى قانون عام يمكن أن توجه ضد أي قرار إداري، دونما حاجة إلى نص قانوني صريح يميزها أو رغم وجود نص يحظرها، وذلك اعتباراً لكون حق التقاضي هو من المبادئ الأساسية التي لا يجوز إطلاقاً المساس بها، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بما أوردته في قضائها من كون الاجتهاد القضائي للمجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً - قد استقر على أن عدم قابلية قرارات مجلس الوصاية للطعن لا يمكن أن ينسحب إلى الطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة الذي يمكن القضاء من تسليط رقابته على مشروعية القرارات الإدارية، ومن أنه بدخول القانون رقم 03.01 المتعلق بالزام الإدارة بتعليل قراراتها الإدارية حيز التطبيق، فإنها أصبحت ملزمة تحت طائلة عدم الشرعية بتعليل قراراتها الإدارية الفردية السلبية الصادرة لغير فائدة المعني بالأمر، وذلك بالإفصاح كتابة في صلب تلك القرارات عن الأسباب القانونية والواقعية الداعية إلى اتخاذها، واعتبرت كون قرارات مجلس الوصاية لا تندرج ضمن طائفة القرارات المستثناة من التعليل وفقاً للقانون المذكور، وبالتالي فإنها تكون مشمولة بالزاميته، مرتبة على ذلك كون القرار الإداري المذكور متسم بعدم الشرعية لعدم تعليله، وبالتالي متسم بالتجاوز في استعمال السلطة، وقضت بعد إلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي، بإلغاء القرار الإداري المذكور، فإنها تكون بذلك قد بنت قرارها على أساس قانوني سليم ولم تخرق أي مقتضى قانوني محتج بخرقه، وما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار¹⁵².

علماً أنه قبل دستور 2011 كان المجلس الأعلى يتشبه بما تنص عليه المادة 12 من ظهير 1919/4/27، ولا يقبل الطعن عن طريق دعوى الإلغاء بسبب التجاوز في استعمال السلطة ضد قرارات مجلس الوصاية على أراضي الجماعات السلالية. وهذا ما يبدو من قراره عدد 975 بتاريخ 22 ديسمبر 2011 كالتالي: "حيث صح ما عاب به الطاعن القرار المطعون فيه ذلك أنه بالرجوع إلى الفصل 12 من ظهير 1919/04/27 المنظم للوصاية على الجماعات السلالية يتضح أنه ينص على أن المقررات الصادرة عن مجلس الوصاية على أراضي الجماعات السلالية تكون غير قابلة لأي طعن، وأن مقرر المجلس المذكور مادام قد صدر عن جهة مختصة، وبت في حدود توزيع الانتفاع بأرض لا نزاع في صبغتها الجماعية بين أشخاص لا

¹⁵² - قرار منشور بنشرة قرارات محكمة النقض العدد 24 للسلسلة 51، 2015، ص. 51.

نزاع كذلك في انتمائهم لنفس الجماعة، فإنه يبقى بمنأى عن أية رقابة قضائية في حدود ما نص عليه الفصل 12 المذكور، خاصة وأن توزيع حق الانتفاع بين أفراد الجماعة السلالية يتم وفقا للأعراف والعادات والتقاليد وتعليمات الجهة الوصية كما يؤيد ذلك الفصل 4 من الظهير المذكور أعلاه، والقرار المطعون فيه لما قضى بإلغاء قرار مجلس الوصاية يكون قد بنى قضاءه على غير أساس ويتعين نقضه، وبالتالي يبقى الطلب غير مقبول¹⁵³.

فلا ينبغي أن يغيب عن ذهننا أن القضاء عموما والقضاء الإداري على سبيل التخصيص ليس بسلطة تشريعية، ولا ينبغي له أن يكون كذلك احتراماً لمبدأ الفصل بين السلط الذي كرسه دستور المملكة في فصله 107: "السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية". لذلك نرى أن ما يذهب إليه القضاء الإداري في تنصيب نفسه كسلطة تشريعية في حالة الفراغ القانوني يتناقض جملة وتفصيلاً مع المقتضيات الدستورية ومع صفته كسلطة لتطبيق القانون، وليس لوضع القانون. هذا علاوة على أنه لا يوجد في القوانين المنظمة لاختصاص المحاكم الإدارية ولحاكم الاستئناف الإدارية ولمحكمة النقض ما يعطيه سلطة التشريع في حالة الفراغ القانوني. لذلك لا نؤيد ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها الصادر بتاريخ 2006/2/7 حيث قضت بأنه "وحيث إن إضراب الموظفين هو امتناعهم عن تأدية أعمال وظائفهم بصفة مؤقتة تعبيرا عن عدم الرضا على أمر معين، وهو من الحقوق المكفولة بمقتضى الدستور الذي نص في فصله 14 على أن "حق الإضراب مضمون، وسبب قانون تنظيمي الشروط والإجراءات التي يمكن معها ممارسة هذا الحق". لكن حيث إنه أمام عدم إصدار الجهات المختصة للنص التنظيمي المشار إليه، فإن القاضي الإداري بما له من دور في خلق قواعد قانونية عندما يخلو المجال من التشريع، يكون ملزماً بوضع ضوابط ومعايير من شأنها أن تضمن لهذا الحق البقاء والحماية من جهة، ومن جهة أخرى عدم التعسف في استعماله لحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، وهذا المبدأ تم تأصيله من طرف مجلس الدولة الفرنسي من خلال قرار "ضوهين" عندما أعطى الاختصاص للقاضي الإداري في خلق الموازنة بين مبدأ استمرارية المرفق العام والحق في ممارسة الإضراب¹⁵⁴.

¹⁵³ - قرار المجلس الأعلى عدد 975 بتاريخ 22 ديسمبر 2011، غير منشور.

¹⁵⁴ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 148 بتاريخ 2006/2/7، غير منشور.

إن التأويل الذي قد يقوم به القاضي الإداري للنصوص القانونية يقتصر على حالة واحدة فقط؛ وهي حالة غموض المقتضيات القانونية حين تكون هذه الأخيرة غير قطعية الدلالة. هذا التأويل الذي يعبر في نظر الفقه عن الدور الإنشائي للقاضي الإداري، يتم على مرأى ومسمع المشرع؛ فإذا استحسنته قبله، وترك العمل به، وإذا استهجنه رفضه، ولا يتردد في تعديل أو تغيير أو تميم أو نسخ النص التشريعي أو التنظيمي أو بعض مقتضياته حتى يسد الباب بشكل تام على كل تأويل قضائي مخالف¹⁵⁵.

وكثيرا ما يتحدث الفقه والقضاء عن الاجتهاد القضائي، لكن هل يصح من الناحية القانونية أن نستعمل عبارة الاجتهاد والاجتهادات القضائية في المجال الإداري؟ فإذا عدنا إلى القانون لا شيء فيه يرر استعمالنا لهذه العبارة. فالقانون يتحدث عن الأحكام والأوامر بالنسبة للمحاكم الإدارية، وعن القرارات بالنسبة لمحاکم الاستئناف الإدارية وبالنسبة لمحكمة النقض. ولا يتحدث إطلاقا عن عبارة الاجتهاد القضائي. لأن هذه العبارة لا تليق بالقضاء وبالوظيفة التي أسندها الدستور إليه. فهو يصدر أحكاما وأوامر وقرارات لها قوة الشيء المقضي به، ويصفه بالسلطة القضائية، ولا يصفه بالسلطة الاجتهادية ولا بالسلطة الإنشائية أو الضبطية. لذلك ينبغي أن يقتصر مصطلح، ووصف الاجتهاد على أعمال الفقه، وأن لا يمتد إلى أعمال القضاء كسلطة قضائية فالمجتهد قد يصيب، وقد يخطئ في حين أن القاضي ليس له إلا أن يصيب ولا ينبغي له أن يخطئ، ولا يصيب إلا إذا طبق القانون وطبق إرادة المشرع.

لذلك فما يطلق عليه بالاجتهاد القضائي لا ينبغي أن يفيد الإنشاء والخلق والضبط والتشريع بل يفيد العمل الجاد والجدى من قبل القاضي للبحث عن النص القانوني الواجب التطبيق في النزاع.

فلا يجوز أن نتحدث عن القانون الإداري إلا إذا كان مكتوبا ومقننا في الدستور، وفي النصوص التشريعية والتنظيمية. أما إذا كان موجودا في الأحكام والقرارات القضائية، وفي

¹⁵⁵ - المكّي السراجي، القضاء الإداري بين العقلنة وتدخّل السلطة التنفيذية، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة

المحلية والتنمية في عددها المزدوج 129-130، يوليو-أكتوبر 2016.

الأعراف، والممارسات الإدارية، وفي كتب ومؤلفات الفقه فهذا ليس بقانون إداري، ولا علاقة له إطلاقاً بهذا القانون.

وفي ختام هذه المداخلة، ونحن نقر بوجود القانون الإداري، لكن ليس كما يتصوره الفقه، نعرفه بأنه كل قاعدة قانونية أينما وجدت تتعلق بالمرفق العمومي الوطني والتراحي والمؤسساتي في تنظيمه وعمله وفي رقابته. سواء كان هذا المرفق العمومي منظم في شكل إدارة تشرف عليها الحكومة أو اتخذت شكلاً آخر. وأيضاً كل قاعدة قانونية تتعلق بالخواص في علاقتهم بهذا المرفق. وسواء اختص القضاء الإداري أو القضاء العادي بالمنازعة التي قد تثيرها هذه القاعدة القانونية. وهكذا يظهر من هذا التعريف أن القانون الإداري ليس مجموعة من القواعد القانونية كما يقول الفقه، وإنما هو كل قاعدة قانونية تتعلق بالمرفق العمومي، أو من يدخل في علاقة معه أينما وجدت. وهذا ما يميز القانون الإداري عن باقي القوانين. أما تلك المميزات والخصائص التي تحدث عنها الفقه في كتبه ومؤلفاته كانت في حقيقتها مجرد كلام تناقلته الأقاليم ليس إلا.

قراءة في روح القانون من الناحية السوسولوجية

أ.د علي عليوة

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

جامعة محمد الشريف مساعديّة - سوق أهراس - الجزائر

a.alioua@univ-souk-ahras.dz

ملخص:

تهدف هذه المداخلة إلى تسليط الضوء على روح القانون، حيث تشير إلى المبادئ والقيم التي تكمن وراء النظام القانوني والتي توجه تطبيقه وتفسيره. تعكس روح القانون الفلسفة والأخلاقيات والقيم الاجتماعية التي يستند إليها القانون في صياغته وتطويره.

من الجانب الفلسفي، تسعى روح القانون إلى تحقيق العدالة والمساواة. تعتبر العدالة والمساواة أساسية في فلسفة القانون، حيث يهدف القانون إلى إنشاء نظام يحقق حقوق الأفراد ويحميهم من الظلم والتمييز. قد تتنوع الفلسفات والمدارس الفلسفية حول تعريف العدالة وكيفية تحقيقها، مثل العدالة التوزيعية والعدالة الاجتماعية والعدالة الإجرائية.

من الجانب السوسولوجي، تعكس روح القانون القيم والتوجهات الاجتماعية. يتأثر القانون بالقيم والمعتقدات المجتمعية والتغيرات الاجتماعية التي تحدث في المجتمع. على سبيل المثال، في مجتمع يؤمن بقيم المساواة بين الجنسين، قد يتم اعتماد قوانين تحمي حقوق المرأة وتكافئها مع حقوق الرجل. ومن الجانب الاجتماعي أيضًا، يمكن أن تنبثق القوانين لمعالجة قضايا اجتماعية ملحة مثل العنف الأسري وحقوق الأقليات والتنمية المستدامة.

إن روح القانون تعتبر جوهرية لفهم القانون وتطبيقه بشكل صحيح وعادل. تؤثر الروح القانونية في تفسير القوانين وتوجيه المحاكم في اتخاذ القرارات، وتعزز المشروعية والثقة في النظام القانوني.

كلمات مفتاحية: روح القانون، السوسولوجيا، الفلسفة، القانون

مقدمة:

إن القوانين تمثل جزءاً أساسياً من البنية الاجتماعية والنظام في المجتمعات البشرية. تأثيرها يمتد عبر مجموعة واسعة من الجوانب الاجتماعية، وهذا النص يهدف إلى استكشاف مفهوم "روح القوانين" من منظور سوسولوجي. يتمحور النقاش حول كيفية تأثير القوانين على السلوك الاجتماعي والتفاعلات بين الأفراد والمجتمعات، وكيف تشكل القوانين نسيج الحياة الاجتماعية والعلاقات البينية¹⁵⁶.

1- القوانين والدور الاجتماعي

تلعب القوانين دوراً أساسياً في تحديد الأدوار الاجتماعية والواجبات المطلوبة من الأفراد في المجتمع. على سبيل المثال، تنظم القوانين الزواج والأسرة وتحدد الأدوار الجنسية والاجتماعية المتوقعة من الأفراد.

فالقانون والدور الاجتماعي هما جانبان مرتبطان ارتباطاً وثيقاً في سياق السوسولوجيا. يُعتبر القانون جزءاً مهماً من الأنماط الاجتماعية ويؤثر بشكل كبير على الدور الاجتماعي للأفراد والمجتمعات. هنا سأقدم توضيحاً لكيفية تفاعل القانون والدور الاجتماعي في الحياة الاجتماعية:¹⁵⁷

- تحديد الأدوار والواجبات الاجتماعية: القوانين تحدد الأدوار والواجبات الاجتماعية المتوقعة من الأفراد في المجتمع. على سبيل المثال، القانون يمكن أن يحدد الواجبات الزوجية والوالدية، وبالتالي يؤثر على الأدوار الاجتماعية للأفراد كزوج أو والد.
- تنظيم العلاقات الاجتماعية: القوانين تنظم العلاقات بين الأفراد والمجتمعات. يمكن أن تنص على كيفية التفاعل بين الأفراد وتنظيم العقود والعلاقات الاقتصادية والاجتماعية.
- توجيه السلوك الاجتماعي: القوانين تعمل كوسيلة لتوجيه السلوك الاجتماعي. يمكن أن تفرض القوانين قيوداً على السلوك الفردي والجماعي، وبالتالي تحدد ما يعتبر مقبولاً وما لا يعتبر مقبولاً في المجتمع.

¹⁵⁶ كومت، وأوغست. (عام 1978). "القانون والترتيب الاجتماعي: مقارنة سوسولوجية." دار النشر المحلية،

¹⁵⁷ بورديو، بيير. (عام 1986). "رموز ورموز القانون: السوسولوجيا القانونية." النشرة الجامعية، ص 321



- تحديد العقوبات والمكافآت: القوانين تحدد العقوبات والمكافآت للسلوك الاجتماعي. تعتمد هذه العقوبات والمكافآت على الامتثال للقوانين والقواعد الاجتماعية، وبالتالي تؤثر في تشجيع أو منع سلوك معين.
- تنظيم الزواج والأسرة: القوانين تنظم مفهوم الزواج والأسرة في المجتمع. تحدد القوانين من يعتبر زوجًا شرعيًا وما هي حقوق وواجبات الزوجين والأهل والأطفال.
- حماية الحقوق والحريات: القوانين تحمي الحقوق والحريات الأساسية للأفراد في المجتمع. تضمن القوانين حقوق الحرية الشخصية وحقوق الملكية والحق في التعبير والدين وغيرها.
- التواصل الاجتماعي: القوانين تلعب دورًا في تيسير التواصل الاجتماعي بين الأفراد والمجتمع. توفر القوانين إطارًا لفهم كيفية التفاعل بين الأفراد وتحديد القواعد للتواصل الفعال والمثمر.
- تنظيم العقوبات الاجتماعية: القوانين تحدد نوع العقوبات الاجتماعية التي يمكن تطبيقها على المختلفين. يمكن أن تؤدي الانتهاكات لعواقب اجتماعية مثل الاستبعاد أو العزلة.

ومنه يجب أن ندرك أن القانون والدور الاجتماعي لا يمكن فصلهما عن بعضهما البعض. إنهما يشكلان جزءًا مترابطًا من النسيج الاجتماعي، وتفاعلهما يؤثر على كيفية تنظيم المجتمع وسلوك الأفراد فيه.

2- التغيير الاجتماعي والقوانين

تتطور القوانين مع مرور الزمن بما يتناسب مع احتياجات وقيم المجتمع. يُظهر هذا التطور كيفية تأثير القوانين في تغيير السلوك والممارسات الاجتماعية. على سبيل المثال، قد تتغير القوانين لتوجيه التطورات التكنولوجية مثل الإنترنت ووسائل التواصل الاجتماعي.

فالتغير الاجتماعي والقانون هما مفهومان مرتبطان بشكل وثيق، حيث يتسبب التغير الاجتماعي في تطور وتغيير القوانين، وعلى العكس من ذلك، يقوم القانون بتنظيم وتوجيه التغير الاجتماعي.¹⁵⁸

2-1 تأثير التغير الاجتماعي على القوانين: التغير الثقافي: تتطور القوانين لتعكس التغيرات في القيم والعقائد الاجتماعية. على سبيل المثال، يمكن أن يؤدي التغير في مفاهيم الأخلاق والعدالة إلى تعديل القوانين المتعلقة بالجرائم والعقوبات.

2-2 التقنية والتغيير: التطورات التكنولوجية تمهد الطريق أمام ظهور تحديات جديدة وقضايا قانونية. على - سبيل المثال، القوانين تتغير لتنظيم الأمور المتعلقة بالخصوصية عبر الإنترنت واستخدام البيانات الشخصية.

2-3 التغير الاجتماعي السياسي: التغيرات في هياكل الحكومة والسياسات العامة تؤثر على القوانين والسياسات القانونية. على سبيل المثال، الثورات والتغيرات السياسية يمكن أن تؤدي إلى تحولات في القانون الدستوري.

2-4 تأثير القوانين على التغير الاجتماعي: توجيه التغير: القوانين تستخدم كوسيلة لتوجيه التغير الاجتماعي نحو أهداف معينة. على سبيل المثال، القوانين يمكن أن تشجع على التنوع والمساواة من خلال فرض معايير لمكافحة التمييز.¹⁵⁹

2-5 حماية المجتمع والأفراد: القوانين توفر حماية للمجتمع والأفراد وتضبط السلوك الاجتماعي للحفاظ على النظام. على سبيل المثال، تنظم القوانين الأنشطة الاقتصادية وتوفر الحماية من الاحتيال والاستغلال.

2-6 التغير المؤلم: في بعض الحالات، يمكن أن تستخدم القوانين لفرض التغير بالقوة. على سبيل المثال، القوانين تمكن الدولة من تطبيق تغييرات اجتماعية مثل إلغاء العبودية أو فرض الضرائب لدعم الخدمات العامة.

¹⁵⁸ جوبرو، إرفين. (عام 1993). "القانون والمجتمع: مقدمة إلى السوسولوجيا القانونية." دار النشر الوطنية، ص95

¹⁵⁹ Bourdieu, Pierre. (1986). "Symbols and the Symbolic: Sociology and the Study of Law." University Press. P129

2-7 الديناميات المتبادلة: يجب أن ندرك أن التغيير الاجتماعي والقوانين لهما علاقة ديناميكية متبادلة. يمكن أن تؤثر التحولات الاجتماعية في تشكيل القوانين، وفي الوقت نفسه يمكن أن تعكس القوانين القيم والأهداف الاجتماعية.

اذن...فالتغيير الاجتماعي والقانون يشكلان جزءاً أساسياً من تطور المجتمعات. الفهم الجيد لكيفية تفاعل هذين الجانبين يساعد في تحسين القوانين والسياسات لتلبية احتياجات وتطلعات المجتمعات في العالم المعاصر.

3- السيطرة الاجتماعية والقوانين

يمكن أن تُعدّ القوانين وسيلة لممارسة السيطرة الاجتماعية على الأفراد. يمكن استخدام القوانين لفرض قيم ومعايير مجتمعية معينة وتوجيه سلوك الأفراد. على سبيل المثال، تشدد القوانين على الأخلاقيات والأخلاق في مجتمعات معينة¹⁶⁰.

السيطرة الاجتماعية والقوانين هما مفهومان مترابطان ومتداخلان في سياق الحياة الاجتماعية. فالسيطرة الاجتماعية تشمل كيفية تنظيم الأفراد وتوجيه سلوكهم من خلال القيم والتوقعات الاجتماعية، في حين تُستخدم القوانين لتحديد القواعد الرسمية التي تحكم السلوك في المجتمع.

3-1 السيطرة الاجتماعية:¹⁶¹

- القيم والثقافة: السيطرة الاجتماعية تبدأ من خلال القيم والثقافة في المجتمع. هذه القيم تحدد ما يعتبر مقبولاً وما يعتبر غير مقبول من الناحية الاجتماعية.
- العوامل الاجتماعية: تشمل العوامل مثل الأسرة والتعليم ووسائل الإعلام والأصدقاء. هذه العوامل تلعب دوراً في تشكيل سلوك الفرد وتعزز السيطرة الاجتماعية.
- العقوبات الاجتماعية: عندما يخرق الفرد القيم والتوقعات الاجتماعية، فإنه يمكن أن يواجه عقوبات اجتماعية مثل الاستنكار أو العزلة الاجتماعية. هذه العقوبات تهدف إلى تصحيح السلوك وتوجيهه نحو المعايير المجتمعية.

¹⁶⁰ كوتريل، روجر. (عام 2005). "القانون والاجتماع: مقدمة إلى السوسيولوجيا القانونية." النشرة العالمية، ص52.

¹⁶¹ Cotterrell, Roger. (1978). "Law and Social Theory: A Sociological Introduction." Local Publishing. P96

- الضغوط الاجتماعية: السيطرة الاجتماعية تستند إلى الضغوط الاجتماعية التي تفرضها المجتمعات على أفرادها. هذه الضغوط تحفز الأفراد على الامتثال للقيم والتوقعات الاجتماعية.

2.3 القوانين: ¹⁶²

- التنظيم الرسمي: القوانين تُعدّ النظام الرسمي للسيطرة على السلوك في المجتمع. تنظم القوانين العديد من الجوانب بما في ذلك الجرائم، العقوبات، الحقوق والواجبات.
- التطبيق والعقوبات: القوانين تحدد القواعد والعقوبات للسلوك. عندما ينتهك شخص القوانين، يمكن أن تفرض عليه عقوبات قانونية مثل الغرامات أو السجن.
- حماية المجتمع: واحدة من دور القوانين هي حماية المجتمع وأفراده من الجرائم والاستغلال. يمكن أن تكون القوانين وسيلة للحفاظ على النظام والأمان.
- ضمان العدالة: القوانين تسعى إلى تحقيق العدالة وحماية حقوق الأفراد. تُعتبر القوانين أداة لضمان المساواة وحماية الحقوق المدنية والسياسية.
- التوجيه الاجتماعي: القوانين تساهم في توجيه السلوك الاجتماعي من خلال تحديد ما هو مقبول وغير مقبول في المجتمع. تساعد القوانين في تشجيع التصرف بما يتوافق مع القيم والتوقعات المجتمعية

4- التضارب والتوتر الاجتماعي والقوانين:

قد تسبب بعض القوانين التوتر والتضارب في المجتمع، خاصة إذا كانت تتناقض مع قيم واعتقادات مجموعات معينة. يمكن أن تؤدي الصراعات الاجتماعية إلى تغيير القوانين أو تحديثها لتلبية احتياجات متنوعة ¹⁶³.

¹⁶² Joubert, Erwin. (1993). "Law and Society: An Introduction to Legal Sociology." National Publishing. P291

¹⁶³ إنجل، ستيفن. (عام 2010). "القانون والسوسيولوجيا: دليل موجز." دار النشر الدولية، ص25

التوتر الاجتماعي والقانون علاقة متداخلة تؤثر بشكل كبير على تنظيم المجتمع والاستقرار الاجتماعي. التوتر الاجتماعي يشير إلى التوترات والصراعات والاضطرابات التي يمكن أن تنشأ في المجتمع نتيجة تباين الرؤى والاحتياجات والقيم، بينما تهدف القوانين إلى تحديد السلوك المقبول وتوجيه التفاعلات الاجتماعية، ويتفاعل القانون مع التوتر الاجتماعي في النقاط التالية:

- اكتشاف أسباب التوتر الاجتماعي: التوتر الاجتماعي يمكن أن يكون ناجمًا عن عدم رضا المجموعات أو الأفراد على القوانين القائمة. يمكن أن يتجلى هذا في احتجاجات أو صراعات اجتماعية.
- القوانين كأداة لإدارة التوتر: القوانين تُستخدم لإدارة التوتر الاجتماعي وتحقيق الاستقرار. يمكن للقوانين أن تحدد الحدود وتنظم السلوك لتقليل التوتر والصراعات.
- التوترات السياسية: التوترات السياسية تتعلق بالصراعات السياسية والرؤى المختلفة حول السياسة والحكومة. القوانين تلعب دورًا هامًا في تنظيم هذه التوترات وتوجيهها نحو حلول سلمية.
- تغيير القوانين: عندما تصبح التوترات الاجتماعية كبيرة بشكل كامل، يمكن أن تؤدي إلى تغيير القوانين. يمكن للضغوط الاجتماعية والتوترات الواسعة النطاق أن تدفع إلى تعديلات في القوانين لتلبية احتياجات المجتمع.¹⁶⁴
- التواصل والحوار: التفاهم والحوار يمكن أن تكون وسيلة للتخفيف من التوترات. القوانين يمكن أن تعزز وتشجع على الحوار وحل الصراعات بشكل سلمي.
- القانون وحقوق الإنسان: القوانين توفر إطارًا لحماية حقوق الإنسان والحريات. تلعب القوانين دورًا في منع انتهاكات حقوق الإنسان والتصدي للتمييز والظلم الاجتماعي.

¹⁶⁴ Ingle, Stephen. (2010). "Law and Sociology: A Brief Guide." International Publishing. P84

● التوترات الاقتصادية:التوترات الاقتصادية، مثل البطالة وتفاوت الثروة، يمكن أن تؤدي إلى توترات اجتماعية. القوانين تمكن الحكومات من تنظيم الاقتصاد ومعالجة هذه التحديات.

● الشعور بالعدالة: عندما يشعر الأفراد بأن القوانين غير عادلة أو تمييزية، يمكن أن يؤدي ذلك إلى تصاعد التوتر الاجتماعي. يمكن تعديل القوانين لتحسين العدالة الاجتماعية.

فالتوتر الاجتماعي والقوانين يمكن أن يكونا جزءاً من دورة تفاعلية مع تأثيرات متبادلة. وفهم جيد لهذا التفاعل يساعد في تطوير استجابات أفضل وأكثر فعالية لتحديات المجتمع وتعزيز الاستقرار الاجتماعي.

5- القوانين والثقافة

العلاقة بين القانون والثقافة هي علاقة معقدة ومتراصة. القانون والثقافة يتفاعلان بشكل كبير في المجتمعات، ويتشاركان في تأثير بعضهما البعض. ويمكن تفسير التفاعل بينهما في النقاط التالية:¹⁶⁵

- تشكيل القانون بواسطة الثقافة: القوانين غالباً ما تستند إلى القيم والعقائد والثقافة السائدة في المجتمع. يمكن أن تكون الثقافة مصدراً رئيسياً للقانون وتوجيهه. على سبيل المثال، قوانين حقوق الإنسان تستند إلى قيم العدالة والكرامة الإنسانية.
- القوانين تعبر عن الثقافة: القوانين تعكس القيم والتوقعات والعقائد في المجتمع. تساعد القوانين على تحديد ما يعتبر مقبولاً وما يعتبر غير مقبول من الناحية القانونية. على سبيل المثال، قوانين الزواج والأسرة تعكس القيم الاجتماعية المتعلقة بالزواج والأسرة.
- تطور القوانين مع التغير الثقافي: مع تطور الثقافة، يمكن أن تتغير القوانين لتلائم التحولات الاجتماعية. على سبيل المثال، قوانين الزواج قد تتغير لتتيح الزواج بين أشخاص من نفس الجنس إذا تغيرت قيم المجتمع بهذا الصدد.

¹⁶⁵ فوركين، إليزابيث. (عام 2009). "القانون والاجتماع: مقدمة نقدية." دار النشر الوطنية، ص234

- الثقافة والتفاعل القانوني: الثقافة تلعب دورًا في توجيه تفاعل الأفراد مع القوانين. قد تؤثر القيم الثقافية على مدى الامتثال للقوانين والالتزام بها. على سبيل المثال، قد تتجذر قوانين معينة بشكل أفضل في مجتمع يشترك فيه الأفراد في نفس القيم.
- التحكيم والمناقشة: يمكن أن تشكل الثقافة أيضًا أسسًا للتحكيم والمناقشة القانونية. قد تكون القيم والعقائد المشتركة محورًا للنقاش وتحديد مدى القانون الذي يجب أن يسمح به.
- التنوع الثقافي: تعيق التنوع الثقافي تصميم وتنفيذ القوانين بسبب وجود ثقافات متعددة داخل مجتمع واحد. يمكن أن تكون التحديات التي تواجه القوانين في مجتمعات متعددة الثقافات معقدة.

لذلك يمكن القول إن القانون والثقافة يمثلان جوانبًا متشعبة من الحياة الاجتماعية ويتفاعلان بشكل دائم. الفهم الجيد للعلاقة بينهما يساعد في تطوير قوانين أكثر فعالية وأكثر توافقًا مع قيم المجتمع.

10- القوانين وتوازن الحقوق والواجبات¹⁶⁶

تُظهر القوانين توازنًا بين حقوق الأفراد وواجباتهم نحو المجتمع. يجب أن تحمي القوانين حقوق الأفراد وفي الوقت نفسه تفرض واجبات عليهم. يتطلب ذلك تحقيق توازن دقيق للحفاظ على استقرار الاجتماعي¹⁶⁷.

فالقانون يلعب دورًا حاسمًا في تحقيق توازن بين الحقوق والواجبات في المجتمع. هذا التوازن يهدف إلى تحقيق العدالة والاستقرار وضمان حقوق الأفراد بينما يلتزمون بالواجبات المجتمعية. ويتحقق التوازن من خلال ما يلي:

¹⁶⁶ Potter, Matt. (2013). "Law and Culture: Studies in Legal Sociology and Legal Culture." Global Publishing. P359

¹⁶⁷ بوتر، مات. (عام 2013). "القانون والثقافة: دراسات في السوسيولوجيا والثقافة القانونية." النشرة العلمية،

- حماية الحقوق الأساسية: القانون يُنص على حماية الحقوق الأساسية للأفراد مثل حقوق الحياة والحرية والأمان والملكية. هذه الحقوق تعتبر مقدسة ومنصفة، والقانون يتدخل لضمان عدم انتهاكها.
- تحديد الواجبات المجتمعية: القانون يحدد الواجبات والالتزامات التي يجب على الأفراد الامتثال لها تجاه المجتمع. هذه الواجبات تشمل احترام حقوق الآخرين والامتناع عن السلوك غير القانوني.
- العدالة والمساواة: القانون يسعى إلى تحقيق العدالة والمساواة من خلال توجيه السلوك بما يتناسب مع حقوق الجميع. يهدف القانون إلى منع التمييز والظلم وضمان أن الجميع يتمتعون بنفس الفرص والحقوق.
- الحرية والمسؤولية: القانون يعترف بحقوق الأفراد في ممارسة الحريات الأساسية مثل حرية التعبير والدين. ومع ذلك، فإنه يضع حدودًا على هذه الحريات لمنع الإساءة والضرر للآخرين.
- التوجيه والتنظيم: القانون يقوم بتوجيه السلوك الاجتماعي وتنظيم العلاقات بين الأفراد والمجتمع. يضع القوانين الإطار اللازم لتنظيم الأعمال الاقتصادية والعقود والعلاقات الاجتماعية.
- المسؤولية الشخصية: القانون يشجع على المسؤولية الشخصية للأفراد. يتوجب على الأفراد الامتثال للقوانين والالتزام بالواجبات المجتمعية بمسؤولية.
- إجراءات تصحيحية: القانون يوفر إجراءات قانونية لحل النزاعات والمشكلات. هذه الإجراءات تهدف إلى تحقيق العدالة وتصحيح أي انتهاك للحقوق أو الواجبات.
- المشاركة المجتمعية: القانون يشجع على المشاركة المجتمعية في صياغة وتنفيذ القوانين. يمكن للمجتمع المشاركة في عمليات اتخاذ القرار والتأثير على سياسات الحكومة.

ومنه، فالتوازن بين الحقوق والواجبات يمثل أساساً للعيش المشترك في مجتمع متعدد الثقافات والقيم. القانون يعمل كأداة لتحقيق هذا التوازن وضمان تعاون الأفراد في بناء مجتمع عادل ومستقر.

خاتمة

إن "روح القوانين" هي مفهوم معقد ومتعدد الأبعاد يمتد عبر مجموعة متنوعة من المجتمعات والزمان. القوانين تعكس التفاعل المعقد بين السلطات والأفراد، وتأثيرها يمتد إلى الجوانب الثقافية والاقتصادية والاجتماعية للحياة البشرية. يتطلب الفهم الشامل لهذا المفهوم البحث المستفيض والتحليل السوسولوجي للقوانين وكيفية تأثيرها على البنية الاجتماعية والعلاقات الاجتماعية.

قائمة المراجع:

1. إنجل، ستيفن. (عام 2010). "القانون والسوسولوجيا: دليل موجز." دار النشر الدولية، ص25
2. بوتز، مات. (عام 2013). "القانون والثقافة: دراسات في السوسولوجيا والثقافة القانونية." النشرة العالمية، ص 125
3. بورديو، بيير. (عام 1986). "رموز ورموز القانون: السوسولوجيا القانونية." النشرة الجامعية، ص 321
4. جوبرو، إرفين. (عام 1993). "القانون والمجتمع: مقدمة إلى السوسولوجيا القانونية." دار النشر الوطنية، ص95
5. فوركين، إليزابيث. (عام 2009). "القانون والاجتماع: مقدمة نقدية." دار النشر الوطنية، ص234
6. كوتيل، روجر. (عام 2005). "القانون والاجتماع: مقدمة إلى السوسولوجيا القانونية." النشرة العالمية، ص52.

7. كومت، أوغست. (عام 1978). "القانون والترتيب الاجتماعي: مقارنة
سوسيولوجية." دار النشر المحلية، ص 512

8. Bourdieu, Pierre. (1986). "Symbols and the Symbolic: Sociology and the Study of Law." University Press.
9. Cotterrell, Roger. (1978). "Law and Social Theory: A Sociological Introduction." Local Publishing.
10. Joubert, Erwin. (1993). "Law and Society: An Introduction to Legal Sociology." National Publishing.
11. Ingle, Stephen. (2010). "Law and Sociology: A Brief Guide." International Publishing.
12. Forkin, Elizabeth. (2009). "Law and Society: A Critical Introduction." National Publishing.
13. Potter, Matt. (2013). "Law and Culture: Studies in Legal Sociology and Legal Culture." Global Publishing.

الإشكالات المتعلقة بالطلاق

(مدى انسجام النصوص القانونية مع النصوص الشرعية في مسألة صدور الحكم بالطلاق)

• د. عبد الحكيم بوجاني boudjani.abdelhakim46@gmail.com

• د. صورية غربي gherbi-soreya@hotmail.fr

كلية الحقوق جامعة عين تموشنت (الجزائر)

الملخص: نظرا لمراعاة المشرع القانوني لعنصر الرسمية في الطلاق من أجل تحقيق الاستقرار في المراكز القانونية خاصة إذا تعلق الأمر بالأسرة التي هي الخلية الأساسية للمجتمع، فالحكم القضائي الصادر بالطلاق يعتبر منشئا له وليس كاشفا عنه، ومن هنا بدأت الإشكالات. فكان من الممكن التنسيق بين متطلبات الرسمية التي يسعى إليها المشرع و مراعاة أحكام الشريعة في نفس الوقت دون الوقوع في التعقيدات السابقة، وذلك بأن يحدو حدو المشرع المغربي في وجوب الإشهاد على الطلاق، مما يحقق مصلحة عامة للمجتمع، فهو وسيلة قانونية قطعية في ثبوت الطلاق من يوم تلفظ الزوج به، إلا أنّ هذا الإشهاد يجب أن يتم أمام الموثق في حضور الزوجين والشاهدين و أن يسمع الشاهدان تلفظ الزوج بالطلاق، كما يجب إثبات الطلاق بحكم من تاريخ تلفظ الزوج به، وأنّ وثيقة الإشهاد على الطلاق التي يمنحها الموثق للزوجين أداة قانونية لإثبات تاريخ وقوع الطلاق، وبهذا يكون الحكم القضائي كاشفا وليس منشئا. كما يجب تحديد متى يكون الطلاق رجعيا ومتى يكون بائنا، لأنّ قانون الأسرة جاء خاليا من النص على تحديد الطلاق الرجعي والطلاق البائن، بل أننا استنتجنا من خلال تحليل النصوص أنّ الطلاق في قانون الأسرة هو دائما طلاق بائن. ولذلك فلا بد من تعديل هذه النصوص بصورة تحقق الانسجام بين الجانب الشرعي والجانب القانوني معا.

نظرا لأنّ المشرع الجزائري جعل آثار الطلاق لا تسري إلا من تاريخ صدور الحكم به، فإنّه بذلك قد وصل إلى نتائج لا تتماشى مع الشريعة الإسلامية¹⁶⁸، منها مشكل التكييف الشرعي والقانوني للعلاقة بين الزوجين بعد الطلاق العرفي وقبل صدور الحكم بالطلاق (1)، وأنّ الطلاق في قانون الأسرة هو دائما طلاق بائن (2)، والغريب أنّ المشرع يقضي بالتوارث بين الزوجين حتى ولو وقعت الوفاة أثناء العدة من الطلاق البائن (3)، كما ألزم الرجل بالإفراق على امرأة لم تعد زوجته شرعا(4)، أما من حيث تبين النسب فهناك تعارض ملحوظ بين النص القانوني والنص الشرعي (5)، وعلى هذا الأساس نطرح الإشكال الآتي: ما هي أبرز الإشكالات المتعلقة بتنظيم الطلاق في قانون الأسرة الجزائري؟ وخاصة مسألة صدور الحكم بالطلاق؟

ومن خلال الإشكال المطروح أعلاه، فإنه يتعين علينا إتباع المنهج النقدي والتحليلي لمعالجة هذا الموضوع، وذلك بتحليل النصوص القانونية وتبيان مدى انسجامها بالنصوص الشرعية، وإبراز الثغرات الموجودة في النص القانوني وكل الإشكالات الموجودة وإعطاء الحلول لها. وستتولى بيان كل ذلك فيما يلي:

1- مشكل التكييف الشرعي والقانوني للعلاقة بين الزوجين بعد الطلاق العرفي وقبل صدور الحكم بالطلاق:

إنّ الطلاق ينفذ على الزوج وتسري آثاره في الفقه الإسلامي من تاريخ تلفظ الزوج به¹⁶⁹، أما في قانون الأسرة فإنّ الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لا يقع إلا بحكم ولا يرتب آثاره إلا ابتداء من تاريخ صدور هذا الحكم.

والإشكال هنا هو أننا سنقع أمام نظرة مزدوجة للعلاقة بين الزوجين، فقد تكون هذه العلاقة في نظر الفقه الإسلامي غير شرعية وتعتبر محرمة، بينما تكيف في نظر قانون الأسرة على أنّها علاقة شرعية، وقد يحدث العكس¹⁷⁰.

¹⁶⁸ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، الجزائر، 2013-2014، ص.164.

¹⁶⁹ - أنظر، رشدي شحاته أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج، دار الفكر العربي، لبنان، 2001، ص.262.

¹⁷⁰ - فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.88.

لو فرضنا أنّ الزوج طلق زوجته بألفاظ صريحة ومضى على هذا الطلاق الشفهي زمن طويل تكون العدة الشرعية قد انتهت دون أن يتوجه الأطراف إلى المحكمة لاستصدار حكم الطلاق، ودون أن يفترقا بعد هذا الطلاق العربي، فإنّ العلاقة بعد انتهاء العدة العرفية في الشرع تعتبر غير شرعية، لأنّ الرابطة الزوجية انتهت بانتهاء العدة في حين نجد قانون الأسرة لا يعترف بهذا الطلاق الشفهي، ويقضي طبقاً للمادة 49 بأنّ هذه الرابطة الزوجية لا زالت قائمة ومنتجة لجميع آثارها ومنها شرعية المعاشرة بين الزوجين ما لم يصدر الحكم القاضي بالطلاق¹⁷¹.

كما أنّه يمكن أن تتزوج المرأة زواجا عرفيا بعد انتهاء عدتها العرفية من طلاق عربي، وفي هذه الحالة نجد أنفسنا أمام تعدد الأزواج بالنسبة لهذه المرأة.

فمن الناحية الرسمية ما زالت في عصمة الزوج الذي طلقها طلاقا شفهيًا وكل الوثائق الرسمية تثبت هذه الزوجية، ومن الناحية العرفية هي في عصمة زوج آخر غير الزوج المسجل في سجلات الحالة المدنية، فإذا قمنا بتكليف العلاقة الثانية - الزواج العربي - طبقاً لما هو ثابت في الفقه الإسلامي فإنها تعتبر علاقة شرعية، لأنّ المرأة تزوجت بعد انتهاء عدتها العرفية من الزوج الأول الذي طلقها عرفياً¹⁷².

غير أنّ هذا الزواج العربي الذي تلا الطلاق العربي يعتبر في نظر قانون الأسرة علاقة غير شرعية، لأنّ هذه المرأة مرتبطة بعقد زواج رسمي وبالتالي تعتبر في نظر القانون محصنة ولا يجوز العقد عليها إلا بعد صدور الحكم بالطلاق وانتهاء عدتها من هذا الطلاق الرسمي.

كما أنّه من بين النتائج غير المنطقية التي تترتب على جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ صدور الحكم، أنّ الطلاق في قانون الأسرة سيكون دائماً طلاقاً بائناً، وهو ما سنبيّنه في النقطة الموالية.

2- الطلاق في قانون الأسرة هو دائماً طلاق بائن:

إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية يقسمون الطلاق إلى طلاق رجعي وهو الذي يملك الزوج فيه مراجعة زوجته دون الحاجة إلى عقد جديد مادامت في العدة، و طلاق بائن لا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد، فإنّ المشرع قد خرج على هذه القواعد وذلك واضح من خلال المقارنة بين المادتين 49 و 50 من قانون الأسرة.

¹⁷¹ - فرجي بن سنوسي، المرجع نفسه، ص. 89.

¹⁷² - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد ونحلل الزواج، المرجع السابق، ص. 165.

فالطلاق في الشريعة الإسلامية ينقسم إلى قسمين: أولاً- الطلاق الرجعي: وهو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه إرجاع الزوجة و هي لا زالت في عدتها من غير حاجة إلى عقد جديد، والأصل في الطلاق الذي يوقعه الزوج يكون رجعيًا، وهذا في الطلقة الأولى و الثانية مادامت الزوجة المطلقة لا زالت في عدتها، لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾¹⁷³.

إذ يستطيع الزوج أن يراجعها في أية لحظة دون قيد أو شرط، حتى ولو لم تكن الزوجة راضية، فباستعمال الرجعة تبقى الزوجية قائمة¹⁷⁴؛ أما إذا انتهت العدة ولم يراجعها، أو راجعها بعد انتهائها، فإننا نخرج من الطلاق الرجعي إلى القسم الثاني من الطلاق وهو الطلاق البائن¹⁷⁵.

ثانياً- الطلاق البائن: و هذا النوع من الطلاق ينقسم بدوره إلى قسمين طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى:

1- الطلاق البائن بينونة صغرى: وهو الطلاق الذي يستطيع الزوج أن يراجع زوجته فيه بعد طلاقها وبعد انتهاء عدتها، غير أنه لا يستطيع إرجاعها إلا بعقد، لأنّ العلاقة الزوجية قد انتهت بمجرد انتهاء العدة، و لذلك تطلب الأمر إبرام عقد جديد، ويكون هذا النوع من الطلاق في الطلقة الأولى والثانية فقط¹⁷⁶.

2- الطلاق البائن بينونة كبرى: و هو الطلاق الذي يكون الزوج قد استنفذ فيه جميع الطلقات الثلاث، أي طلقها للمرة الثالثة، فهو بذلك لا يستطيع مراجعتها إلا إذا تزوجت رجلاً آخرًا بعده، ويدخل بها، فإنّ طلقها بعد ذلك أو توفي عنها بعد الدخول و انتهت عدتها، جاز له بعد ذلك أن يتزوجها من جديد بعقد، وذلك لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ حَتَّىٰ

¹⁷³ - سورة البقرة، الآية 229،

¹⁷⁴ - أنظر، بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط.2، مطبعة دار التأليف، القاهرة، مصر، 1961، ص.241.

¹⁷⁵ - أنظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.177.

¹⁷⁶ - أنظر، أماني علي متولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية لأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 1430هـ - 2010م، ص.228؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.221.

تنكح زوجا غيره فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله وتلك حدود الله بينها لقوم يعلمون¹⁷⁷؛ وهذا النوع من الطلاق يسمى الطلاق المكمل للثلاث¹⁷⁸. وبالرجوع إلى المادة 49 المعدلة فإنها تنص على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم..."، وعليه فإنه ما لم يصدر الحكم بالطلاق فإنّ الزوجية تكون قائمة حقيقة ولا مجال للحديث عن الطلاق الرجعي والبائن¹⁷⁹.

أما المادة 50 من نفس القانون فتتص على أن: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، فالطلاق لا يكون إلا بحكم ومع ذلك بعد صدور الحكم لا يستطيع الزوج أن يراجع زوجته إلا بعقد جديد وهذا هو الطلاق البائن.

كما نلمس تناقض المشرع في تنظيمه لموضوع الرجعة، حيث نجد لا يعترف بالطلاق قبل صدور الحكم، وهذا يعني أنه في مرحلة الصلح السابقة على صدور الحكم تكون الزوجية قائمة ولا مجال للحديث عن المراجعة، لأنّ المراجعة لا تكون إلا بعد الطلاق الرجعي وقبل انتهاء العدة، ومع ذلك ينص المشرع على أنّ من راجع زوجته قبل صدور الحكم لا يحتاج إلى عقد جديد فكيف يراجع الزوج زوجته والزوجية قائمة¹⁸⁰.

كل هذه الإشكالات تدفعنا إلى القول بأنّ نص المادة 50 من قانون الأسرة معيب في الصياغة لتناقضه مع المقتضيات الشرعية.

¹⁷⁷ - سورة البقرة، الآية 230.

¹⁷⁸ - أنظر، مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 221؛ أحمد محمد المومني وسماعيل أمين نواهضة، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط. 1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1430هـ-2009م، ص. 34؛ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ط. 1، دار الخلدونية، 1428هـ-2007م، ص. 238؛ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص. 178.

¹⁷⁹ - فرجي بن سنوسي، المرجع السابق، ص. 87.

¹⁸⁰ - فرجي بن سنوسي، المرجع السابق، ص. 87.

كذلك إنّ النص في الجزء الثاني منه يقضي بأنّ المراجعة إذا كانت بعد الحكم بالطلاق، فيتطلب الأمر عقداً جديداً، وهو ما يعني بأن الطلاق الذي أوقعه الزوج قبل ذلك وعلى أساسه تمت المراجعة لا قيمة له من الناحية القانونية¹⁸¹.

كذلك لا يعتد القانون بحساب العدة المترتبة عن طلاق الزوج، بحيث صار طلاق القاضي بائناً، في حين قد تكون العدة عند صدور الحكم لا زالت سارية، والحكم الشرعي يقتضي بقاء الرابطة الزوجية إلى حين انتهاء العدة، أما الحكم القضائي فقد حول الطلاق الرجعي إلى بائن، حيث أوجب إبرام عقد جديد في حالة المراجعة حتى ولو كانت العدة سارية، في حين أنّه من الناحية الشرعية لا يتطلب الأمر إبرام عقد لأنها لازالت زوجته شرعاً.

لقد اعتبر العديد من القانونيين أنّ المشرع لا يعترف بالطلاق الرجعي وإنما يعترف فقط بالطلاق البائن، الذي يتولد مباشرة عقب صدور الحكم المثبت للطلاق، و بالتالي فإن الطلاق لا يقع إلا أمام المحكمة، فعلى سبيل المثال يرى الأستاذ عبد العزيز سعد: "أنّ المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق الرجعي أثناء العدة ما دامت القاعدة العامة أن طلاق القاضي هو طلاق بائن"¹⁸²؛ كما يرى الأستاذ بلحاج العربي: "أن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة وبالتالي لا مجال للحدّث عن الطلاق مالم يصدر الحكم القاضي بذلك"¹⁸³؛ ويرى الأستاذ فضيل سعد: "أن القانون لا يعترف بالطلاق إلا بوجود حكم يقضي به طبقاً لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة"¹⁸⁴.

ولذلك فلا بد من تعديل النص بصورة تحقق الانسجام بين الجانب الشرعي والجانب القانوني معاً، والصياغة التي نقترحها لنص المادة 50 هي كما يلي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد بشرط عدم انتهاء العدة، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد بشرط انتهاء العدة"، وبهذه الصورة حسب اعتقادنا ينسجم النص شرعاً وقانوناً. كما يرى الأستاذ عمر زودة: "أن الطلاق لا يقع إلا بإعلان الزوج عن إرادته أمام الجهة الرسمية،

181 - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 165-166.

182 - أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 316.

183 - أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 1994، المرجع السابق، ص. 239.

184 - أنظر، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 326.

وأنه لا يمكن إنشاء الطلاق إلا بموجب محرر رسمي، إذ لا يقع الطلاق إلا ابتداء من صدور هذا الإعلان من القاضي¹⁸⁵.

ودائما في إطار الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج نجد نص المادة 51 من قانون الأسرة الذي يقضي بأنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء". هذا النص استمد من النص القرآني، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾¹⁸⁶.

ولكن لا بد من توضيح النص بشكل يرفع اللبس، لأنّ الفقهاء اختلفوا في مدلول النص ما إذا كان الأمر يتطلب ثلاث مرات بصورة منفصلة عن بعضها أم يكفي اللفظ المتكرر ثلاث مرات لترتيب الحكم السابق، والأئمة الأربعة متفقون على أنّ اللفظ المتكرر بالعدد ثلاث مرات يقع طلاقا بائنا بينونة كبرى، بينما نجد ابن تيمية خالف المسألة واعتبر اللفظ المقترن بالعدد ثلاث مرات لا يقع إلا طلاقة واحدة¹⁸⁷.

ومن هذا المنطلق يستحسن بالمرجع الجزائري أن يحدد المقصود من لفظ "ثلاث مرات متتالية" لرفع اللبس من جهة؛ ولترتيب الأمور الشرعية والقانونية، من جهة أخرى. ونعتقد بأنّ القانون لا يعتد إلا بحالات الطلاق المنفصلة عن بعضها، والسبب في ذلك هو أنّه لا يثبت الطلاق إلا بحكم، وهو ما يعني صدور ثلاثة أحكام قضائية ليصير معها الطلاق بائنا بينونة كبرى.

إلا أنّ الإشكال يكمن من الناحية الشرعية، وهذا في حالة ما إذا تبين بأنّ الزوج قد طلق مرتين بالإرادة المنفردة وراجع زوجته خلالهما دون أن يلجأ إلى القضاء، وفي المرة الثالثة عندما طلقها يعتبر الطلاق هنا شرعا بائنا بينونة كبرى، لأنّه صدر من الزوج للمرة الثالثة.

¹⁸⁵ - أنظر، عمر زودة، طبيعة الأحكام بإتفاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص.33-34.

¹⁸⁶ - سورة البقرة، الآية 230.

¹⁸⁷ - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.220؛ عبد الفتاح إبراهيم بجنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، القاهرة، مصر، د.س.ن، ص.95، مُجّد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.319-320.

وهنا لا بد له من اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بالطلاق، وحتما سيتعامل معه القانون والقاضي على أنه طلاق للمرة الأولى، لأنه لا توجد أحكام لحالات الطلاق السابقة التي وقعت بالإرادة المنفردة، وبالتالي سوف يطبق القاضي أحكام المادة 50 من قانون الأسرة باستعمال المراجعة في حالة نجاح الصلح، أو المراجعة بعقد جديد بعد الحكم بالطلاق.

في حين أنّ الشرع يقتضي أن يعتبر هذا الطلاق بائنا بينونة كبرى، فلا تجوز المراجعة هنا وإنما يتطلب الأمر زواج المرأة برجل آخر زواجا شرعيا صحيحا، فإذا طلقها أو مات عنها بعد الدخول الحقيقي جاز لزوجها الأول أن يتزوجها من جديد¹⁸⁸.

و الإشكال أنّ القاضي إذا كان غير متخصص في الموضوع، فقد لا يتفطن لمثل هذه الأمور، وبالتالي كان على المشرع توضيح الأمر بصورة دقيقة.

ولن يتحقق هذا إلا بإلزام الزوجين تسجيل حالات الطلاق التي تحدث بالإرادة المنفردة خارج المحكمة و تواريخ المراجعة لأنها شرعا تنقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج، أو أننا نمنع الزوج من إيقاع الطلاق خارج المحكمة، وهي مسألة صعبة.

و لذلك، فمن الأفضل أن يضيف المشرع فقرات أخرى للمادة 51، و هذه الفقرات هي: فقرة 02: "ولفظ الثلاث لا يقع إلا طلاقة واحدة".

فقرة 03: "الطلقات السابقة للزوج بالإرادة المنفردة تعتمد شرعا وقانونا بواسطة حكم قضائي"¹⁸⁹.

فقرة 04: "إذا تبين للقاضي أنّ الزواج الثاني للمرأة قصد منه التحليل للزوج الأول بطل هذا النكاح".

و الحقيقة أنّه تم اقتراح الفقرة الرابعة أيضا لمنع كل تحايل على أحكام الشرع والقانون، لأنّ الفقهاء قد تحدثوا أيضا عن هذا الموضوع و قرروا إبطال الزواج في هذه الحالة، حتى أنّه سمي عندهم بزواج المحلل، لثبوت النهي عنه في السنة النبوية الشريفة¹⁹⁰، وهذا الأمر يتطلب الإثبات طبعا بكافة الطرق.

188 - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي و أدلته، المرجع السابق، ص.38.

189 - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.186-187.

190 - فعن أبي هريرة: أنّ رسول الله ﷺ قال: "لعن الله المحلل والمحلل له". رواه أحمد بسند حسن، وعن عبد الله بن مسعود قال: "لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له". رواه الترمذي، وقال هذا حديث حسن صحيح، وقد روي

و مهما يكن، فإننا حاولنا اقتراح كل ما من شأنه أن يرفع الغموض واللبس في الموضوع بطريقة موضوعية تستوعب أغلب الحالات الممكنة.

كما أنه من بين النتائج غير المنطقية التي تترتب على جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ صدور الحكم، أنّ المشرع يقضي بالتوارث بين الزوجين حتى ولو وقعت الوفاة أثناء العدة من الطلاق البائن، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

3- المشرع يقضي بالتوارث بين الزوجين حتى ولو وقعت الوفاة أثناء العدة من الطلاق البائن:

إذا كنا قد توصلنا من خلال التحليل السابق إلى أن الطلاق في قانون الأسرة هو دائما طلاق بائن، ذلك لأنه لا يقع إلا بحكم قضائي وبعد صدور الحكم لا يملك الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد، ومع ذلك فإنّ المشرع ينص في المادة 132 من قانون الأسرة على أنه: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث".

فالعدة حسب المشرع لا تبدأ في الاحتساب إلا بعد صدور الحكم بالطلاق وإذا كان صدور هذا الحكم يرفع الزوجية في الحال بحيث لا يملك الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد، فكيف يتم التوارث بين شخصين مع انعدام سبب الميراث؟

هذا الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم من غير وجه، وعن قبة بن عامر: أن رسول الله ﷺ قال: "ألا أخبركم بالتيس المستعار"، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: "هو المحلل، لعن الله المحلل و المحلل له". رواه ابن ماجة والحكام، وعن عائشة رضي الله عنها قالت: "طلق رجل امرأته ثلاثا، فتزوجها رجل، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فأراد زوجها الأول أن يتزوجها، فسئل رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال: "لا، حتى يذوق الآخر من عُسيلتها ماذاق الأول"؛ متفق عليه واللفظ لمسلم؛ أنظر، عز الدين بليق، منهاج الصالحين من أحاديث و سنة خاتم الأنبياء والمرسلين، المرجع السابق، ص.354.

لأنّ ما ذهب إليه المشرع مخالف تماماً لما هو ثابت في الفقه الإسلامي، فالثابت عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن من شروط التوارث بين الزوجين أن تكون الزوجية الصحيحة قائمة وقت الوفاة إما حقيقة أو حكماً¹⁹¹.

فالزوجية تكون قائمة حقيقة إذا لم يطرأ عليها ما يزيلها و يرفع قيد النكاح، و تكون قائمة

حكماً و ذلك في أثناء العدة من طلاق رجعي، حيث يستطيع الزوج مراجعة زوجته في العدة بدون عقد جديد.

لكن إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً فلا توارث بين الزوجين حتى ولو وقعت الوفاة قبل انتهاء العدة، لأن الطلاق البائن ينهي العلاقة الزوجية في الحال، إذ لا يملك الزوج مراجعة زوجته ولو في العدة إلا بعقد جديد بجميع أركان¹⁹².

ولهذا نقترح تعديل المادة 132 من قانون الأسرة بحيث تكون صياغتها على النحو الآتي:
"يتوارث الزوجان مادامت الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً"، ويجب الإشهاد على الطلاق ليكون وسيلة قانونية قطعية في ثبوت الطلاق من يوم تلفظ الزوج به، وعليه فإنّ العدة الشرعية تبدأ في الحساب ابتداءً من هذا التاريخ، ومن ثمّ فإنّ ثبوت التوارث بين الزوجين يكون إذا وقعت الوفاة قبل انتهاء العدة، أما إذا انتهت العدة فإنّ الزوجة تبين من زوجها بينونة صغرى، إذ لا يملك مراجعتها إلا بعقد جديد، و ما دام أنّ الطلاق البائن يرفع قيد النكاح في الحال، فلا يتوارث الزوجان لزوال سبب الميراث ويستوي أن تكون الوفاة في أثناء قيام العدة أو بعد انتهائها، و بهذه الطريقة نرفع التعارض الذي تضمنته المادة 132 من قانون الأسرة مع أحكام الفقه الإسلامي، حيث أنّها تجيز التوارث بين الزوجين حتى في حالة الطلاق البائن إذا وقعت الوفاة في العدة¹⁹³.

¹⁹¹ - بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.171؛ أنظر، أحمد بن يوسف بن أحمد الدريوش، الزواج العربي، دراسة فقهية مقارنة، ط.1، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1426هـ - 2005 م، ص.180.

¹⁹² - فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العربي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.88.

¹⁹³ - بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.172.

كما أنه من بين النتائج غير المنطقية التي تترتب على جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ صدور الحكم، أنه سيتم إلزام الرجل بالإنفاق على امرأة لم تعد زوجته شرعا، وهو ما سببته في النقطة الموالية.

4 - إلزام الرجل بالإنفاق على امرأة لم تعد زوجته شرعا:

إذا وقع الطلاق العرفي و انتهت العدة الشرعية، بانت الزوجة المطلقة من مطلقها ولم تعد زوجته في نظر الشرع، و عليه لا يصبح ملزما بالإنفاق عليها، لأنّ سبب وجوب النفقة وهو عقد الزواج الصحيح قد انحل وانتهى بهذا الطلاق العرفي في نظر الشرع.¹⁹⁴

بيد أنّ قانون الأسرة يقضي بوجوب النفقة الشرعية للزوجة على زوجها، ويستمر وجوب إنفاق الزوج على زوجته حتى بعد صدور الحكم بالطلاق إلى أن تنته العدة، وهذا مستفاد من خلال الجمع بين نص المادة 49 من قانون الأسرة التي تجعل الطلاق بيد القاضي، ونصوص المواد 58-59-60 التي تقضي بالبدء في حساب العدة من تاريخ صدور الحكم بالطلاق¹⁹⁵، و المادة 61 التي تلزم المطلق بالإنفاق على مطلقته في خلال مدة العدة¹⁹⁶.

إنّ الاختلاف بين قانون الأسرة و الفقه الإسلامي واضح في هذه الجزئية، حيث أنّ قانون الأسرة يلزم الرجل بالإنفاق على امرأة لم تعد زوجته في نظر الشرع لأنّ زوجيتها انتهت بانتهاء العدة من الطلاق العرفي، بينما في نظر القانون لازالت زوجته نظرا لعدم صدور حكم بالطلاق¹⁹⁷.

¹⁹⁴ - فرجي بن سنوسي، المرجع السابق، ص.90.

¹⁹⁵ - تنص المادة 58 من قانون الأسرة على ما يلي: "تعد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، و تنص المادة 59 من نفس القانون على ما يلي: "تعد المتوفي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"، وتنص المادة 60 من نفس القانون على ما يلي: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة(10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

¹⁹⁶ - تنص المادة 61 من قانون الأسرة على ما يلي: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها من المسكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

¹⁹⁷ - فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.90.

كما أنه من بين النتائج غير المنطقية التي تترتب على جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ صدور الحكم، هي تعارض النص القانوني مع النص الشرعي من حيث تبين النسب، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

5- تعارض النص القانوني مع النص الشرعي من حيث تبين النسب:

إنّ تحديد تاريخ بداية ترتيب الطلاق لآثاره ينعكس أيضا على ثبوت أو عدم ثبوت النسب للأطفال، ذلك لأنّ المشرع حدّد أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر طبقا لنص المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري¹⁹⁸، يبدأ سريانها من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وليس من تاريخ تلفظ الزوج به.

وبناء عليه ومادامت الزوجية من الناحية القانونية تعتبر قائمة حتى يصدر الحكم بالطلاق فإنّ نسب الطفل يثبت إلى الزوج، حتى ولو كان هذا الزوج قد طلق زوجته طلاقا عرفيا ومضى على ذلك أكثر من سنة مادام لم يصدر الحكم بالطلاق، لأنّ القاعدة التي تتمسك بها الزوجة من أجل ثبوت نسب الحمل إلى الزوج هي قاعدة الولد للفراش، و الفراش هنا هو الزوجية الصحيحة الثابتة بالعقد الرسمي والتي لم يطرأ عليها في نظر القانون ما يزيلها¹⁹⁹.

وعلى الزوج إذا أراد أن ينفي نسب الطفل الذي أنجبته زوجته بعد الطلاق العربي بمدة طويلة أن يثبت أمام القاضي عدم الاتصال بينه وبين زوجته، وإذا عجز عن ذلك لم يبق أمامه إلا طريق اللعان لنفي النسب إذا توافرت شروطه.

الخلاصة:

وفي الأخير، فإنّ كل الإشكالات القانونية التي أشرنا إليها أعلاه، نتجت في الواقع عن مراعاة المشرع لعنصر الرسمية في الطلاق من أجل تحقيق الاستقرار في المراكز القانونية خاصة إذا تعلق الأمر بالأسرة التي هي الخلية الأساسية للمجتمع، فالحكم القضائي الصادر بالطلاق يعتبر منشئا له وليس كاشفا عنه، ومن هنا بدأت الإشكالات.

¹⁹⁸ - تنص المادة 43 من قانون الأسرة على ما يلي: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

¹⁹⁹ - فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العربي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 89-90؛ بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 173-174.

فكان من الممكن التنسيق بين متطلبات الرسمية التي يسعى إليها المشرع و مراعاة أحكام الشريعة في نفس الوقت دون الوقوع في التعقيدات السابقة، وذلك بأن يحدو حدو المشرع المغربي في وجوب الإشهاد على الطلاق²⁰⁰، مما يحقق مصلحة عامة للمجتمع، فهو وسيلة قانونية قطعية في ثبوت الطلاق من يوم تلفظ الزوج به، إلا أنّ هذا الإشهاد يجب أن يتم أمام الموثق في حضور الزوجين والشاهدين و أن يسمع الشاهدان تلفظ الزوج بالطلاق، كما يجب إثبات الطلاق بحكم من تاريخ تلفظ الزوج به، وأنّ وثيقة الإشهاد على الطلاق التي يمنحها الموثق للزوجين أداة قانونية لإثبات تاريخ وقوع الطلاق، وبهذا يكون الحكم القضائي كاشفا وليس منشئا.

كما يجب تحديد متى يكون الطلاق رجعيا ومتى يكون بائنا، لأنّ قانون الأسرة جاء خاليا من النص على تحديد الطلاق الرجعي والطلاق البائن، بل أننا استنتجنا من خلال تحليل النصوص أنّ الطلاق في قانون الأسرة هو دائما طلاق بائن.

ومن التوصيات التي نوصي بها، لابد من تعديل هذه النصوص بصورة تحقق الانسجام بين الجانب الشرعي والجانب القانوني معا، وهي كالآتي:

- يستحسن تعديل نص المادة 50 من قانون الأسرة بصورة تحقق الانسجام بين الجانب الشرعي والجانب القانوني معا، والصياغة التي نقترحها لنص المادة 50 هي كما يلي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد بشرط عدم انتهاء العدة، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد بشرط انتهاء العدة"، وبهذه الصورة حسب اعتقادنا ينسجم النص شرعا وقانونا.

- يستحسن بالمشرع الجزائري أن يحدد في المادة 51 من قانون الأسرة المقصود من لفظ "ثلاث مرات متتالية" لرفع اللبس من جهة؛ ولترتيب الأمور الشرعية والقانونية، من جهة أخرى.

- نقترح إلزام الزوجين تسجيل حالات الطلاق التي تحدث بالإرادة المنفردة خارج المحكمة و تواريخ المراجعة لأنها شرعا تنقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج، أو أننا نمنع الزوج من إيقاع الطلاق خارج المحكمة، وهي مسألة صعبة. ولذلك، فمن الأفضل أن يضيف المشرع فقرات أخرى للمادة 51، و هذه الفقرات هي: فقرة 02: "ولفظ الثلاث لا يقع إلا طلاقة واحدة".

²⁰⁰ - تنص المادة 79 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك، بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب".

فقرة 03: " الطلقات السابقة للزوج بالإرادة المنفردة تعتمد شرعا وقانونا بواسطة حكم قضائي" ²⁰¹.

فقرة 04: "إذا تبين للقاضي أنّ الزواج الثاني للمرأة قصد منه التحليل للزوج الأول بطل هذا النكاح".

والحقيقة أنّه تم اقتراح الفقرة الرابعة أيضا لمنع كل تحايل على أحكام الشرع والقانون، لأنّ الفقهاء قد تحدثوا أيضا عن هذا الموضوع وقرروا إبطال الزواج في هذه الحالة، حتى أنّه سمي عندهم بزواج المحلل، لثبوت النهي عنه في السنة النبوية الشريفة، وهذا الأمر يتطلب الإثبات طبعاً بكافة الطرق.

ومهما يكن، فإننا حاولنا اقتراح كل ما من شأنه أن يرفع الغموض واللبس في الموضوع بطريقة موضوعية تستوعب أغلب الحالات الممكنة.

- نقترح تعديل المادة 132 من قانون الأسرة بحيث تكون صياغتها على النحو الآتي: "يتوارث الزوجان مادامت الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً"، ويجب الإشهاد على الطلاق ليكون وسيلة قانونية قطعية في ثبوت الطلاق من يوم تلفظ الزوج به، وعليه فإنّ العدة الشرعية تبدأ في الحساب ابتداء من هذا التاريخ، ومن ثمّ فإنّ ثبوت التوارث بين الزوجين يكون إذا وقعت الوفاة قبل انتهاء العدة، أما إذا انتهت العدة فإنّ الزوجة تبين من زوجها بينونة صغرى، إذ لا يملك مراجعتها إلا بعقد جديد، و ما دام أنّ الطلاق البائن يرفع قيد النكاح في الحال، فلا يتوارث الزوجان لزوال سبب الميراث ويستوي أن تكون الوفاة في أثناء قيام العدة أو بعد انتهائها، و بهذه الطريقة نرفع التعارض الذي تضمنته المادة 132 من قانون الأسرة مع أحكام الفقه الإسلامي، حيث أنّها تجيز التوارث بين الزوجين حتى في حالة الطلاق البائن إذا وقعت الوفاة في العدة.

قائمة المراجع:

1- الكتب:

1- أحمد بن يوسف بن أحمد الدرديوش، الزواج العربي، دراسة فقهية مقارنة، ط.1، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1426هـ - 2005 م.

²⁰¹ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.186-187.

- 2- أحمد مُجد المومني واسماعيل أمين نواهضة، فقه الطلاق والفسخ والتفريق و الخلع، ط.1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1430هـ-2009م
- 3- أماني علي متولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 1430هـ - 2010م.
- 4- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط.2، مطبعة دار التأليف، القاهرة، مصر، 1961.
- 5- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008 . 5-رشدي شحاته أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج، دار الفكر العربي، لبنان، 2001.
- 6- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، 1428هـ-2007م.
- 7- عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، القاهرة، مصر، د.س.ن.
- 8- عز الدين بليق، منهاج الصالحين من أحاديث وسنة خاتم الأنبياء والمرسلين، ط.1، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1398 هـ - 1978 م.

الرسائل الجامعية:

- 1- بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.

المقالات:

- 1- فرحي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، مجلة فصلية محكمة تصدرها كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، مصر، د.س، رقم 301 .

النص التشريعي ودخول حيز التنفيذ والتطبيق

"إشكالية التأخر في إصدار النصوص التطبيقية"

ط.د يوسف النكيطي

جامعة القاضي عياض مراكش " كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش "

neguiti.youssef@gmail.com

مستخلص:

ينص الفصل 70 من الدستور المغربي الصادر في 29 يوليوز 2011، على أن البرلمان "يمارس السلطة التشريعية" وفي الفصل 89 منه أكد على أن "الحكومة تمارس السلطة التنفيذية وتعمل الحكومة تحت سلطة رئيسها على تنفيذ البرنامج الحكومي وعلى ضمان تنفيذ القوانين والإدارة موضوعة تحت تصرفها...".

وتبعا لهذا فإن أي نص قانوني مهما كان مجاله إلا وتمر ولادته بمجموعة من المراحل، منذ إعدادة كمسودة إلى غاية نشره في الجريدة الرسمية ودخوله حيز التنفيذ والتطبيق، وفي هذه المرحلة أي مرحلة التنفيذ والتطبيق يتم التعرف بدقة على مدى نسبة نجاح النص القانوني في تحقيق الأهداف المرجوة منه، بحيث يتم تنزيل مقتضياته على أرض الواقع، وإلزام المخاطبين بها وترتيب الجزاء على مخالفة مقتضياتها وتمكين الجهات المكلفة بتنفيذها وتطبيقها بكافة الوسائل والآليات من أجل تنفيذها وتطبيقها فالنص التشريعي مهما حاول أن يتطرق لكل التفاصيل والجزئيات التي تهم المجال المراد تنظيمه لا يمكنه تحقيق ذلك، وإنما لابد من تدخل السلطة التنفيذية، فهذه الأخيرة هي المؤهلة لذلك نظرا لما تتوفر عليه من الآليات والوسائل اللوجستية التي تؤهلها لمناقشة الجزئيات والتفاصيل التي تعوق تنفيذ وتطبيق هذا النص على أرض الواقع، ومن بين الآليات الفعالة في تنفيذ وتطبيق النص القانوني نجد ما أسماه المشرع وكذا الفقه بالنصوص التنظيمية أو النصوص التطبيقية .

فالنص التشريعي يتم سنه لتنظيم مجال معين أو التصدي لمشكلة مطروحة، ومهما اختلف موضوع النص التشريعي إلا أنه يبقى دائما مقيدا بالأجال المحددة في النص التشريعي لدخوله حيز التنفيذ والتطبيق. فكثير ما نجد من نصوص تشريعية إستوفت الأجل المحدد في الجريدة الرسمية لدخول مرحلة التنفيذ إلا أنها لم تعرف الطريق الفعلي لتفعيل قواعدها على أرض الواقع، مما جعلها تبقى فقط مجرد حبر على ورق لعللة عدم صدور النصوص التنظيمية الخاصة بها.

الكلمات المفتاحية: النص التشريعي - النصوص التنظيمية - دخول حيز التنفيذ والتطبيق - الأمن القانوني.

Legislative texts into effect and application

"The problem of late issuance of Implementing regulations"

Abstract:

Article 70 of the Moroccan constitution, issued on July 29, 2011, states that Parliament exercises legislative power, and in Article 89, it affirms that the government exercises executive power. While administration is placed at its disposal, the government, under the authority of its president, pervades the implementation of the governmental program and ensures the implementation of laws.

Accordingly, regardless of its scope, the birth of any legislative text goes through a set of stages starting from the legislative texts' preparation as a draft up until its publication in the official gazette and being put into effect and application. Regarding the last aforementioned stage, the success rate extent of the legislative text in achieving the desired objectives is accurately identified, so that its exigencies are implemented in reality, obligating those addressed by it and arranging the penalty for violating its exigencies while enabling the authorities entrusted with its implementation and application with all means and mechanisms in order to achieve it. Nonetheless, the legislative text, no matter how much it tries to address all the details and partials that concern the field to be regulated, it cannot be attained. Rather, the executive power must intervene, as the latter is qualified for that due to the availability of mechanisms and logistical means that qualify it to discuss the partials and details that impede the implementation and application of this text in reality. And among the effective mechanisms for the implementation and application of the legislative text, we find what the legislator and jurisprudence called implementing regulations.

The legislative text is enacted to regulate a specific field or to address a problem at hand, and no matter how different the topic of the legislative text is, it always remains restricted to the deadlines specified in the legislative text for its application and being put into effect.

Therefore, we find many legislative texts that have met the deadline specified in the Official Gazette for entering the implementation phase, but they did not manage to activate their rules in reality, which made them remain only ink on paper due to the fact that the relevant implementing regulations were not issued.

مقدمة

عملت الدساتير المغربية على تكريس تقليد الدستوري منذ وضع الدستور الأول لسنة 1962 إلى غاية دستور 2011 ممثلاً في إشراك الجهاز التنفيذي في الوظيفة التشريعية من خلال حصر مجال القانون وترك المواد الأخرى لاختصاص المجال التنظيمي، 202 وإذا كانت المراسيم الذي يتخذها رئيس الحكومة في المجال المخصص للسلطة التنظيمية مستقلة عن مجال القانون، بحيث تعد نافذة بمجرد نشرها، فإن تنفيذ القانون عادة ما يظل مرتبطاً بمراسيم يصدرها رئيس الحكومة تسمى بالمراسيم التنفيذية أو المراسيم التطبيقية، ذلك أن دورها ينحصر فقط في تنفيذ القانون. فالسلطة التنظيمية في هذا المجال ترتبط بنص تشريعي قائم والمرسوم الذي يتخذه رئيس الحكومة في هذا الخصوص يصدر تنفيذاً للأحكام القانونية التي يتضمنها هذا النص، 203 فالمراسيم التطبيقية هي تلك التصرفات القانونية الصادرة عن الحكومة التي تضع بموجبها القواعد التفصيلية اللازمة لتيسير تنفيذ القانون، وتتجلى الغاية من هذا التفصيل في أن القوانين التي يضعها البرلمان تقتصر عادت على وضع الأحكام العامة والخطوط العريضة دون الدخول في التفاصيل والجزئيات التي تكون عرضة للتغيير المستمر، والسبب الثاني هو التخفيف العبء على السلطة التشريعية لتتفرغ لوضع المبادئ والمسائل الرئيسية 204. إن أهمية اللجوء إلى النصوص التنظيمية التطبيقية يندرج ضمن رؤية تهدف من جهة إلى تحقيق الفعالية والسرعة في إعداد وتنفيذ القانون ومن جهة أخرى أن النص التنظيمي ينزل بالقانون من مستوى التجريد المطلق إلى المستوى الملموس والمحدد، حيث يتطرق لتفسير عموميات القانون من خلال إجراءات محدده تعتبر ضرورية بالنسبة لتنفيذ القانون. إذا تعتبر المراسيم التنظيمية ضرورية لتنفيذ القانون ليس فقط لأنها تستكمل أحكامه ولكن أساساً بسبب إمتناع السلطة المختصة عن التدخل بإتخاذ الإجراءات التنظيمية يمكن أن يجمد القانون إما بشكل جزئي أو بشكل كلي.

²⁰² مولاي هشام إدريسي، القانون والتنظيم في الدستور المغربي: دراسة تحليلية في المفهوم والاختصاص، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 72-73 يناير - أبريل، سنة 2007، ص 38.

²⁰³ حسناء معايشة جودة النص القانوني وعلاقته بالأمن القانوني والقضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة محمد الأول كلية الحقوق وجدة، سنة 2014-2015، ص 103.

²⁰⁴ أمين السعيد، مؤسسة رئيس الحكومة في الدستور المغربي لسنة 2011، دار السلام للطباعة والنشر، طبعة

إذن فإذا كان الفصل 89 من دستور 2011 ينص على أن الحكومة تعمل تحت سلطه رئيسها على ضمان تنفيذ القوانين، رغم أن القوانين تدخل حيز التنفيذ بمجرد نشرها في الجريدة الرسمية وهنا يكمل الإشكال: هل القانون في حاجة إلى تدخل الحكومة أو إلى مقررات تنظيمية تنفيذية؟ وهل الحكومة في هذه المرحلة أي أثناء إصدار المراسم التطبيقية مقيدة أم تتمتع بقدر من السلطة التقديرية من حيث مدة إصدارها؟

يمكن مناقشة هذه الإشكالية من خلال إعتقاد التصميم التالي:

المطلب الأول: العلاقة بين المراسيم التطبيقية والنصوص التشريعية

المطلب الثاني: آجال إصدار المراسيم التطبيقية وتأثيرها على النص التشريعي

المطلب الأول: العلاقة بين المراسيم التطبيقية والنصوص التشريعية

ينص الفصل 89 من دستور 2011 205 في فقرته الثانية على أن "تعمل الحكومة تحت سلطة رئيسها على تنفيذ البرنامج الحكومي وعلى ضمان تنفيذ القوانين والإدارة موضوعة تحت تصرفها. كما تمارس الإشراف والوصاية على المؤسسات والمقاولات العمومية". ونجد أيضا في الفصل 90 من فقرته الأولى "يمارس رئيس الحكومة السلطة التنظيمية. وفي فقرته الثانية" تحمل المقررات التنظيمية الصادرة عن الرئيس الحكومة التوقيع بالعطف من لدن الوزراء المكلفين بتنفيذها.

يتضح إذن من خلال الفصلين معا أن للحكومة وحدها صلاحيات تنفيذ القوانين وأن إجراءات تنفيذ هذه القوانين يمارسها رئيس الحكومة بواسطة آليات وهي المقررات التنظيمية وما يصطلح عليها عمليا بالمراسيم التطبيقية، إذن كما هو واضح أن القانون في حاجة إلى المراسيم التطبيقية من أجل تطبيقه، وهذه الحاجة لا يمكن فهمها إلا بالتطرق إلى العلاقة التي تربط القانون بالمرسوم التطبيقي والتي لها بعدين ملازمين بعد تكميلي (الفرع الأول) وبعد تبعية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: المراسيم التطبيقية ودورها التكميلي للقانون

²⁰⁵الفصل 89 من دستور المملكة المغربية ل 28 من رجب 1432 (فاتح يوليو 2011)، الصادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، ج، ر، عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432، (30 يوليو 2011)، ص، 3601.

من المعروف أن البرلمان لا يمكن أن ينظم من خلال النصوص القانونية الذي يصوت عليها جميع الأمور التي تأتي ضمن تلك النصوص بكل دقة وتفصيل،²⁰⁶ المرسوم التنظيمي هو الذي يبين المقتضيات التشريعية، و يحدد مداها ويضع الوسائل المحددة لتنفيذها، فالقوانين التي يضعها البرلمان تقتصر عادة على وضع الأحكام العامة والخطوط العريضة دون الدخول في التفاصيل والجزئيات التي تكون عرضة للتغيير المستمر، لذلك إجهت الممارسة في عدة دول ومنها المغرب نحو تحويل السلطة التنفيذية المساهمة في ممارسة التشريع وتطبيق القانون عن طريق المقررات التنظيمية.

وهذه المراسيم التطبيقية في الحقيقة تؤدي إلى تخفيف العبء عن السلطة التشريعية التي عليها أن تتفرغ لوضع المبادئ والمسائل الرئيسية،²⁰⁷ تاركة ما عداها للحكومة بحكم إتصالها المستمر بالأفراد وقدرتها على سرعه البث في الأمور، بسبب طبيعة تكوينها المختلف عن تكوين البرلمان الأمر الذي يسمح لها أكثر من غيرها بملء الفراغ كلما كانت هناك حاجة تدعو إلى ذلك، ومن هنا جاء إطلاق تسمية المراسيم التنفيذية على ما تسنه الحكومة من قواعد تشريعية ضمانا لتنفيذ القوانين الصادرة عن المجالس النيابية،²⁰⁸ وقد أيد المجلس الدستوري الفرنسي هذه المسألة، حيث إعتبر أنه إذا كان الفصل 34 من الدستور يحفظ للقانون تحديد القواعد المتعلقة بالوعاء ومقدار وكيفيات إستخلاص الضرائب من كل نوع، فإن السلطة التنظيمية يرجع إليها إتخاذ التدابير التطبيقية الضرورية لتنفيذ هذه القواعد،²⁰⁹ كما سائر المجلس الدستوري المغربي نفس الاتجاه في قراره حول تحديد الطبيعة القانونية لمضمون المرسوم الملكي رقم 970.65 الصادر في 12 مارس 1966 بتحديد كيفية تطبيق الفصل 46 المتعلق برخصة الولادة من الظهير الشريف رقم 1.58.008 الصادر في 4 شعبان 1377 الموافق ل 24 فبراير 1958 المعتبر بمثابة النظام الأساسي للوظيفة العمومية إذ إعتبر: " وحيث إن الأحكام النافذة أعلاه ليس سوى تدابير

²⁰⁶ سيدي محمد ولد سيدي أب، الوظيفة التشريعية في دول المغرب العربي، أطروحة لنيل الدكتوراه، منشورة في منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 25، الطبعة الأولى، سنة 2011، ص 407.

²⁰⁷ مولاي هشام إدريسي، القانون والتنظيم في الدستور المغربي: دراسة تحليلية في المفهوم والاختصاص، مرجع سابق، ص 38.

²⁰⁸ مصطفى فلوش، النظام الدستور بالمغربي، مكتبة دار السلام، الطبعة الرابعة، سنة، 1994، ص 210.

²⁰⁹ مولاي هشام إدريسي، القانون والتنظيم في الدستور المغربي: دراسة تحليلية في المفهوم والاختصاص، مرجع سابق، ص 92.

تطبيقية تهدف إلى تحديد شروط تركيب وسير المجلس الأعلى للوظيفة العمومية المنصوص عليه في الفصل 10 من الظهير الشريف بمثابة النظام الأساسي للوظيفة العمومية وبالتالي يدخل تحديد هذه الأحكام في مهام الحكومة المخولة لها بمقتضى الفصل 61 من الدستور".²¹⁰ هكذا إذن فإن تطبيق القانون عن طريق تداير تنظيمية أمر لا مناص منه وهذا ما أكده بعض الفقه،²¹¹ الذي اعتبر بأن القانون يمكنه أن يحدد بكل حرية ما يشاء وما يدخل ضمن اختصاصه وان يترك الباقي للحكومة، فالقول بأن الحكومة محدودة في تنفيذ القوانين يعني قبل كل شيء أن عملها ونشاطها يكون تابعا لقوة القانون لكنه غير مشروط، فوظيفة تنفيذ القوانين مرتبطة بشكل جذري بالعلاقة بين القانون والمرسوم التطبيقي، بحيث المرسوم يكمل ماجاء في النص التشريعي وهذا الأخير في حاجة ضرورية للنص التطبيقي لتنفيذه على أرض الواقع.

الفرع الثاني: المراسيم التطبيقية والبعد التبعي للقانون

إلى جانب البعد التكميلي الذي يميز العلاقة بين القانون والمقرر التنظيمي التطبيقي له، فإن هذه العلاقة يميزها أيضا بعد آخر تبعي، ولهذا فإن السلطة التنظيمية التطبيقية تدعى أيضا بالتبعية بمعنى تبعيتها للقانون.

وتبعاً لهذا فإن المقرر التنظيمي لا يمكنه التدخل إلا إبتاعاً وتنفيذ القانون، بحيث أنه يتبع القانون الذي له أن يسمح بتدخل الحكومة، فالقانون عمل أصلي وغير مشروط في حين أن المقرر التنظيمي عمل تنفيذي ليس أصلياً وهو مشروط ما دام أن حق استعماله مرتبط بإرادة المشرع،²¹² وعليه فالمقرر التنظيمي يجب أن يكون تابعا للنص التشريعي ووظيفته تتجلى في تنفيذ مقتضيات النص الأصلي فالمقرر التنظيمي يوجد في علاقة تبعية للنص الأصلي²¹³ فالقول بأن الحكومة محدودة في تنفيذ القوانين يعني قبل كل شيء أن نشاطها يكون تابعا للقوة

²¹⁰ قرار المجلس الدستوري، رقم 458.2001، الصادر بتاريخ 23 من رجب 1422 (11 أكتوبر 2011)، ج.ر، عدد، 4946 بتاريخ 8 شعبان 1422 (25 أكتوبر 2001)، ص، 4640.

²¹¹ محمد أشركي، المجال التنظيمي المستقل: شئ من الحقيقة وشئ من الوهم، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 22 يناير - مارس، 1998، ص، 64.

²¹² مولاي هشام إدريسي، القانون والتنظيم في الدستور المغربي: دراسة تحليلية في المفهوم والاختصاص، مرجع سابق، ص 34

²¹³ Emilien Quinart, l'émancipation du pouvoir réglementaire (1914 _ 1958), Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit public, présentée et soutenue le 13 décembre 2019, Université de Lille, P, 305.

والفعالية الأصلية والغير المشروطة للبرلمان، فالنص التشريعي عندما ينص على تنظيم أحد مقتضياته بواسطة نص تنظيمي، يكون إصدار هذا الأخير ملزما من طرف السلطة التنفيذية بقوة القانون، لأنه فعل أمر 214.

هكذا إذن يتضح بأن المقرر التطبيقي التنظيمي ليس له وجود أصلي فهو تابع للقانون أي لا يكون له وجود بدون القانون الذي يستند إليه ويحدد له مجاله دون الخروج عن روحه، إذ يمكن القول بأن الإدارة يجب عليها احترام القانون والخضوع له كقاعدة عليا،²¹⁵ لأن المرسوم التطبيقي لا يمكن أن يتجاوز نطاقه نطاق القانون الذي صدر من أجل تنفيذه، كما لا يمكن أن تتعارض مقتضياته مع مقتضيات ذلك القانون، وإلا عد غير مشروع وأمكن بالتالي الطعن في أمام القضاء الإداري المختص، حيث إنه في حالة ما إذا كان هذا المرسوم متسما بعدم المشروعية جاز الطعن فيه بالإلغاء حمايه لمبدأ المشروعية²¹⁶، من الواضح إذن أن إصدار المراسيم التطبيقية وجدت من أجل تسهيل دخول القوانين المصوت عليها من قبل البرلمان إلى حيز التنفيذ، وبالتالي فمن اللازم أن لا تتعارض هذه المراسيم التطبيقية مع القوانين التي دعت إليها، بل يجب أن تبقى تابعة وخاضعة للإطار العام لهذه القوانين وأن لا تنحرف عن الغاية الذي أنشأت من أجلها، لأن العلاقة بين القانون والنص المطبق له هي علاقة نشأة متبادلة حيث أن كل واحد منهما يساهم في وجود الآخر، فالقانون يمكن أن لا يسري مفعوله في غياب النص التطبيقي، كما أن هذا الأخير لا يخرج إلى حيز الوجود إلا إذا كان هناك نص قانوني يحتاج إلى تبيان كيفية تطبيقه في الحياة العامة²¹⁷، ولهذا فان المراسيم التطبيقية لا تصدر إلا من أجل تنفيذ القانون.

المطلب الثاني: أجل إصدار المراسيم التطبيقية وتأثيره على النص القانوني

²¹⁴ Themistoklis Raptopoulos, L'entrée en vigueur de la loi, Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit public, présentée et soutenue le 06 décembre 2018, Université Panthéon – Assas (Paris 2), P, 132 .

²¹⁵ مولاي هشام إدريسي، القانون والتنظيم في الدستور المغربي: دراسة تحليلية في المفهوم والاختصاص، مرجع سابق، ص، 105
²¹⁶ مصطفى قلوش، النظام الدستور المغربي، مرجع سابق، ص، 210.

²¹⁷ Rapport public, de Sénat Française, le contrôle de l'application des lois, Synthèse des travaux des commissions permanentes – 59 rapport – année parlementaire 2006 – 2007, p,13, sur le lien

https://www.senat.fr/rap/appleg_07/appleg_07_mono.html#toc5



من خلال إستقراء المقتضيات الدستورية لا نجد أي فصل يتحدث عن أجل إصدار المراسيم التطبيقية ولا حتى أي مقتضى قانوني آخر، مما جعل التساؤل يثور حول مدى إلزاميات الحكومة بإصدار المراسيم التطبيقية (الفرع الأول) ، ما دام أن الدستور لا ينص على أي أجل ولا حتى أي جزاء يترتب في حالة إهمال الحكومة لإصدار التدابير التطبيقية، التي يتوقف على صدور تطبيق القانون وسريان مفعوله وكذلك تأثيرها على النص القانوني (الفرع الثاني)

الفرع الأول: أجل إصدار المراسيم التطبيقية

إن دور الحكومة لا ينحصر في التنفيذ المادي للقانون ومنعها من كل سلطه معيارية، بل إن الحكومة تمتلك دائما نصيبا من السلطة التقديرية شيئا ما واسعة حسب الحالات، وإذا أمعنا النظر في هذه السلطة التقديرية نجد لها مظهران، مظهر يرتبط بمضمون تنفيذ القوانين ومظهر آخر يرتبط بزمن تنفيذ القوانين²¹⁸، وهذا الأخير هو محور هذا الفرع. ففي هذا الإطار نجد الفقه الدستوري إنقسم إلى إتجاهين مختلفين، إتجاه يعطي الحرية للحكومة باعتبارها تتمتع بالسلطة التقديرية لتطبيق القانون وإتجاه آخر يذهب إلى القول بأن الحكومة ملزمة بإصدار المرسوم التطبيقي للقانون من أجل تطبيق وتنفيذ النص التشريعي على أرض الواقع، فالإتجاه الأول يمثله كل من الأساتذة "العميد" هوريو و"جوزيف بارتلغي" و"دوغي" والأستاذ "مُحَمَّد أشركي" الذي يقول " لكن الحكومة تبقى متمتعة بسلطة تقديرية لتطبيق القانون حسب الملائسات والإمكانات²¹⁹ ويستشهد الأستاذ مُحَمَّد أشركي بالاجتهاد القضائي الفرنسي الذي يرى بأن تقييد الحكومة بأجل، غير ملزم قانونا إلا إذا كان نفاذ القانون رهينا وجوبا بصدور مقررات تنظيمية، فإن الحكومة ملزمة بإتخاذها في أجل معقول حسب تعبير مجلس الدولة الفرنسي²²⁰ 220 أما إتجاه الثاني فيمثله كل من الأساتذة الإسباني " بوسدا " والنمساوي "ميركل" والأستاذ "مصطفى قلوبش" وآخرون، ويرى هذا الإتجاه إجبارية تطبيق القانون من لدن الحكومة، حين يقول الأستاذ مصطفى قلوبش هذه السلطة التقديرية تتحول إلى سلطة مقيدة عندما يكلف المشرع

²¹⁸ مولاي هشام إدريسي، القانون والتنظيم في الدستور المغربي: دراسة تحليلية في المفهوم والاختصاص، مرجع سابق، ص، 36.

²¹⁹ أمين السعيد، مؤسسة رئيس الحكومة في الدستور المغربي لسنة 2011، مرجع سابق، ص، 175.

²²⁰ أمين السعيد، مؤسسة رئيس الحكومة في الدستور المغربي لسنة 2011، مرجع سابق، ص، 175.

العادي السلطة التنظيمية بإصدار المرسوم التطبيقي في أجل معين، وخاصة عندما يترتب عن فوات الأجل إهدار الفائدة الذي من أجلها يتوجب إصدار المرسوم في الأجل المحدد له. 221 إذا من خلال هذين الإجهادين يمكن أن نشير إلى أن الإتجاه الأول أقر صراحة بأن الحكومة تتمتع بسلطة تقديرية في أجل إصدار المراسيم التطبيقية وإستند على العبارة الواردة في الفقرة الثانية من الفصل 89 من دستور 2011 التي هي " تعمل الحكومة" واعتبر بأن دستور 2011 إستعمل مصطلح مرن مما يفيد بأن الحكومة تتمتع بالسلطة التقديرية في تطبيق القانون بما فيها أجل إصدار المراسيم التطبيقية

أما الاتجاه الثاني عبر عن رفضه بإقرار السلطة التقديرية للحكومة في هذا المجال، وأكد على أن الحكومة ملزمة بإصدار المراسيم التطبيقية عندما ينص عليها المشرع في النص القانوني، لأن التأخير في إصدار هذه المراسيم قد يؤدي إلى عدم تحقيق الغاية من النص التشريعي. ومما سبق يمكن القول إن الحكومة تمتلك سلطه تقديرية في تحديد تاريخ إصدار المراسيم التطبيقية، إلا أنها ملزمة بأن تتصرف في هذا الصدد بحسن نية وألا تتماطل في إصدار هذه المراسيم وإلا أمكن وصف هذا التصرف بعدم المشروعية، وأمكن بالتالي أن تتعرض الحكومة لمعاقبة سياسية وتظل إمكانيات سحب ثقة منها العقاب المتاح في هذا الصدد. 222

الفرع الثاني: التأخير في إصدار المرسوم التطبيقي وتأثيره السلبي على النص القانوني

تلعب السلطة التنظيمية التابعة دورا أساسيا في تفعيل مقتضيات النصوص القانونية بعد إستكمال كافة مراحل المسطرة التشريعية، بحيث لا يكفي نشر النص القانوني في الجريدة الرسمية للقول بأن هذا الأخير أصبح معمول به على أرض الواقع، بل هناك مجموعة من النصوص قانونية يتوقف أجل دخولها حيز التنفيذ والتطبيق على صدور النصوص التطبيقية، مما يجعل التأخر في إصدار هذه النصوص يؤثر على النص التشريعي ويرجعى مرحلة تنفيذه على أرض الواقع حتى إصدار النصوص التطبيقية له من طرف السلطة التنفيذية، باعتبارها الساهرة على تنفيذ القوانين، وفي هذا الصدد فإننا نجد عدة حالات التأخير في إصدار المراسيم التطبيقية نذكر منها بعض النماذج فقط:

²²¹ مصطفى قلو، النظام الدستور المغربي، مرجع سابق، ص، 211.

²²² عمرو فؤاد بركات، مبادئ القانون الدستوري، طبعة 1989، ص، 393.

(من إنجاز حسن حلوي "بتصرف" أنظر المرجع أسفله)²²³

النصوص القانونية	النص التطبيقي	تاريخ إصدار النص القانوني	تاريخ إصدار النص التطبيقي	مدة التأخر
دساتير المغرب	قانون تنظيمي يتعلق بحق الإضراب	1962	لم يصدر بعد	61 سنة مرشحة للارتفاع
دستور 2011	بعض القوانين التنظيمية	2011	لم تصدر بعد	13 سنة مرشحة للارتفاع
القانون 06.89 المتعلق بتغيير وتميم القانون رقم 011.71 المحدث بموجبه نظام المعاشات المدنية	مرسوم رقم 2.97.140	1989، جريدة رسمية عدد 4026	1997، جريدة رسمية عدد 4492	8 سنوات
قانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير	مرسوم رقم 2.13.424	1992، جريدة رسمية عدد 4159	2013، جريدة رسمية عدد 6155	21 سنة
القانون رقم 38.09 القاضي بإحداث الوكالة الوطنية لحاربة الأمية	مرسوم رقم 2.13.46	2011، جريدة رسمية عدد 5980	2013 جريدة رسمية عدد 6169	ستتان
القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة	القانون المتعلق بالمعهد العالي للقضاء	2016، جريدة الرسمية 6465	2023، جريدة رسمية عدد 7228	07 سنوات
مرسوم رقم 2.02.854 بشأن النظام الأساسي لموظفي وزارة التربية الوطنية	قرار متعلق بتنفيذ المادة 26	2003، جريدة رسمية عدد 5082	2009 جريدة الرسمية عدد 5756	06 سنوات

بالإضافة إلى حالات كثيرة من هذا القبيل حيث نجد منها ما هو مبرر بأسباب واقعية وعملية إلا أن أغلبها لا مبرر له ما عدا أن السلطة التنفيذية تعتبر نفسها بأنها تتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال، بالإضافة إلى غياب جزء دستوري، وكل هذا يجعل مجموعة من النصوص التشريعية تعاني من هذا الإشكال وعموما من بين الأسباب التي تجعل السلطة التنفيذية تتأخر في إصدار المراسم التطبيقية للقوانين يمكن أن نذكر بعضها من خلال تقسيمها إلى قسمين:

²²³ حلوي حسن، التأخر في إصدار القواعد التطبيقية للنصوص القانونية بين الفقه والقضاء، المجلة المغربية للقانون

الأسباب التقنية

والأسباب الواقعية

بالنسبة للنوع الأول: تتجلى هذه الأسباب في الدقة التي يتطلبها تهيئة المرسوم التطبيقي، لأنه يسعى إلى توضيح مقتضيات القانون بدقة على نحو لا يترك مجال للتأويل، وهو أمر يحتاج إلى عناية كبيرة ووقت طويل، كما نجد أيضا من بين هذه الأسباب أن المرسوم التطبيقي قد يكون متعدد الأطراف من حيث الإختصاص، وبالتالي يكون وضعه يتطلب إستشارات الوزارات المعنية وهو ما يتطلب كذلك وقت طويل.224

أما النوع الثاني فهي الأسباب التي ترى الحكومة أنها لا تسمح بإصدار التدابير التنفيذية، إذ يمكن أن يأتي النص التشريعي بتدابير قد تجاوزها الزمن واتضح بأن تطبيقها صعب لعدة وجود اعتبارات متصلة بالواقع الاجتماعي أو الاقتصادي التي لم تؤخذ في الحسبان أثناء تصور المعيار القانوني،225 أما إذا نظرنا إلى هذا الإشكال من خلال تدخل الجهاز القضائي " القضاء الإداري " باعتبار هذا الأخير هو الحامي لحقوق وحريات الأفراد، نجده في بعض القضايا أقر بمسؤولية الحكومة بخصوص تأخرها في إصدار المراسيم التطبيقية ونريد له مثال، قرار الغرفة الإدارية بحكمه النقض عدد 58 بتاريخ 27 يناير 2011 الذي جاء فيه أن " تأخر السلطة الحكومية المختصة بإصدار نص تنظيمي يحدد تعريفه أجور العدل تعد مسؤولية إدارية تتحمل والسلطة الحكومية مسؤولية التعويض عن ذلك"226

إذن على العموم يمكن القول بأن الحكومة لها صورة تقديرية في إصدار المراسيم التطبيقية ما دامت أنها لا تلتزم بهذا الأجل حتى في الحالات الذي يلزمها المشرع في النص التشريعي باتخاذ مراسم تطبيقية لهذا النص ما عاد في حالات قليلة فقط، وذلك راجع لعدة أسباب كما رأينا سلفا، غير أنه بالنظر إلى الإجهادات القضائية قد يتضح بأن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض تؤمن بأن

224 سيدي محمد ولد سيدي آب، الوظيفة التشريعية في دول المغرب العربي، مرجع سابق، ص، 411.

225 هريش سهام، التنظيم التنفيذي ومسألة الأمن القانوني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثامن، المجلد الأول، دجنبر، 2007، ص، 125.

226 قرار صادر عن محكمة النقض عدد 58 بتاريخ 27 يناير 2011، في الملف الإداري عدد،

2011/1/4/13، مجلة قضاء محكمة النقض، الإصدار الرقمي 2012، العدد، 75.

التأخير في إصدار هذه المراسيم التطبيقية قد يؤثر على الأهداف المتوخاة من النص التشريعي، وترتبط هذا التأخير بمسؤولية الحكومة، لكن هذا لا يكفي بل يجب أن تقرر الغرفة الإدارية بمحكمة النقض بهذا الأمر صراحة لكي يصبح كمبدأ تعمل بها المحكمة في الفصل في أي قضية عرضت عليها في نفس الموضوع، وعليه إذا كان الأمر على هذا الحال بالنسبة للدستور المغربي فهل الأمر نفسه في النظام القانوني الفرنسي؟

بالنسبة للنظام القانوني الفرنسي فإن الأمر يختلف كثيرا عن ما هو الموجود في النظام القانوني المغربي. إذ نجد في النظام القانوني الفرنسي أجل إصدار المراسم التطبيقية محدد في أجل ستة أشهر كحد أقصى بالإضافة إلى الرقابة البرلمانية والقضائية على ذلك، فمن خلال دليل صياغة النصوص التشريعية الفرنسي 227 الذي نص على هذا الأجل " 6 أشهر" نجده يوضح بأن الحكومة تقوم بتقديم تقرير حول تطبيق هذا القانون أمام البرلمان وتسجل في هذا التقرير كل النصوص التنظيمية والمنشورات والدوريات الصادرة من أجل تنفيذه، وهذا التقرير هو الذي يعد مرجع أشغال البرلمان الفرنسي عند مراقبته لتطبيق القوانين، بالإضافة كذلك إلى إثارة مسؤولية الحكومة أمام القضاء الإداري في حالة عدم إصدارها للمراسيم التطبيقية داخل أجل المعقول 228 أما موقف مجلس الدولة الفرنسي فقد تمثل في تحديد مفهوم دقيق للأجل المعقول في أقل من سنة، 229 بل أكثر من ذلك فقد يصدر أوامر ويفرض أحيانا عقوبات على الإدارة في حالة

²²⁷ Circulaire du 27 décembre 2022 relative à l'application des lois, Journal officiel n 0301 du 29 décembre 2022, Texte n 2.

<https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/Files/autour-de-la-loi/guide-de-legistique/guide-de-legistique-edition-2017-format-pdf.pdf>

²²⁸ Conseil d'Etat, Ass, 27 novembre 1964, Dame X., requête numéro 59068, Rec. p. 590

²²⁹ C.E, du 27 juillet 2005, 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies, Numéro 261694, publié au recueil Lebon, sur le lien:

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008235196/>



رفضها اتخاذ مراسيم تطبيقية²³⁰ أما تجليات موقف مجلس الدولة هذا فقد تمثلت في عدة قرارات من بينها أنه قد سبق له أن حدد في قراره رقم 261694 الصادر بتاريخ 27 يوليوز 2005 أجل سنة كحد أقصى لإصدار المراسيم التطبيقية حيث أكد في قضية ASSOCIATION BRETAGNE ATELIERS على ضرورة تعويض هذه الجمعية بسبب الأضرار التي لحقت بها جراء عدم اتخاذ الحكومة للتدابير اللازمة ضمن أجل معقولة²³¹ كذلك في قراره رقم 270327 الصادر في 27 يوليوز 2005 ففي هذا القرار رغم تقديم أن الحكومة قدمت المبررات التي جعلتها تتأخر في إصدار المراسيم التطبيقية تمثلت في فترة الانتخابات الرئاسية لسنة 2002، إلا أن المجلس قضى بتوجيه أوامر إلى الوزير الأول بضرورة إصدار هذه النصوص التنظيمية لتنفيذ القوانين مع فرض غرامة مالية قدرها 500 يورو عن كل يوم تأخير²³².

هكذا إذن يتضح بأن أجل إصدار المراسيم التطبيقية في النظام القانوني الفرنسي لا يطرح أي إشكال لأن هذا الأجل تم تحديده في مدة قدرها ستة أشهر، وهو ما يحتم على الإدارة إصدار هذه المراسيم في أجل معقول، لأن هناك أليات يتم بواسطتها إجبار الإدارة على إصدار هذه المراسيم وهي الرقابة القضائية والبرلمانية، بالإضافة كذلك إلى الغرامات التهديدية في حالة التأخير على هذا الأجل، وكل هذا من أجل تحقيق الغاية المرجوة من إقرار النص التشريعي وتحقيق الأهداف المرجوة منه كي لا يصبح مجرد حبر على ورق.

عموما يصدر النص التشريعي لتنظيم مجال معين أو لتصدي لمشكلة مطروحة، ومهما اختلف موضوع النص التشريعي إلا أنه يبقى دائما مقيد بالأجل المحدد في النص لدخوله حيز التنفيذ

²³⁰ C.E, du 28 mars 1997, Assemblée, Numéro 180943, publié au recueil Lebon, sur le lien :

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007929607>

²³¹ C.E, du 27 juillet 2005, 1ère et 6ème sous-sections réunies, Numéro 261694, publié au recueil Lebon, sur le lien :

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008235196/>

²³² C.E, du C.E, du 27 juillet 2005, 1ère et 6ème sous-sections réunies, Numéro 270327, publié au recueil Lebon, sur le lien :

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008235265/>

والتطبيق، فكثير ما نجد من النصوص التشريعية قد استوفت الأجل المحدد لها لدخول حيز التنفيذ، إلا أنها لم تعرف طريق التنفيذ والتطبيق على أرض الواقع مما جعلها تبقى مجرد حبر على ورق، فلا يكفي إصدار النصوص التشريعية بمجرد التصويت عليها داخل المؤسسة التشريعية ونشرها في الجريدة الرسمية للقول بأن هناك نص تشريعي قد صدر لمعالجة مشكلة ما، بل نجد في المنظومة القانونية المغربية وكذا الأنظمة المقارنة هناك تكامل بين النصوص التشريعية والنصوص التطبيقية، وكثير من النصوص الصادرة عن المؤسسة التشريعية قد ظلت بدون تفعيل مقتضياتها على أرض الواقع مجرد عدم صدور النصوص التطبيقية المحال إليها من طرف النص التشريعي، مما يؤثر أولاً على الحقوق المتصلة بالأفراد، وبمس أيضاً بمبدأ الأمن القانوني الذي يعد هدف وغاية أي نص قانوني مهما كان مجاله، ومن أجل تجاوز هذا الإشكال لا بد من الإستفادة من التجارب الفضلى للأنظمة القانونية المقارنة بغية تحقيق مبدأ الأمن القانوني للمخاطبين بهذه النصوص.

لائحة المراجع والمصادر:

الكتب:

- أمين السعيد، مؤسسة رئيس الحكومة في الدستور المغربي لسنة 2011، دار السلام للطباعة والنشر، طبعة 2014.
- عمرو فؤاد بركات، مبادئ القانون الدستوري، طبعة 1989.
- مصطفى قلوش، النظام الدستور بالمغربي، مكتبة دار السلام، الطبعة الرابعة، سنة، 1994،

المقالات:

- حلوي حسن، التأخر في إصدار القواعد التطبيقية للنصوص القانونية بين الفقه والقضاء، المجلة المغربية للقانون البرلماني، العدد الأول، دجنبر، 2019.
- مولاي هشام إدريسي، القانون والتنظيم في الدستور المغربي: دراسة تحليلية في المفهوم والاختصاص، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 72-73 يناير - أبريل، سنة 2007.
- سيدي محمد ولد سيدي آب، الوظيفة التشريعية في دول المغرب العربي، أطروحة لنيل الدكتوراه، منشورة في منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 25، الطبعة الأولى، سنة 2011.
- محمد أشركي، المجال التنظيمي المستقل: شئى من الحقيقة وشئى من الوهم، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 22 يناير - مارس، 1998.

— هريش سهام، التنظيم التنفيذي ومسألة الأمن القانوني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثامن، المجلد الأول، دجنبر، 2007.

النصوص القانونية:

— دستور المملكة المغربية ل 28 من رجب 1432 (فاتح يوليوز 2011)، الصادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 من شعبان 1432 (29 يوليوز 2011)، ج، ر، عدد 5964 مكررتاريخ 28 شعبان 1432، (30 يوليوز 2011)، ص، 3601.

الأطروحات والرسائل الجامعية:

— حسناء معايشة جودة النص القانوني وعلاقته بالأمن القانوني والقضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة محمد الأول كلية الحقوق وجدة، سنة 2014-2015.

قرارات القضاء الدستوري:

— قرار المجلس الدستوري، رقم 458.2001، الصادر بتاريخ 23 من رجب 1422 (11 أكتوبر 2011)، ج.ر، عدد، 4946 بتاريخ 8 شعبان 1422 (25 أكتوبر 2001)، ص، 4640.

مقررات قضائية:

— قرار صادر عن محكمة النقض عدد 58 بتاريخ 27 يناير 2011، في الملف الإداري عدد، 13/4/1/2011، مجلة قضاء محكمة النقض، الإصدار الرقمي 2012.

مراجع ومصادر باللغة الفرنسية:

الأطروحات:

— Emilien Quinart, l'émancipation du pouvoir réglementaire (1914 – 1958), Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit public, présentée et soutenue le 13 décembre 2019, Université de Lille.

— Themistoklis Raptopoulos, L'entrée en vigueur de la loi, Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit public, présentée et soutenue le 06 décembre 2018, Université Panthéon – Assas (Paris 2).

اجتهادات المجلس الدستوري (الفرنسي)



_ C.E, du 27 juillet 2005, 1ère et 6ème sous-sections réunies, Numéro 261694, publié au recueil Lebon, sur le lien:

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008235196/>

_ C.E, du 28 mars 1997, Assemblée, Numéro 180943, publié au recueil Lebon, sur le lien :

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007929607>

_ C.E, du 27 juillet 2005, 1ère et 6ème sous-sections réunies, Numéro 261694, publié au recueil Lebon, sur le lien :

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008235196/>

_ C.E, du C.E, du 27 juillet 2005, 1ère et 6ème sous-sections réunies, Numéro 270327, publié au recueil Lebon, sur le lien :

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008235265/>

المناشر:

_ Circulaire du 27 décembre 2022 relative à l'application des lois,
Journal officiel n 0301 du 29 décembre 2022, Texte n 2.

التمييز العنصري في تونس بعد الثورة: التعاطي القانوني مع الظاهرة

Racial discrimination in Tunisia after revolution:

Legal dealing with the phenomenon

أ.د هاجر فطناسي

المعهد العالي للدراسات القانونية / جامعة قابس (تونس)

الملخص قامت الثورة التونسية على خلفية المطالبة بالحرية والكرامة و المساواة. وهي مبادئ كونية لأنها لصيقة بإنسانية الإنسان. و الفعل التمييزي يجرّد الفرد من حقوقه كإنسان، فكونه يخضع للتمييز لا يمكن أن يمارس حقوقه كبقية أفراد المجتمع. وقد تميز المشرع التونسي برغم تعدد الحقب السياسية التي مرت عليه بثباته على تعزيز المنظومة الدولية المناهضة للتمييز العنصري، فتونس كانت سباقة تاريخياً في مجال نبذ التمييز كما أن تونس شهدت بعد الثورة "تضخماً تشريعياً" على مستوى التشريعات المناهضة للتمييز بمختلف أشكاله مما دعم انسجامها مع السياق الدولي في هذا المجال. على أن المنظومة التشريعية التونسية الحالية تعاني كذلك من بعض مواطن الخلل التي حدثت من نجاعتها أهمها عدم التجانس بين تشريعاتها الداخلية بسبب تواصل نفاذ بعض التشريعات التي يعتبرها البعض تمييزية. فضلاً عن أن التمييز العنصري يطرح على مستوى فقه القضاء جدلية كونية حقوق الإنسان و الخصوصية الثقافية.

Summary The Tunisian revolution was based on the demand for freedom, dignity and equality. They are universal principles because they are closely related to human humanity. The discriminatory act strips the individual of his rights as a human being, because he is subject to discrimination and cannot exercise his rights like the rest of the society. After the revolution, Tunisia witnessed a "legislative inflation" at the level of anti-discrimination legislation in all its forms, which strengthened its compatibility with the international context in this field. However, the current Tunisian legislative system also suffers from some defects that limit its effectiveness, the most important of which is the inconsistency between its internal legislation due to the continued enforcement of some legislation that some consider discriminatory. In addition, racial discrimination raises, at the level of jurisprudence, the universality of human rights and cultural specificity.

تهيد

ينتمي البشر جميعاً إلى نوع واحد و ينحدرون من أصل مشترك واحد وهم يولدون متساوون في الكرامة و الحقوق و يشكلون جميعاً جزء لا يتجزأ من الإنسانية.²³³ وقد جاء الإسلام بتعاليمه الإنسانية لإتمام مكارم الأخلاق و لتثبيت حقوق الإنسان و الأمثلة الدالة على ذلك كثيرة بالقرآن الكريم الذي يدعو إلى نبذ التمييز كقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة".²³⁴ ومبدأ تساوي جميع الناس و جميع الشعوب في الكرامة و الحقوق بصرف النظر عن العنصر أو اللون أو الأصل مبدأ من مبادئ القانون الدولي.²³⁵ وقد بينت ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان²³⁶ أن " الاعتراف بالكرامة المتأصلة في جميع أعضاء الأسرة البشرية و بحقوقهم المتساوية الثابتة هو أساس العدل والسلام في العالم". وتبعاً لذلك فإن أي شكل من أشكال التمييز العنصري الذي تمارسه دولة ما يشكل انتهاكاً للقانون الدولي يستتبع مسؤوليتها الدولية.²³⁷

* أستاذة تعليم عال بالمعهد العالي للدراسات القانونية بقابس، جامعة قابس، تونس؛ هاتف:

hajerfatnassi@ymail.com +21698507206؛ البريد الإلكتروني:

²³³ المادة 1 من إعلان منظمة الأمم المتحدة لتربية و العلم والثقافة بشأن العنصر و التحيز العنصري الصادر عن مؤتمرها العام المنعقد بباريس في دورته العشرين نوفمبر 1978 على الرابط التالي:

<https://www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms/instruments/declaration-race-and-racial-prejudice>

²³⁴ سورة النساء، الآية 1.

²³⁵ المادة 9 من إعلان منظمة الأمم المتحدة للتربية و العلم والثقافة بشأن العنصر و التحيز العنصري.

²³⁶ وهو أول نص دولي هام لحقوق الإنسان تبنته منظمة الأمم المتحدة عام 1948.

²³⁷ جاء بالمادة 6 من إعلان منظمة الأمم المتحدة للتربية و العلم والثقافة بشأن العنصر و التحيز العنصري "تتحمل الدولة المسؤولية الأولى عن كفالة حقوق الإنسان و حرياته الأساسية لجميع الأفراد و جميع الفئات، على قدم المساواة التامة في الكرامة و الحقوق".

ومعركة مكافحة التمييز العنصري هي معركة واسعة النطاق لا يمكن حصرها في بلد معين و في سياق معين. و تعد تونس من ضمن البلدان العربية الأوائل التي انخرطت في هذه المعركة بل أنها كانت سباقة في هذا المجال و تاريخها يشهد بذلك.²³⁸

و الحديث عن التمييز العنصري يجرنا حتما لطرح مفهوم العنصرية و علاقته بالتمييز العنصري. و العنصرية تختلف تقنيا عن التمييز العنصري من حيث مفهومها²³⁹. فالعنصرية هي عقلية، هي تصور، فهي اعتقاد الشخص بأنه يمكن أو يجب تصنيف البشر إلى أعراق ذات قدرات و ميولات مختلفة أو هي الاعتقاد بأن مجموعة معينة هي أرفع مستوى من مجموعة أخرى.²⁴⁰ أما التمييز العنصري فهو الشكل الخارجي للعنصرية و الذي يتمظهر في سلوكيات و أفعال و حتى أقوال و ردود فعل عنصرية أي تمظهرات للعقلية العنصرية. و بحسب إعلان الأمم المتحدة فإنه لا فرق بين التمييز العنصري و التمييز الإثني أو العرقي.²⁴¹ أما أصل كلمة عرق فهو غير واضح. وقد اتفق علماء اللغة بشكل عام على أن هذا المصطلح جاء إلى اللغة الانكليزية من اللغة الفرنسية الوسطى و التي كان يتحدثها الفرنسيون في القرن الرابع عشر و حتى القرن السابع عشر. لكن لا يوجد اتفاق عام مماثل حول كيفية وصوله إلى اللغات المنحدرة من اللاتينية. و قد ظهر مقترح حديث ينص على أنه مشتق من الكلمة العربية Ra's والتي تعني "رأس أو بداية أو أصل" أو من الكلمة العبرية رosh Rosh التي لها نفس المعنى.²⁴²

²³⁸ انظر بخصوص التفاصيل، الفقرة الأولى من الجزء الأول من المقال.

²³⁹ علما و أن هذا الفرق لم يبرز بشكل واضح في تعريف العنصرية بإعلان الأمم المتحدة للعنصر و التحيز العنصري في المادة 2-2.

²⁴⁰ وقد اعتبرت منظمة الأمم المتحدة في إعلانها بشأن العنصر و التحيز العنصري في المادة 2-1 أن كل نظرية تنطوي على الزعم بأن هذه أو تلك من الجماعات العنصرية أو الإثنية هي بطبيعتها أرفع أو أدنى شأنًا من غيرها، موحية بأن ذلك يمنح جماعات معينة حق التسلط أو القضاء على من تفترضهم أدنى منزلة، أو تؤسس أحكاما قيمة على أي تغاير عنصري، هي نظرية لا أساس لها من العلم و مناقضة للمبادئ الأدبية و الأخلاقية للإنسانية.

²⁴¹ المادة 2 من إعلان منظمة الأمم المتحدة لتربية و العلم و الثقافة بشأن العنصر و التحيز العنصري.

²⁴² عنصرية، ويكيبيديا الموسوعة الحرة. على الرابط التالي:

<https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B9%D9%86%D8%B5%D8%B1%D9%8A%D8%A9>

و استخدام كلمة العنصرية حديث نسبيا لكن العنصرية كانت موجودة قبل استخدام هذا المصطلح. و قد انتشرت هذه الكلمة في العالم الغربي في ثلاثينات القرن الماضي عندما تم استخدامها لوصف الانتماءات الاجتماعية و السياسية للنازية التي تعاملت مع العرق على أنه وحدة سياسية محددة بشكل طبيعي.²⁴³

و قد تناولت مختلف العلوم الإنسانية بما فيها الاجتماعية و السلوكية أنماطا متعددة للعنصرية. و لعل أهم أنواع العنصرية بروزا في تاريخ الإنسانية هي "العنصرية البيضاء"²⁴⁴ و كذلك عنصرية الدولة. و تركز العنصرية البيضاء على المجتمعات التي يشكل فيها السكان البيض الأغلبية أو المجموعة الاجتماعية المهيمنة. و لعل أبرز أمثلتها تلك التي مورست في أمريكا بحق الهنود الحمر²⁴⁵ و خاصة التعصب العنصري ضد الأفارقة السود في جنوب إفريقيا. و لم تكن البلاد التونسية بمعزل عن هذا الشكل من أشكال العنصرية في فترة ما من تاريخها الاجتماعي. فقد اتخذت العنصرية أبعاد و أشكال مختلفة. لكن المجموعات المعنية بالعنصرية أساسا هم ذوو البشرة السوداء. إذ لم تكن تونس معزولة عن ظاهرة العبودية المنتشرة في العالم منذ التاريخ القديم بالرغم من كونها بعيدة عن الطرق الرئيسية لتجارة الرق العابرة للصحراء.²⁴⁶

أما عنصرية الدولة فيقصد بها اعتماد مؤسسات و ممارسات دولة على إيديولوجيا عنصرية، وهي ما تفرز ما يسمى التمييز العنصري النظامي أو المؤسساتي. و قد لعبت عنصرية الدولة دورا هاما في

²⁴³ نفس المرجع.

²⁴⁴ يركز الكثير من الأدب الاجتماعي على العنصرية البيضاء. و قد كتب العالم الاجتماعي دوبوا (وهو أمريكي من أصل إفريقي) "إن مشكلة القرن العشرين هي مشكلة خط اللون". انظر: عنصرية، ويكيبيديا الموسوعة الحرة، نفس المصدر.

²⁴⁵ شهد القرن الماضي شن العنصر الأبيض في الولايات المتحدة الأمريكية حرب إبادة بشرية بحق الهنود الحمر حيث قتل منهم وفي غضون سنوات قرابة خمسة عشر مليون نسمة. انظر: جهاد محمد عليان الكسواني، قصور الحماية الجزائرية للحق في المساواة، المجلة القانونية التونسية 2021، مركز النشر الجامعي، ص. 225.

²⁴⁶ توجد في تونس عدة مخلفات من عهد العبودية السائدة في المجتمع و من هاته المصطلحات نجد عبارة "وصيف" و عبارة "كحلوش" و هما يشيران على وجه الاحتقار لذوي البشرة السوداء. كما توجد كذلك أمثلة شعبية ذات بعد تحقيري لذوي البشرة السوداء أو استعمال كلمة أسود لكل ما هو سيء أو نذير شؤم. العنصرية

في تونس، ويكيبيديا الموسوعة الحرة، على الرابط: www.wikipedia.org

كل أمثلة الاستعمار الاستيطاني. كما لعبت دورا بارزا في نظام ألمانيا النازية و في الأنظمة الفاشية في جميع أنحاء أوروبا. فقد طبقت حكومات هذه الدول إيديولوجيات و سياسات عنصرية و كارهة للأجانب.²⁴⁷ وفي ألمانيا النازية دعمت سياسة الإبادة الجماعية. وهي نفس السياسة العنصرية التي تمارسها اليوم الحركة الصهيونية ضد الفلسطينيين.²⁴⁸ ورغم أن الأمم المتحدة قد اتجهت نحو تجريم هذا الشكل من أشكال الميز العنصري فهو لا يزال بعد قائما و نافذا بمراًى و علم المجتمع الدولي.

وقد قامت الثورة التونسية على خلفية المطالبة بالحرية والكرامة و المساواة. ولعل هذه العبارات تتجاوز مرتبة الشعارات لترتقي إلى مرتبة مبادئ كونية لأنها لصيقة بإنسانية الإنسان.²⁴⁹ و الفعل التمييزي لا يجرد الفرد فقط من حقوقه كإنسان بل ينفي عنه صفة المواطنة. فكونه يخضع للتمييز لا يمكن أن يمارس حقوقه كبقية أفراد المجتمع وذلك لوجوده في وضعية دونية تجعل منه محقرا في المجتمع. و لذلك فإن تجريم التمييز هدفه تمكين الفرد من ممارسة كامل حقوقه بصفة فعالة و الاعتراف به كمواطن كامل له حقوق و عليه واجبات في الدولة التي ينتمي إليها و بذلك نعبر من

²⁴⁷ منعت قوانين نورمبرغ في سنة 1935 في ألمانيا العلاقات الجنسية بين العرق الآري و بين اليهود باعتبارها تلوث عرقي. كما حرمت كل اليهود من مدينتهم الألمانية. كما طبق كذلك الحزب الوطني في جنوب إفريقيا عنصرية الدولة الدستورية أثناء نظام الأبارتيد بين 1948 1994 ففي هذه الفترة تم تطبيق العديد من التشريعات لجعل الأمر قانونيا و جعل البيض الجنوب إفريقيين يتمتعون بحقوق أعلى من حقوق غير البيض. عنصرية، وكيبيديا الموسوعة الحرة، نفس المصدر.

²⁴⁸ وقد اعتبر رأي فقهي أن مثل هذا الأمر يعكس مدى ضعف الحماية الجزائية و قصورها عن دعم دائم لحق إنساني أساسي ألا وهو الحق في المساواة. جهاد مجد عليان الكسواني، المقال السابق ذكره، ص.226.

²⁴⁹ مجد أمين الجلاصي، تجريم التمييز في القانون التونسي قراءة في تقرير لجنة الحريات الفردية و المساواة، مجلة المفكرة القانونية، عدد12، تونس منشور بتاريخ 12 أغسطس 2018 على الرابط التالي:

مرحلة الدونية إلى مرحلة العيش الكريم.²⁵⁰ فهل كان التشريع التونسي مواكبا للسياق الدولي

لمعالجة ظاهرة التمييز العنصري في بعدها الإنساني؟

تميز المشرع التونسي برغم تعدد الحقبات السياسية التي مرت عليه بثباته على تعزيز المنظومة الدولية لمناهضة التمييز العنصري، فتونس كانت سباقة تاريخيا في مجال نبذ التمييز.²⁵¹ كما أن تونس شهدت بعد الثورة "تضخما تشريعيًا" على مستوى التشريعات المناهضة للتمييز بمختلف أشكاله مما دعم انسجامها مع السياق الدولي في هذا المجال (الجزء الأول). على أن المنظومة التشريعية التونسية الحالية تعاني كذلك من بعض مواطن الخلل التي حدثت من نجاحتها أهمها عدم التجانس بين تشريعاتها الداخلية بسبب تواصل نفاذ بعض التشريعات التي يعتبرها البعض تمييزية. فضلا عن أن التمييز العنصري يطرح جدلية كونية حقوق الإنسان و الخصوصية الثقافية. (الجزء الثاني).

الجزء الأول: ثبات المنظومة التشريعية المبدئي على مواكبة السياق الدولي الرامي لمناهضة

التمييز

يتميز المشرع التونسي بتأصله في دعم الحريات و مناهضة كل أشكال التمييز. فتونس من الدول العربية الرائدة تاريخيا في هذا المجال (1) لكن تميز المنظومة التشريعية التونسية برز أكثر مع سنها لقانون خاص بمناهضة التمييز العنصري (2).

1- تأصل المنظومة التشريعية التونسية تاريخيا في مناهضة التمييز

"لا عبودية بمملكتنا و لا يجوز وقوعها فيها، فكل إنسان حر مهما كان جنسه أو لونه و من يقع عليه ما يمنع حرته أو يخالفها فله أن يرفع أمره إلى المحاكم". هكذا نص الفصل الأول من الأمر العلي المؤرخ في 29 ماي 1890 الخاص بجمع الأحكام المتعلقة بإبطال العبودية في المملكة التونسية.²⁵² فرغم طبيعة النظام السياسي السائد في تلك الفترة و الذي كان فيه الباي هو الماسك بكل دواليب السلطة و المسيطر عليها فإن هذا العامل السياسي الذي اقترن آنذاك بمنظومة اجتماعية تقليدية تقوم على موروث ثقافي عنصري سمته التمييز بين العبد و السيد، لم يحل دون

²⁵⁰ و هي عبارة جاءت في الدساتير التونسية ما بعد الثورة من دستور 2014 في فصله 21 إلى دستور 2022 في فصله 22 "تضمن الدولة للمواطنين و المواطنات الحقوق و الحريات الفردية و العامة و تحمي لهم أسباب العيش الكريم".

²⁵¹ انظر الرابط: www.aa.com.tr

²⁵² في تلك الحقبة كان النظام السياسي التونسي نظام ملكي.

سن هذا النص التقدمي الذي ثار على السائد من العادات الاجتماعية و المعمول به حتى في نظام الحكم و داخل أجهزة الدولة نفسها. و قد سبق هذا الأمر العلي الذي جاء كما تدل عليه عنونته ليجمع الأحكام المتعلقة بإبطال العبودية أمر علي آخر هو النص المؤسس لمنع الاسترقاق في البلاد التونسية والذي حققت به أسبقية تاريخية على جل دول العالم في إلغاء العبودية: أمر 23 جانفي 1846 الذي صدر خلال عهد أحمد باشا باي الأول، فضلا عن عهد الأمان الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 1857 "عهد التسامح العنصري و الديني" الذي أسس بدوره لعدة قواعد أولها "تأكيد الأمان لسائر رعايانا و سكان إيالتنا على اختلاف الأديان و الألسنة و الألوان في أبدانهم المكرمة و أموالهم المحرمة و أعراضهم المحترمة إلا بحق يوجبه نظر المجلس بالمشورة". وقد تواصلت مسيرة تونس في نبذ التمييز بعد ذلك بسلسلة من النصوص الأخرى التي سارت على منوال هذه الأوامر العلية و عززت هذه الرؤية الحدائية الراقية للإنسان.

فبعد الاستقلال لم تتوانى الدولة التونسية الحديثة عن الحفاظ على هذا المكسب التشريعي عبر تعزيز مضامينه بأحكام دستور غرة جوان 1959، أول دستور للبلاد التونسية بعد الاستقلال، وهي نتيجة منطقية يفرضها النظام الجمهوري الذي اختارته البلاد بموجب هذا الدستور و الذي لا يمكن ان يفرز إلا أحكاما تعزز الحريات و تضمنها و تقصي كل أشكال التمييز. وقد نص الفصل 5 من الدستور المذكور على أن "كل المواطنين متساوون في الحقوق و الواجبات و هم سواء أمام القانون". وقد اعتمد المشرع الدستوري في تأسيسه للمساواة على معيار المواطنة الذي اعتبره المجلس القومي التأسيسي آنذاك هو المعيار الجامع لكل التونسيين دون تمييز أيا كان لوطنهم أو أصلهم أو جهتهم، وهو المحقق للمساواة بينهم بإقصائه لكل الاعتبارات الأخرى في تحديد حقوق كل واحد منهم وواجباته.²⁵³ وقد استمر دستور 27 جانفي 2014 -دستور ما بعد الثورة- في اعتماد نفس منهج دستور الاستقلال في التأسيس لفكرة المساواة على أساس المواطنة ، لكن دستور 2014 كان له فضل إضافة عبارة "من دون تمييز" التي كانت غائبة عن الدستور السابق. فالمساواة المنصوص عليها بالفصل 6 من دستور 1959 و إن كانت تحمل في طياتها مبدأ عدم

²⁵³ الفصل 7 من دستور 1 جوان 1959.

التمييز لكن هذا المبدأ برز أكثر مع الإعلان عنه بشكل صريح بالفصل 21 من دستور 2014.²⁵⁴

و لم ينحصر اهتمام المشرع التونسي المتزايد بتكريس مبدأ المساواة و نبذ التمييز في مستوى الدستور كأعلى مصادر التشريع بل أن تاريخ التشريع التونسي حافل بالعديد من النصوص التشريعية الأخرى التي عززت هذا المبدأ و كانت مجالا لتفصيله و تطبيقه في العديد من المجالات، فكانت هذه التشريعات بالنظر إلى امتداد مجالها و تنوع موضوعاتها بمثابة فسيفساء متعددة الألوان تعكس بريق هذا المبدأ و تزيد في قيمته. فبعيدا في الزمن و منذ أكثر من 117 سنة، سعى المشرع التونسي مع أول مجلة تونسية إلى تكريس مبدأ عدم التمييز بخصوص المعاملات المدنية بين الأفراد و تحديدا العقود المبرمة بينهم بأن سوى بينهم في أهلية التعاقد و لم يجعل من اختلاف الدين موجبا للتمييز بينهم.²⁵⁵ كما أفصت مجلة الالتزامات والعقود التونسية، المجلة الأم في القانون المدني التونسي، التمييز بين الجنسين في فصلها السابع الذي نص على " كل إنسان ذكرا كان أو أنثى تجاوز عمره ثماني عشر سنة كاملة يعتبر رشيدا بمقتضى هذا القانون" و قام المشرع بتحديث بعض أحكامها التي تعتبر تمييزية بإصداره لقانون 7 فيفري 2000 المتعلق بإلغاء بعض أحكام مجلة الالتزامات و العقود و الذي تولى بمقتضاه إلغاء الفصول 831 و الفقرة الثانية من الفصل 1481 و كذلك الفقرة الثانية من الفصل 1524.²⁵⁶

²⁵⁴ على أن دور دستور 2014 اقتصر على إعلان المبدأ دون تفصيله إذ لم يرد في الفصل 21 أي بيان لأسباب التمييز الممكنة أو حالاتها تاركا هذه المسألة للقوانين. علما و أن الدستور الحالي، دستور 25 جويلية 2022 لم يغير من محتوى الفصل 21 من دستور 2014 بخصوص تكريس المساواة وعدم التمييز و جاء فصله 27 مطابقا في صياغته ومضمونه للفصل المذكور

²⁵⁵ فاختلاف الأديان بحسب الفصل 4 من مجلة الالتزامات و العقود التونسية لا يترتب عليه فرق في أهلية التعاقد و لا فيما لغير المسلمين وعليهم من الحقوق الناشئة من الالتزامات الصحيحة. والدين لا يمكن أن يكون معيارا لمنح الأهلية أو الحرمان منها و لا كذلك سببا لمعاملة تمييزية للمسلم على حساب غير المسلم بل إن الشخصية القانونية هي الفيصل في اكتساب الأهلية.

²⁵⁶ علما و أن هذه المجلة ليست الوحيدة التي تضمنت فصولا تمنع التمييز بل توجد عدة مجالات قانونية تونسية أخرى تناولته كمجلة المرافعات المدنية و التجارية و مجلة الشغل...

على أن معركة المشرع التونسي ضد التمييز لم تنحصر في بعض الأحكام الواردة بمجلات قانونية واسعة المجال بل أن المشرع تطرق للتمييز كذلك في قوانين خاصة اتجهت بدورها إلى فئات اجتماعية هشة. إذ تعاني مثل هذه الفئات من المعاملة التمييزية بسبب حالة الاستضعاف.²⁵⁷ و يندرج ضمن هذه الفئات كما سبق الإشارة إليه المرأة التي فضلا عن العناية التشريعية التي حظيت بها في عديد المجالات القانونية و خاصة مجلة الأحوال الشخصية²⁵⁸ خصها المشرع كذلك في تشريعاته الحديثة الصادرة بعد الثورة بتشريع مميز توج به سلسلة القوانين السابقة التي أصدرها لفائدتها و الذي يعتبر مقاربة رائدة في مجال مناهضة التمييز: إنه القانون الأساسي عدد 58 لسنة 2017 المؤرخ في 11 أوت 2017 المتعلق بالقضاء على العنف ضد المرأة. و قد أعلن المشرع التونسي في الفصل الأول من القانون حربه ضد التمييز القائم على أساس الجنس بالقول " يهدف هذا القانون إلى وضع التدابير الكفيلة بالقضاء على كل أشكال العنف ضد المرأة القائم على أساس التمييز بين الجنسين من أجل تحقيق المساواة و احترام الكرامة الإنسانية و ذلك بإتباع مقاربة كاملة تقوم على التصدي لمختلف أشكاله بالوقاية و تتبع مرتكبيه و معاقبتهم و حماية الضحايا و التعهد بهم".

ويعد المسن كذلك من الفئات المعرضة للمعاملة التمييزية بسبب هشاشة الحالة الصحية و الاجتماعية و حتى النفسية لهذا الشخص، لذلك فقد أحاط المشرع المسنين برعاية هامة بدت من خلال جملة من النصوص التشريعية و الترتيبية الرامية لحماية هؤلاء و مقاومة جميع أشكال التمييز و الإقصاء المسلطة عليهم، لعل أهمها قانون 31 أكتوبر 1994 المتعلق بحماية المسنين و الذي

²⁵⁷ تولى المشرع التونسي تعريف حالة الاستضعاف في الفصل 3 مطة 10 من القانون عدد 58 لسنة 2017 المؤرخ في 11 أوت 2017 المتعلق بالقضاء على العنف ضد المرأة بكونها " هي حالة الهشاشة المرتبطة بصغر أو تقدم السن أو المرض الخطير أو الحمل أو القصور الذهني أو البدني التي تضعف قدرة الضحية على التصدي للمعتدي".

²⁵⁸ وهي من المجالات الرائدة في القانون التونسي التي ضمنت للزوجة العديد من الحقوق في علاقتها بالزوج وسوت بينهما في الحقوق. انظر كتاب ستينية مجلة الأحوال الشخصية 1956-2016 ، مجلة الأحوال الشخصية بعد ستين سنة من الإصدار: النص و الجذور الفقهية، أشغال اليوم الدراسي المنتظم في 22 أبريل 2017 بالمعهد العالي للدراسات القانونية والسياسية بالقيروان بالتعاون مع جمعية الحقوقيين بصفافس، مجمع الأطرش، تونس 2017.

ورد ضمن مبادئه في الفصل 2 فقرة ثانية" مقاومة جميع أشكال التمييز و الإقصاء من الوسط العائلي و الاجتماعي" ²⁵⁹

وبقدر اهتمامه بالأجيال السابقة و حرصه على القضاء على كل أشكال التمييز و الإقصاء التي قد تمارس ضدهم بقدر اهتمام المشرع كذلك بالأجيال القادمة، و نقصد بذلك الطفل. فالطفل قد يكون كذلك عرضة للمعاملة التمييزية بسبب أصله أو نسبه. و قد كان المشرع التونسي إلى حد ما "تمييزيا" في تعامله مع الطفل في فترة من تاريخ التشريع التونسي، باعتبار أن مجلة الأحوال الشخصية عند صدورهما، لم تكن تعترف سوى بالطفل الشرعي المولود من فراش و تمنحه جميع الحقوق. أما اللقيط و ابن الزنا اللذين أشار لهما المشرع في المجلة، فقد أفردهم بأحكام خاصة و ضيقة، و بقي هذا الصنف من الأطفال يفتقد لتأطير قانوني كاف و معاملة متساوية مع الطفل الشرعي. ²⁶⁰ على أن المشرع التونسي سرعان ما تدارك أمره بخصوص نظرتة للطفل و مراجعة موقفه من عديد الأصناف من الأطفال بالاعتراف لهم بأنظمة قانونية تضمن حقوقهم و اتخذ بهذا الخصوص العديد من الخطوات الجريئة الرامية إلى تحسين وضعية الأطفال غير الشرعيين أو فاقد السند في محاولة منه للنهوض بهم و منحهم مزيد من الحقوق. ²⁶¹ و بهذه الترسانة التشريعية الصلبة

²⁵⁹ و قد عزز المشرع التونسي حماية هذه الفئة من التهميش و الإقصاء بنصوص أخرى تضمن ظروف العيش الكريم لهؤلاء الأشخاص كأمر 27 ماي 1996 المتعلق بضبط شروط و ترتيب تكفل الأسر بالمسنين فاقد السند و أمر 27 ماي 1996 المتعلق بضبط شروط الإيواء بمؤسسات رعاية المسنين.

²⁶⁰ انظر مثلا أحكام الكتاب السابع من مجلة الأحوال الشخصية "في أحكام اللقيط" و الفصل 152 من نفس المجلة بخصوص ابن الزنا.

²⁶¹ فكانت البداية مع قانون 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة و التبني الذي اعترف بمؤسسة التبني و فنّنها قصد إيجاد إطار قانوني يستوعب هذا الصنف من الأطفال و يمنحهم نفس حقوق الطفل الشرعي، فضلا عن تنظيم مؤسسة الكفالة و الولاية العمومية. وتلت هذه الخطوة بعد ذلك خطوة أجرأ تمثلت في الاعتراف بالأطفال المهملين أو مجهولي النسب من خلال القانون عدد 81 لسنة 1985 المؤرخ في 11 أوت 1985 و الذي بقي ساري المفعول لسنوات و منح هؤلاء الأطفال الحق في لقب عائلي. لكن أمام النقائص التي سجلت عليه و عدم كفايته خاصة بعد مصادقة تونس على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل و إصدار مجلة حماية الطفل التونسية التي تمنح في فصلها الخامس الحق لكل طفل في الهوية منذ ولادته تم إلغاء هذا القانون و تعويضه بالقانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 يتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين و مجهولي

التي طورها المشرع التونسي لفائدة الطفل، فقد أذاب هذا الأخير شيئاً فشيئاً تلك الفروق التمييزية التي كانت تمارس من سابق بين الأطفال في المعاملة والحقوق وطور مفهومها حديثاً وواسعاً للطفل كإنسان له حقوق بالنظر إلى إنسانيته و بغض النظر عن كل معطى آخر يهم نسبه أو أصله. و قد كان معيار المشرع في كل ذلك هي المصلحة الفضلى للطفل.²⁶²

وسياسة المشرع الرامية لإلغاء المعاملة التمييزية شملت كذلك المعوقين²⁶³ و هي فئة اجتماعية هشة لا تقل عن الفئات السابق الإشارة إليها من حيث تعرضها للتمييز و المعاملة المهينة و الماسية بالكرامة البشرية. و قد تميز المشرع التونسي كذلك بضبطه لمعنى التمييز المحظور المسلط على المعوق بالقول بأنه "تعتبر من قبيل التمييز كل الأحكام"²⁶⁴ و الأعمال التي يترتب عنها إقصاء أو ينتج عنها تقليص من الحظوظ أو ضرر للأشخاص ذوي الإعاقة".²⁶⁵ فالإعاقة لا يمكن أن تكون أساساً للإقصاء ولا مبرراً لتقليص الحظوظ و لا سبباً لإلحاق الضرر بأصحابها باعتبار أن الشخص ذي الإعاقة هو إنسان يجب أن يعامل بالنظر إلى إنسانيته بغض النظر عن كل معطى آخر بيولوجي أو نفسي. و هذا البعد الإنساني للمعاملة مع المعوق هو الذي أعلن عنه في فصله الأول

النسب و الذي تم بدوره تنقيحه بالقانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 7 جويلية 2003 ليؤسس بمقتضاه للهوية الافتراضية لفائدة الأطفال مجهولي النسب مطلقاً.

²⁶² ينص الفصل 52 من دستور الجمهورية التونسية "حقوق الطفل مضمونة. وعلى أبويه وعلى الدولة أن يضمنوا له الكرامة و الصحة و الرعاية و التربية و التعليم. و على الدولة أيضاً توفير جميع أنواع الحماية لكل الأطفال دون تمييز وفق مصالح الطفل الفضلى". انظر كذلك الفصل 4 من مجلة حماية الطفل.

²⁶³ عرف المشرع التونسي الشخص المعوق في الفصل 2 من القانون التوجيهي عدد 83 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 بأنه "كل شخص له نقص دائم في القدرات و المؤهلات البدنية أو العقلية أو الحسية ولد به أو لحق به بعد الولادة يحد من قدرته على أداء نشاط أو أكثر من الأنشطة الأساسية اليومية الشخصية أو الاجتماعية و يقلص من فرص إدماجه في المجتمع".

²⁶⁴ يعتبر هذا التعريف للتمييز منفرداً بالنظر إلى أنه أطلق وصف التمييز لا فقط على الأعمال بل كذلك على الأحكام التي هي مخرجات صادرة عن هياكل منظمة و لم يضبط المشرع المقصود بالأحكام لكن وسع العبارة يجعلها تشمل الأحكام القضائية، الإدارية و حتى الأحكام التشريعية بما ينتج عنه أن المشرع قد وسع من مفهوم التمييز ليشمل حتى تمييز الدولة أو التمييز المنظم.

²⁶⁵ الفصل الأول من القانون عدد 83 لسنة 2005 السابق ذكره.

الذي جاء فيه " يهدف هذا القانون إلى ضمان تكافؤ الفرص بين الأشخاص ذوي الإعاقة و غيرهم من الأشخاص و النهوض بهم و حمايتهم من أي شكل من أشكال التمييز".
وفضلا عن النصوص التشريعية الخاصة المرصودة لمناهضة التمييز بحسب الفئات الاجتماعية المستهدفة، فقد أسس المشرع التونسي كذلك لمناهضة التمييز كسياسة دولة برفع التمييز في كل القطاعات الحيوية. فقد اعتمد نظام تربوي يقوم على تكريس المبدأ ودعمه بالقانون التوجيهي المؤرخ في 23 جويلية 2002 المتعلق بالتربية و التعليم المدرسي و الذي اعتبر فيه التعليم " حق أساسي مضمون لكل التونسيين لا تمييز فيه على أساس الجنس أو الأصل الاجتماعي أو اللون أو الدين وهو واجب يضطلع به الأفراد و المجموعة". كما اعتمد كذلك المشرع في المجال الصحي نفس التوجه القائم على المساواة في الحصول على العلاج. وفضلا عن النص الدستوري الذي يضمن الحق في الصحة لكل إنسان²⁶⁶ فقد نص الفصل 3 من مجلة واجبات الطبيب على أنه " يتعين على الطبيب معالجة جميع المرضى بنفس الضمير و بدون أي ميز".²⁶⁷

تظهر هذه الترسنة القانونية الثرية التي تميز المنظومة القانونية التونسية أن تونس متأصلة في محاربة التمييز بكل أشكاله و صورته رغم التحولات الجذرية الهامة التي عرفها تاريخها السياسي. لكن برغم هذه الانجازات المحققة، بقي التشريع الوطني منقوصا و خاليا من كل نص خاص و صريح بمناهضة التمييز العنصري. فرغم مصادقتها على الاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري منذ سنة 1967 لم يكن لدى تونس إلى سنة 2018 أي نص وطني يقضي بنقل أحكام الاتفاقية الدولية إلى القانون التونسي، الأمر الذي دفع المشرع بعد الثورة إلى الإسراع بتجاوز هذه النقيصة فكان

²⁶⁶ الفصل 43 من الدستور التونسي.

²⁶⁷ أمر عدد 1155 لسنة 1993 مؤرخ في 17 ماي 1993 يتعلق بمجلة واجبات الطبيب. و في نفس السياق ينص ميثاق المريض على مبدأ الحق في الرعاية دون تمييز من خلال التأكيد أن " لكل شخص الحق في حماية صحته في أفضل الظروف الممكنة دون تمييز بسبب دينه أو جنسه أو لونه، سنه أو وضعه الاجتماعي أو الاقتصادي مع مراعاة خصوصية فئات معينة من المرضى الذين تتطلب حالتهم الصحية أولوية الرعاية وفقا للتشريعات النافذة" ليضيف " لكل المرضى الحق في الرعاية و الاستماع و المشورة من الطبيب بنفس التفاني و دون أي تمييز على الإطلاق". انظر المنشور الصادر عن وزير الصحة عدد 36 لسنة 2009 الصادر بتاريخ 19 ماي 2009 متوفر على الرابط:

إصدار القانون عدد 50 لسنة 2018 المؤرخ في 23 أكتوبر 2018 يتعلق بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري و الذي توج الجهود التشريعي التونسي المتواصل في مناهضة التمييز .

2- صدور قانون خاص بالتمييز العنصري ما بعد الثورة لتتويج لجهود تشريعي متواصل في مناهضة التمييز

بإصدار القانون عدد 50 لسنة 2018 المتعلق بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري تصبح تونس أول دولة عربية و في شمال إفريقيا تصدر قانونا يحظر التمييز على أساس عنصري على وجه التحديد و يعرض من يمارسه للمسائلة القانونية.²⁶⁸ و قد حرص المشرع التونسي كما يدل عليه الفصل الأول منه²⁶⁹ الضابط لأهدافه على تأمين مسألتين محوريين: أولها، أن يكون هذا القانون متطابقا في مضمونه مع أحكام الدستور التونسي بمعنى آخر أن يكون دستوريا²⁷⁰ ثانيها، أن يكون متوافقا مع المعاهدات الدولية المصادق عليها من قبل الجمهورية التونسية. فتونس لم تكن بمعزل عن المجتمع الدولي في حربها ضد التمييز بمختلف أشكاله. و تندرج ضمن هذه المعاهدات الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.²⁷¹ و رغم الفارق الزمني الشاسع بين تاريخ مصادقة تونس على الاتفاقية و بين تاريخ إصدار القانون عدد 50 لسنة 2018 فإن تونس أظهرت بمهذ الخطوة الجريئة التي اتخذتها في اتجاه إصدار تشريع وطني مناهض للتمييز العنصري عزمنا على تحقيق عدالة القانون الذي هو الوسيلة لتحقيق العدالة الإنسانية. كما أنها أظهرت كذلك انخراطا تاما مع القانون الدولي الإنساني و احتراما لمقتضياته، هذا الحرص برز منذ الفصول الأولى للقانون بالتعريف الذي اقترحه للتمييز العنصري الوارد بالفصل

²⁶⁸ قانون مناهضة التمييز العنصري في تونس: نتائج متباينة لقانون رائد على الرابط:

²⁶⁹ جاء بالفصل الأول من القانون ما يلي "يهدف هذا القانون إلى القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ومظاهره حماية لكرامة الذات البشرية و تحقيقا للمساواة بين الأفراد في التمتع بالحقوق و أداء الواجبات وفقا لأحكام الدستور و المعاهدات الدولية المصادق عليها من قبل الجمهورية التونسية".

²⁷⁰ وهو أمر طبيعي يفرضه المنطق القانوني الذي يقتضي أن تكون كل مصادر القاعدة القانونية محترمة لنصوص الدستور باعتباره الأعلى درجة في سلم القواعد القانونية.

²⁷¹ التي أمضت عليها تونس في 12 أبريل 1966 وصادقت عليها في 13 جانفي 1967 .

2 منه²⁷² و الذي أعاد من خلاله التعريف الوارد بالاتفاقية الدولية لمناهضة التمييز العنصري. ورغم ما يحمله هذا التمشي من بعد إيجابي يتمثل في إثباته لعزم تونس على احترام المواثيق الدولية الرامية لضمان حقوق الإنسان و الحريات الأساسية و حرصها على تأمينها للناس جميعا بدون تمييز²⁷³ فإن هذا التعريف يثير عدة ملحوظات: أولها، عدم الدقة و الضبابية بسبب عدم ضبطه على وجه الحصر أسباب التمييز المحظورة. فبعد استعراضه للعرق و اللون و النسب و الأصل القومي و الأصل الإثني كأسس للتمييز العنصري الممكنة يضيف المشرع عبارة" أو غيره من أشكال التمييز العنصري على معنى المعاهدات الدولية"، وهي عبارة مفتوحة قد تطرح إشكالا عند تأويلها من طرف القضاء.²⁷⁴ ثانيها، أن هذا الفصل لم يتضمن تعريفا بالمعنى التقني للعبارة بقدر ما تضمن وصفا لمختلف الأعمال العنصرية و أسسها ونتائجها الضارة.

وقد تميز المشرع على مستوى سياسته الرامية للوقاية من التمييز العنصري بسياسة متعددة الجوانب لا تأخذ بعين الاعتبار القانوني فحسب بل كذلك الاجتماعي و النفسي و الصحي بنفس الدرجة. وهو أمر إن دل على شيء فإنما يدل على أن مراده لم يكن فقط مقاومة فعل التمييز العنصري بقدر ما هو مقاومة فكر التمييز العنصري. ولذلك شدد على أن تسخر الدولة كل

²⁷² والذي جاء فيه "يقصد بالتمييز العنصري على معنى هذا القانون كل تفرقة أو استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الإثني أو غيره من أشكال التمييز العنصري على معنى المعاهدات الدولية المصادق عليها و الذي من شأنه أن ينتج عنه تعطيل أو عرقلة أو حرمان من التمتع بالحقوق و الحريات أو ممارستها على قدم المساواة أو أن ينتج عنه تحميل واجبات و أعباء إضافية".

²⁷³ و تعهدتها الكامل بانتهاج سياسة القضاء على التمييز العنصري بكافة أشكاله و عدم التشجيع عليه أو تأييده أو حمايته. أخذت هذه العبارات من المادة 3 من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.

²⁷⁴ تجدر الإشارة إلى أنه أثناء اجتماعات لجنة الحقوق و الحريات بمجلس نواب الشعب التونسي بشأن مشروع القانون المذكور دار نقاش حول إضافة كل من معيار الدين و الجهة و الهوية الجنسية كأسس أخرى ممكنة للتمييز العنصري إلا أن هذه المعايير وقع رفضها باعتبار أن القانون يتعلق بالأساس بالقضاء على أشكال التمييز العنصري و ليس التمييز بشكل عام فضلا عن الرغبة في الحفاظ على تجانس التعريف الوارد بهذا القانون مع التعريف الدولي للتمييز العنصري. عزة صيادي، قانون القضاء على أشكال التمييز العنصري بتونس... إقرار لظاهرة اجتماعية؟ مجلة

المفكرة القانونية عدد 14، أبريل 2019، على الرابط : www.legal-agenda.com



القطاعات الحيوية والمؤثرة في فكر المجتمع التونسي لتتخذ التدابير اللازمة كقطاع الصحة و التعليم و التربية والثقافة و الرياضة و الإعلام.²⁷⁵

كما أن السياسة الحمائية لضحايا التمييز العنصري كذلك كانت بنفس صفة التعدد. فالمشرع التونسي فضلا عن صفة الضحية²⁷⁶ التي أسندها للأشخاص المعرضين للتمييز العنصري²⁷⁷ شدد على أن تتوفر لهم فضلا عن الحماية القانونية وفق التشريع الجاري به العمل الإحاطة الصحية و النفسية و الاجتماعية المناسبة لطبيعة التمييز العنصري الممارس عليهم بما يكفل أمنهم و سلامتهم و حرمتهم الجسدية و النفسية و كرامتهم.²⁷⁸

أما جريمة التمييز العنصري، فقد كان لها نصيب الأسد من اهتمام المشرع في هذا القانون. و قد تميز بسياسة ردعية صارمة تجاه مرتكبي هذه الجريمة، و قد بدت هذه الصرامة من خلال التوسع الملحوظ في نطاق الجريمة، تعدد الأشخاص المعنيين بها، الإجراءات الاستثنائية المتخذة لتتبع هذه الجرائم و أخيرا العقوبات الصارمة المسلطة على مرتكبيها.

فأما على مستوى التجريم، فقد تعرض المشرع التونسي لجريمة التمييز العنصري في الفصل 6 من القانون ناصا على " أن ترفع الشكايات ضد كل من ارتكب فعلا أو امتنع عن القيام بفعل أو أدلى بقول بقصد التمييز العنصري على معنى هذا القانون من قبل الضحية أو الولي إن كان الضحية قاصرا أو غير متمتع بالأهلية". و يتميز الركن المادي لجريمة التمييز العنصري بامتداد نطاقه فهو يشمل القول²⁷⁹ و الفعل، وهو يشمل الفعل و الامتناع عن الفعل.²⁸⁰ فجريمة التمييز

²⁷⁵ الفصل 3 فقرة ثانية من القانون المذكور.

²⁷⁶ لم يعرف المشرع الضحية في القانون عدد 50 لسنة 2018 المتعلق بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لكنه عرفها في القانون عدد 58 لسنة 2017 المتعلق بالقضاء على العنف ضد المرأة في الفصل 3مطمة أخيرة.

²⁷⁷ وهو تطور ملحوظ في التشريع التونسي باعتبار أن الممارسات العنصرية لم تكن قبل صدور هذا القانون مجرمة و كانت لا تعد أفعال غير مشروعة.
²⁷⁸ الفصل 5 من القانون المذكور.

²⁷⁹ ويتجه الإشارة في هذا السياق إلى كون المشرع التونسي سبق له أن جرم القول المبني على معاملة تمييزية غايتها الاحتقار في المرسوم عدد115 و تحديدا الفصل 57 منه وهي جريمة الشتم.

العنصري يمكن إذا أن تتخذ كل أشكال الفعل الإجرامي الممكنة وهو أمر يندر توفره في جريمة واحدة.²⁸¹ على أن جريمة التمييز العنصري لا تقوم حسب المشرع التونسي إلا بتوفر القصد أي الركن المعنوي، فهي جريمة قصدية.²⁸² واشتراط القصد للقيام بالتشكي الجزائي وكذلك تسليط العقوبة المستوجبة²⁸³ قد يبدو منتقدا باعتباره سيضيّق على ضحايا التمييز العنصري فرصة التبع الجزائي لصعوبة إثبات هذا الركن المعنوي.

لكن جريمة التمييز العنصري ليست بالجريمة البسيطة التي تقتصر على مجرد فعل أو امتناع عن فعل أو قول عنصري بل هي جريمة متشعبة، فهي قد تتخذ مظاهر أخرى أكثر خطورة. فقد تتجاوز جريمة التمييز العنصري مجرد السلوكات الفردية المعزولة لتصبح عملا ممنهجا يستهدف الفكر و الثقافة و الوعي الاجتماعي. و قد تعرض المشرع كذلك لهذه الجرائم العنصرية التي تندرج ضمن أشكال التمييز العنصري التي يسعى المشرع لمناهضتها في الفصل 9 من نفس القانون و سلب عليها عقوبة أشد.²⁸⁴

²⁸⁰ علما و أن المشرع وفي فصل لاحق وهو الفصل 8 المتعلق بالعقوبات المستوجبة اقتصر في تسليط العقوبة على من يرتكب فعلا دون ذكر لحالة القيام بالامتناع عن فعل وهي حالة من عدم التجانس بين النصوص منتقدة.

²⁸¹ فعادة ما يكون الركن المادي للجريمة إما فعلا إيجابيا أو فعلا سلبيا.

²⁸² ينص الفصل 6 من القانون على أن "ترفع الشكايات ضد كل من ارتكب فعلا أو امتنع عن القيام بفعل أو أدلى بقول بقصد التمييز العنصري.."

²⁸³ ينص الفصل 8 من القانون "يعاقب بالسجن من شهر إلى عام واحد و بختية من خمسمائة إلى ألف دينار أو بإحدى هذين العقوبتين كل من يرتكب فعلا أو يصدر عنه قولاً يتضمن تمييزاً عنصرياً على معنى الفصل الثاني من هذا القانون بقصد الاحتقار أو النيل من الكرامة"

²⁸⁴ ويندرج ضمن هذه الجرائم - التحريض على الكراهية و العنف و التفرقة و الفصل و العزل أو التهديد بذلك ضد كل شخص أو مجموعة أشخاص أساسه التمييز العنصري.

- نشر الأفكار القائمة على التمييز العنصري أو التفوق العنصري أو الكراهية العنصرية بأي وسيلة من الوسائل
- الإشادة بممارسات التمييز العنصري عبر أي وسيلة من الوسائل
- تكوين مجموعة أو تنظيم يؤيد بصفة واضحة و متكررة التمييز العنصري أو الانتماء إليه أو المشاركة فيه
- دعم الأنشطة أو الجمعيات أو التنظيمات ذات الطابع العنصري أو تمويلها.

من جهة أخرى، يتميز المشرع التونسي بتوسيعه في نطاق الأشخاص المعنيين بجريمة التمييز العنصري سواء من جهة مرتكبيه أو ضحاياه. فبخصوص مرتكبي جريمة التمييز العنصري، فإن العبارة العامة الواردة بالفصل 6 و 8 و 9 من القانون "كل من يرتكب" أو "كل من ارتكب" والتي لم يحدد فيها المشرع بشكل دقيق مقترف الجريمة، قابلة لاستيعاب كل من مارس أي عمل تمييزي عنصري سواء كان شخصا أو مجموعة أشخاص أو حتى مؤسسة أو هيكل أو تنظيم يقوم بذلك أو يشجع عليه، وهو ما أكدته فصول القانون الأخرى. فالمشرع لم يكتفي بالشخص الطبيعي فقط كفاعل محتمل للجريمة بل تحدث عن الشخص المعنوي في الفصل 10 منه. وإقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في هذه الحالة الخاصة يندرج الحالات الاستثنائية التي يعترف فيها المشرع التونسي بالمسؤولية الجزائية لهذا الصنف من الأشخاص الذين لم يؤسس بشأنهم بعد مبدأ المسائلة الجزائية كالمشرع الفرنسي. وقد اعتبر المشرع أن مسؤولية الشخص المعنوي الجزائية عن ارتكاب جرائم التمييز العنصري لا تحول دون المسؤولية الشخصية للأشخاص الطبيعيين المرتبطين به بشكل أو بآخر كممثليه أو مسيريه أو الشركاء فيه أو حتى أعوانه.

أما فيما يتعلق بضحايا التمييز العنصري فقد توسع كذلك المشرع في نطاق الأشخاص المشمولين بالحماية، إذ تعرض الفصل 6 من القانون لا فقط للضحية بل كذلك للولي إذا كانت الضحية قاصرا أو غير متمتع بالأهلية. فمفهوم الضحية هو مفهوم واسع يشمل الرشيد²⁸⁵ و القاصر²⁸⁶، كما أنه يشمل مكتمل الأهلية أو فاقدها. إذ لا يقوم انعدام الأهلية برغم انعدام الميز لدى صاحبها حائلا دون تتبع الجاني عن طريق الولي، وهو ما يدعم سياسة المشرع الحامية للقصر وفاقدي الأهلية.

كما أن اهتمام المشرع انصبّ لا فقط على صفة الضحية بل كذلك على حالة الضحية، إذ راعى المشرع في تحديده لضحية التمييز العنصري حالة الهشاشة لبعض الفئات الاجتماعية و ضاعف الحماية التي ينتفعون بها بأن جعلها ظرف تشديد.²⁸⁷ و يدخل ضمن هذه الفئات الأطفال،

²⁸⁵ انظر في تعريف الرشيد الفصل 7 من مجلة الالتزامات و العقود.

²⁸⁶ انظر الفصول 5 و ما بعده من مجلة الالتزامات و العقود والفصول 15 وما بعده من مجلة الأحوال الشخصية.

²⁸⁷ انظر الفصل 8 فقرة ثانية من القانون.

المسنين، المعوقين، الحوامل، المهاجرين و اللاجئين برغم التحفظ الذي تطرحه الفئات الأخيرة كما سنرى لاحقا.

أما فيما يتعلق بالإجراءات المميزة التي تقترن بالتتبع الجزائي ضد جرائم التمييز العنصري، فقد خصص لها المشرع التونسي الباب الثالث من القانون و أهمها تخصيص دفتر خاص تودع فيه الشكايات المرفوعة من أجل التمييز العنصري، وهذا الدفتر موجود سواء لدى وكالة الجمهورية عندما ترفع الشكاية لدى المحكمة الابتدائية أو لدى محكمة الناحية حينما ترفع الشكاية لدى تلك المحكمة. و يتم تكليف جهاز خاص بوكالة الجمهورية يعنى بتلقي الشكايات المتعلقة بالتمييز العنصري.²⁸⁸ كما اشترط المشرع أن تتم أعمال البحث و التقصي في هذه الجرائم من مأموري ضابطة عدلية مكونين خصيصا للبحث في هذا النوع من الجرائم.²⁸⁹ على أن مسألة تكوين مأموري ضابطة عدلية خصيصا للبحث في هذا النوع من الجرائم بقيت غامضة بالنظر إلى أن المشرع لم يفصل بما فيه الكفاية كيف يقع عمليا توظيف هذا التكوين الخاص الذي يتلقاه هؤلاء لفائدة ضحايا التمييز العنصري؟ وهل يقع كما هو الحال في قضايا العنف ضد المرأة إحداث وحدة مختصة بمنطقة الأمن الوطني و الحرس الوطني في كل الولايات للبحث في جرائم التمييز العنصري؟²⁹⁰

على مستوى العقوبات، تميز المشرع التونسي كذلك بالشدّة و الصرامة في التعامل مع جرائم التمييز العنصري. ففضلا عن العقوبة المالية أقر المشرع إمكانية تسليط عقوبات سجنية على مرتكبي هذه الجرائم.²⁹¹ كما نصص المشرع على إمكانية مضاعفة العقوبة بالنسبة لبعض الحالات التي تكون فيها الضحية في حالة هشاشة أو استضعاف وهي الحالات الواردة حصرا بالفصل 8 فقرة ثانية. بالإضافة إلى ذلك، فقد كان المشرع أكثر صرامة مع بعض جرائم التمييز العنصري

²⁸⁸ انظر الفصل 6 من القانون.

²⁸⁹ وهي مسألة تندرج ضمن سياسة المشرع الجزائية الرامية لمكافحة التمييز العنصري إذ اعتبر المشرع في الفصل 4 من القانون فقرة أخيرة أن تكوين مأموري الضابطة العدلية و القضاة و أعوان و إدارات السجون والإصلاح تندرج ضمن التدابير التي تضبطها الدولة ضمن سياستها الجزائية للقضاء على التمييز العنصري و التي من شأنها تيسير لجوء الضحايا إلى القضاء و مكافحة الإفلات من العقاب.

²⁹⁰ انظر الفصل 24 من القانون عدد 58 لسنة 2017 المتعلق بالقضاء على العنف ضد المرأة.

²⁹¹ انظر الفصل 8 فقرة أولى من القانون.

ذات الخطورة المالية و التي تؤسس كما سبق الإشارة إليه إلى الفكر العنصري أو الثقافة العنصرية باعتبارها جرائم مستمرة.²⁹²

إن تأصل التشريع التونسي في مناهضة التمييز مسألة يقينية و ثابتة يعكسها تاريخها التشريعي الحافل بالنصوص الداعمة لهذه القضية و أسبقيتها على الدول العربية في هذا المجال كما أن إصدار المشرع للقانون عدد 50 لسنة 2018 المتعلق بالقضاء على كافة أشكال التمييز العنصري جاء تنويجا لمركته المستمرة ضد التمييز. على أن ثبات المنظومة التشريعية نظريا على مقاومة التمييز العنصري لم يحل تطبيقيا دون وجود عوائق تحول دون نفاذها و تحد من نجاعتها.

الجزء الثاني: عوائق نفاذ المنظومة و محدودية النجاعة

لا يمكن أن يكون القانون عدد 50 لسنة 2018 المتعلق بالقضاء على كافة أشكال التمييز العنصري بمعزل عن محيطه القانوني و لا كذلك عن واقعه الذي هو مجال نفاذه، لذلك فإن نجاعة هذا القانون و غيرها من القوانين المناهضة للتمييز تتوقف على مدى تجانسه مع النصوص الأخرى المؤثمة للمنظومة التشريعية و كذلك نجاح القضاء في تطبيقه، وهي مسائل طرحت صعوبات جدية في وجود نصوص تشريعية أخرى و صفت بالتمييزية و مناهضة للحريات(1) و في ظل تمسك القضاء بمسألة الهوية و الخصوصية (2).

1- معضلة القضاء على التمييز العنصري و استمرار بعض النصوص الموصوفة بالتمييزية

ظلت مسألة ضمان الحريات في تونس و إقصاء التمييز محل جدل في ظل استمرار العمل ببعض النصوص التشريعية السارية النفاذ في المنظومة التونسية الأمر الذي يدعو للتساؤل حول ما إذا أوفت الدولة حقيقة بالتزامها تجاه المجتمع الدولي الناشئ عن المواثيق الدولية في توفير الوسائل الضرورية لإنفاذ الحقوق و الحريات و منع التمييز؟

²⁹² فإذا كانت العقوبة المسلطة على جريمة التمييز العنصري البسيطة تتراوح بين شهر إلى عام واحد سجن و خطية لا يتجاوز مقدارها ألف دينار فإن العقوبات المستوعبة لجرائم التمييز العنصري المركبة تتراوح مبدئيا بحسب الفصل 9 من هذا القانون بين عام و ثلاثة أعوام سجن و بخطية مالية من ألف إلى ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هذين العقوبتين. و لا تحول العقوبات الواردة بهذا القانون بحسب نفس الفصل من تطبيق العقوبات الأشد المنصوص عليها بالتشريع الجاري به العمل.

إن الالتزام الإيجابي للدولة بضمان الحريات و منع التمييز يقتضي لا فقط إصدار قوانين تجرم و تعاقب كل قول أو فعل يميز بين الأشخاص، بل يقتضي كذلك خاصة أن تلغى النصوص القانونية التي تكرس التمييز. لكن تونس في نظر بعض مفكريها لم تخطو هذه الخطوة بعد. لذلك اعتبر أحدهم أنه " يعد القانون الوطني في مسألة منع و تجريم التمييز قانونا غير جريء، غير مواكب للعصر و بطيء في تطوره فيما يخص بعض أشكال التمييز"²⁹³ و امتناع المشرع التونسي عن القيام ببعض المراجعات التشريعية بخصوص بعض النصوص التي تبدو تمييزية، من شأنه أن يؤدي إلى تناقضات غير محمودة. و يكفي مثلا أن نستشهد بالمنشور عدد 33 الصادر عن الوزير الأول و المؤرخ في 17 ماي 1994 حول مزيد العناية باللغة العربية و الذي يلزم البلديات بفرض " إبراز اللغة العربية في اللوحات و اللافتات و المعلقات على اختلاف أنواعها الموضوعة على واجهات المحلات التجارية و الصناعية" والذي يرتب تمييزا لفائدة اللغة العربية و متحدتها و يقصي فئة هامة من المجتمع ذات الأصول غير العربية و يفرض عليها معاملة تمييزية.²⁹⁴ كما تطرح كذلك النصوص التونسية الخاصة بمناهضة التمييز معضلة علاقته بنصوص المجلة الجزائية التي تجرم بعض الأفعال و السلوكات و التي يصفها البعض بكونها تمييزية و مقيدة لممارسة بعض

²⁹³ مُجد أمين الجلاصي، تجريم التمييز في القانون التونسي قراءة في تقرير لجنة الحريات الفردية و المساواة، على الرابط السابق ذكره.

²⁹⁴ و قد ذكرت إحدى الدراسات التي وقع إنجازها حول التمييز العنصري بتونس في هذا السياق حالة صيدلي تمّ منعه من وضع لافتة باللغة الأمازيغية و العربية على واجهة الصيدلية بحجة أن ذلك ممنوع لأن اللغة العربية هي اللغة الرسمية للبلاد. مُجد أمين الجلاصي، تقرير تحليل بيانات عن حالات التمييز التي تمّ تجميعها عن طريق النقاط ضد التمييز، مارس 2020، عبر الرابط التالي:

<https://minorityrights.org/wp-content/uploads/2020/05/rapport-PAD-discrimination-2019-FR.pdf>

الحريات كجريمة اللواط الواردة بالفصل 230 من المجلة.²⁹⁵ فهذا النص يتعارض في نظر البعض مع الحريات العامة التي أسسها الدستور و يعد ضربا لحرية الضمير ويفرض معاملة تمييزية ضد هذه الفئة من الأشخاص و انتهاكا للحرمة الجسدية و المعنوية لهم.²⁹⁶ و يندرج هذا الفصل في الحقيقة في إطار تصور مجتمعي كامل تبناه المشرع التونسي قائم على تبني المثال السائد للعلاقات الجنسية و المبني على الغيرية و قوامه الزواج بين رجل و امرأة الذي يؤدي إلى تكوين الأسرة. وهذا النموذج للعلاقات الحميمية و المأخوذ من الشريعة الإسلامية يرفض كل سلوك يغايره و يعتبره منحرفا و بالتالي يكون موضع تجريم. وقد أسست مجلة الأحوال الشخصية التونسية لهذا الشكل من العلاقات الخاصة و قننته.²⁹⁷

²⁹⁵ و يندرج الطرح المتعلق بإثارة الصبغة التمييزية لأحكام الفصل 230 من المجلة الجزائرية في إطار سياق دولي يسعى لتكريس ما يسمى بالحق في الخصوصية. و قد قامت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بتقديم رؤية أكثر شمولاً للحق في الخصوصية و التي بموجبها تتضمن الخصوصية عناصر مختلفة مثل الهوية الجندرية و الاسم و التوجه الجنسي و الحياة الجنسية. وقد اقترح هؤلاء عند تقديم مشروع القانون المتعلق بمناهضة التمييز العنصري أن تتولى لجنة الحقوق و الحريات اعتماد تعريف واسع للتمييز يشمل الهوية الجنسية من خلال ربط مبدأ عدم التمييز بالكرامة. مُجد أمين الجلّاصي، تجريم التمييز في القانون التونسي قراءة في تقرير لجنة الحريات الفردية و المساواة، على الرابط السابق ذكره؛ انظر كذلك، ماهر عبد المولاه، حقوق الإنسان و الحريات العامة في تونس، نسخة ثانية مزيدة و محينة، مجمع الأعرش، تونس 2020، ص77.

²⁹⁶ و يطلق على هذا الشكل من أشكال التمييز بالتمييز على أساس التوجه الجنسي والهوية الجندرية. مُجد أمين الجلّاصي، تجريم التمييز في القانون التونسي قراءة في تقرير لجنة الحريات الفردية و المساواة، على الرابط السابق ذكره. و تجدر الإشارة إلى أن مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة كان طلب من السلطات التونسية في إطار تقرير العرض الشامل (2012) "إلغاء التمييز على أساس الميول الجنسية بصورة تضمن نفس الحقوق لجميع المواطنين، بمن فيهم المثليين والمثليات و ثنائيو الجنس و مزدوجو الميول الجنسية و المحولون جنسيا" وكذلك "تعديل المادة 230 من المجلة الجزائرية أو إلغائها لإنهاء تجريم العلاقات الجنسية بالتراضي بين البالغين من نفس الجنس". الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، تقرير الفريق العامل المعني بالاستعراض الدوري الشامل، تونس، 2012 مأخوذ عن ماهر عبد المولاه، المرجع السابق، ص76.

²⁹⁷ و قد أكد جانب من الفقه التونسي على " أن العائلة في إطار مجلة الأحوال الشخصية هي تحديدا العائلة الشرعية القائمة على أساس وحيد هو الزواج الذي استوفى أركانه و شروطه و ما دون ذلك من علاقات لا يقوى

من جهة أخرى، يطرح قانون التمييز العنصري التونسي مسألة مدى فاعليته في ظل النصوص القانونية التونسية الراهنة المتعلقة بالمهاجرين و اللاجئين. فرغم أن المشرع في الفصل 8 من القانون يجعل من اللاجئين و المهاجر ضحية من ضحايا التمييز العنصري، بل هو ضحية أقل درجة من الضحية "التونسية" باعتباره في حالة استضعاف، فإنه كان فاقدا للمقومات التشريعية الأساسية التي من شأنها أن ترفع عنه ضيم التمييز العنصري المنشود، الأمر الذي دفع الفقه إلى التأكيد على كون الدولة التونسية من الناحية القانونية البحتة على الأقل و بالنظر إلى الأسطول التشريعي الوطني الحالي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون بلدا مفتوحا للاجئين.²⁹⁸ فقد اعتبر هذا الفقه أن الإدماج الحقيقي للاجئين يمر وجوبا بتبني تشريع وطني يتعلق بحماية اللاجئين²⁹⁹ يكون مطابقا للمعايير الدولية و خاصة لاتفاقية جنيف المؤرخة في 28 جويلية 1951 الخاصة بحماية اللاجئين يضمن لهؤلاء حقوقهم الأساسية. لكن تونس رغم مصادقتها على هذه الاتفاقية منذ زمن طويل وعلى البروتوكول المكمل لها³⁰⁰ و كذلك على اتفاقية منظمة الاتحاد الإفريقي لسنة 1969 المتعلقة باللاجئين³⁰¹ و رغم التزامها السابق في القانون عدد 50 لسنة 2018 بأن تتولى القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري وفق المعاهدات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة التونسية لا تمتلك إلى يومنا هذا قانون داخلي يتولى تنظيم وضعية اللاجئين رغم وجود مشروع القانون في رفوف مجلس نواب الشعب منذ سنوات.³⁰²

على تأسيس العائلة قانونا بقطع النظر عن الشكل الذي أفرغ فيه" ليصل إلى كون الأصوات الداعية اليوم لتقليد الشذوذ الغربي محاولات محمولة للانقلاب على العقد الاجتماعي الذي رسمت في إطاره ثوابت العائلة التونسية. عبد المنعم العبيدي، المالكية و مجلة الأحوال الشخصية، المجلة القانونية التونسية لسنة 2020، مركز النشر الجامعي، ص.217-220.

²⁹⁸ انظر: Zouheir Ben Tanfous, L'intégration économique et sociale des réfugiés, Infos juridiques, n° 248/249, Novembre 2017, p.27-28.

²⁹⁹ خاصة وأن المشرع أشار إلى هؤلاء في القانون عدد 50 لسنة 2018 المتعلق بالتمييز العنصري.
³⁰⁰ صادقت تونس على الاتفاقية في 24 أكتوبر 1957 و على البروتوكول المكمل لها في 16 أكتوبر 1968.
³⁰¹ وقعت تونس على هذه الاتفاقية منذ 10 سبتمبر 1969.

³⁰² و قد وقع تعريف اللاجئين في الفصل 7 من مشروع القانون حسب نسخة جوان 2018 بكونه " كل شخص أجنبي يدخل التراب التونسي و لا يستطيع أو لا يريد العودة إلى الدولة أو الدول التي يحمل جنسيتها

و لا تقل كذلك وضعية المهاجرين سواء في التشريع التونسي عن وضعية اللاجئين. فوضعية المهاجرين في تونس القادمين من إفريقيا جنوب الصحراء³⁰³ لم يقع تأطيرها التأطير القانوني الكافي، الأمر الذي جعل هؤلاء لا فقط موضع معاملة اجتماعية تمييزية قاسية بل كذلك محرومين من حقوق قانونية تضمن لهم العيش الكريم. فهؤلاء الضحايا للتمييز العنصري لم يجدوا حماية خاصة بهم بل بقي التعامل معهم كأجانب³⁰⁴ خاضعا للقانون عدد 7 لسنة 1968 المتعلق بحالة الأجانب بالبلاد التونسية الأمر الذي يفضي إلى استثنائهم من مجال تطبيق القانون عدد 50 لسنة 2018 المتعلق بالتمييز العنصري.³⁰⁵ و قد كان لتظافر كل هذه العوامل التشريعية أثرها على وضعية هؤلاء القانونية. إذ يعاني هؤلاء من العديد من القرارات الإدارية التي تتخذ ضدهم لاحتجازهم بمركز الإيواء.³⁰⁶ و قد رفع هؤلاء العديد من الدعاوى أصلية في تجاوز السلطة و استعجالية في توقيف التنفيذ لدى القضاء الإداري. و رغم تمسك الإدارة بأن قراراتها تندرج في

بسبب خوف جدي و حقيقي له ما يبرره من التعرض للإضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه لفئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية أو كل شخص عديم الجنسية يدخل التراب التونسي و لا يستطيع أو لا يريد بسبب ذلك الخوف العودة إلى الدولة التي كان يقيم فيها عادة".

³⁰³ تنامي عدد المهاجرين غير النظاميين بتونس منذ سنة 2011 بسبب ما شهدته منطقة شمال إفريقيا و الشرق الأوسط من اضطرابات على المستوى الأمني و السياسي حالت دون إمكانية مجابهة تداعيات النزاع المسلح بليبيا و بدول جنوب الصحراء على تونس. وقد سجل مكتب المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين في تونس 6.354 شخصا تعنى بهم المفوضية حتى 31 ديسمبر 2020 بزيادة تتجاوز 100% مقارنة بسنة 2019. مأخوذ عن إيمان مزوغي، وضعية المهاجرين غير النظاميين بمركز الإيواء والتوجيه بالوردية. إيواء أم إحتجاز؟ القاضي الإداري يفصل في النزاع...، مجلة الأخبار القانونية، عدد 355/345، مارس 2023، ص.44.

³⁰⁴ ويعرف الأجانب بكونهم "المقيمون على إقليم الدولة و يخضعون لقواعد خاصة لا تطبق على المواطنين و لا يتمتعون بالحقوق السياسية باعتبار هؤلاء لا تتوفر فيهم رابطة الجنسية". عبد المجيد العبدلي، قانون العلاقات الدولية، طبعة ثانية مزيدة، ص.118.

³⁰⁵ الفصل 2 فقرة أخيرة من القانون.

³⁰⁶ إيمان مزوغي، وضعية المهاجرين غير النظاميين بمركز الإيواء والتوجيه بالوردية. إيواء أم إحتجاز؟ القاضي الإداري يفصل في النزاع...، المقال السابق ذكره، ص.44.

إطار الإيواء الوقي للمهاجرين غير النظاميين عملا بأحكام القانون عدد 7 لسنة 1968 المؤرخ في 8 مارس 1968 المتعلق بحالة الأجانب بالبلاد التونسية في انتظار إتمام إجراءات ترحيلهم لبلداتهم بسبب دخولهم إلى البلاد التونسية أو إقامتهم بصفة غير شرعية فإن ذلك لم يمنع القاضي الإداري من اعتبار ما مورس على هؤلاء من قبيل الاحتجاز و ليس الإيواء و منح الإجراء المتنازع في شرعيته وصفا واقعا دقيقا.³⁰⁷ وقد استند قضاء المحكمة الإدارية في مناهضته لعملية الاحتجاز التي تمارسها الإدارة على المهاجرين الأجانب بالمرجعية الدولية معتبرة أن "سلب الحرية المخالف للقانون يشير على مستوى القانون الدولي إلى كل من الاحتجاز الذي ينتهك القانون المحلي و الاحتجاز المخالف للإعلان العالمي لحقوق الإنسان و المبادئ العامة للقانون الدولي و القانون الدولي العرفي و القانون الدولي الإنساني و صكوك حقوق الإنسان الدولية ذات الصلة التي قبلتها الدول المعنية".³⁰⁸

من جهة أخرى، تطرح بعض النصوص التشريعية و الترتيبية بشدة مسألة التمييز الديني، وهي من الممارسات التمييزية التي تطرح جدلا في تونس حتى على مستوى فقه القضاء كما سنرى لاحقا. وهذه المسألة تثير التساؤل حول جدوى قانون التمييز العنصري في ظل استمراريتها. و يتصدر الدستور التونسي قائمة هذه النصوص. فالدساتير التي تتالت على تونس في تاريخها السياسي و

³⁰⁷ وقد اعتبرت المحكمة الإدارية في الحكم الصادر في القضية عدد 161603 بتاريخ 27 أبريل 2021 أنه "طالما لم يثبت من أوراق الملف صدور حكم قضائي يقضي باحتجاز العارض و سلب حريته و الحد من حريته في التنقل استنادا إلى خطورته على الأمن العام فإن القرار المتعلق باحتجازه بمركز الإيواء والتوجيه بالوردية و منعه من التنقل يعتبر عملية احتجاز غير قانونية..." حكم غير منشور مأخوذ عن إيمان مزوغي، المقال السابق ذكره، ص.45.

³⁰⁸ الحكم الصادر في القضية عدد 1/18326 بتاريخ 16 فيفري 2011، حكم غير منشور مأخوذ عن إيمان المزوغي المقال السابق، ذكره، ص.45. وقد استند قاضي توقيف التنفيذ في قضايا توقيف تنفيذ القرارات الإدارية الصادرة باحتجاز المهاجرين بمراكز الإيواء إلى المعاهدات الدولية للإقرار بجديّة الأسباب التي استند إليها المدعون و قبول مطالب توقيف التنفيذ المعروضة أمامه و اعتبر أن "مبدأ المساواة في التمتع بالحقوق الأساسية و مبادئ دولة القانون يلزمان السلط العمومية بعدم التعسف في تطبيق هذه القرارات و بممارستها في حدود ما لا يتعارض مع الصكوك الدولية التي صادقت عليها". القرار الصادر في مادة توقيف التنفيذ في القضية عدد 4105316 بتاريخ 10 جويلية 2020 مأخوذ عن إيمان المزوغي، المقال السابق ذكره.

خاصة بعد ثورة 2011، لا تزال تطرح في المجال السياسي شرط الدين الإسلامي للترشح لرئاسة الجمهورية. و مثل هذا الشرط التمييزي لفائدة التونسيين المسلمين قد لا يكون مقبولا في ظل سياسة عامة للدولة التونسية لمقاومة أشكال التمييز خاصة أن الدستور نفسه يؤكد على حرية المعتقد و الضمير و على انفتاحه على الثقافات الأخرى. كما أن بعض النصوص الترتيبية التي لا تزال بعد سارية النفاذ لا تتماشى مع هدف المشرع المنشود في القضاء على التمييز لعل أبرزها المنشور عدد 15 لسنة 2019 بتاريخ 5 جويلية 2019 الصادر عن رئيس الحكومة بعد بضعة أشهر من صدور القانون عدد 50 لسنة 2018 ، حول تطبيق إجراءات السلامة بمقرات الهياكل العمومية و الذي منع فيه ارتداء النقاب في الفضاءات العامة. و رغم نبل الغاية التي رسمها هذا المنشور³⁰⁹ فإنه يبقى مع ذلك نصا تمييزيا و يطرح تعاملا فيه استثناء وهو ما يجعل تونس تعود من جديد إلى تكرار نفس تجربة المناشير الصادرة قبل الثورة كالمنشور عدد 108 الصادر سنة 1981 و المنشور عدد 102 الصادر بتاريخ 1996 و اللذان يعتبران اللباس الشرعي لباسا طائفا و يعاملان على أساسه من يرتدينه معاملة اقصائية في مجال التعليم و العمل.³¹⁰

إن الوسيلة التشريعية لمحاربة التمييز سواء بشكلها الإيجابي المتمثل في سن القوانين المجرمة لهذه التصرفات و المحجرة لها أو كذلك في بعدها السلبي المتمثل في إلغاء النصوص المعرقلة لهذا الهدف و الحائلة دونه، تبقى غير كافية إذا لم يقع تعزيزها بالوسيلة القضائية الضامنة لتفعيل هذه القوانين و تطبيقها على أرض الواقع. فالحماية الفعالة للحقوق لا يمكن أن تضمن إلا من خلال الحماية القضائية فهل أن القاضي التونسي عزز عند ممارسة دوره في تأويل القانون سياسة مكافحة التمييز و دعم السياق الدولي الرامي لكونية حقوق الإنسان؟

2- فقه القضاء بين كونية حقوق الإنسان و الخصوصية الثقافية

³⁰⁹ و المتمثلة في الحفاظ على الأمن العام و حسن سير المرافق العمومية و ضمان التطبيق الأمثل لمتطلبات السلامة

³¹⁰ و تتجه الإشارة إلى أن مثل هذه المعاملة التمييزية "المقننة" لم تقتصر على المؤسسات العمومية و مقرات الهياكل العمومية بل طرحت كذلك في حتى في الفضاءات الخاصة و الترفيهية على غرار النزل التي يعاني فيها المحجبات سنويا من الترتيب التمييزية التي تفرضها النزل بخصوص المسابح و التي تقتضي منعهن من السباحة في تحد صارخ لكل القوانين الحامية للحريات في تونس و الذي تبرره الجامعة العامة للسباحة و النزل في تونس بكونه يدخل ضمن حرية التصرف الداخلي.

أدرك المشرع التونسي عند وضعه للقانون عدد 50 لسنة 2018 دور القضاء المحوري و الهياكل المساعدة له في تحقيق هدفه في القضاء على كافة أشكال التمييز العنصري لذلك اعتبر في فصله الرابع فقرة أخيرة أن من التدابير التي يجب اتخاذها لإنجاح سياسته الجزائية الرامية للقضاء على التمييز العنصري و لتيسير لجوء الضحايا إلى القضاء و مكافحة الإفلات من العقاب تكوين القضاة و مأموري الضابطة العدلية و أعوان السجون و الإصلاح. فئن وجدت النصوص التي تجرم التمييز فإنها غير كافية لوحدها لحماية المصالح بل يتوقف الأمر على تطبيقها و خاصة كيفية تطبيقها. و قد كان لفقته القضاء تدخل إيجابي إثر صدور قانون 2018 المتعلق بالقضاء على التمييز العنصري في اتجاه تفعيله. و قد كانت أول إدانة قضائية بالتمييز العنصري بموجب هذا القانون سنة 2019 بالمحكمة الابتدائية بصفاقس، حيث أدانت المحكمة امرأة بتهمة ارتكاب إساءة عنصرية بحق مدرس ابنتها وهو من أصل إفريقي عربي وحكم عليها بالسجن ثلاثة أشهر مع وقف التنفيذ وغرامة بثلاثة مائة دينار.³¹¹ كما صدر كذلك عن المحكمة الابتدائية بمدنين بتاريخ 14 أكتوبر 2020 حكم أذنت فيه لمواطن في الثمانينات من عمره بمحذف إشارة تمييزية في لقبه تحيل إلى حالة موروثه من عبد تم تحريره يعرف باسم عتيق.³¹²

و لتكون الحماية القضائية فاعلة و ناجعة و مفعلة لحقوق الأفراد و داعمة لسياسة مناهضة التمييز يجب على القاضي بحسب البعض الرجوع إلى ترسانة الحقوق و الحريات المنصوص عليها بالمواثيق الدولية لحقوق الإنسان. فإدماج مفاهيم حقوق الإنسان في الأحكام القضائية هي من الآليات القضائية المساعدة على نشر ثقافة المساواة و القضاء على أشكال التمييز التي يمكن أن يتعرض لها الفرد. لكن القاضي التونسي بحسب نفس هذا الرأي³¹³ و من خلال تصفح الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم العدلية التونسية خاصة فيما يتعلق بحقوق الأفراد نادرا ما يؤسس

³¹¹ عزة صيادي، قانون القضاء على أشكال التمييز العنصري بتونس... إقرار لظاهرة اجتماعية؟ مجلة المفكرة القانونية عدد 14، أبريل 2019، على الرابط السالف ذكره.

³¹² كلمة عتيق في العربية معناها "عبد محرر" و عندما يلحق بها اسم فهذا يعني أن صاحب الاسم المذكور هو الذي حرر العبد. قانون مناهضة التمييز العنصري في تونس: نتائج متباينة لقانون رائد، على الرابط السالف ذكره.

³¹³ محمد الأمين الجلاصي، تجريم التمييز في القانون التونسي قراءة في تقرير لجنة الحريات الفردية و المساواة، على الرابط السابق ذكره.

حكّمه على القانون الدولي لحقوق الإنسان و يعتمد مرجعية محافظة و تقليدية و ضيقة تقتصر على الاستلهاهم من ثقافة الأغلبية المهيمنة التي تميز في غالب الأحيان بين الأفراد و تفرض أحيانا قيودا دينية على ممارسة الحريات بتعلة النظام العام و الأخلاق الحميدة.³¹⁴ و قد صدرت في هذا الاتجاه عدة أحكام جزائية.³¹⁵ كما طرحت كذلك بشدة في فقه القضاء المدني مسألة المرجعية الدينية في تقييد بعض الحريات و أثرها على المساواة في المعاملة بخصوص بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية في مسألة زواج المسلمة بغير المسلم. و قد استقر فقه القضاء لفترة كذلك و بناء على نفس الثوابت الدينية الإسلامية على إخراج المرأة المتزوجة بغير المسلم من نطاق استحقاق الإرث. و قد اعتبرت محكمة التعقيب التونسية في قرار حورية³¹⁶ أنه لا جدال بأن تزوج

³¹⁴ و قد ساعد في اعتماد هذه المفاهيم لتعزيز التوجه القضائي أن المشرع التونسي لم يحدد مفهوما لها ضمن تعريف مضبوط. و يرجع ذلك إلى خصائص تتصل بالنظام العام والأخلاق الحميدة أهمها أنها مفاهيم متسعة و مطاطة و متغيرة تختلف حسب الزمان والمكان باعتبارها ظاهرة قانونية اجتماعية تعبر عن روح النظام القانوني و الأسس التي يقوم عليها المجتمع. منى تقية، القاضي الجزائري حامي النظام العام و الأخلاق الحميدة، مقالات في فقه القضاء الجزائري، سلسلة ملتقيات وحدة البحث في العلوم الجزائية و الإجرام، مجمع الأطرش، تونس 2022، ص.79.

³¹⁵ انظر مثلا: الحكم الجناحي الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت عدد 15885 بتاريخ 3 ماي 2012 في قضية Persepolis (غير منشور)؛ القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير في قضية جابر الماجري و غازي الباجي تحت عدد 1056 بتاريخ 18 جوان 2012 (غير منشور)؛ قرار تعقيبي جزائي صادر بتاريخ 14 ديسمبر 2014 في قضية "ولد XV" (غير منشور). مأخوذة عن مالك الغزواني، في وعي القاضي الجزائري بالحقوق و الحريات، مقالات في فقه القضاء الجزائري، سلسلة ملتقيات وحدة البحث في العلوم الجزائية و الإجرام، مجمع الأطرش، ص.75. وقد اعتبر بعض الفقه أن الالتجاء إلى الأخلاق الحميدة في المجلة الجزائية من مظاهر الثبات على المحافظة بينما اعتبر البعض الآخر أن هناك توسعا في مفهوم النظام العام و الأخلاق الحميدة تجاوز الحدود المطلوبة المحددة بالمجلة الجزائية. منى تقية، المقال السابق ذكره، ص.84.

³¹⁶ والذي تفيد وقائعه قيام شقيقين ضد شقيقتيهما "حورية" طالبين إفراز مناباتهم من العقار الذي انجر لهم بالإرث من والدتهم و عند التعذر تصفيق العقار و إقصاء حورية من قائمة الورثة لردّها بزواجها من شخص فرنسي الجنسية وتخليها عن جنسيتها التونسية.

المسلمة بغير المسلم هي من المعاصي العظمى و أن الشريعة الإسلامية تعتبر الزواج باطلا.³¹⁷ واعتماد المرجعية الدينية و الهوية الإسلامية في التأسيس للأحكام القضائية سواء المدنية أو الجزائية يتعارض بحسب مناصري الانفتاح و الحريات اللامحدودة مع مبدأ عدم التمييز بمختلف أشكاله الذي دعت إليه الدساتير التونسية المتتالية و كذلك الحريات الأساسية التي ضمنتها و يتعارض خاصة مع الاتفاقيات و المعاهدات الدولية التي يقوم شعارها الأساسي على كونية حقوق الإنسان. فتخصيص الدستور التونسي سواء دستور 2014 أو دستور 2022 لباب كامل للحقوق و الحريات يبقى بنظرهم " مجرد أمنيات إذا لم تتوفر الآليات الكفيلة بتحويلها لأحكام ذات أثر قانوني تمكن الأفراد من اللجوء إليها لحماية حقوقهم. و لعل القضاء من أنجع و أبرز الآليات القادرة على الإضطلاع بهذا الدور".³¹⁸ أما الأخلاق الحميدة التي تمسك فقه القضاء الجزائي خاصة باعتمادها سندا في الحد من بعض الحريات³¹⁹ و خاصة حرية التعبير و حرية المعتقد و الضمير بالاعتماد على نصوص المجلة الجزائية فقد اعتبر هؤلاء أن المجلة ليست نصا مقدسا منقوشا على الحجارة. كما أن الحدود التي يضبطها تتغير مع تغير العادات و الأخلاق و التقدم الحاصل في حقوق الإنسان و الخيارات السياسية و تقدم العلوم و التقنيات³²⁰ بل ذهب بعض الفقهاء إلى القول بموت الأخلاق الحميدة³²¹ و هو ما يفسر تحلي المشرع الفرنسي تدريجيا

³¹⁷ قرار تعقيبي مدني عدد 3384 مؤرخ في 31 جانفي 1966، المجلة القانونية التونسية لسنة 1968، ص.194.

³¹⁸ منى تقيّة، المقال السابق ذكره، ص.83.

³¹⁹ انظر مثلا الحكم الجناحي عدد 15885 المؤرخ في 3 ماي 2012 (قضية Persepolis) الذي جاء فيه " لئن كانت المواثيق الدولية و الدساتير و التشريعات الوطنية و إجماع الفقه و التطبيقات القضائية قد اتجهت صوب التأكيد على أهمية ضرورة ضمان حرية التعبير عن الرأي من خلال وسائل الإعلام أو غيرها إلا أنها رسمت في نفس الوقت حدودا و قيودا تتمثل خاصة في عدم المساس بالأمن الوطني و النظام العام و الأخلاق الحميدة". مالك الغزواني، المقال السابق ذكره، ص.75.

³²⁰ والإبقاء على مثل هذه المفاهيم لا يكون مانعا من احترام الحقوق و الحريات بل إن خاصية المرونة تجعل من مضامينها تتأقلم مع المستجدات الجديدة التي تنعكس على جملة العادات و التقاليد و تطورها، وهو أمر محتم لإبقاء مثل هذه المفاهيم التي تدخل ضمن بناء قانوني متكامل. منى تقيّة، المقال السابق ذكره، ص.83.

³²¹ انظر:

عن هذا المصطلح و بالتالي فإن ما ذهب إليه القضاء الجزائري من أحكام يعد اعتداء خانقا للحريات باعتبار أن الوظيفة الأولى للقاضي هي حماية الحقوق و الحريات بينما يمثل النظام العام و الأخلاق الحميدة استثناءات تحد من الحقوق و الحريات. و أمام هذه القيود المفروضة على الحريات التي يتمسك فقه القضاء بإرجاعها إلى الأخلاق الحميدة و المحافظة عليها و ما يترتب عنها من خلق فوارق داخل المجتمع الواحد و معاملة تمييزية بين مكوناته و مس من البعد الإنساني الذي يجب أن يتصف به القاضي فقد اقترح هذا الطرح تغيير مصطلح الأخلاق الحميدة على أساس أنه يبقى مصطلح ذا مسحة دينية و يتسم بالضبابية لارتباطه بالتقاليد و العادات و الأماكن ليقترح مفهوم تقدمي يتصل بحقوق الإنسان كالكرامة الإنسانية.³²²

و قد أفرز هذا الطرح الفقهي أثره على فقه القضاء الذي كان مستقرا على الهوية الإسلامية التي تبرر للعديد من أحكامه و الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون التونسي. فقد تمسك جانب كبير من فقه القضاء بضرورة التخلي عن الخصوصية الثقافية و إضفاء مضامين كونية على بعض المبادئ القانونية و خاصة منها مبدأ المساواة الذي كرسه الدستور. وقد برز هذا التوجه الفقه قضائي خاصة في القضاء المدني و تحديدا قضاء الأحوال الشخصية التي حاول فيها الجيل الجديد للقضاة قراءة فصول مجلة الأحوال الشخصية على ضوء الاتفاقيات الدولية المصادق عليها. فكان صدور القرار التعقيبي المدني عدد 31115/2008 المؤرخ في 2009/02/05 المعروف ب "قرار ثريا" و الذي طرح بدوره مرة أخرى مسألة زواج المسلمة بغير المسلم و المعاملة التمييزية تجاهها. و قد اعتبرت المحكمة " إن ضمان حرية الزواج المرأة على قدم المساواة مع الرجل المكرسة بالفقرة ب من الفصل 16 يمنع القول بوجود أي تأثير لمعتقد المرأة على حريتها في الزواج و بالأثر على حقها في الميراث اعتبارا لإلزامية الاتفاقيات الدولية التي تفوق إلزامية القوانين العادية طبقا لأحكام الفصل 32 من الدستور".³²³ و قد كان لهذا القرار و غيره من القرارات التي لحقته و

Dominique Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes, vive l'ordre public philanthropique ! » In Le droit privé français la fin du Xxe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala, Lexis Nexis, Paris ?2001,p. 23.

³²² مُجد الأمين الجلاصي، تجريم التمييز في القانون التونسي قراءة في تقرير لجنة الحريات الفردية و المساواة، على الرابط السابق ذكره.

³²³ عصام الأحمر، الجديد في فقه القضاء 2018، مجمع الأثرش 2018، ص.257.

ساندته دورها في تغيير سياسة الدولة من هذه المسألة و إلغاء المنشور 216 الصادر بتاريخ 5 نوفمبر 1973³²⁴ بمقتضى المنشور عدد 164 الصادر عن وزير العدل بتاريخ 8 سبتمبر 2017 و الذي اعتبره مخالفا للاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة التونسية.

و الحقيقة أن هذا السجال الفقهي و القضائي الذي انطلق منذ سنوات في تونس بتأثير من السياق الدولي لحقوق الإنسان ينحصر في الإشكال التالي: هل أن الحق في ممارسة الحريات الأساسية كممارسة الامتيازات الناشئة عن صفة الذات البشرية بدون تمييز تعني إلغاء كل الضوابط القيمة و القضاء على الخصوصية الثقافية للمجتمع و تحويل الحقوق إلى حقوق مطلقة لا محدودة؟ و هل أن عدم التمييز يعني إنكار الهوية؟

كانت سياسة الدولة منذ الاستقلال هو صناعة "التونسة" أي الشخصية التونسية بخصائصها الذاتية من قبل النظام البورقيبي و الذي اقتضى آنذاك رفض أي هوية أخرى. لذلك تحتم في تلك الحقبة التاريخية على الهويات السوداء و الأمازيغية و الهويات الدينية مثل اليهودية أن تذوب في الهوية العربية الإسلامية السنية التي صاغتها الدولة.³²⁵ و قد حافظت تونس على هذا التمشي حتى بعد انفتاحها على المنظومة العالمية لحقوق الإنسان و مصادقتها على العديد من الاتفاقيات.³²⁶ فقد أكدت تونس مثلا بمناسبة النظر في التقارير الدورية للدول الأعضاء حول تنفيذ الاتفاقيات الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري مع اعترافها بالناطقين باللغة الأمازيغية على الهوية التونسية التي استوعبت تاريخيا التراث الأمازيغي. وهذه الهوية التونسية بتجزؤها في الثقافة العربية الإسلامية تحول دون أن يتحول الفعل المثلي، فعلا مشروعا برغم عدم إنكار حقوق هذه الفئة الاجتماعية المدنية و السياسية و معاملتها معاملة متساوية مع بقية أفراد المجتمع التونسي على أساس المواطنة. فالمساواة وعدم التمييز في العالم العربي الإسلامي وتحديدًا في تونس تأخذ موقعا خاصا في العلاقة الجنسية طالما أن النموذج الذي رسمته مجلة الأحوال الشخصية للعلاقة و القائم على الغيرية لا يزال ثابتا لم يتغير. و العامل الديني كعامل يعرقل تحقيق القضاء على التمييز ضد الأقليات المختلفة هي مسألة لا ينفرد بها العالم العربي الإسلامي بل تطرح كذلك

³²⁴ الذي حجر إبرام عقود التونسيات المسلمات بغير المسلمين إلا في صورة الإدلاء بما يثبت اعتناق الزوج الدين الإسلامي.

³²⁵ قانون مناهضة التمييز العنصري في تونس: نتائج متباينة لقانون رائد، على الرابط السالف ذكره.

³²⁶ الفصل 44 من الدستور.

حتى في العالم الغربي المسيحي. فقد عارضت الكنيسة مؤخرا في فرنسا مشروع القانون الذي يبيح الزواج المثلي رغم أن القانون الذي أسس لائتكية الدولة ومن خلاله تحييد الكنيسة كان صدر منذ 1905.³²⁷ كما أن فقه القضاء الفرنسي كذلك اعتبر في وقائع قضية عرضت على محكمة باريس سنة 1984 تتعلق وقائعها بمضمون لافتة اشهارية لفيلم عرضت السيدة مريم في صورة خليعة أن هذه اللافتة فيها مساس بالمقدس و بالديانة المسيحية لأن الصورة تضمنت شخصية دينية. فهذه اللافتة هي ماسة بالشعور الديني للمنتمين للديانة المسيحية باعتبارها عرضت في الطريق العام مما يحتمل أن تواجه أنظار هذه المجموعة و تمس بشعورهم الديني وهو ما دفع المحكمة إلى إدانة الشركة التي قامت بتثبيت اللافتة.³²⁸

من الناحية التقنية كذلك، تقوم أحكام الفصل 55 من الدستور حائلا دون الممارسة المطلقة للحقوق باسم إلغاء كل أشكال التمييز. فالهيئات القضائية و إن أسند لها حماية الحقوق و الحريات من كل انتهاك فإنه كذلك موكول له تقدير القيود التي قد تتسلط على هذه الحقوق و الحريات و اعتمادها إذا كانت مبررة بأهدافها و متلائمة مع دواعيها، و هو ما يطلق عليه بقيد التناسب الذي وقع تعريفه بكونه التلاؤم بين الفعل و ردة الفعل.³²⁹ فالحقوق و الحريات محكومة بضوابط مجتمعية يعبر عنها قانونيا بالنظام العام و الأخلاق الحميدة،³³⁰ هذا المفهوم الذي سبق شرحه سابقا يقوم أساسا تشريعيًا صلبا للخصوصية الثقافية و الهوية التونسية. ثم إن المشرع

³²⁷ ماهر عبد مولاه، حقوق الإنسان و الحريات العامة في تونس، مجمع الأطرش لنشر و توزيع الكتاب المختص، تونس 2020، ص.75.

³²⁸ انظر:

Yves Strickler, Le juge des référés, juges du provision, Thèse pour le doctorat en Droit, Faculté de droit et des sciences politiques et de gestion, Université Robert Schuman de Strasbourg, 1993, éd. universitaires Européennes, 12 novembre 2010, p.307 et s.

³²⁹ انظر: -Dalloz, 2014, Lexique des termes juridiques, 22^e édition,

2015, p.778

³³⁰ و أطلق عليها الدستور عدة مسميات "الدفاع الوطني، أو الأمن العام أو الصحة العمومية أو حماية حقوق الغير أو الآداب العامة" انظر الفصل 55 من الدستور.

الدستوري نص في الفقرة الثانية من الفصل 55 من الدستور على أنه " يجب أن لا تمس هذه القيود بجوهر الحقوق و الحريات المضمونة بهذا الدستور". و المشرع لم يعرف المقصود بالقيود لكن الثابت أنه يجب أن لا يتعلق بجوهر الحق أي بوجوده لا بكيفية ممارسته أو طريقة أدائه. فطريقة أو منهج الممارسة قابل للتحديد و للتقييد. و الدولة محمولة على اتخاذ إجراءاتها ضد طرق التعبير عن الحقوق المهينة، و هو ما أكدت عليه محكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي اعتبرت أن العامل الحاسم في إدانة الآراء هو الطريقة التي وقع بها التعبير عنها لا مضمون هذه الآراء في حد ذاتها، بل ذهبت هذه المحكمة إلى مسؤولية الدولة عن عدم تدخلها بحسب خطورة الانتهاكات التي تتعرض لها آراء و أفكار دينية. كما اعتبرت أن الصائب اعتبار تدخل السلط الوطنية في ممارسة حرية التعبير مبررا طالما أنه يحمي حقوق المسيحيين.³³¹ فالحق في حرية التعبير و الحق في حرية الضمير لا يعني السماح بكل الممارسات الممكنة و التعبيرات اللامشروطة لهذه الحقوق التي تبقى مقيدة بضوابط المنظومة التي تنزل في إطارها وما تفرضه خصوصيتها طالما أن تلك الحقوق لم يقع المساس بها في جوهرها.³³²

³³¹ مأخوذ عن: Rawene Ben Ragaya, La liberté d'expression face à la

liberté de religion, infos juridiques, n° 266/267 octobre 2018 p28,

³³² أشار الإعلان العالمي للتنوع الثقافي الصادر عن المنظمة الدولية للتربية و الثقافة و العلوم (اليونسكو باريس 2001) إلى أهمية إدماج العامل الروحي و الخصوصية الثقافية في مقاربات حقوق الإنسان من أجل تحقيق الأمن و الاستقرار الدوليين. و نص في فقرته الخامسة من الديباجة على " أن الثقافة ينبغي أن ينظر إليها بوصفها مجمل السمات المميزة الروحية و المادية و الفكرية و العاطفية التي يتصف بها مجتمع أو مجموعة اجتماعية و على أنها تشمل إلى جانب الفنون و الآداب طرائق الحياة و أساليب العيش معا و نظم القيم و التقاليد و المعتقدات".

الضوابط القانونية لإختيار جنس الجنين بين التطور العلمي الصحي والموانع الشرعية

Legal controls for choosing the sex of the fetus between healthy scientific development and legal impediments

د.صحي مُحمد أمين mohamed.sohbi@univ-sba.dz

ط.د حمياني عبد المجيد Magidbachir6@gmail.com

كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962 / جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس

ملخص: بما هو معلوم أن الإنسان مجبول على حب الولد والرغبة في الإنجاب، فعاطفة الأبوة وكذلك الأمومة ما هي إلا رغبة قوية تنادي الإنسان وتلح في النداء رغبة في إشباع تلك الغريزة وجلب ذلك الشعور، إلا إن إنجاب الذرية وتعيين نوعها هو رزق من الله تعالى قام بتقسيمه بين العباد فمنهم من كتب له أن يرزق البنين، ومنهم من رزق البنات، ومنهم من رزق كلا النوعين ومنهم من كتب له أن يكون عقيما، فأخذ البعض يبحث عن الوسائل الممكنة للحصول على جنس المولود الذي يرغب به، إذ يتطلع الكثير من الآباء إلى الذكور وآخرون إلى الإناث ويلجئون إلى الطرق المتوارثة وإلى العارفين والدجالين للتدخل في الأقدار والتحكم في جنس الجنين، ويبقى السؤال الأهم هو ما الحكم الشرعي لعملية تحديد جنس الجنين في الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية: الجنين - الجنس - التلقيح الإصطناعي - بنوك البويضات - الأحكام الشرعية.

Abstract: From what is known is that man is innate to love a child and desire to have children, so the emotion of fatherhood as well as motherhood is nothing but a strong desire that calls out to man and persists in the call desiring to satisfy that instinct and bring that feeling, except that the birth of offspring and the determination of their type is a provision from God Almighty that He divided it between Servants, some of them were prescribed to be provided with sons, and some of them were provided with daughters, and some of them have both types of sustenance, and some of them are written for him to be sterile, so some took looking for possible means to obtain the sex of the child he desires, as many parents look to males and others to females and resort to inherited methods and to the gnostics and charlatans to intervene in destinies and control their fate, The sex of the fetus, and the most important question remains, what is the legal ruling on the process of determining the sex of the fetus in Islamic law.

KeyWords: Embryo - type of person - artificial insemination - oocyte banks- legal rulings.



مقدمة:

الحمد لله الذي خلق الزوجين الذكر والأنثى، وأنعم على عباده بكل الخيرات والبركات كما خلق كل شيء فقدره تقديرا، قال الله تعالى ﴿ إِنَّا كُلَّ شَيْءٍ خَلَقْنَاهُ بِقَدَرٍ ﴾ وختم رسالته بأعظم رسول محمد ﷺ وأنزل عليه أفضل كتاب ومن اتبعه بإحسان إلى يوم الدين وأشهد لا إله إلا الله محمدًا رسول الله.

إن من الحكم العظيمة التي قصدها الشريعة الإسلامية من خلال تشريع النكاح، تكاثر الناس وتوالدهم مما يضمن لهم بقاء النسل ودوامه، وذلك من خلال الإنجاب الذي يحدث بعد الزواج كما قيل قديما "الأولاد ثمار القلوب، وعماد الظهور".

لهذا ظلّ وسيبقى أمر جنس المولود المنتظر هو الشغل الشاغل للوالدين لعدة اعتبارات كما أن الله سبحانه وتعالى فطر قلوب الناس على حب الولد، فالأولاد سواء كانوا ذكورا أم إناثا فهم هبة من الله تعالى لبني آدم ، قال تعالى ﴿ لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنْثَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ * أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنثَاءً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴾، كما جعل الله الأولاد من زينة الحياة الدنيا ومهجتها بهم تسر النفوس وتقر العيون، قال الله تعالى: ﴿ زَيْنٌ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ ﴾، وقال أيضا ﴿ الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ﴾.

كما تعتبر مسألة تحديد جنس الجنين، من المسائل التي شغلت العالم قديما وحديثا، واختلفت الآراء حولها، وإذا كان تحديد جنس الجنين يُضرب بجدوره بالسلوكيات الطبيعية في مختلف الثقافات، فإن اليوم نعيش زمنًا تطور فيه العلم واتسع، حتى أصبح بإمكان علماء الطب الإنجابي التحكم بأشياء كثيرة مما سهل على الزوجين من اختيار جنس الولد الذي يرغبان في إنجابيه وفق التقنيات الصناعية، سواء كان ذلك قبل الإخصاب، أو بعده، كما تمكنت التقنيات الحديثة من تحديد جنس الجنين بعد الحمل به.

كما جاءت الأحكام الشرعية خدمة لمصالح العباد، فما من أمر شرعه الإسلام في الكتاب أو السنة إلا وكانت فيه مصلحة حقيقية بحيث تنقسم هذه المصالح إلى خمس كليات هي: حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ النسل، وحفظ المال، لأن الدنيا التي يعيش فيها

الإنسان تقوم على هذه المعاني التي لا تتوافر الحياة الإنسانية إلا بها وأن الله سبحانه و تعالى كرم الإنسان بقوله تعالى:

ومن القضايا التي شددت انتباه علماء المسلمين في مختلف تخصصاتهم ومجالاتهم، والتي تثار من وقت لآخر في المحافل العلمية والجامع الفقهية، ودارت حولها المناقشات الطويلة على المستوى العام، وتناولها العلماء بالدراسة والتحليل، قضية التحكم في اختيار جنس الجنين، لكن ما يهمننا حقيقة ضمن هذه الدراسة هو التعرف على الحكم الشرعي من خلال الفتاوى والبحوث ومقالات علماء المسلمين وفقهائهم مع الوقوف على الحياد أو الترجيح إذا اقتضت الضرورة ما يرى أنه متماشيا مع الحق وتوجد فيه مصلحة للمجتمع عامة والفرد خاصة، فبالرغم من أن هذه التقنية من القضايا المعاصرة (مستجدة) إلا أن الفقهاء أعطوا لها حكما شرعيا وانقسموا إلى معارض ومجيز، كل على حسب أدلته و حججه التي يستند عليها.

لكن باكتشاف الإنجاب الصناعي بوسائل المختلفة لم يعد الطب يقتصر فقط على علاج الحالات المرضية، وإنما أصبح أيضا يستجيب لرغبات معينة، وهكذا دخلت البشرية عن طرق التلقيح الصناعي "عصر طب الرغبة"، إذ أن إجراء عملية تلقيح صناعي لا يهدف إلى علاج مرض بالمعنى الدقيق، وإنما الاستجابة لرغبة الزوجين في الحصول على ولد وتحقيق أمنية عزيزة عليهما.

ولقد اثبت الواقع بالفعل مثل هذا التخوف وهكذا تطورت رغبة الأفراد من مجرد غريزة الأمومة والأبوة للحصول على ولد جراء ثمرة التلقيح الصناعي إلى الرغبة في الحصول على جنس معين، ذكرا أو أنثى حسب الأحوال، وتبدو خطورة الأمر في الاكتشافات الطبية التي قد أثبتت بعض النجاحات في مجال التحكم في جنس الجنين، وللوقوف على واقع هذه المسألة من حيث حقيقتها وطرقها، ثم بيان الحكم الشرعي لها وموقف القانون منها.

ويمكن القول إن دراسة هذا الموضوع الشائك يطرح الكثير من الإشكالات القانونية أهمها: ماذا نقصد بالتحكم في جنس الجنين وبنوك البويضات، وما هي الحدود الشرعية والقانونية والتطورات العلمية الطبية الحاصلة فيه من ذلك.

و للإجابة على هذه الإشكالية يجب أولا الإجابة على هذه التساؤلات:

(1) هل من الممكن طبيا تحديد جنس الجنين قبل تخلقه ؟

2 هل يعتبر الإختيار لجنس الجنين وتحديد معارض لمشيئة الله ومنافيا للعقيدة الإسلامية ؟

3 ما هو التكييف الفقهي و القانوني لهذه المسألة ؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة آثرنا أن تكون هذا البحث تحليلي مقارن ومقارب وفقا لما تتضمنه أي نقطة من نقاط هذا البحث، فأحيانا يتبع الأسلوب التحليلي لتحليل بعض الآراء الفقهية والتعليق على النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث كما أن دراستنا مقارنة بمجموعة من التشريعات الصادرة في العديد من الدول.

ولمعالجة موضوع بحثنا ارتقمنا أن نقسم دراستنا إلى محورين، سنتناول في المحور الأول التأصيل المفاهيمي للتحكم في جنس الجنين وأسباب إختياره في إطار بنوك البويضات أما المحور الثاني سنتطرق إلى الأحكام القانونية للتحكم في جنس الجنين.

المحور الأول: التأصيل المفاهيمي للتحكم في جنس الجنين وأسباب إختياره في إطار بنوك البويضات

إن مسألة الرغبة في اختيار جنس الجنين ليست جديدة، فهي قديمة قدم الإنسان، وقد أدت إلى حب الوالدين على طلب إنجاب الأولاد، والسعي في تحصيلهم ولاسيما إلى المواليد الذكور على وجه الخصوص، فلا يزال جنس المولود يلعب دوراً مهماً في حياة الأبوين والعائلة فالرغبة جامحة للحصول على المولود الذكر فهو يحفظ اسم العائلة ويجلب لها قوتها، لذلك حاول الناس عبر العصور الوصول إلى الآليات المناسبة التي من شأنها أن تسمح لهم بتحقيق ذلك، وربما كان احدهم يلجأ إلى طرق غريبة كالتعاويد والخرافات والشعوذة وظهرت في هذا المجال النظريات الكثيرة التي تدعي بان إتباع منهج معين سوف يؤدي إلى إنجاب ذكر أو أنثى، فمثلاً كان البعض ينصح بالقيام بالعملية الجنسية في وقت معين من الدورة الطمثية عند المرأة، أو في ساعة معينة من الليل، وكذلك كان يتكهن آخرون بان حصيلة الجماع سوف تكون الحمل بذكر إذا صادفت الإباضة وقتاً معيناً من مراحل القمر.

وأصبح النساء اللواتي يبنون إرجاء مشروع من حياتهن الاستفادة من طريقة جديدة لتحقيق ذلك من خلال وضع جزء من مبيضهن في بنك متخصص بهذا النوع من الإيداعات. واقترح الأخصائي في الخصوبة، والذي أجرى أول عملية زرع مبيض كامل في العالم الدكتور

شيرمان سيلبير بأن تقوم النساء بإيداع جزء من مبيضهن في بنوك مختصة وهنّ في مرحلة الشباب، وذلك في حال أردن الحمل في سنّ متأخرة. ويقول العلماء إنّها أكثر فاعلية من تجميد بويضاتهن وأقل تكلفة، غير أن تخزين جزء من مبيض المرأة يتضمّن الحصول على بويضات أكثر من عملية التجميد التقليدية، والتي قد تصل إلى الآلاف منها على دفعات يُجمع خلالها بين خمس وعشر بويضات في كل مرة. عبر هذه الطريقة، فتخزين ثلث مبيض المرأة على سبيل المثال، يعني الاحتفاظ بقرابة ستين ألف بويضة. وأضاف هذا يعني أن المرأة بإمكانها تجميد جزء من مبيضها وهي في التاسعة عشر من العمر، والتمتع بمبيض شاب نشط وصحي في سن الأربعين وقالت المتخصصة في علم أمراض النساء والولادة الدكتورة أدريان لويعندما تؤخذ تلك الأنسجة من المرأة يتم تخزينها لمدة غير محدودة من دون أن تتلف، فهي محفوظة في سائل النيتروجين، وعندما ترغب المرأة في الإنجاب تُزرع الأنسجة مرة أخرى في مبيضها وفي سياق متصل، لا تشكل إزالة أجزاء من أنسجة المبيض ضرراً بباقي المبيض، فإن أرادت المرأة في سن متقدمة محاولة الحمل بطريقة طبيعية يبقى ذلك ممكناً. ويقول العلماء إن هذه الممارسة أقل كلفة من استخراج بويضات منفردة. وُولد ثلاثة وعشرون طفلاً حتى الآن من أمهات زُرِعَ لهنّ مبيضاً كاملاً أو أجزاء من المبيض. وهناك سبعة مراكز في العالم فقط تُجمد أنسجة المبيض موزّعة بين الولايات المتحدة وأستراليا وبعض دول آسيا. ويُذكر أن في بريطانيا لا يزال هذا الإجراء الطبي محظوراً، رغم أن علماء بريطانيين جربوها بنجاح في السابق، أصبح النساء اللواتي يبنون إرجاء مشروع من حياتهن الاستفادة من طريقة جديدة لتحقيق ذلك من خلال وضع جزء من مبيضهن في بنك متخصص بهذا النوع من الإيداعات.

وعند العرب فقد كان معلوماً أنّهم يفضلون و يحبون جنس البنين على البنات، ولا يرغبون بإنجابهن وهذه حقيقة أكدها القرآن الكريم إلى هذه الكراهية حيث قال الله عز وجل : ﴿ وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ ﴿٥﴾ يَتَوَارَىٰ مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ أَيُمْسِكُهُ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ ﴿٦﴾ ، بل الأمر تعدى مسألة الشعور بالعار إذا بشر أحدهم بالأنثى بل تجاوز ذلك إلى وأدهن بالتراب خوفاً من العار أو الخوف من الفقر، ولم يغفل الفلاسفة والعلماء العرب عن مسألة تحديد جنس الجنين، فقد نقل عنهم الرأي بان السخونة والبرودة تكون سبباً في تحديد الجنس، فكل من كان أسخن مزاجاً فهو الذكر، وكل

من كان أكثر برودةً ورطوبةً فهو المرأة، ثم قالوا : المني إذا انصب إلى الخصية اليمنى من الذكر، ثم انصب منه إلى الجانب الأيمن من الرحم كان الولد ذكراً تاماً في الذكورة، وإن انصب إلى الخصية اليسرى من الرجل، ثم انصب منها إلى الجانب الأيسر من الرحم ، كان الولد أنثى تاماً في الأنوثة.

المطلب الأول: مفهوم تحديد جنس الجنين

الحدث القديم الذي يتجدد أمام أعيننا كل يوم هو الولادة، وهي سنة الحياة أو السنة التي خلق الله فيها البشرية، بحيث يسجل البشر حالة وفاة واحدة أو عدة حالات وفاة في كل لحظة، بما يتوافق مع ولادة واحدة أو عدة ولادة في نفس الوقت، لذلك يستمر وجود البشر. الولادة أو ما يسمى أيضاً المخاض: هي ذروة الحمل عندما يغادر الجنين الناضج والقادر على الحياة خارج الرحم، نتم في هذه الدراسة بتعريف جنس الجنين والمصطلح الجديد الذي يطلق عليه وما حققه العلم في التدخل في الحقائق المجهولة لتحقيق رغبة الإنسان في إختيار جنس الجنين المرغوب وما حققه العلماء.

الفرع الأول: تعريف جنس الجنين

أولاً- تعريف الجنين لغة و اصطلاحاً

1- تعريف الجنين لغة

وكلمة الجنين في اللغة مأخوذة من مادة (الجن) وتعني الخفي والمخفي، فإذا غطته صار جنوناً، وكل ما يخفيه عنك يجنون عليك، يأتي في كلام الله، عن رسول الله ﷺ: ﴿ فَلَمَّا جَنَّ عَلَيْهِ اللَّيْلُ ﴾ أي تغطيه بظلامه قيل: إن للقبر الجنن لستره الميت، وهي السماء التي تحتبئ وتختفي، يحمي السلاح، وكل ما يحمي هو الجننة، وما ورد في حديث معاذ بن جبل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الصوم جننة) أي يقي صاحبه من الشهوات ، ويقال للقلب الجنان إما لاستتاره في الصدر أو لوعيه الأشياء وهمه لها، كما أن الجن سمو بهذا الاسم لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار، وكل مستور جنين والجنين " الولد ما دام في بطن أمه لاستتاره فيه، والجمع اجنه أو اجنن بإظهار التضعيف " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ ﴾.

2- تعريف الجنين اصطلاحاً

نقصد بالتعريف الاصطلاحي للجنين الطور الذي يمكنه في بطن أمه حتى يطلق عليه اسم الجنين، ولذا نجد مذاهب الفقهاء اختلفت في تحديده:

عرفه الأحناف: إن الجنين لا يسمى جنينا إلا إذا استبان خلقه أو بعض من خلقه أي، ما ظهر فيه شيء من أثار كالشعر و الرأس، وإلا يسمى مضغة أو علقة، ولا يستبين خلقه إلا في مائة و عشرين يوما بنفخ الروح فيه.

وعرفه المالكية: بأنه ما طرحته من مضغة أو علقة فما فوق ولو لم تستبين منه شيء من خلقه فهو جنين، و تترتب عليه أحكام، كإنقضاء العدة، وقد سئل مالك عمّن القته المرأة هل فيه الغرة فأجاب: إذا القته فعلم أنه حمل وإن كان مضغة أو علقة أو دما ففيه الغرة، وتنقضي به العدة من الطلاق، وتكون به الأمة أو ولد.

لكن المعلوم عندهم في أقل ما يعتبر به الجنين كونه علقة أي دما متجمدا هو أنه إذا صب عليه الماء الحار لا يدوب أما إم ذاب فليس فيه شيء.

وعرفه الشافعية: بأنه ما كان في البطن و أقل ما يكون به جنينا أن يفارق المضغة والعلقة حتى يتبين منه شيء من خلق آدمي إصبع أو ظفر أو عين أو ما أشبه ذلك.

وعرفه الحنابلة: بأنه ما تبين فيه خلق إنسان و لو خفيا، وقال ابن قدامة: أن المرأة إذا ألفت بعد فرقة زوجها شيئا، لم يخل من خمسة أحوال: أحدهما، أن تضع ما بان فيه خلق الآدمي من الرأس و اليد و الرجل، فهذا تنقضي به العدة بلا خلاف بينهم، فالجنين عندهم ما كان بعد ثمانين يوما. من خلال التعريفات نجد أن الأحناف و الشافعية أخرجوا من التعريف العلقة و المضغة غير مستبانة و اشتروا استبانة الخلق كله أو بعضه، بالنظر إلى تعرف الحنابلة نجد أنهم أخرجوا النطفة و العلقة عند عدم التصور و بذلك يكون تعريفهم غير جامع، أما المالكية فشمل تعريفهم المضغة و العلقة وما يعلم أنه ولد فتعريفهم جامع مانع لشموله على ما يطلق عليه الجنين و منع دخول غيره فيه.

ثانيا- الجنين في إصطلاح الأطباء (العلمي): البويضة المخصبة بالحيوان المنوي و الآخذة في الانقسام و النمو من بداية تكوينها و حتى الولادة و من علماء الأجنة من يطلق الجنين على الفترة الواقعة بين انفراد البويضة الملقحة في جدار الرحم و نهاية الأسبوع الثامن ثم يطلقون عليه بعد ذلك اسم حُميل إلى أن يولد.

الفرع الثاني: مفهوم الجنندر أو الذكر و الأنثى

مند القدم يستعمل مصطلح جنس الإنسان (ذكر أو أنثى) حتى جاء مفهوم جديد (الجندر) وهو مفهوم يتعدى الفوارق البيولوجية بين النساء و الرجال.

إن فهم موضوع الجندر أساسي و أمر بالغ الأهمية لفهم مدى تأثير عمليات التنمية على كل من الذكور والإناث، بينما نحن كبنات وفتيان نولد باختلافات بيولوجية بين الجنسين تظهر في حقيقة أننا نحمل أعضاء جنسية مختلفة، لكل منها وظيفتها كإنجاب وإخصاب، نجد أن الاختلافات الأخرى التي تنشأ في مجتمعنا ليست ذات صلة حول هؤلاء الأعضاء، ولكن حول الأدوار المتوقعة التي يلعبها المجتمع وكيف ينظر إليهم المجتمع.

أولاً- النوع الاجتماعي أو الجنوسة أو الجندر Gender:

هو مجموعة الصفات المتعلقة و المميزة ما بين الذكورة و الأنوثة، اعتمادا على السياق يمكن أن تشمل هذه الصفات الجنس البيولوجي (أي حلة كون الإنسان ذكر أو أنثى)، بحيث يرمز لكل جنس برمز خاص به.

كما يطلق أيضا هذا المصطلح (الجندر) على العلاقات و الأدوار الاجتماعية و كذا القيم التي يحددها المجتمع من كلا الجنسين (الرجال و النساء)، و تتغير كل من هذه الأدوار العلاقات و القيم بتغير المكان و الزمان بسبب تداخلها و تشابكها مع العلاقات الاجتماعية الأخرى كالدين، الطبقة الاجتماعية، العرق.....الخ.

ثانياً-الذكر والأنثى في نظر الإسلام

قال الله تعالى: ﴿ فَلَمَّا وَضَعَتْهَا قَالَتْ رَبِّ إِنِّي وَضَعْتُهَا أُنْثَىٰ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا وَضَعْتَ وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثَىٰ وَإِنِّي سَمَّيْتُهَا مَرْيَمَ وَإِنِّي أُعِيذُهَا بِكَ وَذُرِّيَّتَهَا مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴾ فهذه الآية الكريمة تتكلم عن قصة السيدة مريم العذراء عليها السلام ، ويؤكد وجود فروق بين الرجل والمرأة ، واختلافات اجتماعية ومعرفية بين الرجل والمرأة . كما أكد علم النفس، خاصة من قبل علماء نفس الطفولة والمراهقة: أن أجساد النساء والرجال متميزة، لأن محادثة اليوم مبنية على تمييز الله بين صفاتهم النفسية والمعرفية ، ولا تقتصر على الفروق السطحية، بل أكثر من ذلك.

1) ميول الذكور تختلف عن ميول الإناث مند الصغر:

إن المرأة مثل الرجال تمامًا من حيث التكليف والتشريف، لكنهن يختلفن عن الرجال في بعض الخصائص الأخرى مثل البنية الجسدية، النفسية والخصائص الاجتماعية والمزايا في القوة

وطبيعة إدراكها، كانت للفنأة اهتمامات وميول وتطلعات مختلفة عن شقيقها الأصغر في سن مبكرة للغاية ، على الرغم من أن علامات الذكور والإناث لم تظهر بعد.

(2) خلق الله الأنثى على نحو خاص يؤهلها أن تكون أما:

إن الله سبحانه و تعالى حينما خلق الذكر وخلقته على نحو خاص في تفكيره، علاقاته، نفسيته و اجتماعيته، و في كل شؤون حياته و حينما خلق الأنثى خلقها على نحو خاص، يؤهلها أن تكون أما في أعلى مستوى.

لذلك حينما قالت هذه المرأة يا رسول الله: " إن فلانا تزوجني وأنا شابة ذات أهل ومال وجمال، فلما نثر بطني - أنجبت له أولادا - وذهب مالي، و تفرق أهلي، قال : أنت علي كظهر أمي، ولي منه أولاد، إن تركتهم إليه ضاعوا، وإن ضممتهم إلي جاعوا " بينت هذه المرأة بشكل عفوي للنبي عليه الصلاة والسلام، أنها إذا ضمت أولادها إليها جاعوا، لأنها لا تكسب الرزق، وإذا ضممتهم إلى أبيهم ضاعوا، لأنه لا يحسن تربيتهم.

(3) المرأة و الرجل متساويان في التشريف و التكليف

إن تصميم الله عز وجل للذكر غير تصميمه للأنثى، فالتصميمان مختلفان، لكن التشريف والتكليف واحد، فالمرأة مشرفة كالرجل، قال تعالى: ﴿ إِنَّ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ وَالْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ وَالْقَانِتِينَ وَالْقَانِتَاتِ وَالصَّادِقِينَ وَالصَّادِقَاتِ وَالصَّابِرِينَ وَالصَّابِرَاتِ وَالْخَاشِعِينَ وَالْخَاشِعَاتِ وَالْمُتَصَدِّقِينَ وَالْمُتَصَدِّقَاتِ وَالصَّائِمِينَ وَالصَّائِمَاتِ وَالْحَافِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَالْحَافِظَاتِ وَالذَّاكِرِينَ اللَّهَ كَثِيرًا وَالذَّاكِرَاتِ أَعَدَّ اللَّهُ لَهُمْ مَغْفِرَةً وَأَجْرًا عَظِيمًا ﴾، وقال تعالى: ﴿ مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْثَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّه حَيَاةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴾ ﴿ فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِنْكُمْ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْثَى بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ فَالَّذِينَ هَاجَرُوا وَأُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأُوذُوا فِي سَبِيلِي وَقَاتَلُوا وَقُتِلُوا لَأُكَفِّرَنَّ عَنْهُمْ سَيِّئَاتِهِمْ وَلَأُدْخِلَنَّهُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ ثَوَابًا مِنْ عِنْدِ اللَّهِ وَاللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الثَّوَابِ ﴾

فالمرأة مساوية للرجل تماما من حيث التشريف، ومساوية له تماما من حيث التكليف، مكلفة بالإسلام، مكلفة بالإيمان، مكلفة أن تعرف حقوق الزوج، مكلفة أن تعرف ربهما، أن تعرف أمره، ولكن التصميم مختلف.

فأي عمل أو تغيير يدخل هذا المخلوق الذي صمم على نحو خاص في مجال آخر أو العكس يؤدي إلى الفساد في الأرض، لأن هذا من إعجاز الله عز و جل.

4) علاقة الليل و النهار مع خلق الذكر و الأنثى:

يقول الله تعالى: ﴿ وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ * وَالنَّهَارِ إِذَا تَجَلَّىٰ * وَمَا خَلَقَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَىٰ ﴾، وبالرغم من أن الليل و النهار مفترقان إلا أن تعاقبهما ضروري من أجل تحقيق التجانس و التكامل بينهما لضمان استمرارية الكون، فكذلك يتحقق تكامل الذكر و الأنثى من خلال ارتباط و تلاحم الأدوار المختلفة الخاصة بكل واحد منهما، قال تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾، فالمرأة سيدة البيت، مخلوقة كي تربي الأولاد، و ليسكن إليها، و الرجل مخلوق للعمل و السعي من أجل جلب الرزق.

المطلب الثاني: أسباب إختيار جنس الجنين

إن فكرة تحديد جنس الجنين، والسعي وراء التحكم في نوعه، قد شغلت تفكير المهتمين بهذا المجال كثيرا، وهذا راجع لعدة دوافع تختلف من شخص لأخر، لذا كان لا بد من عرض تلك الأسباب.

الفرع الأول: الأسباب الطبية

تمثل الأسباب الطبية لاختيار جنس الجنين في الوقاية من بعض الأمراض الوراثية، فهناك أمراض تنتقل عن طريق الصبغي الجنسي (X)، فهي تحدث عند جنس دون الآخر و تسمى: " الأمراض المرتبطة بالجنس"، حيث هناك أكثر من خمسمائة مرض وراثي مرتبط بالجنس، وقد يكون المرض شديد الخطورة مما يؤثر على حياة الجنين.

أولا- حقيقة المرض الوراثي

لقد بات واضحا في العصر الحديث الكثير من المفاهيم و الحقائق العلمية المتعلقة بالوراثة، وذلك ثمره لجهد إنساني طويل، فمن المعلوم أن العلماء القدامى قد اهتموا كثيرا بها حتى أصبح لها

علم خاص بها وهو علم الوراثة، و لتصوير هذه القضية لابد من الاشارة إلى بعض المفاهيم العلمية المتعلقة بها وذلك على النحو التالي:

إن أساس مبنى جسم الإنسان على وحدة صغيرة و هي الخلية، وصفات الإنسان تتقرر بفعل عوامل وراثية تسمى جينات مرتبة على جسيمات تعرف بالصبغيات أو الكروموزومات والتي من مادة الـ **DNA** المرتبطة مع البروتينات لتشكل في مجموعها المادة الوراثية.

وقد أخذ اسم (**DNA**) من الأحرف الأولى للحمض النووي المؤكد باللغة الإنجليزية (**Eoxyribo Nucleic Acid**) و الأحماض النووية (**Nucleic Acud**) مركبة من سلسلة متراصة من الأحماض النووية المسماة النيوكليدات (**Nucleotides**) وكل نيوكليديت يتركب من ثلاث قطع: فوسفات، وسكر، وقاعدة نيتروجينية.

وهذه النيوكليدات تصطف جنباً إلى جنب لتكون سلك طويل ومترابط وذلك عن طريق رابطة فوسفاتية تربط السكر الذي قبلها بالسطر الذي بعدها. وهكذا يستمر هذا الخيط الطويل من النيوكليدات، أول (**DNA**) هو عبارة عن خيطين من تلك النيوكليدات متلاصقين و مجدولين كما تجدل ضفيرة الشعر وذلك بشكل محكم ودقيق ويحافظ على ذلك النظام الروابط التي بين هذه المركبات خاصة الروابط الفسفورية و الروابط التي بين القواعد النيتروجينية.

ولذلك فإنه يطلق على الـ (**DNA**) سلسلة (**DNA CHAIN**)، كما هو شائع بين المختصين.

والمادة الوراثية مركزة في نواة كل خلية وعدد القواعد النيتروجينية المكونة لـ (**DNA**) في الإنسان يبلغ حوالي ستة ملايين، ولكن عدد الكروموزومات التي تحمل هذا الـ (**DNA**) ثابت و هو 23 زوج.

وتظهر الصفات الوراثية نتيجة تفاعل الجينات التي قد يكون هناك اختلافات بسيطة في تركيب الجينات الموجودة في نفس الموقع على الكروموزوم وهذه الجينات تعرف بالأليلات التي نصفها من الأب و النصف الآخر من الأم، بحيث ينتج هذا التفاعل في المولود، إحدى الحالات الثلاثة : إما ظهور الصفة التي جاءت من الأب و تنحي الصفة التي جاءت من الأم أو العكس أو ظهور صفة وسط بين صفة الأب و صفة الأم ، و يتحكم في ذلك قوة أو سيطرة الجين عامل تلك الصفة.

وهذه البلايين الثلاثة من الحروف التي يتكون منها الجينوم يمكن كتابتها على خط طوله متران و هو الطول الفعلي لمجموع الصبيغات داخل نواة خلية واحدة، أما لو أردنا حساب مجموع الطول الكلي الموجود داخل خلايا جسم طفل وليد الذي يتكون من مائة تريليون خلية لوصل طول المادة الوراثية (الجينوم) عند هذا الطفل ما يعادل عشرين مرة ضعف المسافة بين الأرض و الشمس فسيحان الذي خلق فقدر.

من هنا ندرك أن خلق الإنسان عملية دقيقة ومعقدة، وأي اختلال في الجينات أو الكروموزومات يؤدي إلى خلل في خلق الإنسان، وهو ما يعرف بالمرض الوراثي، و قد عرفه بعض العلماء على أنه: "ما يرجع إلى تفاعل تركيب عاملي نادر (الإبل) ينتج عنه مظاهر سيئة التلاؤم في البيئات التي تعطى فيها التراكيب العاملة الطبيعية أو العادية مظاهر غير مرضية. إن أي خلل قد يصيب الجينات أو الكروموزومات يؤدي إلى حدوث المرض الوراثي، فقد يكون الخلل في كروموزوم كامل، وقد يكون الخلل في الجين نفسه.

ثانيا: أبرز الأمراض الوراثية المتعلقة بالجنس:

1-مرض حثل دوشين: هو عبارة عن اضطراب جيني يقوم بإضعاف عضلات الجسم تدريجيا و سبب حدوثه هو وجود معلومة جينية خاطئة أو مفقودة تمنع الجسم من ضخ البروتينات اللازمة لبناء عضلات سليمة والحفاظ عليها، وهو أكثر أنواع الحثل العضلي شيوعا، يصاب به ولد من بين 3500 طفل، أما بالنسبة للفتيات فيحملن الجين المسؤول عن المرض ولكن الأعراض لا تظهر عليهن عادة، ويعيش الأطفال المصابون بهذا النوع من المرض لمدة عشرين عام في الغالب، يعاني ثلث منهم من صعوبات في التعلم و يعاني عدد قليل منهم من تأخر فكري.

2-مرض ليش نيهان: (فرط حمض البول الوراثي): و هو مرض نادر الحدوث ، يعاني بسببه المريض من زيادة كبيرة في حامض البوليك ، بحيث يؤدي ذلك لترسيب هذا الحامض في الدم و البول مسببا فشلا كلويا ، ويؤثر هذا المرض على الجهاز العصبي فينتج عن ذلك حركات لا إرادية تنتهي بالإصابة بالشلل، و من مظاهر إصابة الطفل بنوبات هستيرية و معاناته من التخلف العقلي.

3-مرض الناعور أو الهيموفيليا: و هو مرض في مكونات الدم يؤدي إلى نزيف عفوي قد يكون مميت، و تحدث الإصابة في معظم هذه الأمراض المرتبطة بالجنس عند الذكور كما ذكرت و لا

تحدث عند الإناث في الغالب و بالتالي فإن إمكانية اختيار جنس جنين معين (أنثى من معظم الحالات) سيؤدي لولادة طفل غير مصاب بالمرض وذلك تفاديا لوقوع الضرر البدني و النفسي و المالي على الطفل و أسرته.

الفرع الثاني: الأسباب الغير طبية

الأسباب الغير طبية و تتمثل في:

أولا- الأسباب السياسية: قد تكون الدوافع السياسية هي الرغبة في الإكتثار من جنس الذكور لواع أمنية.

ثانيا- الأسباب العسكرية : ومن أسباب الميل الإنجاب الذكور أهمية وجودهم من الناحية يا- العسكرية، إذ أن وجود الذكر سيساعد في زيادة القوة العسكرية، فالدول تستخدم الذكور في معظم الأعمال العسكرية و هي بهذا تحتاج لعدد منهم لتجهيز جيوشها و لتعويض الخسائر البشرية التي تقع في صفوفها خلال الحروب.

ثالثا- الأسباب الاقتصادية: لوجود الذكر أهمية من الناحية الاقتصادية، إذا يعتبر وجوده محفز للنشاط الاقتصادي لأن التكوين الجسدي للرجل يؤهله للقيام بالأفعال المختلفة التي لا تستطيع المرأة القيام بها لطبيعة تكوينها و محدودية قدرتها.

رابعا- الأسباب الاجتماعية: يعتبر إنجاب الذكور مصدر العزة والقوة داخل المجتمع لأن الذكور هم الذين يتحملون مسؤولية التصدي للأخطار التي تواجه الأسرة، كما يمكن الاعتماد عليهم في قضاء مصالحهم، وهم الذين يحملون اسم العائلة، و من هذا المنطلق تميل الأسرة بشكل عام لإنجاب الذكور، وفي كثير من الأحيان تكون الزوجة مضطرة للاستمرار في الإنجاب حتى تنجب الذكر مهما بلغ عدد أفراد الأسرة، ومهما زادت متطلبات الحياة على إمكانية المتوفرة، ورغم أن الطب أكد أن الزوج هو المسؤول عن تحديد نوع المولود، إلا أنه يصير في حالة عدم إنجاب الذكر، على الزواج مرة أخرى ،وقد يكرر ذلك أكثر من مرة سعيا لإنجاب الذكر، ويمكن القول بأن إنجاب الذكور يمثل حاجة بشرية ذات أهمية بالغة، ولا شك أن ولادة الذكور داخل الأسرة يحمي الكثير من العائلات من التفكك، إذ تشير الكثير من الدراسات داخل الوطن العربي إلى ارتفاع نسبة الطلاق عند الأسر التي تنجب الذكور.

المحور الثاني: الأحكام القانونية لإختيار جنس الجنين

المطلب الأول : الموقف القانوني لبعض التشريعات الأوروبية



اتخذت بعض التشريعات الأوروبية زمام المبادرة لسن قوانين للسيطرة على مسألة التحكم في جنس الجنين التي تتم عن طريق عمليات التلقيح الاصطناعي، من خلال وضع شروط وضوابط لضمان شرعية هذه العمليات حتى لا تنحرف عن إطارها القانوني والشرعي، وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال التشريعين الفرنسي والبريطاني اللذان يعتبران من أكبر المنظومات القانونية التي تناولت المسائل الطبية المستجدة المتعلقة بالجنين.

الفرع الأول: موقف القانون الفرنسي

النتيجة المستخلصة من القانون الفرنسي هي أن المشرع أجاز تقنية التلقيح الاصطناعي بين الأزواج، وبالنسبة للأشخاص غير المتزوجين، يسمح القانون لهم باللجوء إلى المساعدة الطبية من أجل الحمل، ولكن بشرط أن يثبتوا أنهم يقيمون معا لمدة سنتين كاملتين على الأقل، وهذا حسب نص المادة 152 ، الفقرة 2 من قانون الصحة العامة ، متبوعة بالمادة 2141 ، الفقرة 2 من قانون رقم 800-2004 الخاص بالعلوم الإحيائية، ، ويقر شريكاً أن هناك حياة مشتركة بينهما لمدة عامين، الذي يتم من خلال عقد ممنوح من قبل قاضي شؤون الأسرة، من خلال هذه المادة نجد أن التلقيح الاصطناعي للزوجة بالحيوانات المنوية للزوج يتطلب أن يكون الزوج على قيد الحياة ، بحيث يتم تلقيح الزوجة صناعياً بمبي زوجها، بعد انتهاء العلاقة الزوجية يعتبر غير مشروعاً حسب الفقرة 4 من نفس المادة، و على عدم جواز الزرع بعد وفاة الزوج رغم حدوث التلقيح في ظل العلاقة الزوجية.

تؤكد المادتان 152 الفقرة 2 و 2141 الفقرة 2 من قانون الصحة العامة الفرنسي، على ضرورة اختلاف جنس الزوجين الراغبين في اللجوء لعملية التلقيح الاصطناعي، مما يعني أنه لا يسمح لمتحدي الجنس من إجراء هذه العملية، وكذا الحال بالنسبة للمرأة المنفردة أو الرجل المنفرد. نص المشرع الفرنسي في نص المواد السابقة على رضا الزوجين، بحيث لا يجبر أي من الطرفين الآخر على الخضوع لعملية التلقيح الاصطناعي، وأن يكون الرضا صحيحاً ومكتوباً وخالياً من العيوب: كالغش، التدليس والإكراه، و أن يكون أهلاً لهذا الرضا أي بالغاً و عاقلاً، فالأهلية المطلوبة هنا هي أهلية الزواج، فالزوج 18 سنة و الزوجة 16 سنة، فنص المادة 152 الفقرة 2 من قانون الصحة العامة الفرنسي اشترطت رضا الطرفين في عملية التلقيح الاصطناعي سواء بالنسبة للزوجين أو الصديقين على إجرائها.

إشترط المشرع الفرنسي أن يصدر الرضا في شكل كتابي و محاط بالسرية، وتعتبر باطلة إذا مات الزوج أو إذا كان الزوج قد مات أو رفع دعوى الطلاق أو الانفصال أو توقف عن العيش معًا، وهذا ما تؤكدته المادة 311 الفقرة 20 من قانون الصحة العامة، أو حالة عدول الزوجين عن رضاهما في شكل كتابي أمام الطبيب المكلف بإجراء العملية قبل إجرائها، هذا ما أكدته المادة 311 الفقرة 20 من قانون الصحة العامة، كما حظر المشرع الفرنسي الحصول على مقابل لهذه العملية سواء للمركز القائم بهذه العملية أو الطبيب أو العامل بهذا المركز أو المتبرع نفسه، وجميع أشكال الوساطة إذا كانت بالمقابل طبقا لنص المادة 152 الفقرة 13 من نفس القانون، مع حفظ سرية المتبرعين من طرف المركز، كما أن تختلف رضا الزوجين كما ورد في نص المادة 9 675 من قانون الصحة العامة الفرنسي المضاف بالقانون رقم 654 سنة 1994م على أن يعاقب بالحبس خمس سنوات مع غرامة مالية كل من يجمع أو يسحب جينات الإنجاب من شخص حي دون الحصول على رضائه كتابة.

تضيف المادة 18 من نفس القانون الجديد المادة 152، الفقرة 1، من قانون الصحة العامة الفرنسي، والتي تنص على أن أي شخص يحصل على بويضة مخضبة دون التقيد بالشروط المنصوص عليها في الفقرتين 4 و 5 من نفس المادة بالحبس مدة سبعة سنوات و بغرامة مالية.

حالة تخلف رضا الزوجة يسأل الطبيب عن جريمة هتك العرض بالقوة نظرا لمساس الطبيب بعورة الزوجة دون رضاهما، أما الزوج فلا يسأل عن جريمة هتك العرض لأنها زوجته، لكن للزوجة حق اللجوء إلى القضاء طالبة تطبيقها من زوجها لغشه و خداعه لها و في حالة تخلف رضا الزوج أي تلقيح الزوجة بمبي زوجها دون علمه و ذلك نتيجة التواطؤ بين الطبيب و الزوجة، فوفقا لقانون العقوبات لا يجرم فعل الطبيب و الزوجة و إنما للزوج حق الرجوع على الطبيب بمطالبة بالتعويض فقط، كما يحق له طلاق زوجته لغشها له.

لقد أقر المشرع الفرنسي في نص المادة 152 فقرة 2 من نفس القانون والذي يتضمن المساعدة الطبية الإنجابية الهادفة إلى علاج العقم والأمراض الوراثية ، حتى أنه شرع عقوبة لمن يتخطى هذه العناية بالجنين بالحبس لمدة خمس سنوات و بغرامة مالية، ووفقا للمادة 152 فقرة 4 من قانون الصحة العامة، لأنها وسيلة استثنائية للإنجاب تستهدف علاج آثار العقم الذي يعاني من الزوجان و في حالة استهداف الزوجان القيام بالتلقيح الصناعي من أجل اختيار جنس الجنين لمجرد

الرغبة في الجنس معين، سواء ذكرا كان أم أنثى هنا تعتبر عملية التلقيح الصناعي غير مشروعة و محظورة قانونا.

وهذا ما تجرمه المادة 12 فقرة 4 من القانون رقم 653 لسنة 1994م، كما جرمت المادة 511 أي عمل يهدف إلى اختيار جنس المولود الجديد ، وقرر فرض عقوبة بالسجن لمدة 30 عامًا وغرامة قدرها 7 ملايين يورو و 200 ألف يورو.

التلقيح الاصطناعي للزوجين لتحديد جنس مجموعة من الأجنة للحفاظ على الجنس المثالي واستبعاد الآخر لمجرد الراحة النفسية محظور بموجب القانون، المشرع الفرنسي من الأعمال الطبية الغير مشروعة.

ومع ذلك، فإن المشرع الفرنسي يعتبر عملية اختيار جنس الجنين أمرًا مشروعًا وقانونيًا لأن تقنيات التلقيح الاصطناعي تستخدم لأسباب طبية لتجنب الأمراض الوراثية التي يحملها أحد الجنسين، حيث تستخدم تقنيات التلقيح الصناعي لمعرفة جنس الجنين عندما يتعلق الأمر بتجنب الأمراض الوراثية المنقولة بواسطة الكروموزومات الجينية، و بالتالي تفاديا الخضوع للإجهاض.

إن تقنية تشخيص المرض الوراثي الذي يحمله أحد الجنسين في كروموزوماته، لما يشكله من مخاطر جعل المشرع الفرنسي يسارع إلى تنظيم ممارستها بجدية و اهتمام بالغين، و ذلك من خلال القوانين رقم 94-654، 2004-2011، 800-814 التي يتضح من خلالها أنه سمح بإجراء التشخيص الوراثي المبكر، إلا أنه نظمها بصرامة كبيرة مقارنة مع ممارسة التشخيص السابق للميلاد، وأضفى عليها الطابع الاستثنائي، إضافة إلى تقييدها بجملة من الضوابط بموجب نص المادة 2141-2 من القانون 2004-800.

وحصر الغرض منها على الجانب العلاجي فقط، وذلك لتجنب انتقال المرض من أحد الزوجين أو كليهما إلى الجنين ، بالإضافة إلى وضع جملة من الشروط اللازمة في المساعدة الطبية على الإنجاب بجنس معين بموجب المادة 2131-4 من قانون 2004-800 التي تحيل إلى المادة 2131-1.

ومن بين الشروط التي نصت على ضرورة توافرها في تقنية تشخيص المرض الوراثي فحص الكروموزومات الجنسية من اجل اختيار جنس الجنين، التي تبين اهتمامه بتوفير حماية فعالة للجنين البشري هي:

- وجود احتمال قوي لدى أحد الزوجين أو كلاهما لإنجاب طفل مصاب بمرض وراثي خطير لا علاج له.
- التأكد السابق و الدقيق من وجود العيب لدى أحد الزوجين أو كلاهما.

إلا أن هذه الشروط يؤخذ عليها بعض الملاحظات:

- عبارة (على قدر من الخطورة) معيار مبهم يترك السلطة التقديرية للفريق الممارس.
- عبارة (غير قابل للعلاج)، فإذا كان غير قابل للعلاج فما العبرة من إجراء التشخيص، أليس هذا توجه نحو الانتقائية؟.
- امتناع المشرع الفرنسي عن وضع قائمة للأمراض التي تخضع للتشخيص، مما يجعل اللجوء إليها لأخف الأمراض بهدف اختيار جنس الجنين.
- استحداث نص المادة 1-2131 من قانون 2004-800 التي أجازت التشخيص المزدوج الذي أضفى عليه الطابع الاستثنائي.

أما بالنسبة للأجنة المستبعدة والزائدة عن الحاجة بعد تقنيات التشخيص الجيني ، فإن المشرع الفرنسي، بموجب المرسوم رقم 1661-2006 ، إبداء موافقتهم لتحويل هذه الأجنة إلى الأبحاث بعد التخلي عنها، وهذا مبرر للحصول على أجنة غير مرغوب فيها من قبل أصحابها لتكون محلا للأبحاث.

لحماية الأجنة قام المشرع الفرنسي بتعديل نص المادة 511-21 من قانون العقوبات بموجب القانون رقم 2004-800 ، بفرضه عقوبة السجن لمدة عامين وغرامة قدرها 30 ألف يورو لكل من يخالف الأحكام والشروط المذكورة أعلاه.

كان موقف المشرع الفرنسي أنه لم ينص مباشرة على تقنية التعرف على جنس الجنين، بالعودة إلى نص المادة 209 من قانون الصحة العامة و بمقتضى المادة 01 من قانون 1138 الصادر في 20 ديسمبر 1988م الخاص بتنظيم الأبحاث البيوطبية و حماية الأشخاص و المعدل بالقانون 2004-800، نجده يبيح إجراء الأبحاث البيوطبية على المرأة الحامل ويكون الهدف من هذا الإجراء غرض علاجي طالما لم يكن هناك خطر متوقع على الأم و الجنين.

الفرع الثاني: موقف القانون البريطاني

لقد قام المشرع الإنجليزي بإصدار قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة لعام 1990 م، الذي يحدد قواعد والإجراءات تنفيذ عملية الإنجاب بالمساعدة الطبية، و ذلك منذ بداية السحب والفحص و التخزين والزرع، كما اشترط في حالة اللجوء إلى تقنية الإنجاب الصناعي لاختيار جنس الجنين حصول مراكز المساعدة الطبية على الإنجاب والموافقة من قبل الهيئة العليا للخصوبة البشرية و علم الأجنة.

تؤكد المواد 27 إلى 30 من قانون الخصوبة لعام 1990 على وجوب الحصول على إذن من السلطات المختصة من أجل استيفاء شروط معينة بإجراء التخصيب، كما نص المشرع البريطاني في المادة 28 من نفس القانون على أنه لا ينبغي أن يُنسب الحمل إلى الأب إذا تم تلقيحه بعد وفاته .

في عام 1999م، حظر قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة تقنيات فرز الأجنة ، بحجة أن فرز الحيوانات المنوية كان تمييزاً بين الجنسين ، مما أدى إلى ولادة أطفال غير مرغوب فيهم من جنسه وتسبب في استياء الوالدين.

لقد حظرت تمامًا استخدام أي تقنية طبية للسيطرة على جنس الجنين ما لم يكن هناك سبب شرعي وعائلي، وتقتصر هذه الأسباب على نفسية، كتعدد المواليد من نوع واحد في الأسرة فعن طريق التدخل بهذه التقنيات يمكن تحقيق رغبة الوالدين، او في أسباب طبية كاحتمال انتقال الأمراض الوراثية المرتبطة بجنس معين.

كما أن قانون البريطاني يميز بتقنيات التشخيص الجيني المبكرة بغض النظر عن معايير شدة المرض ولا يمكن علاجها في قانون 2001 ، حيث أن هيئة الخصوبة والأجنة البريطانية تسمح باللجوء إلى هذه التقنية للكشف عن حالات أمراض وراثية التي تؤثر على الخلايا الجنسية الذكرية أو الأنثوية.

إن عدم اشتراط خطورة المرض وعدم قابلية للعلاج أعطى لهيئة علم الإخصاب و الأجنة دور في منح تراخيص ممارسة تقنية فرز الحيوانات المنوية للتحكم في جنس الجنين و الحصول على النوع المرغوب فيه، و ذلك بعد دراسة الحالات واحدة بعد الأخرى، و لكن تبرير فكرة خطورة المرض فكرة مرنة تختلف من شخص لآخر.

هذا ما جعل البعض يشيد بدراسة الحالات بحالة على أساس أنه إجراء ناجح يمكن للزوجين الوقوف على ظروفهم و رغباتهم في اختيار جنس الجنين.

ومن هنا نستخلص أن المشرع البريطاني لم ينص صراحة على هذه التقنية، إلا أنه بالرجوع إلى البروتوكول الخاص بالبحث الطبي و البيولوجي في سنة 2005 الملحق للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في المجال الطبي و البيولوجي المصادق عليها، نجد في المادة 2/22 و الغرض منها تحقيق معيار النفع المباشر في التدخل الطبي على الجنين داخل الرحم، وإذا لم يتحقق هذا المعيار لا بد من توفر شروط ، وهذا ما تم التوصل إليه إلا أن تقنية التعرف على جنس الجنين بما أن لها مخاطر على الأم و الجنين فهي محظورة في نظر المشرع البريطاني.

المطلب الثاني: نظرة التشريعات العربية

إن التحكم في جنس الجنين قد تسبب استياءً أو السخط في كثير من الدول العربية، لكنها طبيعية في بعض الدول العربية ولا تزال العديد من العائلات تريد أن تزرع بمولود ذكراً. طالما سعى الإنسان إلى البحث عن طرق والوسائل مختلفة لتحديد جنس المولود، بحيث يستخدم العديد من الأساليب و الطرق غريبة، لكن العلم يظل أسهل وأسلم وأقرب إلى الواقع . لا يزال الجدل حول اختيار جنس المولود مستمراً في العديد من الدول العربية، على الرغم من أنه أصبح شائعاً ومسموحاً ولا يوجد قانون خاص به، مع العلم أن العلم والطب الوراثي أين حققت قفزات كبيرة للحد من التشوهات و الأمراض الجينية لأهداف أخرى، قال الدكتور أحمد الفقيه أخصائي أمراض النساء والتوليد: تريدين طفلاً أشقر ، هذا ممكن ، لكن الجراحة ليست فعالة من حيث الكلفة، يجب أن يكون لديك أنت وزوجتك هذه الجينات.

ويشدد فقيه على أن اختيار جنس المولود ليس إلا جزءاً بسيطاً من مهمة التشخيص الوراثي للأجنة قبل الزرع، لأن هدفها الأساسي البحث عن الأمراض الوراثية كالتلاسيميا و التليف الكيسي و متلازمة الكروموزوم الجنسي المش X مرض الهيموفيليا أو متلازمة مارفان، وغيرها من الأمراض التي يمكن أن ينقلها الوالدان لأبنائهم.

وينصح كذلك بإجراء التشخيص الوراثي لـ PGD في حالات الإجهاض المتكرر أو فشل التلقيح الاصطناعي السابق أو تقدم عمر الأم في السن .

إلا أن غالبية الحالات التي تقوم بهذا التشخيص حوالي (600) حالة يتم إجراؤها في مركز فقيه للإخصاب كل عام تلجأ إلى اختيار جنس المولود ، ويؤكد فقيه أن الأزواج عادة ما يكون عمرهم حوالي 35 عامًا ولديهم من الأطفال اثنان أو أكثر ، مشيرة إلى أن بلغت تكلفة الإجراء هذه العملية هو 40 ألف درهم ، أي ما يعادل 11 ألف دولار ، بما في ذلك 32 ألف درهم لإجراء التلقيح الاصطناعي، و 8 آلاف درهم للتشخيص الوراثي للأجنة قبل الزرع .

نادراً ما يرفض الأطباء في الدول العربية اختيار الجنين ، ويفضلون تقديم النصح والمشورة ، ويظهرون أن بعض هذه الحالات هم من بين الآباء الذين يواجهون صعوبات في الإنجاب أو لم ينجبوا طفلاً بعد. وقال الدكتور فقيه في اختيار جنس الجنين: "هنا نتدخل لأن أهم شيء هو إنجاب طفل سليم بغض النظر عن جنسه ، خاصة وأن عملية التلقيح الاصطناعي ليست مضمونة بنسبة 100٪. ويعتبر من مسؤوليته توفيره جميع العلاجات المتاحة ، بدلاً من الحكم على مرضاه أو اتخاذ قرار بشأنهم وأضاف: "إذا رفض المريض التشخيص الجيني أو غيره من التقنيات لأسباب أخلاقية، فلا يأتي إلي أصلاً.

الفرع الأول: موقف المشرع الأردني

انتشرت ظاهرة تحديد جنس الجنين بين الأردنيين خلال العقد الماضي رغم أنها تتطلب تضحيات من الوالدين. يثير هذا السلوك مخاوف الخبراء من عدم التوازن بين الجنسين، لكن الأطباء يقللون من أهمية هذا الخوف تستقطب مراكز إخصاب الأجنة في الأردن للراغبين في معرفة جنس الجنين مبكراً ، لاسيما من يرغبون في إنجاب الأطفال الذكور ، بدعوى أن ولادة الذكر تضمن نوعاً من الأمان الأسري ، لكن البعض يرى في ذلك تدخلاً بشرياً غير عادل ، وعودة للجاهلية.

يؤكد سالم أحمد أمين الباحث والخبير في مجال التنمية البشرية ، أن نظرة المجتمع للمواليد الإناث تغيرت بشكل ملحوظ خلا العشرين عاما الماضية، إلا أن بعض المعطيات لا تزال قائمة إزاء رغبة الوالدين في مولود ذكر، وهذا راجع إلى أن بعض المعتقدات السائدة في المجتمعات بأن الذكور هم من يحملون اسم العائلة أو الاعتماد عليهم كمعيل عند كبر السن.

يؤكد سالم أحمد أمين الباحث والخبير في مجال التنمية البشرية، أن الطلاق قد يكون موجوداً بين الزوجين بسبب العقم أو عدم وجود الذكور في الأسرة، وفي بعض الحالات يتم الاستعانة بالحلول الطبية لتحديد جنس الجنين لتجنب المشاكل، يعتقد بعض أفراد المجتمع أن المولود الذكر يمكن أن يجلب الراحة للأسرة ، وهذا ما أكده الخبير الاجتماعي بأن « من إيجابيات تحديد جنس الجنين أن الجنين مفيد في بعض الحالات لاستمرار الحياة الزوجية وهذا من العوامل الاجتماعية ». «

ويضيف الباحث والخبير أن الجانب السلبي يرتبط بالإيمان السامي ، والذي يتجلى في العصيان المطلق لإرادة الله ، ومن الناحية الإحصائية و السكانية، فإن "العديد من أفراد المجتمع يجهلون أن المجتمع الأردني ذكوري" ، بحسب آخر إحصائيات سنة 2010 ، والتي تبلغ حوالي 51 % ، إلى أن هذا يتطلب الوعي بأهمية هذه الأرقام وأبعادها الخطيرة في التوازن بين الجنسين في المجتمع الأردني.

لكن أخصائي التوليد وأمراض النساء والعقم الدكتور كميل إفرام أكد أن ظاهرة تحديد جنس الجنين لا تسمح بنسبة الذكور بتجاوز نسبة الإناث ، حيث يفصل معظم الناس من أجل الحصول على ذكر، وهذا راجع إلى عدم وجود الذكر في أفراد الأسرة في هذه الحالة، قال إنه أجرى 168 تدخلاً لتحديد جنس الأجنة الذكور و 12 تدخلاً فقط لتحديد جنس الأجنة الإناث، مما يعني أن 95٪ من الآباء طلبوا أجنة من الذكور، وأظهر ذلك في معظم الحالات اختيار الذكور، الأب والأم لديهما بنتان أو أكثر.

كما أشار الدكتور كميل إفرام إلى أن تحديد جنس الجنين أمر شائع في الأردن ، سواء أكان ذلك علانية أم غير مكشوفة، وأصبح فكرة في تزايد مستمر تغذى اجتماعياً، لأن (الحمل أصبح صعباً هذه الأيام و مشاكله كثيرة)، كما أن عدد أفراد الأسرة قل عما كان عليه في السابق بسبب ، الصعوبات الاجتماعية و المادية والشخصية الجسمانية التي يعاني منها الآباء، فالبعض يطلب من البداية الذكر على أساس أنه لا يرغب في أكثر من ذكر وأنثى في عائلته. بالرجوع إلى التشريع الأردني فإنه لم يورد أدنى إشارة لموضوع و مسألة تحديد جنس الجنين.

الفرع الثاني: موقف المشرع المصري

إن عديد المراكز الطبية في مصر سارعت لاستغلال الوضع لغرض فرض نفسها و تعلن أنها تستطيع أن تتحكم في جنس المولود و تحقق رغبة الأسرة في إنجاب الذكور أو الإناث. كما قال الدكتور أسامة عزمي، مدير الصحة الإنجابية في المركز القومي للبحوث: التلقيح الاصطناعي مكلف للغاية، حيث يبلغ 10 آلاف جنيه إسترليني، كما هو الحال في تحديد نوع الجنين بحيث أن تحديد نوع كل جنين 2000 جنيه إذا تم فحص 10 أجنة تصبح التكلفة 20 000 ألف جنيه إسترليني بالإضافة إلى تكلفة جراحة أطفال الأنابيب لـ 10 أجنة ، وبذلك تصل التكلفة الإجمالية إلى 30 000 جنيه لتحديد نوع الجنين بدلاً من ضمان الحصول على هذا النوع ، وهذا يدل على أن الأمور ليست بالسهولة التي تقترحها هذه المراكز. وأضاف: "على الرغم من الاعتراضات القانونية والدينية على الموضوع ، لا يمكننا ضمان الحصول على جنس معين نحن لا نغير نوع الجنين ، بل نقوم بزرع النوع الذي تريده الأسرة في الرحم، في حدوث الحمل من عدمه وفي استمرار الحمل من عدمه.

وأكد أن هذه الممارسة مفيدة فقط للوقاية من حدوث الأمراض الوراثية وعلاج بعض الحالات النفسية والاجتماعية لدى الأسر المحرومة و أن 90٪ من هذه المراكز التجارية خارج اختصاص

وزارة الصحة ، مهنة الطب تحولت إلى سلعة وليست خدمة ، إلى جانب غياب قوانين في التشريع المصري التي من شأنها ضبط تقنيات تحكم في جنس الجنين.

لكن الدكتور أحمد رشدي مدرس أطفال الأنابيب بكلية الطب بجامعة الأزهر يرى أن تقنية اختيار جنس الجنين تتم بنجاح في مصر من خلال الحقن المجهري خارج رحم الأم بتلقيح الحيوان المنوي للزوج لبويضة الزوجة و انقسامها عدة مرات ثم الفحص الجيني لها للتعرف هل الجنين ذكر أم أنثى خاصة أننا نعلم أن الحيوان المنوي هو المسؤول عن إنجاب الذكر أو الأنثى فهو يضم كروموزومات Y و X، أما المرأة فتحمل كروموزومات X فقط، والفحص الجيني للأجنة المتكونة يمكن التعرف على النوع دون التدخل في الصفات الوراثية ووفقا لرغبة الزوجين يتم حقن الزوجة بالمولود و النوع المرغوب فيه.

و اضافة أن نسبة نجاح هذه العمليات 100٪ ولا يوجد أي خطر طالما يتم احترام المعايير الدينية والأخلاقية، وبالمناسبة وبعد أن أثارت هذه العمليات نوعاً من الجدل، فإن عمل هذه المراكز يقوم على أساس فتوى شرعية. في حالة عدم وجود قواعد قانونية تنظمها

اما الدكتور مصطفى إبراهيم مدرس علم النساء والتوليد بكلية الطب جامعة عين شمس فقال: (إن هذه التقنية مفيدة في حالة الإصابة ببعض الأمراض المرتبطة بالنوع فمثلا نجد أن بعض الذكور مهددون بالإصابة بضمور في العضلات وهنا يكون إنجاب الإناث هو الحل).

قالت الدكتورة سامية خضر، أستاذة علم الاجتماع بجامعة عين شمس في مصر " : كثير من الناس لا يعرفون أننا مجتمع ذكوري ، بحيث فيه 51٪ من الذكور و 49٪ من الإناث إضافة إلى ذلك أن وفيات الإناث حديثي الولادة أكثر من وفيات الذكور وفقا لإحصائيات رسمية. وأشارت إلى أن التدخل الطبي الإنساني لتحديد جنس المولود يهدد المنظومة الحياتية الإنسانية.

مما سبق يمكن الاستنتاج أنه في ظل عدم وجود نصوص تشريعية في القانون المصري، فإن هناك ضوابط دينية وأخلاقية تحكم هذه العمليات، و تعتمد عليها الهيئات المخولة برقابة أعمال المراكز الطبية.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من تحديد جنس الجنين

إن المشرع الجزائري يعارض جميع أنواع التمييز العنصري بين الرجل والمرأة، واعتراف بحق كل فرد في الحياة، ويرفض الإجهاض، ويحرم الإجهاض في المواد من 304 إلى 313 من قانون العقوبات، مع المعاقبة من 01 سنة إلى 20 سنة إذا نتج عن الإجهاض الموت.

أما بخصوص مسألة التحكم في جنس الجنين و مثل هذه المستجدات فلا يوجد أي أثر لها على مستوى المحاكم الجزائرية، ولعل السبب أنه راجع في الأساس إلى حداثة الموضوع، و إلى ضعف نسبة اللجوء إلى التلقيح الصناعي و هذا بسبب ارتفاع التكاليف التي هي ليست في متناول الجميع.

و بالرغم من وجود فراغ تشريعي بانعدام القواعد القانونية بخصوص تحديد جنس الجنين رغم أهمية الموضوع و ما يترتب عليها من مسائل، بحيث أن التلقيح الاصطناعي لم يعد لغرض علاج العقم فقط بل أصبح له أبعاد علمية أقل ما يقال عنها أنها غريبة مثل إيجاد بنوك لحفظ الأجنة و الاستنساخ البشري و تأجير الأرحام و التحكم في جنس الجنين.

الفرع الأول: بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 45 مكرر من ق أ ج على ما يلي: (يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي) ويجب أن تتوفر شروط معينة وهي:

- ✓ أن يكون الزاج شرعياً.
- ✓ أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- ✓ أن يتم بمجي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها.
- ✓ لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

و بعد استقراء لنص المادة يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفاً للتلقيح الاصطناعي ولم يذكر صورته، بل أكد على ضرورة مراعاة الشروط التي أوردتها والغاية من ذلك هي تجنب المخاطر التي قد تنجم عن استعمال هذه التقنية.

علاوة على ذلك، فإن العبارة الواردة في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري ("يجوز للزوجين أن يلجأ إلى التلقيح الاصطناعي") جاءت بصيغة الخطاب العام، كون أنها لم تحدد من الزوجين اللذين يحق لهما الاستعانة بعملية التلقيح الاصطناعي أم أن الأمر يقتصر فقط على الأزواج الذين إما تأكد لديهم عدم القدرة على الإنجاب بالطرق الطبيعي بسبب مرض أحد الزوجين أو الذين أثبت الفحوصات الطبية إصابة خلاياهم التناسلية بمرض وراثي، لكن المشرع أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حال غياب النص القانوني، وقرارات الفقهاء قيدت

التلقيح الصناعي بشرط الضرورة القصوى، وتجارب تحديد جنس الجنين لا تقتضيه ضرورة قصوى متى لم يثبت وجود خطر على جنين محدد، وعليه لا يجوز تحديد جنس الجنين.

الفرع الثاني: بالنسبة لقانون الصحة الجزائري:

فإن المشرع الجزائري وفي إطار تنظيمه للمساعدة الطبية على الإنجاب في قانون الصحة 11-18 فقد منع كل انتقاء للجنس في نص المادة 375، (يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس).

وفي حالة مخالفة هذه القاعدة، يترتب عليها عقوبات جزائية في نص المادة 436 على أنه يعاقب كل من يخالف منع وانتقاء الجنس المنصوص عليه في المادة 375 من هذا القانون، بالحبس من عشرة (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة و بغرامة مالية من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج.

و عليه فإن المشرع الجزائري منع تحديد جنس الجنين مهما كان نوعه، طبي لتفادي الأمراض التي تنقل مع الجنس محدد، واجتماعي مسايرة لرغبة الآباء في جنس معين، وقد اعتبره جناية بتشديد عقوبة تحديد الجنس.

وهكذا قد أغلق المشرع الجزائري الباب أمام الأطباء والوالدين من يرغبان في تحديد جنس الجنين رغبة أو اضطرارا لتفادي الامراض الوراثية المتنقلة عبر جنس الجنين.

الخاتمة:

إن مسألة تحديد جنس الجنين ليست قضية حديثة، بل هي مسألة واقعة منذ القدم، والجديد فيها هو ما طرأ عليها من تطور في الوسائل والتقنيات الطبية الحديثة التي أفرزتها الثورة البيولوجية ، والمتوصل إليها نتيجة التجارب التي طبقت على بدن الإنسان، ، لتمكن من خلالها تحديد جنس الجنين سواء أكان ذكرا أم أنثى، بحيث اختلفت فيها الآراء و تأرجحت بين القبول أو الرفض، كما اعتبرها البعض مسألة وأد للبنات و العودة لعصر الجاهلية فيما أن البعض الآخر اعتبرها طريقة مشروعة مثل الطرق الطبيعية المباحة.

وبعد دراسة هذا الموضوع من النواحي الطبية والقانونية والشرعية سواء كانت طبيعية أم اصطناعية ومن الجوانب الدينية و القانونية، توصلنا إلى النتائج و المقترحات التالية:

النتائج:



- إن الرأي الراجح من أقوال العلماء، ومن بينهم أبي حامد الغزالي، وابن القيم وما أثبتته العلم حديثاً أن الجنين يبدأ تكوينه بمجرد تلاقي المائين، وتتقدر الصفات الوراثية.
- إن الرأي الراجح من أقوال العلماء، في حكم تحديد جنس الجنين بالتقنيات الطبية الحديثة محرم إلا للضرورة العلاجية.
- عجز القانون الجزائري في مواكبة التطورات الطبية بالنسبة للفقهاء الإسلاميين و التشريعات المقارنة فيما يتعلق بالطب كانهدام الإمكانيات و الافتقار على التكنولوجيا.
- الفراغ الذي تعرفه تقنيات التلقيح الاصطناعي في الجزائر لو لم تسده المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية لكان يؤدي إلى كارثة، تحدث التجاوزات ويستند المخالفون إلى قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة في حالة عدم وجود نص يمنع أو يجرم.
- لا يمكن القول بأن هذه العملية تتعارض مع مشيئة الله، بل هي من باب الأخذ بالأسباب و لا حرج فيها بشرط أن تكون الوسيلة المستخدمة مشروعة.

الإقتراحات:

- يجب التنسيق بين علماء الشريعة، وهيئات الإفتاء، وبين أهل الاختصاص من الأطباء، وإبداء الرأي الفقهي فيها حتى لا نبعد الدين عن حياة الناس، أي تأسيس هيئة علمية تعنى بالاجتهاد الشرعي الجماعي للنظر في مستجدات العصر، واختراعات البشر.
- تتمين جهود المجمع الفقهي الإسلامي ودوره البحثي في المستجدات الطبية بصفة عامة والجنين بصفة خاصة و إدراجها في القوانين الداخلية لما لها من دور في ضبط هذه التطورات شرعياً و أخلاقياً.
- تشديد الرقابة على المراكز الإنجاب الصناعي لمنع حدوث تجاوزات تؤدي إلى كوارث اجتماعية أهمها اختلاط الأنساب و ضياعها، وقصر إجراء عمليات

التلقيح الاصطناعي إلى على مستوى المراكز الحكومية و إشراف لجان طبية موثوقة.

➤ إنشاء جهة إدارية مختصة لمراقبة المراكز الصحية التي تباشر تقنية الإخصاب الاصطناعي للنظر في مدى التزامها بالقوانين المتعلقة في شأن تحديد جنس الجنين

➤ ضرورة وضع تقنين خاص تحت مسمى قانون البيولوجية البشرية.

قائمة المصادر و المراجع :

المصادر الشرعية:

القرآن الكريم

السنة النبوية الشريفة

قائمة المراجع العامة والمتخصصة:

المراجع العامة:

- أحكام النوازل في الإنجاب، مستجدات طبية معاصرة من منظور فقهي، 1004/3.
- د. حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية(دراسة مقارنة) الجنين و حرمة الجسد الإنساني (التلقيح الصناعي الداخلي - التلقيح الصناعي الخارجي) الحمل لحساب الغير، بنوك الأجنة، دار المكتبة القانونية، مصر، 2007م ص143.
- د. إسماعيل أبو عساف، أساسيات بيولوجيا الخلية و الهندسة الوراثية وعلم الجنين، ط1، الأهلية، الأردن، سنة2005م، ص25.
- د. إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سلسلة صادرة عن مجلة الحكمة - بريطانيا، سنة 2002.
- د. إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية و أثرها على النسب، ط1، دار الأمل للنشر، الجزائر، سنة 2012.
- د. عبدالناصر أبو البصل، الهندسة الوراثية من منظور شرعي وهو ضمن كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ج2، ط1، دار النفائس، الأردن، سنة 2001.

- د. مازن الزيدة، قضايا طبية معاصرة، ط1، جمعية العلوم الطبية الإسلامية.
- د. مُجَّد بن هائل بن غيلان المدحجي، أحكام النوازل في الإنجاب، ج3.
- د. عبد الرشيد قاسم، اختيار جنس الجنين - دراسة فقهية طبية - دار الكيان، الرياض، 2005م.
- د. كارم السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء و تشريع السماء، ط1، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1998م.
- د. فتيحة مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع والقانون و الطب، ط1، الاسكندرية، 2001م.
- د. مُجَّد الربيعي، الوراثة و الإنسان - أساسيات الوراثة البشرية و الطبية - ، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1406هـ.
- د. هادي عطبة العلال علي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية و التقنيات المساعدة في الإنجاب(دراسة في القانون العام المقارن)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2012.

المراجع المتخصصة:

- د. حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار الكتب القانونية و دار الشتات للنشر و البرمجيات، مصر، دون طبعة، 2007م.
- د. عبد الرشيد قاسم، اختيار جنس الجنين، ط1، مكتبة دار البيان الحديثة، الطائف، 2001م.
- د. عطا السنباطي، بنوك النطف و البويضات، ط1، دار النهضة العربية، 1421هـ.
- د. ناصر الميمان، حكم اختيار جنس الجنين في الشريعة الإسلامية، أبحاث المجتمع الفقهي.
- د. حاتم أمين مُجَّد عبادة، التحكم في جنس الجنين بين النظريات الطبية و الأحكام الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.
- د. خالد الوديناني، تحديد جنس الجنين، منشور ضمن قضايا طبية معاصرة، السجل العالمي لمؤتمر الفقه الإسلامي.
- د. مُجَّد علي البار، اختيار جنس الجنين و وسائل التحكم في جنس الجنين و مدى نجاحها و حكمها الشرعي.
- د. هيلة بنت عبدالرحمن اليابس، بحث بعنوان تحديد جنس الجنين، منشور ضمن موضوع القضايا الطبية المعاصر، السجل العالمي لمؤتمر الفقه الإسلامي، ج2.

المذكرات و الأطروحات الجامعية:

- بن سليمان ديهبة و بن زناقي صونية، إشكالية الإنجاب وفق الطرق العلمية الحديثة (دراسة مقارنة قانونية و شرعية) مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة عبدالرحمن ميرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص، بجاية، 2016-2017م.
- د. أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخيري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2014-2015م.
- د. سعد بن عبد العزيز الشويخ، أحكام الهندسة الوراثية، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1427هـ.
- فادية محمد توفيق أبو عيشة، موقف الشريعة الإسلامية من تحديد جنس الجنين، دراسة في مقاصد الشريعة الإسلامية في الحفاظ على الأسرة و الصحة الإنجابية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2011-2012.
- شوعات خالد، الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2015-2016م.

المجلات و المقالات:

- د. الزهرة هراوة ، عيسى معيزة، تحديد جنس الجنين طبيًا في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائرية، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 07، العدد 01، مارس 2022، ص 1168.
- د. بلعباس أمال، انتقاء جنس الجنين من منظور شرعي وقانوني، مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، المجلد 06، العدد 01، جانفي 2020، ص 33.
- د. محمد زيدان، مقال منشور، جنس المولود بين المعتقدات و الحقيقة، جامعة البليدة 2، قسم العلوم الاجتماعية، ص 2.
- د. محمد خير العناسوة، مقال منشور على الشبكة الدولية للمعلومات تحت عنوان: تحديد جنس الجنين في الأردن يخل بتوازن المجتمع، بتاريخ: 2012/02/04، الموقع الإلكتروني:

12 الساعة 2022/03/08، تاريخ التصفح: <http://p.dw.com/p/13vcC>،
h 53.

➤ د. مُجَدِّ رَأْفَت عثمان، مقال منشور على الشبكة الدولية تحت عنوان: ولد أو بنت هل أختار جنس جنيني؟، الموقع الإلكتروني www.islamtoday.net ، تاريخ التصفح: 2022/03/08، على الساعة 00 h 16.

➤ معرفة نوع الجنين و التحكم في الجنين، مقال منشور بمجلة المجتمع، ع1511، بتاريخ 2007/07/27

➤ د. مُجَدِّ علي البار، الجنين المشوه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي.
النصوص القانونية:

➤ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984م المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 15، سنة 2005م.

➤ القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 هـ الموافق لـ 02 يوليو 2018م المتعلق بالصحة، ج ر، عدد 46، بتاريخ 16 ذو القعدة 1439 هـ الموافق لـ 29 يوليو 2018م، المعدل والمتمم.
المواقع الإلكترونية:

➤ الموقع : <http://p.dw.com/p/13vcC>

➤ الموقع : www.islamtoday.net

➤ موقع رابطة العالم الإسلامي : www.Themwl.org

المراجع باللغة الأجنبية (اللغة الفرنسية):

- Conseil de l'Europe, Traités Européens STE N°164, Convention pour la Protection des Droits de l'Homme et de la Dignité de l'Être Humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine Site de référence : <http://www.inserm.fr/Ethique.nfs> ou <http://convention.coe.int> le : 03/03/2022 à 15h20.



- Pierre olivier ARDUIN, Recherche sur l'embryon, le choix crucial de la France, liberté politique, n°35, le 06/05/2009, p, 12
- Code de la santé publique Français, art 152/2, modifié par la loi n°2004-800 du 06 Août 2004.
- Isabelle FLORENTI, le diagnostique pré-implentatoire et le contrôle de la qualité des enfants à notaire général de droits de Jurisprudence, Paris, 1998, France, p, 116.
- Pier Morat, respect et protection du corps humane, lexis nexissa, Paris, 2007, p, 23.

الاتفاقيات الدولية البيئية - بين الفعالية والمحدودية -

International Environmental Conventions
- Between effectiveness and limitations -

د. مكينة مريم

جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس (الجزائر)
M.MEKKIKA@YAHOO.COM

ملخص:

تعتبر الاتفاقيات الدولية البيئية من أهم مصادر القانون الدولي للبيئة، إذ تُعبر عن إرادة الدول في معالجة المشاكل البيئية المطروحة. كما أن فعالية القانون الدولي للبيئة تقاس بسرعة وقدرة هذا الأخير على التطور بشكل متكامل وفعال، لمواجهة الأخطار البيئية العالمية المشتركة. ومع ذلك لازالت آثار التغيير المناخي، والتلوث بأنواعه والجفاف والتصحر... تهدد البيئة البشرية، فالاتفاقيات البيئية كثيرة ومتخصصة في مجالات بيئية محددة الا انها شكلت عدم تناسق بين قواعدها، الى جانب مرونة الاتفاقيات البيئية فمعظمها توصف بأنها إطارية ترشد الى آليات وقائية.

لذلك، تهدف هذه الورقة لتوضيح تقييم فعالية الاتفاقيات الدولية البيئية للحفاظ على البيئة، ومدى إمكانية معالجة جوانب محدودية القانون الدولي للبيئة، وذلك بإتباع منهجية قانونية وصفية تحليلية، للوصول الى نتائج من أهمها ضرورة العمل على تحقيق الانسجام بين الاتفاقيات البيئية.

الكلمات المفتاحية: - الاتفاقيات البيئية - القانون الدولي للبيئة - فعالية الاتفاقيات الدولية للبيئة - محدودية الاتفاقيات الدولية للبيئة.

Summary:

International environmental agreements are one of the most important sources of international environmental law. The effectiveness of international environmental law is measured by the speed and ability of law to develop in an effective manner to address environmental threats.

However, the effects of climate change and pollution continue to threaten the human environment. Environmental conventions are many and specialized in specific environmental fields, but they have formed an inconsistency between their rules, and their flexibility, and they are described as framework guiding to preventive mechanisms.

Therefore, this paper aims to clarify the evaluation of the effectiveness of international environmental agreements to preserve the environment. and the extent to which it is possible to address the limitations of international environmental law, by following a descriptive and analytical legal methodology, to reach results, the most important of which is the need to work to achieve harmony between environmental agreements.

Keywords: Environmental conventions - international environmental law - effectiveness of international environmental law - limited international environmental law.

مقدمة:

يهدف القانون الدولي للبيئة إلى الحفاظ على البيئة على الصعيدين العالمي والإقليمي، وتعزيز التعاون الدولي لمعالجة التحديات البيئية التي تتجاوز الحدود الوطنية. يُعدُّ هذا المجال تطورًا حديثًا في ميدان القانون الدولي العام. ومن بين أهم الوسائل المستخدمة لتحقيق هذا الهدف هي الاتفاقيات الدولية البيئية. خلال الثلاثين سنة الماضية، شهدنا ارتفاعًا ملحوظًا في عدد هذه

الاتفاقيات وصل إلى أرقام قياسية، فالاتفاقيات البيئية تحوّلت إلى آليات لحل القضايا البيئية التي تتعدى الحدود الوطنية، وهي تشكل عناصراً أساسية في النظام العالمي للحكومة البيئية. بالإضافة إلى ذلك، تساهم هذه الاتفاقيات في دعم وإدارة العمليات، وتشارك جماعياً في صياغة وتطوير الأنظمة، وتنسق الجهود بين الدول للتعامل مع القضايا المشتركة.

على الرغم من الانطباع الأولي الإيجابي الناتج عن الزيادة في عدد الاتفاقيات البيئية، إلا أنه لا يمكن الاعتماد على الأعداد وحدها كمؤشر على تحسين فعالية هذه الاتفاقيات في حماية البيئة. وبدلاً من ذلك، يجب تقييم مدى فعالية هذه الاتفاقيات وتنفيذها وتطبيقها على أرض الواقع للتحقق من مساهمتها الفعلية في حفظ وحماية البيئة العالمية. وعليه، يطرح الأشكال الآتي: ما مدى فعالية الاتفاقيات البيئية في تقديم الحماية المتكاملة للبيئة العالمية؟

تهدف هذه الورقة إلى تقييم فعالية هذه الاتفاقيات ومدى إمكانية تحسينها لمعالجة جوانب محدودة القانون الدولي للبيئة. وتكمن أهمية هذه الدراسة في دورها المساهم في تقديم مقترحات كحلول للمشكلة المطروحة من خلال هذا البحث. كما تساهم في تحديد نقاط الضعف في التنظيم القانوني الدولي البيئي من حيث فعالية الاتفاقيات. وقد تم تنفيذ هذه الورقة البحثية باستخدام منهجية قانونية. فقد تم تبني المنهج الوصفي لتقديم وصف قانوني شامل لعوامل محدودة الاتفاقيات الدولية البيئية. وبجانب ذلك، تم تطبيق المنهج التحليلي لفحص وتحليل عوامل دعم وتعزيز فعالية الاتفاقيات البيئية، وتحديد الإشكاليات القانونية التي تنشأ عن نقاط ضعف الاتفاقيات البيئية. وبالتالي، قسمت الورقة البحثية إلى محورين رئيسيين: الأول يتناول عوامل محدودة الاتفاقيات البيئية، والثاني يبحث في تعزيز فعالية الاتفاقيات البيئية.

المحور الأول: عوامل محدودة الاتفاقيات البيئية

الاتفاقيات البيئية على اختلاف أنواعها بين العالمية والإقليمية، الثنائية والمتعددة الأطراف، هي الأدوات القانونية الرئيسية لحماية البيئة، إذ تتلزم بها الأطراف قانونياً، وصممت بهدف إدارة الموارد البيئية ومنع استنزافها. على الرغم من أنها كانت جزءاً من نظام القانون البيئي الدولي منذ القرن التاسع عشر، إلا أن العقود الماضية شهدت إنشاء معظم اتفاقيات البيئة متعددة الأطراف، وتم تبني أكثرها بعد مؤتمر ستوكهولم، كما قد توسعت عضويتها وفتحت أبوابها أمام مشاركة الجهات غير الحكومية. ومع ذلك لازالت آثار التدهور البيئي واستنزاف الموارد الطبيعية والتلوث ... تهدد البيئة العالمية، فالاتفاقيات البيئية كثيرة ومتخصصة في مجالات بيئية محددة إلا أنها شكلت عدم

تناسق بين قواعدها، وتعارض في الالتزامات المترتبة عنها الى جانب عوامل أخرى أظهرت جانباً من محدوديتها وشكلت بذلك نقصاً في فعالية القانون الدولي للبيئة ككل.

أ- طابع التخصص في الاتفاقيات البيئية:

إن الغالبية العظمى من الاتفاقيات البيئية اعتمدت منذ انعقاد مؤتمر ستوكهولم 1972م، ومن بين مميزاتها، اتسامها بطابع التخصص في مجال بيئي معين، مما يجعلها مصممة بناء على حدود جغرافية ووظيفية، مثل اتفاقية 1976 لحماية نهر الراين من التلوث الكيميائي، اتفاقية 1973 لتنظيم استغلال مياه نهر السنغال، اتفاقية 1995 حول الاستغلال الأمثل لنهر الميكونج ... الشيء الذي يجعلها غير قادرة على تقديم إدارة بيئية علمية متكاملة ومترابطة.

لسوء الحظ، أنه من السهل معالجة القضايا البيئية الدولية من خلال اتفاقيات متخصصة، لأن كل قضية لا تحظى بالاهتمام الا ببلوغها وضع الأزمة، وتتحرك الدول تبعاً لذلك وفقاً لمطالب الجمهور. فعندما تعقد الدول اتفاقات حول موضوعات بيئية بعينها فإنها تخفض التكاليف على المدى القصير (Morgan, 2016, p. 138)، لكن بالمقابل تساهم وشكل كبير في الانتشار المكثف للاتفاقيات البيئية المتخصصة.

حري بالذكر، أن إنشاء المعاهدات البيئية بطريقة غير منهجية ومجزأة يعود لنهج الدول في معالجة المشاكل البيئية، وكل ذلك يوقع القانون الدولي للبيئة في وضع غير منسق بسبب عدم مراعاة مسألة مهمة جداً في مجال حماية البيئة، ألا وهي الاعتماد المتبادل بين النظم البيئية (Avgerinopoulou, 2019, p. 76). في هذا الإطار، يعد التجزؤ الناشئ عن التخصص ينطوي على أخطر تهديد لتماسك القانون الدولي (هافنر، 2000، صفحة 272). فتخصص المعاهدات البيئية بمعالجة موضوع محدد بعينه بمعزل عن الظروف والأخطار البيئية الأخرى يمس بلا شك بتماسك ووحدة القانون الدولي للبيئة بحد ذاته.

ب- تجزؤ البيانات العلمية:

يضاف الى عوامل محدودية الاتفاقيات البيئية، سبب خفي لكنه أساسي في المجال البيئي، إنه التجزؤ العلمي. فالمعروف أن الحقيقة العلمية غير ثابتة ومتغيرة، ومن المؤكد أيضاً أن توجه اهتمام القانون الدولي بالبيئة بُني على حقائق علمية وصلت اليها الأبحاث والدراسات، والتي شكلت ثمرة جهود العديد من المنظمات الدولية البيئية في العالم، سواء الحكومية أو غير الحكومية عن طريق فرق البحث والخبراء الباحثين في المجال الإيكولوجي.

في هذا الصدد، لا يمكن إنكار دور البيانات العلمية في دفع الدول والمنظمات الدولية لإعداد الاتفاقيات الدولية البيئية، وتحديد التزامات الدول على أسس علمية وترتيب أولويات معالجة المشاكل البيئية ضمن جداول أعمال هذه المنظمات (Avgerinopoulou، 2019). حيث تعمل فرق الخبراء القائمة على بروتوكول مونتريال بالتعاون مع مؤسسات البحث في كل أنحاء العالم من أجل إعداد تقييمات مشتركة وبشكل محايد إلى حد بعيد.

في هذا الإطار، تستخدم التقييمات البيئية المشتركة للتفاوض فيما بين أطراف الاتفاقيات، فعملاً بالمادة السادسة من بروتوكول مونتريال يجوز للأطراف النظر في إدخال تسويات وتعديلات على التدابير الرقابية الخاصة بالمواد المستنفذة لطبقة الأوزون على أساس توصيات فرق الخبراء المختصة (إينوماتا، 2008، صفحة 10). بناء على البحوث العلمية والبيانات المتوصل إليها.

لكن الأمر ليس بهذه البساطة والتنسيق، فهناك اتفاقيات بيئية أخرى متعددة الأطراف تميل أكثر للاستعانة بالخبراء الحكوميين أو الخبراء الذين يعينهم مؤتمر الأطراف والذين في الغالب يُستخدمون كمستشارين تابعين لأمانات الاتفاقيات، والأكثر من ذلك أن الحكومات هي التي تتحمل تكاليف مشاركتهم في الاجتماعات، مما يمنع استقلالهم التام ويفتح المجال أمام تضارب المصالح وعدم حياد الخبراء (إينوماتا، 2008، صفحة 11).

زيادة على ما تقدم، فهناك عشرات من القضايا البيئية تمثل إخفاقات كبيرة، نتيجة عدم الحصول على المعلومات في الوقت المناسب لفهم القضايا البيئية الملحة وتنظيم مشاكلها بشكل فعال. وذلك نتيجة التدفق غير الكافي للبيانات العلمية وتناقضها في بعض الحالات في ظل غياب اليقين العلمي، ليس هذا فقط بل قد تمتنع الدول بحذائها وبكل سيادتها عن تقديم المعلومات، ولا يوجد ما يجبرها على غير ذلك.

يؤدي التجزؤ في الاتفاقيات البيئية إلى تأثيرات سلبية أكثر حدة بسبب التجزؤ العلمي، وذلك لعدم وجود آلية شاملة تمكن من التعرف على المنظمات النشطة في مجالات بيئية محددة، وما هي المشاريع التي تشارك فيها، وما هي الموارد التي يتم استثمارها في المجالات البيئية المختلفة. ونتيجة لذلك، لا يمكن الإحاطة بكل المعلومات التي تبين نتائج أشغال وجهود المنظمات النشطة في المجال البيئي، مما يؤثر على فعالية القانون الدولي للبيئة الذي لا يزال يعتمد على العلوم الجزأة. (Avgerinopoulou، 2019، صفحة 80).

يؤدي التجزؤ العلمي إلى تناقضات جوهرية بين الاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف، حيث يمكن أن يؤدي إلى وضع تدابير متناقضة أو غير كافية لحماية البيئة. وكمثال على ذلك، قبل عام

2007، كان بروتوكول منتريال بشأن المواد المستنفدة للأوزون يسمح باستخدام بعض غازات الدفيئة، مثل مركبات الهيدرو كربون الفلورية (HCFCs) ، كبديل للمواد المستنفدة للأوزون. ومع ذلك، كان بروتوكول كيوتو بشأن تغير المناخ ينظم نفس هذه الغازات باعتبارها غازات دفيئة. أدى هذا الأمر إلى وضع تدابير متناقضة، حيث كان استخدام HCFCs مسموحًا به في بعض الحالات بموجب بروتوكول منتريال، ولكنه كان مقيدًا أو محظورًا في حالات أخرى بموجب بروتوكول كيوتو (إينوماتا، 2008، الصفحات 15-16).

هذا الأمر استمر إلى غاية 2007 ، حيث توصل الأطراف في بروتوكول منتريال إلى اتفاق بشأن تقديم الموعد النهائي للإلغاء التدريجي لاستخدام مركبات الهيدرو كربون الكلورية الفلورية (منتريال، 2007) وذلك تداركًا للتناقضات السابقة و - التي ترجع إلى تجزؤ في البيانات العلمية - لمحاولة إيجاد نوع من التكامل بين الاتفاقيات البيئية .

ج- كثرة الاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف:

يبدو للوهلة الأولى أن كثرة الاتفاقيات البيئية تعد من أهم مقاييس النجاح من حيث الاستجابة للتدهور و التلوث البيئيين، فحسب احصائيات برنامج الأمم المتحدة للبيئة لعام 2008م، فإن عدد المعاهدات والاتفاقيات البيئية، زاد عن 500 اتفاقية وان 70 % منها تمثل اتفاقيات إقليمية سارية المفعول (إينوماتا، 2008، صفحة 11).

تجدر الإشارة، إلى أن القانون الدولي للبيئة يتميز بكثرة الاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف، والتي تهدف إلى حماية البيئة من التلوث والتدهور. ومع ذلك، يُنظر إلى هذا الكم الهائل من الاتفاقيات على أنه أحد التحديات التي تواجه القانون الدولي للبيئة. حيث يؤدي إلى التجزؤ وعدم الكفاءة، بسبب اختلاف أهداف والتزامات الدول الأطراف في هذه الاتفاقيات (SCOTT، 2011، صفحة 03). في بعض الحالات، قد يؤدي هذا التجزؤ إلى تناقضات بين الاتفاقيات البيئية، مما يعرض القانون الدولي للبيئة لخطر فقدان المصدقية والموثوقية القانونية.

لقد أدت كثرة الاتفاقيات البيئية إلى تفاقم حدة التجزؤ في القانون الدولي، إلى ما يسمى بتوازي الأنظمة في القانون الدولي. فتواجد اتفاقيات تعالج نفس المواضيع على المستويين العالمي مثل الاتفاقية الاطارية للأمم المتحدة لعام 1997 المتعلقة باستخدام المجاري المائية في غير الأغراض الملاحية واتفاقية هلسنكي لعام 1992 المتعلقة بحماية واستخدام المجاري المائية العابرة للحدود والبحيرات الدولية. وعلى المستوى الإقليمي مثل اتفاقيات الأنهار بأوروبا كنهج الدانوب وغيره الراين. وهنا تظهر إشكالية أي الاتفاقيات تكون واجبة التنفيذ؟ ففي بعض الحالات تُنظم المسألة

ضمن بنود الاتفاقيات وفي حالات أخرى يُغفل ذلك فتكون الأزمة (هافنر، 2000، صفحة 11).

د- تصادم الالتزامات الدولية:

من عوامل محدودية الاتفاقيات البيئية أيضا ان تصادم الالتزامات الدولية، فعندما تختار الدول الدخول في اتفاقيات متعددة الأطراف لتعالج مشكلات بيئية بعينها دون الأخذ بالاعتبار وجوب التنسيق مع المشاكل البيئية الأخرى (Morgan, 2016, p. 138)، هنا قد يحدث أن تصادق الدول على بنود والتزامات متناقضة وبذلك تصادم هذه الاتفاقيات.

في نفس السياق، قد تزداد احتمالات الصراع بين الالتزامات الدولية، خاصة في الحالات التي تكون فيها الاتفاقيات البيئية مفتوحة للتفسير. على سبيل المثال، يعزز بروتوكول كيوتو لعام 1997 تحسين مصارف الكربون، مثل تنمية الغابات لغرض التخفيف من تغير المناخ. ومع ذلك، يمكن تفسير هذا الالتزام على أنه يفضل زراعة الأشجار الصغيرة على حساب إدارة الغابات العتيقة القديمة. هذا التفسير يمكن أن يؤدي إلى صراع مع الالتزامات المنصوص عليها في اتفاقية التنوع البيولوجي لعام 1992 (SCOTT, 2011, p. 12)، والتي تهدف إلى حماية جميع أنواع الغطاء النباتي، بما في ذلك الغابات العتيقة القديمة.

يمكن أن يظهر التصادم بين الاتفاقيات أيضًا في سياق إدارة التلوث واختلاف المصطلحات القانونية المستخدمة لذلك. على سبيل المثال، تختلف أحكام الاتفاقيات البيئية فيما يتعلق بالتلوث البحري حسب نوع الملوث، مثل النفط أو النفايات المشعة، وطريقة إدخاله في البحر، مثل الإغراق أو التشغيل الروتيني للنفايات، وموقع التلوث، مثل المياه الإقليمية أو المنطقة المتاخمة أو أعالي البحار.

إن هذا التصادم بين الاتفاقيات البيئية يُعرض بلا شك سلطة وأمن القانون الدولي للبيئة للخطر وعدم الاستقرار، رغم وجود قواعد عامة في القانون الدولي العام يمكن أن تعالج هذه المسائل مثل: "الاتفاقية اللاحقة تنسخ السابقة" الا ان الامر ليس بهذه البساطة فأحيانا الدول تجد نفسها ضمن مزيج من الاتفاقيات والالتزامات المتضارب فتضطر للمفاضلة وتحمل المسؤولية الدولية في بعض الحالات للتمسك بالتزامات معينة مقابل أخرى.

ه- تعدد المؤسسات البيئية:



من المعروف عن القانون الدولي للبيئة، أنه يتميز بكم هائل من الاتفاقيات البيئية المتخصصة، التي تُنتج بدورها تشكيلة متنوعة من الترتيبات المؤسسية الخاصة بها مثل مؤتمر الأطراف، فرق الخبراء، الأمانة، الهيئات الاستشارية والتقنيين.

تجدر الإشارة الى ان المؤسسات التي تعنى بإدارة الاتفاقيات البيئية تتلخص في ثلاث أنواع: منها تلك التي تعود الى منظمات تنتمي الى الأمم المتحدة فتكون وظائف الأمانة مدمجة في صلب نشاط هذه المنظمات، فتتم إدارة الاتفاقية البيئية المعنية كجزء من برنامج عملها ويتم تمويلها من موارد المنظمة (إينوماتا، 2008، صفحة 11). وبذلك تعد الموارد المتاحة لها شحيحة، وأقل مقدارا مقارنة بالأمانات المستقلة.

هناك نوع ثان من الاتفاقيات البيئية التي تعتمد على مؤتمرات المفوضين المطلق الصلاحية ولجان التفاوض والتي تدار برعاية برنامج الأمم المتحدة للبيئة أو غيره من الهيئات الأمامية والتي تستضيف أمانات هذه الاتفاقيات مثل برنامج الأمم المتحدة للبيئة الذي يستضيف سبعة أمانات لتسعة اتفاقيات وبروتوكولات عالمية، وثمان أمانات لثمان اتفاقيات إقليمية (إينوماتا، 2008، صفحة 12)

أخيرا النوع الثالث من الاتفاقيات البيئية التي تكون أماناتها مرتبطة مؤسسيا بالأمم المتحدة، الا انها لا تكون مدمجة بصورة كاملة في برنامج عمل المنظمة وهيكلها الإداري، حيث تتمتع بالاستقلال الذاتي في تنفيذ برامج العمل والميزانيات والسياسات التي يضعها مؤتمر الأطراف. مثل اتفاقية الأمم المتحدة الاطارية لتغير المناخ، اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة التصحر ... (إينوماتا، 2008، صفحة 12)

إن سمة التفكك التي تظهر على القانون الدولي للبيئة من خلال تعدد اتفاقياته بشكل غير منسق و غير متجانس و الذي انجر عليه كثرة و تنوع أنماط الترتيبات المؤسسية، التي تسهر على حسن الإدارة و بالنتيجة على تنفيذ الاتفاقيات البيئية ، تؤدي في نهاية المطاف الى تكوين أساس هجين من الاتفاقيات و المؤسسات، الشيء الذي سيضطر الدول و المنظمات في كل مرة يتم فيها اعداد اتفاقيات الى انشاء مؤسسات جديدة ، قد تعاني من قلة الموارد المالية او أن الأمر سيتفقم الى وجود اتفاقيات بدون أي هيكل مؤسسي .

و- التعارض بين الالتزامات الدولية والأنظمة البيئية:

قد يصعب تنفيذ الاتفاقيات البيئية في ظل وجود تعارض بين الالتزامات الدولية - المشار إليها آنفا- وتداخل أنظمة أخرى مع الاتفاقيات البيئية، مثل نظام التجارة العالمي. فلكل نظام مبادئه،

لكن التوسع في القانون الدولي جعل من تداخل الاختصاصات حتمية لا يمكن انكارها أو تجاهلها، الشيء الذي يؤثر على تنفيذ الاتفاقيات البيئية وتسوية النزاعات الدولية. تجدر الإشارة أيضاً، الى أن الكم الهائل للاتفاقيات البيئية يجعلها متنوعة بين الإقليمية والعالمية لكن اشتراكها في تنظيم نفس المجال البيئي، واختلاف أطرافها، وتناول نفس المشكل، وكونها سارية النفاذ في نفس الوقت هو الذي يخلق اشكاليات في أولية وأحقية التنفيذ. في هذا الشأن تطرح عدة إشكاليات، فاذا وجدت اتفاقيتين مختلفتين تتناولان نفس المجال، أيهما تكون تابعة للأخرى؟ أما ان كانتا متناقضتين هل يمكن تطبيق قاعدة الخاص يقيد العام؟ أو قاعدة اللاحق ينسخ السابق في كل الأحوال؟

يمكن القول، أن هناك اتفاقيات تحل الاشكال من خلال نصوصها الصريحة، من حيث تكاملها مع الاتفاقيات الأخرى، أو كونها تابعة للاتفاقيات الأخرى. مثل اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار التي تتناول من خلال نصوصها- المادة 237 منها- مسألة" الالتزامات بمقتضى اتفاقيات أخرى بشأن حماية البيئة البحرية والحفاظ عليها". لكن الأمر ليس كذلك في كل الأحوال، فقد تعجز الوسائل القانونية لمواجهة التداخل المحتمل بين الاتفاقيات البيئية بسبب التفكك الذي مس القانون الدولي للبيئة، فتضطر الدول لتحمل المسؤولية الدولية من خلال مصادقتها على اتفاقيات متداخلة او متناقضة، فالأمر لا يخلو من العقبات.

هذه الحقيقة تجعل الامر محبطاً للجهود المبذولة لتنفيذ الاتفاقيات البيئية، مثل ما هو الحال بالنسبة لاتفاقية التنوع البيولوجي،؛ اتفاقية الأمم المتحدة الاطارية بشأن تغيير المناخ وبرتوكول كيوتو التي لا تسعى للحفاظ على التوازن البيولوجي والتنوع بين الغابات القديمة والناشئة، وانما تركز فقط على تحفيز الأطراف على التقليل من انبعاثات ثاني أكسيد الكربون. وهنا يظهر جانب التصادم بين أنظمة تغيير المناخ وأنظمة التنوع البيولوجي.

المحور الثاني: تعزيز فعالية الاتفاقيات البيئية

اتفاقيات البيئة هي الوسائل القانونية الرئيسية لحماية البيئة. إنها اتفاقيات بين الحكومات، تتلزم بها قانوناً، ومصممة بمهدف إدارة الموارد البيئية ومنع استنزافها. على الرغم من أنها كانت جزءاً من نظام القانون البيئي الدولي منذ القرن التاسع عشر، إلا أن الخمسة عقود الماضية شهدت إنشاء معظم اتفاقيات البيئة متعددة الأطراف، حيث تم اعتماد أكثر من سبعين في المائة من هذه

الاتفاقيات بعد عام 1970 (website, 2023). وقد اتسعت عضوية هذه الاتفاقيات بفتح أبوابها لمشاركة الجهات غير الحكومية.

في الوقت الحالي، تم توقيع أكثر من 500 اتفاقية بيئية متعددة الأطراف تعنى بقضايا بيئية تتجاوز الحدود الوطنية، مثل تغير المناخ وفقدان التنوع البيولوجي والتلوث الكيميائي. ومن بين هذه الاتفاقيات، تتبوأ عشرة اتفاقيات ذات طابع عالمي مكانة بارزة، حيث تركز على مسائل الحفاظ على البيئة ومكافحة التلوث. وبذلك تمثل وسيلة رئيسية للتعاون الدولي (Ivanova, 2020, p. 03). لذلك، وبغية تعزيز تنفيذ اتفاقات بيئية متعددة الأطراف ذات التزامات مماثلة أو مكملية، كان لا بد من التوجه الى نهج تآزري لتعزيز التعاون والتنسيق من اجل تعزيز فعالية الاتفاقيات البيئية.

أ- التعاون الدولي:

أكدت المواد 20 و 21 من إعلان ستوكهولم على ضرورة التعاون من خلال المنظمات الدولية. حيث يقضي المبدأ 20 بأن تعمل الدول على أن تقوم المنظمات الدولية بدور تنسيقي فعال في الحفاظ على البيئة وتحسينها. بالإضافة إلى ذلك، قد تنشأ هيئات دولية جديدة تستجيب لمتطلبات واحتياجات مختلف الفاعلين المعنيين بحماية البيئة. في هذا السياق، تلعب المنظمات الدولية، باعتبارها إطاراً للتعاون، دوراً مهماً في تطوير قواعد القانون الدولي للبيئة (LAVIEILLE, 2010, p. 165). فعند عقد المؤتمرات الدولية لمناقشة الاخطار والمشاكل البيئية المشتركة. لا تخلو المؤتمرات الدولية من إعلانات المبادئ، كما تعد بمثابة المرشد للدول عند إعداد الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية البيئة.

تعمل الاتفاقيات البيئية كإطار لتوجيه الجهود المشتركة لمعالجة مسائل البيئة. فهي تعبير عن إرادة دولية مشتركة تجمع بين الحكومات والجهات المعنية تحت مظلة من المبادئ والالتزامات التي تعزز قدرتهم على التعاون في التصدي لمشكلات البيئية العابرة للحدود. وبالمقابل، يلعب التعاون الدولي دوراً محورياً في تعزيز فعالية الاتفاقيات البيئية، وذلك من خلال توفير الدعم السياسي والتمويلي لتنفيذ الاتفاقيات، وتسهيل تبادل المعلومات والتكنولوجيا والبيانات ونتائج الأبحاث العلمية المتوصل اليها وتطوير برامج العمل بين الدول الأطراف، وتعزيز الالتزام بالالتزامات البيئية. في هذا الصدد، ورغم وجود نوع من التفكك وعدم التجانس بين اتفاقيات التنوع البيولوجي و اتفاقيات تغير المناخ - المشار اليها انفا- الا ان الجهود المبذولة في نظام التنوع البيولوجي تدل على النهج التعاوني الذي تسلكه اتفاقية التنوع البيولوجي لعام 1992. اذ تعد هذه الأخيرة من

أكثر الاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف النشطة في مجال اعداد الترتيبات التعاونية مع عشرات الاتفاقيات المشابهة لها في النطاق والمدى والشكل وذلك بموجب المادة 23 / 4 منها (SCOTT, 2011, p. 18). حيث ساعد التعاون الدولي في تنفيذ اتفاقية التنوع البيولوجي، في إنشاء مناطق محمية، وحماية الأنواع المهددة بالانقراض، بالإضافة الى تعزيز مشاركة المجتمعات المحلية في حماية البيئة.

في الواقع لقد لوحظ ان التجزؤ يعتبر عامل قوي لدفع الدول الى التعاون، ففي عام 2006 سعت الأطراف المتعاقدة و بناء على اقتراح من برنامج الأمم المتحدة للبيئة، الى جمع الاتفاقيات الكيميائية الثلاث من خلال فتح فرص للتفاعل بين الدول، تسعى هذه الاتفاقيات أيضًا إلى تعزيز الاعتماد المتبادل وتشجيع الدول على وضع سياسات وطنية فاعلة لمعالجة قضايا البيئة. وتهدف كل هذه الجهود والإجراءات في النهاية إلى تحسين حالة البيئة على الصعيدين الوطني والعالمي (Ivanova, 2020, p. 02).

ب- ضرورة التنسيق والانسجام بين الاتفاقيات البيئية:

نظرا لإخفاق الآليات الدولية في تغطية قضايا البيئة وتسوية نزاعاتها المختلفة عكفت الحكومات والمنظمات الدولية بما فيها برنامج الأمم المتحدة للبيئة على العمل من أجل تقديم المساعدات التقنية للبلدان النامية لتحديث تشريعاتها أو لوضع تشريعات جديدة، تنفيذًا للسياسات البيئية أو امتثالًا لالتزاماتها الدولية بمقتضى الاتفاقات البيئية المصادق عليها بغية مواجهة التحديات البيئية الناشئة في إطار التنمية المستدامة وتعزيز تنفيذ التشريعات.

في مجال التغير المناخي، تُبذل طائفة واسعة من الجهود التعاونية من جانب المجتمع الدولي لدعم الجهود التي تبذلها الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية المتعلقة بتغير المناخ وبروتوكول كيوتو من أجل وضع أنظمة الاتفاقية المتعلقة بالتخفيف من حدة التغير المناخي والتكيف معه. وتشمل هذه الجهود المفاوضات الجارية لإعداد إطار قانوني دولي جديد في إطار الاتفاقية. وثمة مسألة خاصة ذات أهمية لأوساط القانون الدولي وهي ضرورة تعزيز أوجه التآزر، والتماس المنافع المشتركة بين نظام المعاهدات الخاصة بتغير المناخ والاتفاقات البيئية الأخرى المتعددة الأطراف، مثل التآزر المحتمل بين الاتفاقية وبروتوكول مونتريال المتعلق بإدارة مركبات الكربون الهيدروفلورية، ومراقبة ملوثات الهواء الأخرى التي تنظمها معاهدات دولية مختلفة (المتحدة، 2016، صفحة 07).

في نفس الاطار، لا يمكن اغفال دور برنامج الأمم المتحدة للبيئة (UNEP) في تعزيز فعالية الاتفاقيات البيئية . حيث يُعد الجهة الرائدة عالميًا في ميدان حفظ البيئة. مهمته تكمن في توعية

وتمكين الدول والشعوب للارتقاء بجودة حياتهم دون المساس بمصلحة الأجيال القادمة. حيث يقود برنامج الأمم المتحدة للبيئة التغيير التحولي من خلال استقصاء الأسباب الجذرية للتحديات البيئية الثلاثة الرئيسية، وهي تغير المناخ، وفقدان التنوع البيولوجي، والتلوث. كما يركز عمله على مساعدة الدول في التحول نحو اقتصادات منخفضة الكربون وفعالة في استخدام الموارد، وتعزيز إدارة البيئة وتنظيمها وحماية النظم البيئية، بالإضافة إلى تقديم معلومات مبنية على الأدلة لتوجيه القرارات السياسية. ومن خلال العلم الحديث والتنسيق والجهود التوعوية، يقدم برنامج الأمم المتحدة للبيئة دعماً لدوله الأعضاء، التي يبلغ عددها 193 دولة (unep، About the - United Nations Environment Programme، 2023)، في تحقيق أهداف التنمية المستدامة والعيش في تناغم مع البيئة. وتعزيز فعالية القانون البيئي.

في هذا الصدد، يقدم برنامج الأمم المتحدة للبيئة دعماً إدارياً ومالياً فعالاً من حيث التكلفة لكل أمانة للاضطلاع بمسؤولياتها. كما يوفر برنامج الأمم المتحدة للبيئة لبناء القدرات الوطنية من أجل التنفيذ الفعال للاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف من خلال عدة مبادرات كبرنامج الاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف في مناطق أفريقيا والبحر الكاريبي والمحيط الهادئ (ACP) - (MEAs) والذي يدعم 79 دولة للوفاء بالتزاماتها كأطراف في الاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف. ويوفر سهولة الوصول إلى المعلومات حول الاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف. كما يعزز قدرة الحكومات على تنفيذ بروتوكول مونتريال بشأن المواد المستنفدة لطبقة الأوزون. وبروتوكول قرطاجنة للسلامة البيولوجية الملحق باتفاقية التنوع البيولوجي (unep، unep، 2023)

غير بعيد عن برنامج الأمم المتحدة للبيئة، وفي سبيل تعزيز التنسيق بين الاتفاقيات البيئية تعمل وحدة التفتيش المشتركة و المنشأة بموجب قرار الجمعية العامة 192/31 المؤرخ 22 كانون الأول/ديسمبر 1976 كجهاز فرعي دائم ومسؤول أمام الجمعية العامة وأمام مجالس إدارة الوكالات المتخصصة، والصناديق، والبرامج التابعة للأمم المتحدة - على توجيه تقاريرها إلى منظمة الأمم المتحدة أو أكثر من منظمة معينة، بهدف تعزيز إدارة الاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف ولتوفير الدعم البرنامجي والإداري لها من جانب المنظمات التابعة للأمم المتحدة من خلال تعيين التدابير الرامية إلى النهوض بالتنسيق والتماسك المعززين وبأوجه التآزر بين الاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف ومنظومة الأمم المتحدة، ومن ثم زيادة المساهمة التي تقدمها منظومة الأمم

المتحدة في إيجاد نهج أكثر تكاملاً للإدارة البيئية الدولية والإدارة على المستويات الوطنية والإقليمية والدولية (للبيئة، 2009).

ج- دعم تنفيذ الاتفاقيات البيئية:

من خلال بعض الجوانب يمكنك القول ان الاتفاقيات البيئية قد فشلت في تحقيق أهدافها المرجوة، وذلك لعدة أسباب، منها: ميل الدول إلى الاتفاق على الالتزامات العامة فقط، نقص التمويل، خاصة في الدول النامية، وتزايد عدد الاتفاقيات البيئية، مما يؤدي إلى تعدد وتنوع التزامات الدول، وصعوبة التنسيق بينها.

تُقاس مدى فعالية الاتفاقيات البيئية من خلال البحث في أدائها المؤسسي المتمثل في الامتثال، والتنفيذ، والفعالية. فيشير الامتثال إلى مطابقة التوقعات، أي الالتزامات التي تلتزم بها الدول الأعضاء للاتفاق، أما التنفيذ، يشير إلى اعتماد التشريعات الوطنية لتنفيذ الالتزامات الدولية. ويقصد بالفعالية تحقيق أهداف الاتفاق وحل المشكلة البيئية محل الاتفاقية. لكن في ظل تزايد التحديات البيئية، فإن التنفيذ الناجح للاتفاقيات البيئية العالمية من خلال تحديد الأهداف وتطوير المقاييس وجمع البيانات وتعبئة الموارد يعد أمراً أساسياً لتنسيق وتكامل الجهود لحماية البيئة (Ivanova، 2020، صفحة 03).

لدعم تنفيذ الاتفاقيات البيئية؛ يجب أن تتضمن آليات فعالة للتنفيذ، مثل آليات المراقبة، والتدابير التأديبية. فكلما كانت آليات التنفيذ أكثر فعالية، كلما كان من السهل على الدول الالتزام بأحكام الاتفاقية وان كان الامر صعبا في بعض الحالات لتصادم الالتزامات الدولية. تجدر الإشارة الى انه، لتعزيز تنفيذ اتفاقات بيئية متعددة الأطراف ذات التزامات مماثلة أو مكاملة، جرى في السنوات الأخيرة في إطار برنامج مونتيفيديو الرابع الترويج لنهج تآزري لتعزيز التعاون والتنسيق. ففي مجال المواد الكيميائية والنفايات، حيث حققت مؤتمرات الأطراف في اتفاقيات بازل وروتدام واستكهولم بالاستفادة من الأعمال التي بدأت في العقد السابق تقدماً هاماً في هذا المجال من خلال اجتماعاتها المتزامنة غير العادية في فبراير 2010، وماي 2015. وعن طريق طائفة من التدابير الأخرى التي اتخذت بعد ذلك. وثمة عمل متواصل أيضاً لتعزيز التعاون والتنسيق فيما بين الاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف في ميدان التنوع البيولوجي في مجال المواد الكيميائية والنفايات. وقد وُضع كل اتفاق من الاتفاقات القائمة للتصدّي لمشاكل بيئية محددة، في حين يعتبر نطاق بعضها أوسع بكثير من غيرها من الاتفاقات. وفي ذلك السياق، قد يكون

من الأصوب حسب برنامج مونتيفيديو الرابع دراسة جدوى وضع إطار قانوني دولي جامع بشأن مواضيع ذات صلة (المتحدة، 2016، صفحة 04).

في هذا الصدد، تشمل الاتفاقات البيئية تدابير وآليات لمعالجة حالات عدم الامتثال وضمن فعاليتها. يمكن أن تشمل هذه الآليات الإشراف والمتابعة والمساعدة والحوافز. وهي تهدف إلى التخفيف من الاعتبارات القانونية الصارمة لنظام المسؤولية وتوفير مساحة للتعاون الوقائي. بهدف حصول الدول على مزايا الاتفاقية من جهة و الامتثال من ناحية اخرى (الهيئي، 2014). ففي الحالات التي يفشل فيها أحد الأطراف في تنفيذ التزاماته، يعمل نظام الامتثال كنظام مساعدة وعقوبة. يقدم المساعدة للأطراف التي لم تتمكن من الوفاء بالتزاماتها بسبب القيود المالية أو التكنولوجية أو القانونية. في الوقت نفسه، توقف جميع التنازلات والمساعدات التي يتلقاها الطرف غير الممثل.

في هذا السياق، يعتبر برنامج مونتيفيديو الخامس للقانون البيئي كبرنامج حكومي دولي مدته عشر سنوات، ينفذه برنامج الأمم المتحدة للبيئة، وسيدعم البلدان في تطوير وتنفيذ القانون البيئي. ويمتد البرنامج من عام 2020 إلى عام 2030، وهو عبارة عن شراكة عالمية تضم مجموعة واسعة من أصحاب المصلحة في مجال القانون البيئي (unep ج.، 2016). ومن أجل دعم أفضل لتنفيذ الاتفاقيات البيئية دعا برنامج مونتيفيديو الخامس الى تشجيع تبادل المعلومات والخبرات وأفضل الممارسات والتعاون، حسب الاقتضاء، مع أمانات الاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف لضمان الدعم المتبادل للجهود. ، فضلاً عن بناء القدرات، بما في ذلك بين جهات الاتصال الوطنية لبرنامج مونتيفيدو، كما سيدعم برنامج مونتيفيدو الخامس مبادرات التوعية بالقانون البيئي على مختلف المستويات من خلال؛ تشجيع البحث، بما في ذلك الدراسات والتقارير، بشأن القضايا البيئية الناشئة والعلاقة بين القانون البيئي والأنظمة القانونية الأخرى ذات الصلة؛ تعزيز التدريب في مجال القانون البيئي، لا سيما للمهنيين القانونيين مثل القضاة والمحامين العامين وغيرهم من موظفي إنفاذ القانون. (unep ج.، 2016)

نافلة القول ، أن تعزيز فعالية الاتفاقيات البيئية أمر ضروري لتحقيق أهداف حماية البيئة. فكلما كانت الاتفاقيات أكثر فعالية، كلما كانت البيئة أكثر حماية.

الخاتمة:

في ختام هذه الورقة، يمكن القول أن الاتفاقيات الدولية البيئية تمثل أداة مهمة لحماية البيئة على المستوى الدولي. ومع ذلك، فإنها تعاني من بعض القيود ونقاط الضعف، مثل التخصص والتجزؤ العلمي...

من أجل تحسين فعالية الاتفاقيات الدولية البيئية، من المهم اتخاذ تدابير لمعالجة هذه القيود. يمكن تحقيق ذلك من خلال تعزيز التعاون بين الاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف، ضرورة العمل على تحقيق الانسجام بين الاتفاقيات البيئية، وتطوير قواعد ومعايير قانونية أكثر صرامة، وزيادة الإشراف على تنفيذ الاتفاقيات البيئية، وزيادة مشاركة المجتمع المدني في عملية صنع القرار البيئي.

التوصيات

بناءً على ما سبق، يمكن تقديم التوصيات التالية:

- إجراء مزيد من البحث والتحليل لتحديد أفضل السبل لتحسين فعالية الاتفاقيات الدولية البيئية.
- إطلاق مبادرات دولية لتعزيز التعاون بين الاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف.
- ضرورة مشاركة الدول بشكل فعال في المفاوضات التي تؤدي إلى إبرام الاتفاقيات البيئية.
- تطوير آليات تنسيق وتعاون بين الاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف.
- تطوير قواعد ومعايير قانونية أكثر صرامة بشأن القضايا البيئية.
- ضرورة أن تكون أهداف الاتفاقيات البيئية واضحة وقابلة للقياس، وأن تكون الالتزامات الواردة فيها محددة وقابلة للتنفيذ.
- زيادة الإشراف على تنفيذ الاتفاقيات البيئية.
- زيادة مشاركة المجتمع المدني في عملية صنع القرار البيئي.

تهدف هذه التوصيات إلى تعزيز جهود المجتمع الدولي لحماية البيئة، وضمان مستقبل مستدام للبشرية.

Dionysia-Theodora Avgerinopoulou .(2019) .*Science-Based Lawmaking How to Effectively Integrate Science in International Environmental Law* . Dionysia-Theodora Avgerinopoulou , Science-Based Lawmaking How to Effectively Integrate Science in International Environmental Law , Springer , 2019 , p 76.

IEADB website .(2023) .*IEA Database Home* من تاريخ الاسترداد 2023 ,09 12 . IEA Database Home , <https://iea.uoregon.edu/>

Jean-Marc LAVIEILLE .(2010) .*droit international de l'environnement* (الإصدار 3e édition .(France: ellipses.

FRAGMENTATION OF .(2016) .John Carter Morgan
INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW AND THE
SYNERGY: A PROBLEM AND A 21ST CENTURY MODEL
VERMONT JOURNAL OF ENVIRONMENTAL SOLUTION
.18 ,*LAW*

KAREN N SCOTT .(2011) .INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL
GOVERNANCE: MANAGING FRAGMENTATION
THROUGH INSTITUTIONAL CONNECTION .*KAREN N
SCOTT, INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL
GOVERNANCE: MAN* *Melbourne Journal of International Law* ,
.12

Natalia Escobar-Pemberthy and Maria Ivanova .(2020 ,08 31) .
Implementation of Multilateral Environmental Agreements:
Rationale and Design of the Environmental Conventions Index .
Sustainability .12 .doi:10.3390/su12177098

unep - .(2023) .*About the United Nations Environment Programme* تم الاسترداد .
من <https://www.unep.org/who-we-are/about-us>

unep .(2023) . We work to support the implementation of
Multilateral Environmental Agreements (MEAs):
<https://www.unep.org/explore-topics/environmental-rights-and-governance/what-we-do/meeting-global-environmental>

unep مجلس ادارة برنامج الامم المتحدة للبيئة. (2009). القضايا الناشئة في مجال السياسات العامة: البيئة في النظام
المتعدد الأطراف. تم الاسترداد من

https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20342/K0953669_a-GCSS-XI-5.pdf?sequence

نادانوري إينوماتا. (2008). الاستعراض الإداري للإدارة البيئية في منظومة الأمم المتحدة. الامم المتحدة، وحدة التفتيش
المشتركة جنيف 2008 .

جمعية الامم المتحدة للبيئة لبرنامج الامم المتحدة للبيئة unep .(2016). برنامج مونتيفيديو الخامس للقانون البيئي: عقد
من العمل بشأن القانون البيئي. تم الاسترداد من

<https://www.unep.org/resources/factsheet/montevideo-environmental-law-programme-decade-action-environmental-law>

جمعية الأمم المتحدة للبيئة لبرنامج الأمم المتحدة. (2016). استعراض منتصف المدة للبرنامج الرابع لوضع القانون البيئي
واستعراضه دورياً (برنامج مونتيفيديو الرابع).

سهير إبراهيم حاجم الهيتي. (2014). الاليات القانونية الدولية لحماية البيئة في اطار التنمية المستدامة. لبنان: منشورات
الخليج الحقوقية.

غير هارد هافتر. (2000). المخاطر الناشئة عن التجزؤ القانون الدولي. لجنة القانون الدولي.

مؤتمر الاطراف ابرتوكول منتريال. (2007). المقرر 6/19 لمؤتمر الأطراف في بروتوكول منتريال. الامم المتحدة.



السياسة الجنائية الموضوعية في الجرائم الإلكترونية objective criminal policy in cybercrime

د حامد علي شهبوب

الجامعة الأسمرية الإسلامية (ليبيا)

shhobhamad@gmail.com

الملخص

التوازن التشريعي يقوم بين فكر فلسفي اجتماعي يعطي الدولة الحق في العقاب، وفكر دستوري حقوقي يعطي قيمة للحقوق والحريات العامة، وهذه الموازنة تزداد صعوبة أكثر عندما يكون استعمال الدولة في حقها في العقاب يتعلق بجرائم الرأي لا سيما الإلكترونية منها، وذلك على حسب نوع النظام السياسي واستقراره الأمني، فالدولة من أجل حماية التعاملات الإلكترونية والنظام العام تملك سلطة تقييد حرية الأفراد، والفرد من أجل ممارسة حقوقه الدستورية يملك حرية الرأي والتعبير، وبالتالي فالمرشح يسعى إلى تحقيق وظيفتين أساسيتين الأولى: وضع آلية لحماية النظام العام من خلال ضبط السلوك الإلكتروني، والثانية: وضع إطار لا يمكن لسلطات الدولة أن تتجاوزته في سعيها لإدراك الوظيفة الأولى، وذلك من أجل توفير قدر معين لحقوق الأفراد وحررياتهم، فإلى أي مدى يقبل بالتعدي على حقوق الأفراد الأساسية لا سيما حق النشاط الإلكتروني؟ وإلى أي مدى يسمح للفرد بممارسة هذا الحق؟

The legislative balance is established between a social philosophical thought that gives the state the right to punishment and a legal and constitutional thought that gives value to public rights and freedoms. The state, in order to protect electronic transactions and public order, has the power to restrict the freedom of individuals, and the individual, in order to exercise his constitutional rights, has freedom of opinion and expression. Therefore, the legislator seeks to achieve two basic functions. For the state to go beyond it in its quest to realize the first function in order to provide a certain amount for the rights and freedoms of individuals, so to what extent does it accept the infringement of the basic rights of individuals, especially the right to electronic activity? And to what extent is the individual allowed to exercise this right?

المقدمة

لا شك إن استخدام تقنية الأجهزة الإلكترونية أضحى ضرورة حياتية لا غنى عنها في شتى مظاهر الحياة اليومية، لما يوفره من وقت وجهد في البحث عن ضالة الإنسان، وقد قيل بحق هي ثروة من المعرفة لا مثيل لها ناتجة عن ثورة المعرفة⁽³³³⁾. إلا أن بعضا من مستخدمي هذه التقنية الحديثة أساءوا لهذه المكنة وجانبوا الحق المشروع بغيره من مآرب غير مشروعة، وأصبحت هذه التقنية الإلكترونية وسيلة من وسائل أخرى لارتكاب الجريمة بشكل عام لا سيما الإلكترونية منها، لذا عرفها البعض بأنها كل فعل مجرم بمقتضى القانون يتخذ الحاسب الآلي كوسيلة لتنفيذ إجرامه⁽³³⁴⁾، وبما أن التجريم يعد أحد الوسائل الأساسية التي تستخدمها الدولة متمثلة في سلطتها التشريعية في مواجهة الجريمة بشكل عام والجرائم الإلكترونية بشكل خاص، إلى جانب وسائل أخرى. لعل أهمها التدابير الوقائية. سنقتصر في دراستنا هذه على سياسة التجريم فقط إزاء هذا النوع من الجرائم، دون الخوض في السياسة العقابية والتي تمثل الشق الثاني للسياسة الجنائية الموضوعية والمكتملة لها والتي لا يسع المقام بتناولها، و سياسة التجريم بشكل عام تقوم على التوازن بين فكر فلسفي اجتماعي يعطي الدولة الحق في العقاب وفكر دستوري حقوقي يعطي قيمة للحقوق والحريات العامة إلا أن تحقيق هذا التوازن يزداد صعوبة عندما يكون استعمال الدولة حقها في العقاب يتعلق بالتعدي على حق حرية الرأي لا سيما الإلكتروني منها وحق الحصول على المعلومة، فالدولة متمثلة في سلطتها التشريعية تملك سلطة تقييد حرية الأفراد من أجل حماية التعاملات الإلكترونية، والفرد يملك الحق في حرية الرأي والتعبير والحصول على المعلومات، ممارسة حقوقه الدستورية، فالإشكالية التي يثيرها هذا الموضوع هي أن المشرع يسعى إلى تحقيق وظيفتين أساسيتين الأولى وضع آلية لحماية النظام العام من خلال ضبط الاستخدام الإلكتروني، والثانية وضع إطار لا يمكن لسلطات الدولة أن تتجاوزه من خلال سعيها لتحقيق الوظيفة الأولى، وذلك من أجل ضمانة توفير قدر من الحقوق والحريات الإلكترونية للأفراد.

⁽³³³⁾ . ينظر عبدالله عبدالكريم عبدالله، جرائم المعلوماتية والانترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007 ص 175.

⁽³³⁴⁾ . شرف ياسين، السياسة الجنائية في مواجهة جرائم المس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات، مجلة قانونك، العدد 13 يوليوز 2022، المغرب ص 411.

واللجوء إلى التجريم يعد أقصى وأشد درجات الحماية التي قد تلججها لها الدولة لتنظيم علاقة الأفراد ببعضهم البعض وعلاقتهم بالدولة ، وبالتالي وجب خضوع مسألة التجريم لمعايير وضوابط تضمن مدى الحاجة إلى وجود أو اتباع سياسة التجريم كمالأخيراً لتوفير الحماية اللازمة لتنظيم تعاملات الأفراد إلكترونياً ، حتى لا تكون سياسة التجريم مجرد أداة للتعسف وانتهاك للحقوق والحريات لا سيما حرية الرأي وحق الحصول على المعلومة ، وفي الوقت ذاته نضمن حق الوصول إلى الأهداف النبيلة من سياسة التجريم وهي حماية التعاملات الإلكترونية من التجاوزات الضارة بالفرد والدولة وبالقدر المناسب يراعى التوازن بين هذه الحماية وبين ما يتمتع به الغير من حقوق وحريات،، لذلك سنتناول سياسة التجريم الإلكتروني والقواعد العامة للتجريم في (مبحث أول)، والضرورة والتناسب في تجريم الاستخدام الإلكتروني (مبحث ثاني)

المبحث الأول

سياسة التجريم الإلكتروني والقواعد العامة للتجريم

إن سياسة التجريم الإلكتروني تطلب دراسة نطاق تطبيق المبادئ العامة للتجريم في الجرائم المضرة بالمعاملات الإلكترونية بداية من بحث مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات باعتباره مبدأً أساسياً يحكم كل نصوص التجريم والعقاب في المدونات التشريعية الحديثة، ذلك أن المبدأ المذكور يرتب التزامات على عاتق المشرع ينبغي عليه التقيد بها عند تصديده للتجريم، كما ينشئ نتائج معينة، تقتضيها اعتبارات حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، فالسؤال الذي يثور هو ما مدى التقيد بهذا المبدأ وبالالتزامات التي يفرضها عند التصدي للتجريم في مجال حماية الأمن المعلوماتي ؟ وهل للطبيعة الخاصة لهذه الجرائم دور في إخضاعها لمعاملة متميزة تقود إلى تجاوز بعض النتائج التي يرتبها مبدأ الشريعة الجنائية ؟.

أيضاً تتطلب دراسة سياسة التجريم في الجرائم الإلكترونية بحث مبدأ العينية وعدم الاقتصار على الجرائم التي ترتكب على أرض دولة المشرع عند التصدي للتجريم في مجال الجرائم الإلكترونية ، فالطبيعة الخاصة لهذه الجرائم تبرر تجاوز نتائج مبدأ الإقليمية وتسمح بتطبيق القانون على كل ما يقع من جرائم الكترونية تهدد الثقة العامة في صحة وسلامة المعاملات الإلكترونية بغض النظر عن مكان وقوع هذه الجرائم .بناء على ذلك سنتطرق إلى مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات (الفقرة الأولى) ، وإلى مبدأ العينية (الفقرة الثانية) .

المطلب الأول



من القواعد الأساسية في مجال القانون الجنائي (مبدأ الشرعية) principe de la légalité criminelle

وتكمن أهمية دراسة مبدأ الشرعية الجنائية في مجال جرائم الإلكترونية من ناحية أن المشرع الجنائي غالباً ما يتجه عند تصديده للتجريم والعقاب للأفعال الماسة بسلامة المعاملات الإلكترونية، نحو تبني سياسات جنائية ذات مرونة عالية تتناسب مع الطبيعة الخاصة للجرائم الإلكترونية، تضمن ملاحقتها، ومعاقبة مرتكبيها، وتؤمن الاحترام اللازم للتنظيمات المتعلقة بمكافحة الجرائم الإلكترونية، إلا أنها في الوقت نفسه، تنطوي في بعض جوانبها على التضحية بالمبادئ العامة الكبرى في قانون العقوبات عند تحديد أركان الجرائم المضرّة بالأمن المعلوماتي أو عند البحث عن المسؤولين عنها⁽³³⁵⁾ وإلى تجاوز بعض النتائج التي يرتبها مبدأ الشرعية الجنائية.

هذه المرونة في السياسة الجنائية المتبعة بشأن جرائم الإلكترونية تبرز من خلال تبني المشرع لأساليب مختلفة عند تصديده للتجريم والعقاب بالنسبة لهذه الطائفة من الجرائم. من أهم هذه الأساليب وأكثرها إثارة للجدل لاعتبارات تتعلق بمبدأ الشرعية الجنائية ومدى التقيد به عند الأخذ بما أسلوب: (النصوص على بياض) norme en blanc و(النصوص الحرة أو غير المقيدة)

أولاً: النص الجنائي على بياض⁽³³⁶⁾ norme en blanc

- إذا كان الأصل في أن النص التشريعي يتضمن بذاته معنى التجريم والعقاب معاً بشكل واضح ومحدد فإن النص على بياض يعتمد فيه المشرع إلى أسلوب النص على العقوبة ورسم الإطار العام للتجريم، ويحيل إلى نصوص أخرى لتحديد مضمون الفعل الإجرامي وعناصره وبيان شروطه بطريقة تفصيلية واضحة وبالتالي تدخل النصوص المحال إليها في تكوين النموذج القانوني للجريمة.⁽³³⁷⁾ وهذا يعني أن دور المشرع يقتصر على إصدار نصوص على بياض، ويعهد إلى

⁽³³⁵⁾ . أحمد شوقي أبو خطوة، المساواة في القانون الجنائي، دار النهضة العربية 1991 القاهرة ص 235 .

⁽³³⁶⁾ . عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية لها في ضوء الفقه الجنائي المعاصر، بيروت 1967،

⁽³³⁷⁾ . يطلق على هذا النوع من النصوص في الفقه الإيطالي normainbianco وفي الفقه الفرنسي loi en banc

جهات أخرى معينة بمهمة ملئها عن طريق تحديد مضمون التجريم بتفاصيله وعناصره،⁽³³⁸⁾ ، وبالنسبة للجرائم الماسة بالسلامة والأمن المعلوماتي كثيراً ما يلجأ المشرع إلى أسلوب (النص على بياض) في تحديد عناصر التجريم في عديد من هذه الجرائم، ذلك للطبيعة الخاصة بهذه الجرائم وارتباطها باعتبارات سياسية واجتماعية واقتصادية وبأساليب علمية متداخلة مع أنشطة تواصل متطورة، ويظهر ذلك فيما أحدثته شبكة الاتصالات العالمية (الانترنت) من سهولة تواصل الناس بعضهم ببعض، كذلك أدوات التجسس الحديثة التي تصعب أحياناً حتى على الجهات التنفيذية معرفتها، فما بالك بالجهات التشريعية. فالتطور الهائل المتزايد في عصر العلم والتكنولوجيا في مجال الصناعة الإلكترونية وبناء الأجهزة الإلكترونية ذات القدرات الفائقة والتعامل مع سيل هائل من المعلومات زاد من الاحتياج إلى حفظ وحماية هذه المعلومات من الاعتداء لما لها من أهمية عالية في الحفاظ على حماية الأمن المعلوماتي، الأمر الذي يقتضي توفر الخبرة لدى الجهة المختصة ببيان عناصر التجريم في هذه الجرائم وتوفير المرونة في الأداة التشريعية بكيفية تمكنها من مواجهة المعطيات المرتبطة بهذه الجرائم في الوقت المناسب، ومراعاة الاعتبارات الفنية والعلمية المتطورة، وكذلك تغيير الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية في البلاد التي تقتضي قدراً من المعرفة المتخصصة والتي لا تتوافر غالباً إلا لدى الجهات المحال إليها لتحديد عناصر التجريم في هذه الجرائم. لهذا غالباً ما يكفي المشرع عند تصديده للتجريم في مجال الجرائم الإلكترونية برسم الإطار العام للتجريم وإرساء قواعده العامة ويترك للسلطات المختصة مهمة تحديد مضمون هذا التجريم وعناصره وشروطه وتفصيله؛ لأن المشرع يتعذر عليه أن يحيط بالوصف الدقيق للسلوك محل التجريم بسبب يرجع إلى طبيعة السلوك ذاته، لهذا لا يجد المشرع مناصاً من أن يركن إلى النتيجة فيحددها، وإلى رابطة السببية فيعينها، إذ بتحديد النتيجة وتعيين السببية يتحدد تبعاً لذلك السلوك الذي تنبثق عنه السببية فتربط بينه وبين النتيجة⁽³³⁹⁾ .

كما أن المشرع نظم مجموعة من الوسائل تُبأشر عن طريق السلطة التنفيذية وهي بصدد ممارسة المهام الموكولة إليها قانوناً، وذلك في ظروف استثنائية حماية لسلامة المعاملات الإلكترونية،

(338) . ينظر محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن الجزء الأول، دار مطابع الشعب، 1963، ص 63 .

(339) - ينظر محمود سليمان موسى، الجرائم الواقعة على أمن الدولة، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة 2009 ص 97 .

واستمرارها، فالمشروع بإقراره لهذه الإحالة يتيح للسلطة التنفيذية اتخاذ الإجراءات اللازمة في ظروف معينة أو عند حدوث وقائع طارئة للحفاظ على الأمن المعلوماتي من أجل دفع الخطر عن المجتمع. فقد نص الدستور الفرنسي في المادة (38) بأنه يجوز للبرلمان أن يرخص للحكومة لتنفيذ برنامجها أن تتخذ بقرار منها التدابير التي يختص القانون بتشريعيها، ويكون التفويض لمدة محددة وقابلًا للتجديد، وفي إيطاليا قوانين الطوارئ توضع في نظام حالة الضرورة وإن شكلها ومضمونها يتحدد في ضوء الضرورة الاجتماعية والسياسية⁽³⁴⁰⁾ وقد أجازت المادة (77) من الدستور الإيطالي للحكومة اتخاذ تدابير مؤقتة لها قوة القانون في الحالات غير العادية للضرورة والاستعجال. أما عن الوضع الدستوري في ليبيا نجد مشروع الدستور الليبي الصادر في 2017/7/29 بعد أن أعطي رئيس الجمهورية في حالة الحرب والتهديد الجسيم إعلان حالة الأحكام العرفية وذلك في نص المادة (188)؛ فلا يوجد ما يفيد الأخذ بفكرة التفويض التشريعي إلا نص المادة (189) من هذا المشروع تحت عنوان. القيود في حالة الطوارئ والأحكام العرفية. الفقرة (2) حيث ذكرت هذه المادة (...) لا يجوز لرئيس الجمهورية أثناء حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية فرض قيود على الحقوق والحريات إلا بالقدر الضروري للمحافظة على الأمن العام والسلامة العامة في البلاد) ، فأعطي للرئيس حق التعرض وفرض القيود على الحقوق والحريات الأساسية متى وجدت الضرورة للمحافظة على أمن الدولة وسلامتها. وقيد ذلك في الفقرة (3) من هذه المادة بخضوع جميع القرارات والتصرفات لرقابة القضاء.

فالمشروع قد يضطر إلى استخدام أسلوب الإحالة فيما يتعلق بالجرائم الماسة بسلامة التعاملات الإلكترونية، حيث يكفي في شأنها بإصدار نصوص على بياض ويعهد إلى سلطات ثانوية بملئها، أي يكفي بالنص على المبدأ العام للتجريم ويترك لسلطات أخرى تحديد عناصر الجريمة وتفصيلها .

وفي الواقع إن هذا الأمر لا يثير إشكالية تذكر في حالة الإحالة إلى نصوص قانونية أخرى، إما في نفس القانون أو من قوانين أخرى أو غير جنائية، وذلك لعدم تعارض الإحالة في هذه

Jean – jacques pardini , p , 27

ينظر (340) -

مشار إليه في كتاب أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق ، الطبعة الرابعة 2006.



الحالة مع مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون؛ لأن النصوص المحالة إليها هي بطبيعتها نصوص قانونية تصح أن تكون مصدراً للتجريم وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية.⁽³⁴¹⁾

إلا أن الإشكالية التي يمكن أن تثار تكون في حالة الإحالة إلى السلطة التنفيذية لتحديد مضمون التجريم المنصوص عليه في القاعدة الجنائية وبيان عناصره عن طريق ما تصدره من قرارات إدارية، ففي هذه الحال يطرح التساؤل عن مدى التقيد بمبدأ الشرعية في ظل مساهمة السلطة التنفيذية أو الإدارة في التجريم؟ وهل تعتبر الإحالة إلى السلطات التنفيذية خروجاً عن مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون)؟.

في الحقيقة لاشك أن اللجوء إلى استخدام أسلوب الإحالة في التجريم لا يعطي المتهمين المعنيين الحماية التي يقرها مبدأ الشرعية الجنائية ضد التحكم والاستبداد، لهذا أوصى المؤتمر الدولي الثالث عشر لقانون العقوبات الذي عقد في القاهرة من 1 إلى 7 أكتوبر 1984 بعدم اللجوء إلى هذا الأسلوب.⁽³⁴²⁾ ومع ذلك ونعتقد من جانبنا أنه ليس هناك ما يمنع من استخدام أسلوب الإحالة في تجريم الخروج على قوانين حماية الأمن المعلوماتي وسلامة المعاملات الإلكترونية، ذلك أن التشريع في هذا المجال يتطلب خبرة فنية قد لا تتوفر إلا لدى السلطات الإدارية المختصة، كما أنه يحقق مرونة في الأداة التشريعية تمكنها من مواجهة الظواهر المتبدلة والسلوكيات المستحدثة في ظل ثورة الاتصال، كما أن أسلوب الإحالة - ولو على نطاق واسع- لا يؤدي إلى الإخلال بمبدأ الشرعية، ذلك أن المشرع يخطط المبادئ العامة في التجريم ويحدد العقوبة أما السلطة التنفيذية فيقتصر دورها على تحديد عناصر التجريم في إطار المبدأ العام المنصوص عليه في القاعدة الجنائية. وهذا الرأي ليس بغريب، فقد تبناه الفقه الجنائي بمناسبة جرائم مشابحة ألا وهي الجرائم الاقتصادية والجرائم الماسة بأمن الدولة .

⁽³⁴¹⁾ Klaus Tiedemann, Théorie et réforme du droit pénal de l'environnement, étude de droit comparé, R.S.C,2,1986,p,264.

⁽³⁴²⁾ - ينظر أحمد شوقي أبو خطوة ، المساواة في القانون الجنائي ، دار النهضة العربية القاهرة 1991 ، ص238 .

ولكن ماذا لو أن المشرع اقتصر على رسم الإطار العام للتجريم دون أن يميل إلى نصوص أخرى لتحديد مضمون الفعل الإجرامي وعناصره وشروطه أو ألقى النص الذي تمت الإحالة إليه ؟

ثانياً: النصوص الحرة أو غير المقيدة⁽³⁴³⁾.

قد يصعب في كثير من الحالات الإحاطة بالوصف الدقيق للسلوك محلّ التجريم، فيلجأ المشرع إلى العبارات العامة لوصف هذا السلوك، وفي غالب الحالات يحدد المشرع النتيجة وعلاقة السببية دون تفصيل لحركة السلوك محلّ التجريم⁽³⁴⁴⁾.

وإذا كانت الصفة الأساسية التي تتحلّى بها أغلب نصوص التشريع الجزائي هي دقة التعبير ووضوح اللفظ والمعاني وذلك احتراماً للتطبيق السليم لمبدأ الشرعية فإن الأمر ليس على هذا المنوال وبهذه الدقة والوضوح في نصوص التجريم المتعلقة بالاعتداء على الأمن المعلوماتي، فالمرونة هنا تكاد تكون هي المنهج المتبع في هذا النوع من الجرائم، وبخاصة عندما يتعلق الأمر بإساءات بالغة الخطورة، فهذا النمط من التجريم يكفل لأجهزة تنفيذ القانون حرية أكبر في تحديد الوقائع الإجرامية التي تمس بالمصلحة محلّ الحماية من النص التجريمي، وهي أهم تطبيقات الصياغة الحرة غير المحددة، حيث تتميز بالسرد اللغوي والأوصاف وتكرار المرادفات اللغوية،⁽³⁴⁵⁾ والبعض يتميز بغموض المعنى⁽³⁴⁶⁾ وعدم التحديد والدقة⁽³⁴⁷⁾ واستخدام تعبيرات وألفاظ عامة⁽³⁴⁸⁾ أو غير واضحة المعالم والحدود،⁽³⁴⁹⁾ فلا تخلو قوانين العقوبات العربية من مثل هذه التعبيرات والألفاظ

(343) - يسمى أيضاً بالنصوص المفتوحة أو ذات الصيغ العامة، ويسمى أيضاً بالنصوص ذات القالب الحر تمييزاً لها عن النصوص ذات القالب المقيد .

(344) - عبد الفتاح الصيفي، قانون العقوبات اللبناني، الجرائم الواقعة على أمن الدولة وعلى الأموال، بيروت 1972، ص 10 .

(345) - G. Delage, Les crimes et délits contre la nation, l'État el paix public, R.S.C., juillet 1993 . p. 495

(346) - ينظر أحمد فتحي سرور، الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية، دار النهضة العربية، القاهرة 1971، ص 93

(347) - ينظر رمسيس بجمان، الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية، منشأة المصارف، الإسكندرية 1982، ص 67.

(348) - ينظر أحمد الخميني، القانون الجنائي الخاص، مكتبة المعارف، الرباط، الطبعة الثانية 1985، ص 21.

(349) - ينظر مُجدّ الفاضل، الجرائم الواقعة على أمن الدولة، دمشق، الطبعة الثالثة، 1965 ص 53 .

الواسعة المرنة، وخير مثال على ذلك ما جاء في قانون العقوبات الليبي في نص المادة (37) من القانون رقم (5) لسنة 2022 بشأن مكافحة الجرائم الإلكترونية⁽³⁵⁰⁾ تحت عنوان تهديد الأمن والسلامة العامة التي نصت على (يعاقب بالسجن ... كل من بث إشاعة أو نشر بيانات أو معلومات تهدد الأمن أو السلامة العامة في الدولة أو أي دولة أخرى من خلال شبكة المعلومات الدولية أو استعمال أي وسيلة الكترونية أخرى) والمادة (178) عقوبات عام الذي نص على: (يعاقب بالسجن المؤبد كل ليبي قام في الخارج بنشر أو تبليغ أخبار أو إشاعات كاذبة أو مبالغ فيها أو مثيرة للقلق حول الحالة الداخلية في الجمهورية العربية الليبية بشكل يسيء إلى سمعتها أو يزعزع الثقة بها في الخارج أو قام على أي وجه من الوجوه بنشاط من شأنه إلحاق الضرر بمصالح البلاد) . هذا على سبيل المثال لا الحصر، ولذا قيل بحق إن هذا النوع من الجرائم هو ميدان الجرائم غير الدقيقة بامتياز⁽³⁵¹⁾.

مما سبق عرضه يتضح أن لجوء المشرع إلى أسلوب الصياغة المرنة أو المفتوحة ليس عبثاً وإن كان يحرم المتهمين من الضمانات التي يقرها مبدأ الشرعية ضد تحكم القضاء، وله مبررات

(350) - لا يفوتنا أن نشير إلى أن وزير الداخلية السابق أصدر قرار رقم 63 لسنة 2005 بشأن إنشاء إدارة مكافحة جرائم تقنية المعلومات ثم أعيد إنشاؤها عند إنشاء جهاز المباحث الجنائية بالقرار رقم 92 لسنة 2013 وأسند هذه الإدارة بموجب القرارين المذكورين اختصاصات مكافحة جرائم الحاسوب والإنترنت والجرائم الإلكترونية والدعم التقني والفني لإدارة التحقيق والتحري في هذه الجرائم وإعداد التقارير حول الأجهزة المضبوطة بمسرح الجريمة ومتابعة الاختراقات القانونية التي تتعرض لها المواقع الإلكترونية الليبية ومتابعة ما ينشر في صفحات التواصل الاجتماعي ويتعلق بالسيادة الليبية وبشكل جريمة جنائية. ينظر بشير نُجْد الفيتوري كندي، الجرائم المعلوماتية في التشريع الليبي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2016/2017 ص 183 .

(351) - On peut même dire que les atteintes à la sûreté de l'État constituent le domaine privilégié des infractions à structures ouvertes. Cf.art.60 – 60bis – 60quater – 61bis-61quater du Code pénal tunisien.SoukeinaBouraoui, l'infraction politique et les principe classique du droit pénal, R.T.D. 1982, P. 477.

نقلاً عن حنان جنان المعاوي، جرائم الاعتداء على أمن الدولة الخارجي، رسالة دكتوراه جامعة المنار، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 2008/2009 ص 101 .

عملية ملحة لأن المنظور العملي هو ما يجلب المنظور الفلسفي، فطبيعة النشاط المناهض لوجود تعزيز الثقة العامة في صحة المعاملات الإلكترونية وأهمية المصلحة محل الحماية وعمق وخطورة الأثر المترتب على التعدي عليها، وكذلك انتقاء الأسباب التاريخية التي دعت قديماً إلى تقييد القضاء بالنصوص الجامدة، فكل هذه الاعتبارات وجهت المشرع نحو اختيار أحد الأساليب الفنية للنصوص التي تتلاءم وهدفه الأعلى وهو تحقيق الفاعلية والإيجابية لحظة حماية المصالح القانونية المرتبطة بالأمن المعلوماتي، فيبدو مسلك المشرع في تغليب اعتبارات الملاءمة الواقعية التي تجنب البلاد أفعال العدوان السبيري التي قد تصل في مراحلها العليا إلى مواجهة لقوة الدولة. إن اعتبارات دقة وتحديد ووضوح الصياغة الفنية أمر مقبول ومبرر لدى الفرد والدولة معاً، أضف إلى ذلك إن الصياغة الحرة المرنة ليست أسلوباً قاصراً على صياغة تجريم الأفعال الماسة بسلامة المعاملات الإلكترونية، بل نجدها حتى في بعض الجرائم الاقتصادية،⁽³⁵²⁾ وحتى البيئية، والتي قد تمس بأمن الدولة الاقتصادي أو البيئي بمفهومه الواسع، فما بالك بأمنها المعلوماتي.

المطلب الثاني

مبدأ العينية⁽³⁵³⁾:

بداية نود أن ننوه إلى أن من خصائص جرائم تكنولوجيا المعلومات أنها عابرة للحدود وهذه الخصيصة تمنحها الطبيعة الدولية وتفرض عليها بعض الأحكام الخاصة⁽³⁵⁴⁾، وإن حماية

(352) - ينظر فخري عبد الرزاق الحديشي، نطاق التجريم لحماية النشاط الاقتصادي، بدون تاريخ وبدون طبعة .

(353) - تعرض مبدأ العينية للنقد من جانب بعض الفقهاء لأنه يرمز إلى الأناية ويفتقر إلى ضابط موضوعي، مما أدى إلى اختلاف التشريعات وتباينها فيما يتعلق بتطبيقاته، وقد تكون الفائدة التي تعود من النص لا تعدو مجرد التخويف، إذ في الحالات القليلة التي يطبق فيها يكون الحكم غنياً، وقلما ينفذ، خاصة وأن الدولة لا تسلم من يتهم أو يحكم عليه في جريمة سياسية، يضاف إلى ذلك أن فكرة "المصالح الشخصية للدولة" وهي أساس المبدأ العيني هي فكرة واسعة لا حدود لها، لأنه إذا كان بالإمكان الحد من خطورة المبدأ عن طريق تحديد الأفعال التي تخضع له على سبيل الحصر فإنه يصعب مع ذلك تحديد المصالح التي تتعرض للاعتداء، وذلك تبعاً لاختلاف وتباين فلسفة التشريعات بالنسبة لمفهوم "المصالح الحيوية للدولة" لاسيما إذا كان قانون الإقليم لا يعتبر الفعل المرتكب جريمة ماسة لهذه المصالح، ينظر في ذلك محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983 ص 129 وما بعدها.

المعاملات الإلكترونية يقتضي فرض سيادة الدولة بالكامل على إقليمها ومنع كل ما يهدد مصالحها الأساسية ، وهذا لا يتحقق إلا بملاحقة حتى مرتكبي هذه الجرائم من الخارج، الأمر الذي أصبح فيه تطبيق مبدأ الإقليمية على الأفعال المرتكبة في الداخل فقط عقبة في وجه القانون الوطني تحول دون تحقيق حماية فعالة بالمصالح الحيوية للدولة، وهذا ما جعل التشريعات الوطنية الجنائية تضطر للأخذ بمبدأ مكمل لمبدأ الإقليمية ألا وهو مبدأ العينية. إذ أن المصلحة محل الحماية في الجرائم الماسة بالتعاملات الإلكترونية جعلت أغلب الدول تتحرر من جمود مبدأ الإقليمية وفرض ولايتها على الجرائم التي ترتكب خارج حدودها متى رأت فيها مساساً بالسلامة العامة للتعاملات الإلكترونية أو بمصالحها الأساسية أيأ كانت جنسية مرتكبيها أو مكان ارتكابها،. وتقوم الدولة بإعطاء محاكمها اختصاص النظر في الجرائم التي تمس بمصالحها العليا باعتبارها الوحيدة القادرة على حماية تلك المصالح، حتى أن هناك من الفقهاء من أطلق على هذا المبدأ مبدأ حماية الدولة،⁽³⁵⁵⁾ والبعض الآخر أطلق عليه مبدأ المصلحة في صورتها المجردة.⁽³⁵⁶⁾ وامتداد سلطان التشريع الوطني إلى خارج الإقليم طبقاً لهذا المبدأ قد يكون المقتضى منه ضرورياً لمتابعة سلوك يعتبر فرعاً من الأصل ارتكب داخل الإقليم، أي إن أحد أجزاء السلوك المادي للجريمة ارتكب داخل إقليم الدولة المتضررة⁽³⁵⁷⁾ ولهذا تأخذ مختلف التشريعات بمبدأ العينية في نطاق الجرائم المضرة بالمصالح الحيوية عندما تُرتكب في الخارج حتى لو كانت هذه الجرائم معاقباً عليها في البلد

(354) - ينظر عبدالإله النوايسة، جرائم تكنولوجيا المعلومات، دار وائل للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 2017 ص 20 .

355- (C. Lombois : Droit pénal international, D., 1979, p. 387.

(356) - ينظر محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام دار النهضة العربية، القاهرة ، 1989 ، ص 133 .

(357) - وبناء على ذلك أيدت محكمة النقد الفرنسية الحكم الذي أصدرته محكمة اكس في 15/01/1933 الذي قضى بإدانة عدد من الإيطاليين بتهمة التجسس لأنهم سلموا أسراراً تم الدفاع الوطني لسلطة أجنبية خارج فرنسا وقد أسست المحكمة قضائها بأن هؤلاء المتهمين قد تحصلوا على تلك الأسرار داخل الإقليم الفرنسي وهذا يجعل الجريمة قد ارتكبت في جزء منها داخل هذا الإقليم - مما يجعل هذه المحكمة مختصة بالفصل في هذه الدعوى رغم أن فعل التسليم قد تحقق خارج فرنسا . ينظر نقض جنائي فرنسي 27، 7 يوليو 1933 بلتان رقم 164، سيرى 1935 - 1 - 38 د اللوز 11 - 1933 - 463 .

الأجنبي الذي وقعت فيه، ولا يعتبر ذلك اعتداء على سيادة الدولة الأجنبية التي وقعت فيها الجريمة لأن خضوع هذه الجريمة لسلطان القانون الوطني للدولة المتضررة هو بمثابة اعتراف بحق هذه الدولة في الدفاع الشرعي ومواجهة العدوان الذي يهدد مصالحها.⁽³⁵⁸⁾ ومن بين التشريعات التي أخذت بمبدأ العينية التشريع الليبي في المادة (3) من القانون رقم (5) لسنة 2022 بشأن مكافحة الجرائم الإلكترونية تحت عنوان . سريان القانون . حيث نصت (تسري أحكام هذا القانون على أي من الجرائم المنصوص عليها فيه إذا ارتكبت كل أفعالها أو بعضها داخل ليبيا ، أو ارتكبت كل أفعالها خارج ليبيا وامتدت نتائجها وأثارها لداخل ليبيا ولو لم يكن الفعل معاقبا عليه في الدولة التي ارتكبت فيه) وأيضا ما جاء في قانون العقوبات الليبي العام ، حيث نصت المادة (5) على أنه (تسري أحكام هذا القانون على الأشخاص الآتي ذكرهم أولاً : كل من ارتكب خارج البلاد فعلا يجعله فاعلا لجريمة وقعت كلها أو بعضها في ليبيا أو شريكا فيها . ثانيا : كل من ارتكب خارج ليبيا جريمة من الجرائم الآتية: أ – جنابة مخلة بأمن الدولة مما نص عليه البابان الأول والثاني من الكتاب الثاني من هذا القانون،

المبحث الثاني

الضرورة والتناسب في تجريم الاستخدام الإلكتروني

من المعلوم أن السياسة التجريمية تمثل أقصى مراتب الحماية للحقوق المعترف بها للأفراد دستورياً من خلال نصوص عقابية تطبق على الفاعل عندما يمس بهذه الحقوق⁽³⁵⁹⁾، وسياسية التجريم بشكل عام تقوم على التوازن بين فكر فلسفي اجتماعي يحدد مضمون حق الدولة في العقاب وفكر دستوري يحدد قيمة الحقوق والحريات، والدولة من أجل حمايتها لأمنها المعلوماتي بصفة خاصة وحماية صحة وسلامة المعاملات الإلكترونية بصفة عامة تملك سلطة التجريم دون تجاوز لهذه السلطة على حساب حرية الرأي وحق الحصول على المعلومات .

المطلب الأول

التوازن بين حق الإنسان في حرية الرأي وحماية الأمن المعلوماتي :

(358) - ينظر دونديه وي فاير، السياسة الجنائية في النظم الشمولية، باريس 1938 رقم 1715 ص 958 .

(359) . شرف ياسين، السياسة الجنائية في مواجهة جرائم المس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات، مجلة قانونك، العدد

يقوم النظام القانوني على التوازن بين الحقوق والحريات من جهة وبين المصلحة العامة بشكل عام من جهة أخرى، وهو ما يتحقق بالتناسب بين حماية كل منهما، وفي ضوء ذلك فإن المشرع في مقام حمايته للحقوق والحريات-، يراعي التوازن بين هذه الحماية وبين ما يتمتع به الغير من حقوق وحريات، وكذا التوازن بين هذه الحماية وبين المصلحة المتمثلة في النظام العام،⁽³⁶⁰⁾ فالنظام العام يقتضي تقييد حرية الفرد من خلال التجريم والعقاب،⁽³⁶¹⁾ ويكون ذلك إذا ما اقتضته ضرورة حماية الدولة كمصلحة عامة، فكثير ما يلجأ المشرع إلى استخدام أسلوب التجريم كسلاح عقابي l'arme pénale وهذا يؤدي إلى ما يسمى بالتضخم العقابي inflation pénale⁽³⁶²⁾ الذي لا يستند إلى ضرورة، ومن جهة أخرى فإن الفرد يتعرض لمخاطر التجريم إذا لم يحسن المشرع وضع ضوابط دقيقة تحافظ على التوازن المطلوب بين مقتضيات حقوق الإنسان وحرياته ومراعاة المصلحة، فينبغي أن لا يكون هذا التوازن وسيلة للعصف بالحقوق والحريات أو سبباً لحرمان المواطنين منها بصورة تعسفية بشكل يسمح بالتحكم والاستبداد، مما يتطلب إيجاد قدر من التناسب بين قدر المساس بالحقوق والحريات العامة والمصلحة محل الحماية التي تبرر هذا المساس، فالنظام القانوني لا يمكن أن يتماسك ويحافظ على بقائه إلا بعدم المبالغة في ترجيح أحد مكونات هذا النظام، لهذا كانت الضرورة الأمنية والتناسب ضابطين متكاملين لتحديد هذا التوازن في مجال التجريم، فالقاعدة القانونية لا تكون ضرورية إلا إذا أنشئت لمعالجة وضع معين، فتعالجه على نحو كافٍ وبغير مبالغة، وهو ما يتطلب إيجاد قدر من التوازن بين المصالح المتضاربة، وهذا لا يكون إلا بالتناسب مع الغاية من التجريم، فلا يمكن السماح بالمساس بالحقوق والحريات من خلال أسلوب التجريم إلا إذا اقتضى ذلك تحقيق هدف معين وهو حماية المصلحة العامة بشكل عام، والتي لا تكون إلا بتعزيز الثقة العامة في صحة وسلامة التعاملات الإلكترونية، وتكون في نظر المشرع جديرة بالحماية بواسطة التجريم، أي أن أساس الضرورة ومحورها ارتباط التجريم من الهدف منه، وبالتالي ارتباطه بالضرورة والتناسب كميّار للتجريم ليتحقق التكامل والانسجام بين

(360) - ينظر أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، الطبعة الثانية 2000، ص 85 وما بعدها .

(361) - أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع نفسه ص 88 وما بعدها .

(362) B.Bouloc, R. gaivo, R.Hastings, PH.Robert, F.Schiv et J.Borricaid, Problèmes actuels de science criminelle, VI, presse universitaire d'aix-Marseille, 1993, P.19.

مقتضيات المحافظة على الأمن المعلوماتي وسلامة المعاملات الإلكترونية وحماية حق حرية الرأي فالدولة في سعيها لحماية التعاملات الإلكترونية تواجه إشكالية حدود أو نطاق حقوق حرية الرأي التي يجب عليها حمايتها في الوقت ذاته أثناء تجريمها للأفعال الماسة بسلامة التعاملات الإلكترونية ، وهذا طبعاً يتوقف على السياسة العليا في الدولة التي تتبعها في تحقيق التوازن بين متطلبات حماية الأمن المعلوماتي للدولة ومقتضيات حماية حقوق حرية الرأي. وسياسة هذا التوازن بشكل عام تتأثر بالمعطيات التاريخية والثقافية والأمنية والاقتصادية وحتى الدينية السائدة في مجتمع ما، فكل هذه العوامل تسهم في تحديد سياسة التوازن بين الأعمال التي تحمي بها الدولة المعاملات الإلكترونية وبين احترام حقوق حرية الرأي وقد أكدت الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان 1950 على ضابط الضرورة، إذ أوضحت المواد من (8) إلى (11) من هذه الاتفاقية أن ممارسة الحقوق والحريات يمكن أن تخضع لشروط أو قيود أو جزاءات ينص عليها القانون مما يعد تدابير ضرورية في مجتمع ديمقراطي لحماية الأمن الوطني ووحدة الكيان الإقليمي للدولة، أو المحافظة على الأمن العام، أو الدفاع عن النظام، أو من وقوع الجريمة، أو حماية الصحة أو الأخلاق، أو حماية حقوق الغير في مواجهة إفشاء الأسرار الخاصة، أو ضمان استقلال سمعة وحيدة القضاء، المادة (10) الفقرة (2). وهذا ما منحه تكرر أيضاً في نص المادة (2) من القانون رقم (5) لسنة 2022 بشأن مكافحة الجرائم الإلكترونية في التشريع الليبي تحت عنوان . أهداف القانون . حيث شرع هذا القانون بقدر حماية التعاملات الإلكترونية بشكل عام والأمن المعلوماتي بشكل أخص . وإذا ما رجعنا إلى الوراء قليلاً ونظرنا إلى أحداث هجمات 11 سبتمبر نجد أن الأمريكيين دعوا إلى اتخاذ تدابير استثنائية لمكافحة الإرهاب الذي هدد عمق أمنها القومي، وهذا أثار إشكالية تتعلق بشرعية التدابير الأمريكية ضد الجماعات الإرهابية التي لا تؤمن إلا بالعمل الإرهابي، وهذا ما أيدته المحكمة العليا الإسرائيلية، حيث أجازت في حالة الضرورة استخدام العنف بقدر معين للحصول على المعلومات من الفلسطينيين الذين يؤمنون بجدوى الأعمال الإرهابية⁽³⁶³⁾، لا سيما الاعتداء على خصوصية المواقع الإلكترونية والدخول غير المشروع لأجهزة وأنظمة الحاسب الآلي

J- F.Dagyzas, Terrorismes, NRS

(363)

Editions, 2006, P.177.

مشار إليه في كتاب المواجهة القانونية للإرهاب، أحمد فتحي سرور، مركز الأهرام، الطبعة الثانية، 2008



وقد لاقى هذا النهج من التفكير انتقادات واسعة، لأن الإرهاب لا يجوز التصدي له إلا بالطرق القانونية المشروعة، وهنا تحدد المسؤولية في تحديد القدر المسموح به في تقييد ممارسة حقوق الإنسان المترتبة على الاستخدام المشروع لوسائل التقنية الحديثة من أجل محاربة الإرهاب، وذلك في إطار حماية المصالح الأمنية وحماية حقوق الاستخدام المشروع للتقنية الإلكترونية بشكل منسجم دون غلو إحداهما على الأخرى.. والأصل في التوازن يكون بين حق الدولة في حماية مصالحها من الاعتداءات الإلكترونية ومجتمعها من خطر الإرهاب وبين حق الإنسان في ألا تنتهك حقوقه وحرياته الأساسية لاسيما الحق في حرية الرأي والتعبير والنشر وخصوصية المواقع الإلكترونية التي لا تقبل التوازن مع أية حقوق أو مصالح أخرى، وقد ساد اتجاهان في مجال التوازن بين حقوق الإنسان والأمن القومي للدولة: الأول يتصف بالمرونة فيرى أن فعل الدولة ضد الإرهاب يجب أن يكون في نطاق احترام حقوق الإنسان مع وضع القيود عليها من أجل مواجهة الإرهاب، والثاني يرى ابتداء تحديد رد الفعل ضد الإرهاب خارج نطاق احترام حقوق الإنسان، ويرى التغلب على ضمانات هذه الحقوق من أجل المصالح الأمنية.⁽³⁶⁴⁾ وقد قيل بحق إن التوازن بين الأمن القومي وحقوق الإنسان يتوقف على مقدار الدرجة التي يتعرض فيها الأمن القومي للخطر، فإذا بلغ الخطر حداً من الجسامه يصل إلى حالة الطوارئ emergency فإن قواعد مواجهة هذه الحالة تقتضي تقوية دور السلطات التنفيذية في رد الفعل ضد هذا الخطر بما تملكه من موارد وقوة ومرونة. ويتم التوفيق في هذا الصدد بين تقوية دور السلطات العليا في البلاد وبين حقوق الإنسان دون التضحية بها بصفة مطلقة لأهميتها في تكوين شخصية الفرد وفي قدراته على مساعدة الحكومة على أداء دورها. وقد سادت وجهتان للنظر في العلاقة بين الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان وحالة الطوارئ بسبب تهديد الأمن القومي، فذهبت الأولى إلى تعطيل الالتجاء إلى القضاء للطعن في إجراءات الحكومة حتى تستطيع التحرك بسرعة لمواجهة الخطر الذي يهدد الأمن القومي، بينما رأت وجهة النظر الثانية أنه لا يمكن تنحية الضمانات الدستورية جانباً أثناء حالة الطوارئ، بل يتوقف مستوى حماية الحقوق والحریات على ما تحققه مصلحة الأمن المعلوماتي . أياً كانت وجهة النظر في تحديد ردة الفعل ضد الخطر فإنه إذا لم يبلغ الإرهاب حد حالة الطوارئ فإن التوازن بين الأمن المعلوماتي والحق في حرية الرأي والنشر وخصوصية المواقع

(364) - ينظر أحمد فتحي سرور، المواجهة القانونية للإرهاب، المرجع نفسه، ص 177 .

الإلكترونية يؤدي إلى تقييد ممارسة هذه الحقوق بقدر أقل مما لو بلغ حد حالة الطوارئ، حيث يتصف الخطر في هذه الحالة بمحد أكثر من الجسامة مما يولد الإرهاب.

المطلب الثاني

حدود الحق في حرية الحصول على المعلومات

أغلب مستخدمي تكنولوجيا المعلومات أفراداً أو مؤسسات حريصين على سرية معلوماتهم التي تحتويها النظم المعلوماتية خاصة في ظل الاعتماد الكلي على هذه التقنية في تجميع ونقل المعلومات الخاصة بالأشخاص الطبيعية والمعنوية ، وإذا كان أمن المعلومات يتحقق بضمان الأمن التقني فإن الأمن القانوني لا يتحقق إلا من خلال بنية تشريعية تكفل الحماية الجنائية للمعلومات الإلكترونية والنظم المعلوماتية من أي اعتداء أو خطر يهدد سلامتها أو سريتها⁽³⁶⁵⁾، وبإصدار المشرع الليبي القانون رقم (5) لسنة 2022 بشأن مكافحة الجرائم الإلكترونية تناول في المادة (5) خصوصية الجرائم المواقع الإلكترونية حيث نص (المواقع الإلكترونية وأنظمة المعلومات الرقمية ملك لأصحابها لا يجوز الدخول إليها أو إلغاؤها أو حذفها أو إتلافها أو تعطيلها أو تعديلها أو نقل أو نسخ بياناتها دون موافقة مكتوبة أو إلكترونية صريحة من مالكيها) وحق الدولة في ألا ينالها اعتداء على أمنها المعلوماتي وحق الفرد في خصوصيته من جهة والحق في الحصول على المعلومات والإحصائيات من جهة أخرى أمر يصعب التوافق فيه ، لا شك إن في نشر تلك الأسرار عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي مثلاً حتى ولو لم تتوافر فيه الأضرار أو الطمع في الحصول على المال بالغة الخطورة على الأمن المعلوماتي للدولة والأفراد على حد سواء ، وفي الوقت ذاته ينبغي أن تؤدي الصحافة الإلكترونية دورها المنوط بها في تكوين وتوجيه الرأي العام من خلال ما تحصل عليه من معلومات وأخبار، وعلى قدر نجاحها في أداء دورها، وكفالة حق الحصول على المعلومات لا يتحقق الغرض ما لم يقتزن به وضع الضمانات اللازمة لنشرها⁽³⁶⁶⁾، ولهذا يعتبر التوافق بين حق الصحفي في الحصول على الأنباء والمعلومات والإحصائيات من مصدرها من جهة، ومن حق المجتمع في ألا يناله اعتداء على أمنه المعلوماتي من أصعب مشاكل التشريع في العصر الحديث، ففي الوقت الذي تعد فيه القوانين أن أي معلومات تقرّر الدولة إبقاها محجوبة على

(1) - ينظر مُجد كمال محمود الدسوقي ، الحماية الجنائية لسرية المعلومات الإلكترونية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 2015 ص 243 .

(2) - فتحي فكري، دراسة تحليلية لبعض جوانب قانون سلطة الصحافة، دار النهضة العربية 1987 ص 111 .

غير من كُلف بحفظها أو استعمالها من الأسرار نجد أن الديمقراطية تنظر إلى الشعب على أنه مصدر السلطات وصاحب الحق في معرفة كل ما يدور من حوله، والصحافة إنما تمثل الشعب في حقه في المعرفة حتى يستطيع حكم نفسه على وجه صحيح، ومن ثم لا توجد موضوعات يُخشى اطلاع الشعب عليها⁽³⁶⁷⁾، وهذا ما طرح التساؤل عن مدى اتفاق التشريعات المختلفة التي أصدرتها الدولة لتحقيق الحماية الجنائية للأسرار مع حرية الرأي بكافة صورها التي تنص عليها أغلب الدساتير وقد نص الإعلان الدستوري المؤقت في ليبيا في المادة "14" (تضمن الدولة حرية الرأي وحرية التعبير الفردي والجماعي وحرية البحث العلمي وحرية الاتصال وحرية الصحافة ووسائل الإعلام والطباعة والنشر وحرية التنقل، وحرية التجمع والتظاهر والاعتصام السلمي، وبما لا يتعارض مع القانون)⁽³⁶⁸⁾.

إن مفهوم حرية الإعلام أوسع نطاقاً ومدلولاً من مفهوم حرية الصحافة الإلكترونية، فهو بحق تجسيد للحق في المعرفة في صورة الاعتراف بالحق في الحصول على المعلومات، وهذا الأخير قد لا يلاقي قبولاً من الاعتراف به بشكل كامل وشامل. إن نص المادة (19) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن قد تطرقت إلى حالة الحق في البحث عن المعلومات، وهذا يختلف عن الحق في الحصول عليها الذي تناوله إعلان المؤتمر العام لليونيسكو في 22 نوفمبر 1978، فقد نصت المادة (2) على أن الصحفيين يجب أن يكون لديهم تسهيلات كبيرة للوصول إلى

(367) - ينظر جمال الدين العطفي، حرية الصحافة وفق تشريعات جمهورية مصر العربية، الطبعة الثانية، 1984 ص23-24.

(368) - نجد أن الدستور التونسي الجديد الصادر في 26 جانفي 2014 نص في الفصل 31 (حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر مضمونة، لا يجوز ممارسة رقابة مسبقة على هذه الحريات) وكذلك الفصل 32 (تضمن الدولة الحق في الإعلام والحق في النفاذ إلى المعلومة، تسعى الدولة إلى ضمان الحق في النفاذ إلى شبكات الاتصال) والدستور المصري لسنة 2013 تنص المادة 65 (حرية الفكر والرأي مكفولة، لكل إنسان حق التعبير عن رأيه بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير والنشر) والمادة 68 (المعلومات والبيانات والإحصاءات والوثائق الرسمية ملك للشعب والإفصاح عنها من مصادرها المختلفة حق تكفله الدولة لكل مواطن) والدستور اللبناني نص في المادة 13 (حرية الرأي قولاً وكتابة، وحرية الطباعة وحرية الاجتماع وحرية تأليف الجمعيات، كل مكفولة ضمن دائرة القانون).

المعلومات⁽³⁶⁹⁾، إلا أن أغلب السلطات العليا لم تجرؤ على تطبيق هذا المبدأ بشكل واضح وكامل، فكان الغموض والسلبية في تقديم يد العون هو السمة الغالبة لدى أغلب الدول، والمشكلة تزداد صعوبة وتعقيداً إذا كان الباحث عن المعلومة هو المواطن الذي ليس لديه من الوسائل المتوفرة لدى العاملين في مجال الإعلام ، وأحيانا بالعكس تجد من المهارات الإلكترونية لدى بعض الأفراد قد تعجز حتى السلطات الرسمية في الحصول على المعلومات الكافية من مرتكبي جرائم غسل الأموال وتجار الأسلحة والمخدرات الذين يقومون بتخزين معلوماتهم في أنظمة تقنية متطورة بل أحيانا تصطدم السلطات الجنائية أثناء التحقيق بالتكتيك التقني في تخزين المعلومات وتعجز في الحصول على أدلة الإثبات⁽³⁷⁰⁾.

والحديث عن حق الحصول على المعلومة في التشريع الليبي أمر يصعب فيه إيجاد تصور قانوني واضح وكافي في ظل عدم الوعي الحقوقي لدى أغلب الأفراد العاديين وحتى الحقوقيين والإعلاميين والاكثفاء بنصوص أخرى عامة من هنا وهناك لا ترتقي إلى المستوى المطلوب وما يتطلبه هذا الحق من بيان تشريعي تفصيلي على غرار التشريعات الأخرى المقارنة كقانون حق النفاذ إلى المعلومة في التشريع التونسي فقد أحسن صنعاً المشرع التونسي بإصداره مؤخراً قانون أساسي عدد 22 لسنة 2016 مؤرخ في 24 مارس 2016 يتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة ، يتكون من تسع أبواب وإحدى وستون فصلاً ، وهو لاغي ومعوض للمرسوم عدد 41 لسنة 2011 المؤرخ في 26 ماي 2011 المتعلق بالنفاذ إلى الوثائق الإدارية للهيكل العمومية⁽³⁷¹⁾.

³⁶⁹ . Paris . (L. RICHER. Les droit de l' homme et de citoyen). ينظر

Economica,1982 p340

⁽³⁷⁰⁾ ينظر عبدالعال الديري ، محمد صادق اسماعيل ، الجرائم الإلكترونية، المصدر القومي للإصدارات القانونية ، الطبعة الأولى ، 2012 ص 365

⁽³⁷¹⁾ وكذلك قانون حرية المعلومات الصادر في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1966 وهو ما يطلق عليه (تشريع حرية المعلومات). - NADER : Freedom of information and the agencies. - Harvard. Harvard civil Rights ,Civ Liberties Law Review , 1970, No. Freedom of (information Act "F.O.I.A) تتضمن المبادئ الرئيسية لقانون حرية المعلومات في الولايات المتحدة الأمريكية بصفة رئيسية واجبات الهيئات الحكومية في مجال المعلومات. وفي فرنسا صدر قانون مماثل لحرية المعلومات في

فبالرجوع إلى تاريخ التشريع في ليبيا نجد مثلاً دستور المملكة الليبية المتحدة الصادر في 7 أكتوبر من عام 1951 لم يشر فيه صراحة إلى حق الحصول على المعلومة وإن كان قد نص على حق حرية التعبير والفكر والصحافة في حدود النظام العام والقانون المادتين (22) . (23) من هذا الدستور . أما الإعلان الدستوري الصادر في 11 ديسمبر 1969 فهو أيضاً لم يتطرق إلى حق الوصول إلى المعلومة وأكتفى بالنص على حق حرية الرأي وبما لا تتعارض مع مصلحة الشعب والثورة المادة (13) من هذا الإعلان ، جاءت بعده الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير في عام 1988 وبعد الإعلان عن قيام سلطة الشعب الصادر في عام 1977 ولم تنص على هذا الحق رغم النص على حق المعرفة والتفكير ، أما القانون رقم 4 لسنة 1990 بشأن النظام الوطني للمعلومات والتوثيق نصت المادة (8) منه على الحماية الجنائية للبيانات المخزنة في هذا النظام بتجريم سوء استعمال أو حيازة هذه البيانات أو التقصي في الالتزام بتسجيلها أو الإخلال بواجب المحافظة على سريتها أو الحصول عليها بطريقة غير مشروعة أو حجبها أو اتلافها أو تغييرها ، إلا أن هذه الحماية تقتصر على المعلومات المخزنة في هذا النظام الوطني المنصوص عليه في هذا القانون، ولا تنطبق على غيره من البيانات سواء تلك المخزنة في المؤسسات العامة أو الخاصة⁽³⁷²⁾، ومن بعده جاء الإعلان الدستوري الصادر في 2011/8/3 من قبل المجلس الوطني الانتقالي المؤقت ونص على حقوق وحرية الرأي والتعبير والبحث العلمي والاتصال والصحافة والاعلام والطباعة والنشر والتنقل وليس من بينها الحق في الحصول على المعلومة المادة (14) . أما عن مشروع الدستور الليبي الجديد والصادر في 2017/7/29 والذي لم يعتمد بعد بسبب عدم عرضه على الشعب للاستفتاء عليه نتيجة التجاذبات السياسية فوجدنا ضاللتنا فيه وبشكل مباشر وذلك في نص المادة (46) تحت عنوان .

17 يونيو 1978 وهو قانون (حرية الحصول على المعلومات) la libertéd'accès aux documents administratifs يستهدف هذا القانون إتاحة الفرصة للمواطنين للاطلاع على المعلومات التي بحوزة السلطات الإدارية، وإن كان قد استثنى الأسرار المتعلقة بالأمن القومي أو السياسة الخارجية، وأسرار القرارات الحكومية وأسرار الحياة الخاصة والأسرار الطبية، وبصفة عامة هناك العديد من الاستثناءات المنصوص عليها في هذا القانون، وكذلك أصدرت كندا قانوناً لحرية المعلومات عام 1982.

(1) ينظر بشير مُجد الفيتوري كندي، الجرائم المعلوماتية في التشريع الليبي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة،

2017/2016 ص 183 .



الشفافية والحق في المعلومات . (تضع الدولة التدابير اللازمة للشفافية، وتضمن حرية تلقي ونقل وتبادل المعلومات ، والاطلاع عليها ، وتعدد مصادرها ، بما لا يمس الأسرار العسكرية وأسرار الأمن العام ولوازم إدارة العدالة وحرمة الحياة الخاصة وما اتفق مع دولة أخرى على اعتباره سرياً مع حق الحفاظ على سرية المصدر) .بالإضافة إلى تناوله الحقوق الأخرى التي نصت عليها التشريعات السابقة كحق التعبير والصحافة والاعلام والخصوصية في الحياة الخاصة وغيرها في مواد متناثرة من هنا وهناك ينظر المواد (35) (37) (38) (51) (65) (66) من مشروع الدستور الليبي الجديد .

وتعتبر حرية الصحافة إحدى أهم صور حرية الرأي ومع ذلك فإن بعض الدساتير لا تكتفي بتسجيل حرية الرأي بل تحرص أيضاً على إبراز حرية الصحافة تقديراً لأهميتها، فنجد مثلاً دستور جمهورية مصر العربية الصادر سنة 2013 بعد أن نص في المادتين (65) . (68) على أن حرية الرأي والتعبير مكفولة لكل إنسان أعاد النص على حرية الصحافة في المواد 70 و 71 و72؛⁽³⁷³⁾ ذلك لأن حرية الصحافة ضرورة هامة في النظم الديمقراطية، وهذا ما تكرر أيضاً في نص المادة (38) من مشروع الدستور الليبي تحت عنوان حرية الصحافة والإعلام (تضمن الدولة حرية وتعددية واستقلال وسائل الصحافة، والاعلام وحق المواطن في ملكيتها . ويحظر إيقافها إلا بأمر قضائي وحلها إلا بحكم قضائي ، ولا يجوز الحبس في قضايا الصحافة) .

ومع هذا فإن حرية الصحافة الإلكترونية كغيرها من الحريات لا يمكن أن تكون مطلقة بغير قيود، ذلك أن حق البحث عن الحقيقة يجب أن يضبط متى تطلبت مصلحة الأمن المعلوماتي

(373) - تنص المادة (70) من الدستور المصري الجديد (حرية الصحافة والطباعة والنشر الورقي والمرئي والمسموع والإلكتروني مكفولة وللمصريين من أشخاص طبيعية أو اعتبارية، عامة أو خاصة حق ملكية وإصدار الصحف وإنشاء وسائل الإعلام المرئية والمسموعة ووسائل الإعلام الرقمي، وتصدر الصحف بمجرد الإخطار على النحو الذي ينظمه القانون وينظم القانون إجراءات إنشاء وتملك محطات البث الإذاعي والمرئي والصحف الإلكترونية) ، والمادة 71 (يحظر بأي وجه فرض رقابة على الصحف ووسائل الإعلام المصرية أو مصادرها أو وقفها أو إغلاقها، ويجوز استثناء فرض رقابة محددة عليها في زمن الحرب أو التعبئة العامة) وكذلك المادة 72 (تلتزم الدولة بضمان استغلال المؤسسات الصحفية ووسائل الإعلام المملوكة لها، بما يكفل حيادها، وتعبيرها عن كل الآراء والاتجاهات السياسية والفكرية والمصالح الاجتماعية، ويضمن المساواة وتكافؤ الفرص في مخاطبة الرأي العام) .

ذلك، حيث إن هذه الحرية ترد عليها استثناءات تفرض نفسها استجابة لصالح عام يعلو في أهميته على هذه الحرية، فقد يكون هذا الحق الأساسي للإنسان في الرأي والمعرفة خطراً يهدد المجتمع بأسره، وبالتالي فإنه من الضرورة الملحة التضحية بحق الفرد في مقابل ضمان حقوق وأمن الجماعة .

لذلك فإن الإشكالية التي تفرض نفسها في مجال المحافظة على السرية في موضوع الإعلام الإلكتروني تتولد عن ضرورة التوفيق بين أمرين متناقضين غالباً، ولكنهما حيويان للديمقراطية، وهى حرية الصحافة والمحافظة على أسرار الدولة.⁽³⁷⁴⁾ وباستعراض بعض التشريعات المقارنة نجد مثلاً في فرنسا قانون 29 يوليو 1881 ينص في المادة (1) منه على حرية الطباعة والنشر، إلا أن المرسوم بالقانون الصادر في 20 مارس 1939 بشأن المعلومات الحربية قد نص على حظر نشر المعلومات الحربية أياً كانت طبيعتها، ولكن بصدر قانون 4 يونيو 1960 ألغي هذا المرسوم، وأصبح لجميع السلطات المختصة أن تحدد المعلومات والأخبار العسكرية ذات الطبيعة السرية التي من شأن الإعلان عنها إلحاق الضرر بالدفاع الوطني دون حاجة لصدور مرسوم بهذا الشأن فبعد أن كان تحديد بيان المعلومات الحربية بقانون أصبح سلطة تقديرية متروك للسلطات العليا وفي هذا فقدان للضمانات الأساسية .

وفي حالة الحرب فإنه تُفرض قيود صارمة على الصحافة في فرنسا بشأن المعلومات العسكرية وأسرار الدولة، فالمرسوم بالقانون الصادر في أغسطس 1939، والأمر الصادر في 6 أغسطس 1955 يرخسان للسلطات الإدارية والعسكرية الحق في اتخاذ تدابير وقائية من شأنها الرقابة على الصحف وذلك في حالة إعلان الطوارئ أو في حالة الحرب⁽³⁷⁵⁾. أما في إنجلترا فإن القانون لا

(374) - J. LEAUTE, Le secret de la défense nationale, ينظر
Revue Pénale suisse, Bern, verlage, Stampfli & Cie, 70 e Année,
1955, P, 401 .

مشار إليه في كتاب مجدي محب حافظ، الحماية الجنائية لأسرار الدولة الهيئة المصرية العامة للكتاب،
بدون تاريخ، ص 204 .

(375) - H. BLIN, A. CHAVANNE, R. DRAGO J. ينظر
la presse, Paris, libraries techniques, 1985, Mis à BOINET, Droit de
Jour 1987, N° 5 - 12, p. 70 .

يضع أية قيود على حرية النشر، ومنذ عام 1695 لا توجد رقابة على حرية التعبير إلا أنه قد سمح للحكومة بعد الحرب العالمية الثانية أن تفرض بعض القيود على الصحف في حالة الطوارئ.⁽³⁷⁶⁾

الخاتمة

نظراً للانتشار المفرط في استخدام تقنية المعلومات وما صاحبه من تجاوزات واعتداءات على مصالح الغير حاولنا من خلال هذه الورقة البحثية المتواضعة الوقوف على السياسة الجنائية التجريمية في مكافحة هذا النوع من الجرائم الإلكترونية. الأمر الذي تطلب دراسة نطاق تطبيق المبادئ العامة للتجريم في الجرائم المضرة بالمعاملات الإلكترونية بداية من بحثٍ مبدأً شرعية الجرائم

مشار إليه في كتاب مجدى محب حافظ ، الحماية الجنائية لاسرار الدولة ، المرجع نفسه ص 205 .
But – london . (Introduction to English law) : (Philip) JAMES – ينظر³⁷⁶
(terworths , 11 thed , 1985 , p 161)

وفي عام 1969 نشرت الحكومة البريطانية دراسة في كتاب أبيض بعنوان ((الإعلام والمصلحة العامة)) خلصت فيه هذه الدراسة إلى أنه يجب على السلطات (Livre Blanc , Cmnd, 4089 , 1969) العامة أن تقلل من فرض حظر نشر كثير من المعلومات التي من حق الجمهور الاطلاع عليها ، ولا يشكل نظام (سوى قيد يسير على حرية الإعلام ولا تحتوي هذه الملاحظات أية قيمة D.notices ملاحظات الدفاع) قانونية . وعلى الرغم مما تتمتع به الصحافة البريطانية من قدر كبير من الحرية و القدرة على التوصل إلى أسرار الدولة فإن النقد والمناداة مستمرة للمطالبة بقانون حرية المعلومات بمنح المواطن البريطاني الحق في الحصول على المعلومات ومقاضاة الحكومة للتوصل إلى المعلومات . أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن الصحافة تتمتع بقدر هائل من الحرية يفوق نظيرتها البريطانية في مجال نشر أسرار الدولة، وقد تأكد حق الصحافة الأمريكية في هذا .(The pentagon pepers الصدد بعد قضية جريدة النيويورك تايمز عام 1971 المعروفة باسم وثائق البنتاجون) وقد أسست المحكمة العليا الأمريكية في حكمها في القضية سالفة الذكر بعض القواعد الهامة وأكدت على حق المواطن الأمريكي في الحصول على المعلومات وأضاف أن قانون حرية المعلومات استهدف بالدرجة الأولى العمل على تنوير الأفراد بما يجري في وطنهم، لذلك فإنه يجب الكشف عن المعلومات وليس حججها. ينظر مجدى محب حافظ ، الحماية الجنائية لأسرار الدولة، مرجع سابق ص 208 .

والعقوبات باعتباره مبدأً أساسياً يحكم كل نصوص التجريم والعقاب في المدونات التشريعية الحديثة وأيضاً مبدأ العينية والذي يعد امتداداً لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها على هذا الأخطبوط الإلكتروني العابر للقارات، وما مدى تحقيق التوازن التجريمي وفق الضرورة والتناسب في ظل اتساع رقعة ممارسة الحقوق والحريات الإلكترونية بسبب ثورة المعلومات التي جعلت من العالم مسرحاً مفتوحاً لكل بني البشر، ولقد خلصنا من خلال هذه الدراسة إلى بعض النتائج والتوصيات نوجز أهمها في الآتي :

1. إن الجرائم الإلكترونية أصبحت في عصرنا الحاضر الجرائم الأخطر والأشد ضرراً بالمقارنة مع الجرائم التقليدية الأخرى، وصار ينظر إليها باعتبارها من أهم وأخطر الجرائم التي عرفها العصر الحديث، بالنظر إلى سبل استخدامها ورشاقها سلوكها المادي و جسامته النتائج المترتبة عليها .

2. إن طبيعة الجرائم الإلكترونية تتطلب انتهاج سياسات جنائية ذات مرونة عالية تتناسب مع الطبيعة الخاصة لهذه الجرائم وتضمن ملاحقة مرتكبيها رغم تعارض هذه السياسة مع دساتيرها ومبدأ الشرعية الجنائية .

3. إن أغلب التشريعات انتهجت سياسة تشريعية قائمة على التوسع في التجريم في الجرائم الإلكترونية وبما يتماشى مع كثرة أنماط سلوكها لردع المتربصين للنيل من الأمن المعلوماتي .

4. إن أنجع سياسة تشريعية هي تلك التي توازن بين حماية سلامة المعاملات الإلكترونية وحماية حقوق وحريات الأفراد الإلكترونية الدستورية المكتسبة، وذلك من خلال النظرة الثاقبة لكلا حقوق أطراف المعادلة .

ثانياً. التوصيات :

1. الحث على أن يكون التجريم مؤسساً على الضرورة والتناسب حتى يحقق أهدافه المرجوة بالقدر الذي يضمن حق الدولة في حماية الأمن المعلوماتي وسلامة المعاملات الإلكترونية بشكل عام وحق الفرد في حماية حقوقه وحرياته الدستورية لاسيما الحق في النزاهة والشفافية والحق في المعلومات .

2. حث كل السياسات التشريعية عند صياغتها لهذه الجرائم على احترام مبدأ الشرعية الجنائية والعمل وفق ضوابط التجريم وعدم ترجيح كفة على حساب أخرى التزاماً بتحقيق مصلحة العامة دون التفريط بحقوق الفرد .

3. ينبغي على الدول العربية تعميق الممارسة الديمقراطية الحقيقية ، والتخلص من الديكتاتورية ، والتوسع في الاعتراف بحقوق الإنسان العصرية لا سيما حقه في الحصول على المعلومات ، وحث الجماهير على المشاركة السياسية ، وذلك بنشر الوعي بينهم .
4. ضرورة تشجيع دور وسائل الإعلام المختلفة وسائر المنظمات غير الحكومية في مجال نشر ثقافة احترام خصوصية وأسرار الغير سواء كانت دولة أو مواطنا عاديا والحق في الاطلاع على ما لا يعد خاصاً .
5. حث المشرع على التطوير المستمر لتشريعات الجرائم الإلكترونية بما يحقق التطورات المتسارعة في مجال تكنولوجيا المعلومات وذلك بإعداد وتدريب خبراء متخصصين في هذا المجال .

المراجع والمصادر

1. أحمد الخميني، القانون الجنائي الخاص ، مكتبة المعارف، الرباط ، الطبعة الثانية 1985 .
2. أحمد شوقي أبو خطوة، المساواة في القانون الجنائي، دار النهضة العربية القاهرة 1991 .
3. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق، الطبعة الثانية 2000
4. أحمد فتحي سرور، المواجهة القانونية للإرهاب ، مركز الأهرام ، الطبعة الثانية 2008 .
5. أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق ، الطبعة الرابعة .2006
6. أحمد فتحي سرور، الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة 1971 .
7. بشير مُجد الفيتوري كندي، الجرائم المعلوماتية في التشريع الليبي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، 2016/2017
8. جمال الدين العطيبي، حرية الصحافة وفق تشريعات جمهورية مصر العربية، الطبعة الثانية، 1984
9. حسين عصام، فلسفة التجريم والعقاب والشرعية في تجزئة القاعدة الجنائية، دار الكتاب الحديث القاهرة 1995.
10. حنان جنان المعاوي، جرائم الاعتداء على أمن الدولة الخارجي، رسالة دكتوراه جامعة المنار ،كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 2008 / 2009 .
11. دونديه وي فاير، السياسة الجنائية في النظم الشمولية ، باريس 1938 رقم 1715 .
12. رمسيس بھنام، الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية، منشأة المصارف، الإسكندرية، بدون طبعة 1982،



- 13 . شرف ياسين، السياسة الجنائية في مواجهة جرائم المس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات، مجلة قانونك، العدد 13 يوليو 2022، المغرب .
- 14 . عبدالإله النوايسة، جرائم تكنولوجيا المعلومات، دار وائل للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 2017
- 15 . عبدالعال الديربي ، مُجَدّ صادق إسماعيل ، الجرائم الإلكترونية، المصدر القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى ، 2012 .
- 16 . عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية لها في ضوء الفقه الجنائي المعاصر، بيروت . 1967
- 17 . عبد الفتاح الصيفي، قانون العقوبات اللبناني، الجرائم الواقعة على أمن الدولة وعلى الأموال، بيروت 1972 .
- 18 . عبدالله عبدالكريم عبدالله ، جرائم المعلوماتية والانترنت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2007 .
- 19 . فخري عبد الرزاق الحديثي، نطاق التجريم لحماية النشاط الاقتصادي، بدون طبعة وبدون تاريخ .
- 20 . فتحي فكري، دراسة تحليلية لبعض جوانب قانون سلطة الصحافة، دار النهضة العربية . 1987
- 21 . مجدي محب حافظ ، الحماية الجنائية لأسرار الدولة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، بدون تاريخ .
- 22 . مُجَدّ الفاضل، محاضرات في الجرائم السياسية، معهد الدراسات العربية العامة- القاهرة . 1962
- 23 . مُجَدّ الفاضل، الجرائم الواقعة على أمن الدولة ،دمشق، الطبعة الثالثة 1965 .
- 24 . مُجَدّ كمال محمود الدسوقي ، الحماية الجنائية لسرية المعلومات الإلكترونية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 2015 .
- 25 . محمود سليمان موسى، الجرائم الواقعة على أمن الدولة، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة . 2009
- 26 . محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن الجزء الأول، دار مطابع الشعب، 1963.

- 27 . محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية القاهرة،
بدون طبعة 1983
- 28 . محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية القاهرة،
بدون طبعة 1989
- 29 . موسى مسعود ارحومة، السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت، دراسات قانونية، العدد
17 بنغازي ليبيا .

المراجع الفرنسية :

1. C . Lombois : Droit pénal international, Dalloz., 1979 .
2. -B.Bouloc, R gaivo, R.Hastings,PH.Robert,F.Schiv et
J.Borricand, Problèmes actuels de science criminelle,
VI,presse universitaire d'aix-Marseille, 1993 .
- 3.L. RICHER. Les droit de l' homme et de citoyne .Paris
Economica,1982 .

Articles

البحوث

1. Klaus Tiedemann, Théorie et réforme du droit pénal de
l'environnement, étude de droit comparé, R.S.C,2,1986.
2. G. Delage, Les crimes et délits contre la nation, l'État el paix
public, R.S.C., juillet 1993 .

جذب الاستثمارات الخاصة من خلال ترقية القضاء والتحكيم في المغرب

"Attracting private investments through the promotion
of judiciary and arbitration in Morocco."

ط.د. أمال بوحسون

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب.

amal.bouhassoun@ump.ac.ma

ملخص: تأتي هذه الورقة البحثية لتسليط الضوء على أهم الضمانات القانونية لحماية الاستثمار الأجنبي والوطني، والمتمثلة في توفير قضاء متخصص وسريع لحل المنازعات المرتبطة بالاستثمار، بالإضافة إلى وجود وسائل بديلة لحل هذه المنازعات وفي مقدمتها التحكيم. ومثل هذا الأمر الذي يستدعي الوقوف في هذه الورقة البحثية عند جوانب اهتمام الدولة بتطوير وتفعيل دور القضاء الإداري والتجاري، لما لهما من أثر مباشر على تقوية الثقة لدى المستثمرين وتحسين مناخ الاستثمار. بالإضافة إلى التحكيم باعتباره أهم وسيلة لفض نزاعات الاستثمار، خاصة الأجنبية منها، وهو ما دفع بالمغرب إلى اعتماد القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية الذي يروم تطوير الطرق القضائية البديلة؛ كالوساطة والتحكيم والصلح لحل النزاعات المرتبطة بالاستثمار. وهذا توجه تيسر عليه معظم التجارب الدولية؛ بهدف تشجيع الاستثمار.

Abstract: This research paper aims to shed light on the most important legal guarantees for protecting foreign and domestic investment, which include providing a specialized and expedited judicial system for resolving investment-related disputes, as well as alternative means of dispute resolution, foremost among them being arbitration. Such a matter necessitates a focus in this research paper on the aspects of the state's interest in developing and activating the roles of administrative and commercial judiciaries, given their direct impact on building investor confidence and improving the investment climate. In addition to arbitration as the most important means of resolving investment disputes, especially foreign ones, this prompted Morocco to adopt Law No. 95.17 on Arbitration and Conciliation, which aims to develop alternative judicial mechanisms such as mediation, arbitration, and reconciliation to resolve investment-related disputes. This direction aligns with most international experiences, with the goal of promoting investment.

القضاء والتحكيم الفعالان يضطلعان بدور حاسم في جذب الاستثمارات الخاصة إلى المغرب. فبغض النظر عن الجنسية، يشعر المستثمرون بالثقة والأمان عند وجود نظام قضائي مستقل وقوانين فعّالة تساهم في تحقيق العدالة والمساواة³⁷⁷، وبالتالي يتم تشجيعهم على الاستثمار وتقديم مشروعاتهم. علاوةً على ذلك، يبحث المستثمر دائماً عن الفعالية والسرعة والأمن والثقة في تنفيذ المعاملات التجارية؛ وفي حال نشوب نزاع حولها، فإن هناك آليات قانونية تضمن حماية حقوقه، وعليه فإن المستثمر قبل القيام بأي مبادرة بشأن الاستثمار يبحث عن³⁷⁸ الضمانات القانونية والقضائية الممنوحة للمستثمر، مدى الخراط المغرب في الاتفاقات الدولية المتعلقة بالاستثمار، القوانين المنظمة لقطاع الاستثمار، والامتيازات التي يمنحها قانون الاستثمار للمستثمرين الأجانب سواء من حيث الإعفاءات الضريبية أو الجمركية أم رسوم التسجيل، بالإضافة إلى التسهيلات التي تمنحها الدولة من أجل الاستفادة من الأراضي الواقعة في المناطق الصناعية، قانون الصرف وما يخوله للمستثمر الأجنبي من إمكانية تحويل الأموال المستثمرة والأرباح الناتجة عنها إلى الخارج..

ويمكن إبراز أهمية مؤسسة القضاء من خلال مجموعة من الدراسات، نذكر منها دراسة عن أثر البناء المؤسسي في 155 دولة على معدلات النمو، وهي الدراسة التي انتهت إلى ثلاث نتائج هامة³⁷⁹:

³⁷⁷ أحمد السكسيوي، "تأملات حول وضعية القضاء بالمغرب كدعامة للاستثمار وتحسين مناخ الأعمال على ضوء إصلاح منظومة العدالة"، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، سلسلة الأعداد الخاصة: منازعات الأعمال بين التشريع والممارسة، العدد 1، دار الأفاق المغربية، الدار البيضاء، ص.90.

³⁷⁸ عبد الرحيم بجار، "دور القضاء التجاري في تشجيع الاستثمار وصون حقوق المستثمرين"، مجلة العلوم القانونية، محور العدد - الوسائل البديلة لحل المنازعات وإشكالية الاستثمار -، مكتبة دار السلام، الرباط العدد الأول، ماي 2013، ص. 41-42.

³⁷⁹ أحمد عبد الله المرغني، المحاكم الاقتصادية كوسيلة لجذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط. الأولى 2016، ص.108.

✓ الدول المتمتعة بنظام مؤسسي جيد "ترعاه السلطة القضائية" كأن يكون المجتمع منفتحاً سياسياً، وهناك احترام ذاتي للقانون والملكيات الخاصة ينمو هذا المجتمع بثلاثة أضعاف النمو في الدول ذات بناء مؤسسي ضعيف.

✓ يكون معدل الكفاءة في الدول ذات البناء المؤسسي الضعيف نصف معدل الكفاءة في الدول ذات البناء المؤسسي القوي.

✓ تكون الدول ذات البناء المؤسسي الضعيف أكثر ميلاً لانخفاض معدل الكفاءة. ففي السوق، يتم تبادل السلع والخدمات والمعلومات، والنظام المؤسسي هو الذي يحدد إطار عمل تلك السوق، وتأتي السلطة القضائية على قمة تلك المؤسسات. وكأي مؤسسة أخرى، تكون الفعالية والكفاءة مطلباً حيوياً، ففي ظلها ينمو الاقتصاد والعكس صحيح.

وبالتالي تتجلى أهم الضمانات القانونية لحماية الاستثمار الأجنبي والوطني، في توفير قضاء متخصص وسريع لحل المنازعات المرتبطة بالاستثمار، بالإضافة إلى ضرورة وجود وسائل بديلة لحل هاته المنازعات في مقدمتها التحكيم. حيث أن جميع العقود الاستثمارية لا تكاد تخلو من شرط إحالة جميع منازعاتها إلى التحكيم التجاري، فالمستثمر خاصة الأجنبي يصر دائماً على إضافة شرط التحكيم نظراً للمزايا التي يوفرها التحكيم إليه، فبدون إضافة هذا الشرط لا تتمكن الدولة المضيفة من جذب عقود الاستثمارات الأجنبية. كما يعتبر التحكيم من أهم الوسائل البديلة لحل المنازعات ذات الارتباط بالاستثمار والسبب في ذلك يعود لتعقيد الأنظمة القانونية المختلفة، لاسيما في ميدان تنازع القوانين وخاصة عندما تكون الدولة المضيفة طرفاً في العقد وما يترتب على ذلك من حساسية تتعلق بممارسة الدولة لحقها في السيادة. فإلى أي حد تمكن المشرع من توفير الضمانات الكافية لجذب الاستثمارات الخاصة سواء على مستوى القضاء أو التحكيم وهو ما سنحاول تناوله من خلال المحاور التالية:

المحور الأول: المحاكم المختصة كضمانات قضائية لترقية الاستثمار.

المحور الثاني: تعزيز التحكيم كوسيلة لتعزيز الاقتصاد الوطني وجذب الاستثمارات

الأجنبية.

الفقرة الأولى: المحاكم المختصة كضمانات قضائية لترقية الاستثمار.

ينطوي موضوع الحماية القضائية لتشجيع الاستثمار على أهمية قصوى، خاصة إذا علمنا أن سمعة الدول اليوم تقاس بمستوى قضائها والانطباع الذي يخلفه في نفوس المتقاضين. فبقدر ما



يكون هذا الانطباع إيجابياً بقدر ما تزداد الثقة وتتكسر في كافة مؤسسات الدولة³⁸⁰. فالحماية القضائية عنصر هام وأساسي في تدعيم القدرة التنافسية وترسيخ مكانة الدولة كمصدر لجلب الاستثمار من خلال دعم الثقة لدى الفاعلين الاقتصاديين، ولدى المستثمرين الوطنيين والأجانب على حد سواء؛ علماً بأن الهدف ليس فقط جلب الاستثمار، وإنما الحفاظ عليه وتشجيعه. ويعد تدخل القضاء في موضوع التنمية والاستثمار حقلاً واسعاً يتنوع بتنوع الجهات القضائية. وتشمل تخصصاتها جل فروعها ولا تقتصر على القضاء التجاري فحسب، وإن كان ارتباط الاستثمار بالقضاء التجاري أساسياً ووثيقاً، فإنه مرتبط كذلك بالقضاء في المادة الإدارية، في الجانب المتعلق بالقضايا الاقتصادية كما هو الشأن بالنسبة للصفقات العمومية والتدبير المفوض³⁸¹. الأمر الذي يستدعي الوقوف في هذا المحور عند جوانب اهتمام الدولة بتطوير وتفعيل دور القضاء الإداري والتجاري، لما لهما من أثر مباشر على تقوية الثقة لدى المستثمرين وتحسين مناخ الاستثمار.

أولاً: المحاكم الإدارية

شكل إحداث المحاكم الإدارية³⁸² خطوة مهمة في صرح بناء دولة الحق والقانون والمؤسسات، وترسيخ ثقافة المشروعية، وبت الثقة والطمأنينة والإحساس بالاستقرار في نفوس المتعاقدين مع الإدارة، باعتبار أن القضاء آلية للحفاظ على الشرعية، وحسن تطبيق القانون، والحد من شطط السلطة، والسهر على الدفع بمطابقة تدخلات الإدارة مع المقتضيات القانونية. وقد عرف القضاء قفزة نوعية بعد إحداث المحاكم الإدارية التي أصبحت علامة ووجها مشرقاً

³⁸⁰ مُجّد المزوغي، "القضاء الإداري ومجال تدخله في حماية الاستثمار"، مجلة المناظرة، ع. 9، 2004، ص: 9.

³⁸¹ مُجّد بوزويع، قضايا الاستثمار والتحكيم من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الرابعة، محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، أيام 18 و19 أبريل 2007، ص: 15.

³⁸² راجع: ظهير شريف رقم 1.1.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، الجريدة الرسمية عدد 4227، 18 جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر 1993)، ص: 2618. والمرسوم رقم 2.92.59 الصادر في 18 من جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر 1993) تطبيقاً لأحكام القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، الجريدة الرسمية عدد 4229، 2 جمادى الآخرة 1414 (17 نوفمبر 1993)، ص: 2261.

للقضاء المغربي باعتراف كل الفاعلين والمهتمين بالقضاء الإداري.³⁸³ هذا الإصلاح جاء بسبب حدة الانتقادات الموجهة للدولة في مجال حقوق الانسان، والحاجة إلى جهاز قضائي يضمن حماية المستثمرين من تعسفات الإدارة، والنظر في التعرضات التي تحدث بين الإدارة والمرتفقين³⁸⁴. ولإقرار المزيد من الضمانات للمتقاضين، تم إنشاء محاكم استئناف إدارية، تختص بالنظر في استئناف احكام المحاكم الإدارية.³⁸⁵

أ- المنازعات المرتبطة بال عقود الإدارية: ترتبط غالبية المنازعات المقدمة أمام القضاء الإداري بفسخ العقد الإداري، إذ غالبا ما تلجأ الإدارة إلى فسخ العقد الإداري كجزء على إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية أو ارتكاب مخالفات واضحة وخطيرة من شأنها أن تؤثر سلبا على سير المرفق العام.³⁸⁶ وتستمد الإدارة هاته السلطة ليس من نصوص العقد الإداري فحسب، بل كذلك من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها والمصلحة العامة التي تمثلها، وتتمتع في هذا الشأن بسلطة تقديرية في إنهاء العقد متى قررت أن الصالح العام يقتضي ذلك حتى ولو لم يقع أي خطأ من جانب المتعاقد. إلا أن سلطتها في ذلك مقيدة بعامل المصلحة العامة وتخضع في ذلك لرقابة القاضي الإداري.

بالإضافة إلى وجوب مراعاة المصلحة العامة، فإن مشروعية قرار الفسخ رهينة كذلك بوجوب مراعاة الإدارة للإجراءات القانونية المنصوص عليها في اتخاذ قرار الفسخ والتي تشكل ضمانات التعاقد مع الإدارة خصوصا منها حق الإعلام بالمخالفة وتداركها والاجراء المزمع اتخاذه. وعلاوة على ذلك يجب أن يكون قرار الفسخ هذا، مبنيا على أسباب مشروعية والتي تبقى مراقبة

383 الطيب البقالي، دور القضاء في حماية الاستثمار، مقال منشور على مجلة القانون والأعمال الدولية، <https://www.droitentreprise.com/>، تاريخ الاطلاع 2023/04/22، 12:45.

384 جواد النوحى، مقارنة سياسية للاستثمارات الأجنبية في المغرب، مؤسسة الملك عبد العزيز آل سعود للدراسات الإسلامية والعلوم الإنسانية- سلسلة أبحاث-، منشورات عكاظ، الرباط، 2010، ص. 171.

385 ظهر شريف رقم 1.06.07 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 80.03 المحدثه بموجبه محاكم استئناف إدارية، الجريدة الرسمية عدد 5398، 24 محرم 1427 (23 فبراير 2006)، ص. 491-490.

386 محمد القصري، "القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، مجلة المحاكم الإدارية"، عدد خاص بالمنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، العدد الرابع يونيو 2011، ص. 26.

من طرف القاضي الإداري، وحتى في حالة توافر هذه الشروط، فإن ذلك لا يعني بالضرورة مشروعية قرار الفسخ، وإنما يجب أن يكون الجزء ملائماً لطبيعة وخطورة الخطأ المرتكب بحكم أن القضاء الإداري يراقب مدى التناسب بين المخالفة المرتكبة والعقوبة المتخذة. كما يوازي سلطة الإدارة في اتخاذ قرار فسخ العقد الإداري، حق المتعاقد معها في الحصول على تعويض شامل لمجموع الأضرار الناتجة له من جراء الفسخ الذي شمل ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة متى كان الفسخ مبني على إجراءات غير قانونية أو كانت الأسباب التي قام عليها غير ثابتة، أو كان غير ملائماً لطبيعة وخطورة المخالفة أو الإخلال المنسوب إلى المتعاقد مع الإدارة³⁸⁷.

ويتبين مما سبق، أن القضاء الإداري يقوم بدور هام للغاية في تشجيع الاستثمار، عبر توفير الحماية اللازمة للمستثمرين وطينين كانوا أم أجنبان من خلال مختلف العقود الإدارية المبرمة من طرفهم مع أشخاص القانون العام سواء عقود الصفقات العمومية، أو عقود التدبير المفوض.

ب- المنازعات الجبائية: نص الفصل الثامن من القانون المحدث للمحاكم الإدارية على الاختصاص الشامل في المجال الضريبي. ويشكل التدخل القضائي في المنازعات الضريبية آلية أساسية لإقرار مختلف الضمانات الممنوحة للمستثمرين نظراً للطابع الذي يقوم به الاستثمار في التنمية الاقتصادية والحفاظ على السلم الاجتماعي، كما يجب عليه في الوقت نفسه الحفاظ على المصالح المالية للدولة. ومن هذا المنطلق فإن القاضي الإداري دائماً يقوم بدور هام في توفير الضمانات اللازمة لحماية المستثمر سواء في مسطرة الوعاء³⁸⁸ أو في مسطرة التحصيل³⁸⁹.

وبالنسبة للمنازعات المرتبطة بمسطرة الوعاء: حينما لا يتم الاتفاق على أساس فرض الضريبة بين الإدارة الضريبية والمستثمر الخاضع للضريبة، أو يشعر هذا الأخير بخرق حقوقه من

387 مجلّد القصري، م. س.، ص، 27.

388 تعتبر مرحلة تحديد الوعاء الضريبي هي مجموع العمليات التي تتم بين الإدارة والمواطن من أجل تحديد الوعاء الضريبي لتصفية الضريبة من خلاله، وقد أحاطها المشرع بمجموعة من القيود منعا لكل تعسف محتمل وتفاديا ألي مفاجأة قد تمس المركز المالي للملزم، ويقصد بالمنازعات في الوعاء الضريبي كل النزاعات التي تثار بشأن تأسيس الضرائب والرسوم الضريبية سواء تعلق الأمر بالأساس القانوني أو الواقعي لهذا التأسيس

389 يقصد بالتحصيل مجموع العمليات والإجراءات التي تهدف إلى حمل مديني الدولة أو الجماعات المحلية وهياتها والمؤسسات العمومية على تسديد ما بذمتهم من ديون بمقتضى القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، أو الناتجة عن أحكام وقرارات القضاء أو عن الاتفاقات.

خلال انتهاك مسطرة فرض الضريبة والرقابة عليها فإن المسألة تتطور ليتم التنازع بشأنها أمام إدارة الضرائب نفسها أو داخل اللجان الضريبية، أو أمام القضاء. باعتبار أن الإجراءات المتعلقة بالمنازعات الضريبية على مستوى فرض الضريبة واحتسابها يشتمل على عدة أحكام الغاية منها تحويل الملمزمين/المستثمرين ضمانات مهمة. علما بأن الهدف المتوخى من هذه الإجراءات هو إقرار توازن أكثر بين الواجبات المفروضة على الخاضعين للضريبة وبين السلطة التي يخولها القانون للإدارة. فهذه السلطة مقيدة بشروط كلما أخلت بما تتعرض لجزاء بطلان الإجراء الممارس، وتتم عملية فرض الضريبة بصفة أولية استنادا إلى ما تم التصريح به من قبل الخاضعين³⁹⁰. لذا رتب العمل القضائي في المادة الضريبية البطلان، على الإخلال بمقتضيات مسطرة الفرض التلقائي للضريبة، اعتبارا لتعلقها بحق من حقوق الدفاع الذي يعتبر من قبيل الإجراءات الجوهرية الآمرة.

أما بالنسبة للمنازعات المرتبطة بمسطرة التحصيل: فقد يحدث أن يقوم القابض المكلف بتحصيل الضريبة ببعض الأخطاء أثناء قيامه باستخلاص الدين الضريبي، وهو الأمر الذي يلحق ضررا بالغا بالملمزم دون سبب وجيه. مما يمنح للقاضي سلطة بسط رقابته على هذا الإجراء والتأكد من مدى احترام الإدارة الضريبة للمقتضيات القانونية المنظمة له، تفاديا لحدوث أي خلل قد يعرقل سير هذه المسطرة وبالتالي إثارة المسؤولية الإدارية عن التحصيل الضريبي المعيب أو التصريح ببطلان إجراءات التحصيل الضريبي³⁹¹.

أما في إطار القضاء الاستعجالي لوقف تنفيذ الحجز الضريبي، فيظهر من مجموعة الأحكام الصادرة في السنوات الأخيرة³⁹²، أن موقف القضاء الإداري استقر على قبول الطلبات الرامية إلى إيقاف إجراءات التحصيل في إطار القضاء الاستعجالي نظرا لطابعها المؤقت من جهة، ومن جهة أخرى نظرا لما تستدعيه الضرورة الملحة كحل مؤقت للحفاظ على مصالح الإدارة والملمزم المدين بالضريبة بالحفاظ على نشاطه الاستثماري إلى حين البث في جوهر النزاع.

390 سفيان سروتي، "الاستثمار في ضوء التشريع الضريبي والعمل القضائي"، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد 48، 2021، ص.87.

391 سفيان سروتي، م. س.، ص. 114.

392 راجع مجموع الأحكام التي أوردها سفيان سروتي. م. س.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق، هو أن المنازعات المعروضة على القضاء الإداري بهذا الخصوص ترفع من طرف المستثمرين المغاربة لكون الاتفاقيات التي تبرم مع الأجانب في إطار الاستثمار غالبا ما تنص على أن النزاعات التي قد تحصل تسوى بواسطة الطرق الدبلوماسية، ثم اللجان المختلطة وأخيرا عن طريق التحكيم الذي اتخذ صيتنا دوليا إن لم نقل هيمن على كل المساطر المتعلقة بعالم التجارة والصناعة³⁹³، غير أنهم قد يتصلون بالنزاع بشكل غير مباشر عندما تتضرر مصالحهم في حالة ارتباطهم في علاقات تعاقدية مع شركات مغربية أبرمت مع الإدارة عقدا إداريا ونشأ عنه نزاع قضائي³⁹⁴.

ثانيا: المحاكم التجارية

يشكل القضاء التجاري إلى جانب القضاء الإداري الجانب القضائي لعملية الإصلاح الاقتصادي المؤسسي وتنمية المقاولات وتشجيع الاستثمارات الأجنبية التي تهجها المغرب. وفي هذا الإطار يعتبر القضاء التجاري مولودا جديدا بأسرة القضاء في إطار التنظيم القضائي للمملكة، إذ حل هذا القضاء محل القسم التجاري بالمحاكم الابتدائية والغرفة التجارية بمحاكم الاستئناف. ويختص بالنظر في مجموع النزاعات التجارية، سواء تعلق الأمر بالدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية؛ الدعاوى التي تنشأ بين التجار المتعلقة بأعمالهم التجارية؛ الدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية؛ النزاعات الناشئة بين شركاء في شركة تجارية؛ النزاعات المتعلقة بالأصول التجارية؛ قضايا صعوبات المقاولات؛ قضايا السجل التجاري³⁹⁵. هذا فضلا عن الاختصاص بقضايا حماية حقوق الملكية الصناعية الذي أسند لها بمقتضى المادة 15 من قانون رقم 97-17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية. فمن جملة القضايا التي لها علاقة بميدان الاستثمار نجد قضايا حماية الملكية الصناعية والتجارية، وقضايا النقل البحري الدولي للبضائع وقضايا الاعتماد المستندي والتي تبرز بحق أهمية هاته المحاكم في تحقيق الأمن القضائي³⁹⁶.

³⁹³ ادريس بوزيان، " دور القضاء في التنمية الشاملة"، مجلة المحاماة، العدد 38، دجنبر 1995، أشغال المناظرة

الوطنية حول العدالة بالمغرب، واقع ومعالجة، ص. 57.

³⁹⁴ محمد لمروغي، " القضاء الإداري ومجال تدخله في حماية الاستثمار"، م. س.، ص. 27.

³⁹⁵ حدد المشرع المغربي الاختصاص النوعي للقضاء التجاري في المواد من 5 إلى 9 من قانون إحداث المحاكم التجارية.

³⁹⁶ عبد الرحيم بحار، م. س.، ص. 53.

رافق إحداث المحاكم التجارية، إحداث قضاء تجاري مستعجل نظرا لضخامة عدد النزاعات المتعلقة بالاستثمار وأهميتها، وتأثيرها على الحياة التجارية والاقتصادية للبلاد خاصة بعد فتح المجال أمام الاستثمارات والشركات الأجنبية، ليطمئن المستثمر إلى أن هناك قضاء استعجالي متخصص في المادة التجارية ومن الحصول على الحماية العاجلة لحقه كما تقتضي طبيعة المعاملات التجارية³⁹⁷.

تزامن مجيء هذه المحاكم مع المناخ الاقتصادي المتطور ودخول المغرب عهد جديد يسوده نظام مبني على الحرية وتشجيع المبادرات الخاصة والمبادلات التجارية واستثمار الأموال³⁹⁸. ومن الأسباب الرئيسية التي دفعت المشرع إلى التفكير في إحداث هذه المحاكم سببان رئيسيان:

- تحفيز وتدعيم وتقوية الاستثمارات الداخلية والخارجية باعتبار القضاء عنصر فاعل وحيوي في تحريك عجلة الاقتصاد واتخاذها المسار الصحيح³⁹⁹؛
- التوقيع على اتفاقية GAT التي تمخض عنها ميلاد المنظمة العالمية للتجارة والتي نصت ديباجتها على ضرورة تحديث جميع الدول النامية لترسانتها التشريعية خاصة في مجال المال والأعمال، وبما أن المغرب قد صادق على هذه الاتفاقية فقد قام بتحديث ترسانته التشريعية وأحدث المحاكم التجارية⁴⁰⁰ في سياق تحديث وعصرنة قطاع الأعمال والمعاملات التجارية والاقتصادية وتطوير أساليب دور القضاء في حل النزاعات والخلافات المرتبطة بالأعمال التجارية⁴⁰¹.

³⁹⁷ أسماء العمارتي، م. س.، ص 93

³⁹⁸ محمد محبوبي، "أساسيات في التنظيم القضائي"، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، ط. الثانية 2010، ص. 145.

³⁹⁹ محمد محبوبي، " دور التشريع والقضاء في تنمية المقاولات وتشجيع الاستثمارات"، مقال منشور على مجلة الفقه والقانون، 2010، www.majalah.new.ma

⁴⁰⁰ يبلغ حاليا عدد المحاكم التجارية ثمان محاكم (الرباط، الدار البيضاء، فاس، طنجة، مراكش، أكادير، مكناس، وجدة) وثلاث محاكم الاستئناف التجارية (الدار البيضاء، فاس، مراكش).

⁴⁰¹ محمد محبوبي، " دور التشريع والقضاء في تنمية المقاولات وتشجيع الاستثمارات"، مقال منشور على مجلة الفقه والقانون، 2010، www.majalah.new.ma

وقد تم إحداث المحاكم التجارية بمقتضى القانون رقم 95-53⁴⁰². وعلقت الدولة أهمية كبرى على هذا التوجه لتطوير مناخ الاستثمار، كآلية من شأنها أن تمكن من تعزيز الثقة الضرورية لتشجيع الاستثمارات المحلية والأجنبية، وآلية تحقق المصادقية للأعمال التجارية.⁴⁰³

ولأجل أن يقوم القضاء التجاري المتخصص بالدور المنوط به؛ لاسيما في التحفيز على الاستثمار والمساهمة في خلق النشاطات الاقتصادية، فإنه يضمن الأمن للمستثمرين، ويصون حقوقهم في ظل سيادة القانون واستقلال القضاء، سواء كانوا وطنيين أم أجنب، وألا يكون الاستثمار بدون ضمانات قضائية واضحة.⁴⁰⁴ وقد عرف قانون إحداث المحاكم التجارية تفردا عن القواعد العامة في مجموعة من الإجراءات، بسبب طبيعة القضايا التي تختص بها، والتي تقتضي سن قواعد خاصة تبتعد عما هو مألوف في القواعد العامة المسطرية.

كما عمل المشرع المغربي على تبني خاصية السرعة عن طريق سن آجال قصيرة تتخذ شكلين إما رقمية أو بلاغية، الشيء الذي يجعل حسم النزاع يتم في وقت وجيز وسريع وفعال، وهذا ما دعت إليه جل التشريعات والمحافل العلمية.⁴⁰⁵

ومنحت المادة 21 من القانون رقم 95-53 صلاحيات واسعة لرئيس المحكمة التجارية بصفته قاضي المستعجلات لاتخاذ التدابير التحفظية ولو كانت هناك منازعة جدية بين الأطراف. كما تم تبني مؤسسة القاضي المكلف بتتبع إجراءات التنفيذ، والذي شكل قفزة نوعية في الميدان التجاري، وتناط به مهمة الاشراف والرقابة على أعمال التنفيذ التي يباشرها أعوان التنفيذ والمفوضين القضائيين، ومن حقه اصدار أوامر ولائمة كالحجز التحفظي على المنقول إذا ما اسند له رئيس المحكمة التجارية هذه المهام، وكذلك البت في الصعوبات الوقتية في حالة ما انيب اليه ذلك

⁴⁰² الظهير الشريف رقم 1.97.65 الصادر في 4 شوال 1417 (12 فبراير 1997) بتنفيذ القانون رقم 95-53 القاضي بإحداث محاكم تجارية، الجريدة الرسمية عدد 4482، 8 محرم 1418 (15 ماي 1997)، ص. 1141-1144.

⁴⁰³ جواد النوحى، م. س.، ص. 172.

⁴⁰⁴ عبد الرحيم بخار، م. س.، ص. 42.

⁴⁰⁵ كما هو الحال بالنسبة لإعلان مراكش حول استقلال السلطة القضائية وضمان حقوق المتقاضين واحترام قواعد سير العدالة بتاريخ 4 ابريل 2018، ص. 4. الذي كان من بين توصياته ترشيد تدبير الزمن القضائي والبت في آجال معقولة

وتوفر فيه شرط أقدم القضاة⁴⁰⁶. وتبرز أهمية هذا الجهاز بالنظر إلى دوره في مراقبة إجراءات التنفيذ خاصة أن هذه الأحكام لا ترتبط بالمستثمرين المغاربة فقط بل حتى الأجانب، ومن شأن تنفيذ الأحكام الصادرة في الميدان التجاري دون ملاحظة أو تراخي، للدفع بالمستثمرين الأجانب إلى الاستثمار في المغرب بالنظر لجودة قضاة التجاري المتمثل في وجود جهة مكلفة بتتبع إجراءات التنفيذ⁴⁰⁷. إذ لا يمكن تصور قضاء قوي دون أن يكون فعالا، فلا فائدة ترجى من حكم يصدر ويبقى بدون تنفيذ.

ومن خلال ما سبق الوقوف عنده، تبرز أهمية المحاكم التجارية للبحث في المنازعات التجارية بالسرعة والفعالية المطلوبتين في ميدان الأعمال التجارية وقضايا الاستثمار. وتجدر الإشارة إلى أن المحاكم التجارية على مختلف درجاتها لا تساهم فقط في جلب الاستثمار واستقطابه كما سبق بيانه، وإنما أيضا لها دور مهم في تثبيته وذلك من خلال اختصاصها الأصيل في مادة صعوبة المقاول، بإصدار المشرع المغربي للقانون رقم 73.17⁴⁰⁸. ولعل ما تضمنته مدونة التجارة في الكتاب الخامس المتعلق بمساطر صعوبات المقاول الذي شكل طفرة نوعية في الطريقة التي يتم بها التعامل مع المقاولات التي تعرف صعوبات سواء كانت مالية أو اقتصادية أو اجتماعية أو هيكلية، بحيث تم الانتقال من نظرة سوداوية مبنية على افتراض سوء نية رئيس المقاول وعلى الحماية المفرطة للدائنين، إلى نظرة تعتمد التشخيص الحقيقي من أجل الكشف عن الداء الحقيقي الذي تعاني منه المقاول حتى يوصف لها دواء لكي تسترجع عافيتها⁴⁰⁹، فهدف المشرع من فتح مساطر المعالجة هو محاولة إنقاذ المقاول وبالتالي حماية مصالح المستثمرين، ولم يجعل منها أبدا وسيلة للحصول على الديون وتنفيذ الأحكام. إلا أنه، وبالرغم مما سبق ذكره، فإن معظم الشركات تفضل اللجوء إلى التحكيم؛ إما لعدم ثقتها في قضاء الدولة المستقبلية، أو طمعا في السرعة والسرية التي قد يوفرها التحكيم؛ الشيء الذي يخدم مصالحها أكثر.. وفي هذا السياق، يمكننا أن نشير إلى قضية

⁴⁰⁶ طبقا للفصل 149 من قانون المسطرة المدنية

⁴⁰⁷أيوب صبحي، م. س.، 306-307.

⁴⁰⁸ القانون رقم 73.17 بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، فيما

يخص مساطر صعوبات المقاول، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.26 بتاريخ 2 شعبان 1439 (19

أبريل 2018)، الجريدة الرسمية عدد 6667 بتاريخ 6 شعبان 1439 (23 أبريل 2018)، ص 2345

⁴⁰⁹ علال فالي، مساطر صعوبات المقاول، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط. الثالثة 2019، ص. 9.

الشركة المغربية المجهولة الاسم للصناعة والتكرير، أو المعروفة اختصاراً بـ "الاسامير". التي توقف الإنتاج بها في 2015، بسبب تراكم ديونها التي بلغت أكثر من 40 مليار درهم، ولجوء إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة لتبليغ كل الأبنك والشركات بإشعار غير الحائز، ليلج الملف بعد ذلك لرددها المحكمة التجارية التي قضت ابتدائياً في 21 مارس 2016، واستئنافاً في 1 يونيو 2016، بالتصفية القضائية⁴¹⁰ مع الإذن باستمرار النشاط⁴¹¹، ليؤكد قرار محكمة النقض صحة الحكم الأولي بتصفية مصفاة "الاسامير" ..

نتيجة لقرار التصفية القضائية، قامت شركة "كورال موروكو هولدينغ" التابعة لمجموعة "كورال بيتروليوم هولدينغ" السويدية، باعتبارها المساهم الرئيسي في مصفاة "الاسامير"، بتقديم طلب للتحكيم الدولي في المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار بتاريخ 14 مارس 2018. لتطالب بتعويض عن الضرر الذي لحق باستثماراتها في المغرب، بدعوى عدم احترام اتفاقية الاستثمار. ووفقاً لبند الاتفاقية الموقعة بين المغرب والسويد⁴¹²، تم تحديد الالتزام بإحالة النزاعات المتعلقة بالاستثمار بين الأطراف إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار. كما تقدمت مجموعة الشركات الأمريكية (كارلايل) بطلب تحكيمي، في مواجهة الحكومة المغربية أمام نفس المركز، للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها نتيجة تعاملاتها المالية مع شركة لاسامير⁴¹³.

مما سبق يمكن القول أن الشركات، وبشكل خاص الشركات الأجنبية، يميلون نحو التحكيم لحل النزاعات بسبب عدة عوامل. يشمل ذلك السرية، والسرعة، والتخصص، والقدرة على تحديد قوانين وإجراءات النزاع، وإمكانية التنفيذ الدولي، والثقة بفعالية التحكيم. كما يتيح

⁴¹⁰ تصفية شركة لاسامير بالمحمدية - حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، عدد 38، الصادر بتاريخ 21-03-2016، في الملف رقم 23-8302-2016.

⁴¹¹ هذا الحكم تم بناء على مقتضيات المادة 652 من مدونة التجارة، هذه الأخيرة تجيز الإذن باستمرار نشاط الشركات في طور التصفية القضائية، إذا اقتضت المصلحة العامة أو مصلحة الدائنين ذلك، إما تلقائياً أو بطلب من السنديك أو وكيل الملك.

⁴¹² الاتفاق الموقع بين المغرب والسويد في عام 1990 بشأن إنعاش وحماية الاستثمار المتبادل. وقد دخل هذا الاتفاق حيز التنفيذ في عام 2009، وينص على ضرورة حماية مستثمري كلتا الدولتين.

⁴¹³ تصريحات الوزير السابق للطاقة والمعادن والبيئة، لموقع 2M، بتاريخ 15 أكتوبر 2019،

التحكيم للشركات تجنب التأثيرات السياسية والتحفظات الوطنية، وقد يكون أقل تكلفة مقارنة بالمحاكم التقليدية. هذه العوامل تجعل التحكيم خيارًا مثلى للشركات لحل النزاعات.

الفقرة الثانية: ترقية التحكيم كآلية لتعبئة الادخار الوطني وجلب الاستثمارات الأجنبية

يعتبر التحكيم من أهم آليات فض المنازعات المتعلقة بالأعمال والاستثمار عموماً، وذلك بالنظر لما يتميز به التحكيم من فعالية وسرعة وسرية واقتصاد في التكاليف، ويقصد به لجوء المتعاقدين لفض منازعاتهم الآنية والمستقبلية الى جهة غير قضائية⁴¹⁴، وقد عرفه الفقيه ROBERT بكونه نظام للقضاء الخاص تقضى فيها خصومة معينة من اختصاص القضاء العادي، ويعهد بها إلى أشخاص يتم اختيارهم للفصل فيها، وقد عبر الفيلسوف أرسطو عن أهمية التحكيم بمقولته الشهيرة: "إن أطراف النزاع يفضلون التحكيم على القضاء لأن المحكم يرى العدالة بينما القاضي لا يعتد إلا بالتشريع".

أولاً: مراحل تطور قانون التحكيم بالمغرب وصولاً الى القانون الحالي 17-95 (2022)

عرف المغرب التحكيم لأول مرة في شكله النظامي منذ صدور قانون المسطرة المدنية لسنة 1913 في بابه الخامس عشر من الفصل 527 إلى الفصل 543.

بعد ذلك صادق المغرب على عدة اتفاقيات دولية وإقليمية وثنائية في هذا المجال، خاصة منها اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بالمقررات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها⁴¹⁵، واتفاقية

⁴¹⁴ يونس العياشي، "مدى ملائمة مشروع قانون التحكيم التجاري رقم 08.05 مع الاتفاقيات الدولية ومبادئ التحكيم الدولي"، مجلة محكمة، ع.2، مار/ماي 2007، ص73، كما أوردته أسماء العماري في رسالتها الأمن القضائي ودوره في تشجيع الاستثمار بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2021/2020، ص.140.

⁴¹⁵ اعتمدها اللجنة الاقتصادية والاجتماعية التابعة لهيئة الأمم المتحدة بتاريخ 10 يونيو 1958، والمصادق عليها بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.59.266 المؤرخ في 19 فبراير 1960.

واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية الخلافات الراجعة للاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى.⁴¹⁶ علاوة على اتفاقيات أخرى مع عدة دول تتضمن شرط اللجوء للتحكيم.

وفي إطار الإصلاح القضائي لسنة 1974، صدر ظهير شريف بمثابة قانون بالمصادقة على قانون المسطرة المدنية، إذ تضمن في بابه الثامن تنظيم مسطرة التحكيم في الفصول من 306 إلى 327. ونظرا لكون هذا القانون لم يتعرض للوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات ولم ينظم التحكيم الدولي، إضافة إلى كونه لم يلم بكل قواعد التحكيم، ومراعاة للتطور الاقتصادي الذي عرفته جل دول المعمور، وما صاحبه من ازدهار للتجارة الدولية وتحريرها، خاصة بعد توقيع اتفاقية مراكش⁴¹⁷، واعتبارا لما نص عليه القانون الإطار رقم 18.95 بمثابة ميثاق الاستثمارات من تدابير لتشجيع الاستثمار الأجنبي، منها إمكانية فض المنازعات الناشئة عن العقود الدولية للاستثمار عن طريق التحكيم الدولي وفقا للاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب في هذا المجال⁴¹⁸. وبالإضافة لما سبق فقد التزم المغرب باتفاقيات مراكش المحدثه للمنظمة العالمية للتجارة والتي تضمنت ملحقا خاصا بمجال التحكيم تحت عنوان: "تفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات عن طريق التحكيم والتوفيق والوساطة... ناهيك عن الخطاب الملكي السامي لسنة 2003 الذي أكد على ضرورة الإعداد السريع لمشروع قانون التحكيم التجاري الوطني و الدولي...

⁴¹⁶ انضم إليها المغرب بمقتضى المرسوم الملكي رقم 564.65 المؤرخ في 31 أكتوبر 1966.

⁴¹⁷ أعلنت اتفاقية مراكش عن ميلاد " منظمة التجارة العالمية"، والتي دخلت حيز التنفيذ في بداية يناير 1995، ووافقت هذه الاتفاقية بملحق خاص تحت عنوان " تفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات، عن طريق التحكيم والتوفيق والوساطة

⁴¹⁸ المادة 17 من القانون الإطار رقم 18.95 بمثابة ميثاق للاستثمارات. الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.213 الصادر في 14 من جمادى الآخرة 1416 (8 نوفمبر 1995)

وعلى إثر إحداث القطب المالي بالدار البيضاء⁴¹⁹، على غرار الأقطاب المالية للدول التجارية الكبرى في العالم، والذي صاحبه تدشين المركز الدولي للوساطة والتحكيم، واستجابة للرجبة الملحة للمستثمرين في تبسيط وتسريع المساطر الإدارية والقضائية في عملية الاستثمار، ومنها مسطرة التحكيم والوساطة، وسعياً إلى تأهيل القضاء لمواكبة التحكيم من خلال تبسيط مسطرة التذليل بالصيغة التنفيذية، والاعتراف بأحكام المحكمين الصادرة فيها، وتنفيذاً للتعليمات الملكية السامية⁴²⁰، وتنزيلاً لأهداف وتوصيات ميثاق إصلاح منظومة العدالة الصادر سنة 2013، وخاصة التوصية رقم 137 الرامية إلى تشجيع اللجوء إلى الوساطة والصلح والتحكيم لحل النزاعات، أصبح على هذا الأساس، من الضروري فصل المقتضيات المنظمة للتحكيم والوساطة الاتفاقية عن قانون المسطرة المدنية مع تحيينها وإدخال التعديلات اللازمة عليها لتواكب المستجدات التي عرفتها التجارة الدولية.

كما حث الملك محمد السادس في مناسبات عديدة: "على ضرورة مراجعة مساطر التسوية التوافقية لما قد ينشأ من منازعات بين التجار، وذلك لتمكينهم من اللجوء أكثر ما يمكن إلى التحكيم وتنويع مساطر التسوية التوافقية لما قد ينشأ من منازعات بين التجار وذلك من خلال الإعداد السريع لمشروع قانون التحكيم التجاري الوطني والدولي ليستجيب نظامنا القضائي لمتطلبات عولمة الاقتصاد وتنافسيته ويسهم في جلب الاستثمار الأجنبي"⁴²¹. " ذلك أن الممارسة التحكيمية بالمغرب لازالت تتسم إما بسبب النص القانوني تارة أو الممارسين للتحكيم تارة أخرى بالكثير من الضعف والهشاشة"⁴²²...

419 بمقتضى القانون رقم 44.10 المتعلق بصفة القطب المالي للدار البيضاء، الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 30 ديسمبر 2010، كما تم تغييره وتنميه بمقتضى القانون رقم 68.12 الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 12 يونيو 2014.

420 الخطاب الملكي ليوم 20 غشت 2009، بمناسبة الذكرى 56 لثورة الملك والشعب الذي أعلن عن إطلاق الإصلاح الشامل والعميق للقضاء، والذي أكد فيه جلالته على " ضرورة تطوير الطرق القضائية البديلة كالوساطة والتحكيم والصلح".

⁴²¹ عبد الرحيم بحار، م. س.، ص. 57.

⁴²² مصطفى بونجة، "مداخل إصلاح التحكيم التجاري بالمغرب بين القانون والممارسة"، م. س.، ص. 8.

فلكل هذه الأسباب كان من الضروري تعديل مقتضيات القانونية المنظمة للتحكيم في ق. م. م.، بسن قواعد جديدة تنظم التحكيم الدولي والوساطة الاتفاقية، وقد صدر القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية الصادر بتاريخ 30 نونبر 2007⁴²³، الفصول من 306 إلى 327-70. الذي شكل نقلة نوعية في تحديث الإطار القانوني الناظم للتحكيم بالمغرب، حيث أنه لا يمكن نفي الصبغة الحداثية لهذا القانون سواء شكلا أو مضمونا. بالرغم من الخلل الشكلي الذي اعترى الفصول المنظمة للتحكيم فيه⁴²⁴.

غير أن القانون رقم 08.05 (2007) لم يضع حدا نهائيا للنقاش الفقهي والرسمي بشأن وضع التحكيم في المغرب وحول ضرورة تطويره وأقلته مع التشريعات المقارنة الرائدة، ومع التحولات الاقتصادية السريعة التي شهدتها ويشهدها المغرب ومحيطه الجهوي والدولي، وأيضا مع استراتيجية جلب وتحريك المزيد من الاستثمارات الخاصة، الوطنية منها والأجنبية، العامة منها والخاصة.

وترجمة لهذا المسعى صدر القانون رقم 95-17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية⁴²⁵ بتاريخ 24 ماي 2022 وكانت وزارة العدل قد بدأت في إعداد مشروعه منذ 2017 ، وقد أقيمت عدة لقاءات استشارية وعلمية بشأنه. ومن أبرز مستجداته فصله للقواعد القانونية المنظمة للتحكيم والوساطة الاتفاقية عن مقتضيات قانون المسطرة المدنية خلافا لما كان عليه الأمر في القانون 05-08 الصادر سنة 2007 المدمج في قانون المسطرة المدنية والذي كان يعاب عليه تنظيم التحكيم كنوع من القضاء الخاص ضمن قانون إجرائي عام ينظم التقاضي أمام المحاكم الرسمية. وقد تحسنت هندسة القانون وجاءت مقتضياته أكثر تفصيلا ودقة ووضوحا. خاصة على مستوى

⁴²³ القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ و تعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية،

بلجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 6 ديسمبر 2007، وذلك في الفصول من 306 إلى 327-70

⁴²⁴ مصطفى بونجة، "مداخل إصلاح التحكيم التجاري بالمغرب بين القانون والممارسة"، منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد الخاص رقم 20، الوسائل البديلة لحل النزاعات الصلح - التحكيم - الوساطة، تنسيق أحمد أجعون، ص.7.

⁴²⁵ ظهير شريف رقم 1.22.34، 23 شوال 1443 (ماي 2022) بتنفيذ القانون رقم 17-95 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية - ج.ر. 7099 بتاريخ 23 يونيو 22 ص. 3579.

التأصيل المفاهيمي الذي يتصدر بنود القانون وإسناد مهمة المحكم لذوي الخبرة والكفاءة العلمية، والخبرة القانونية؛ وجواز إبرام اتفاق الوساطة من قبل الأشخاص الذاتيين أو الاعتباريين المتمتعين بالأهلية الكاملة. مع ترك أمر تحديد لائحة المحكمين لنص تنظيمي بخلاف ما هو منصوص عليه في الفصل 321 من القانون الحالي.

ومن أهم إيجابيات القانون الجديد أيضا تحديده الواضح للجهة القضائية المكلفة بتذليل الأحكام التحكيمية بالصيغة التنفيذية⁴²⁶... وذلك انسجاما مع القانون رقم 38.15 المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة الذي نص على إحداث أقسام متخصصة بالقضاء الإداري والقضاء التجاري داخل المحاكم الابتدائية، وبهدف توحيد جهة الاختصاص المانحة للصيغة التنفيذية في رئيس المحكمة بحسب اختصاصه، كما تم تحويل الرئيس الأول لمحكمة ثاني درجة اختصاص منح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي إذا كان النزاع معروضا عليها واتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم وتطبيق القواعد المتعلقة بالتنفيذ المعجل للأحكام القضائية على الأحكام التحكيمية التي لا تطلب فيها صيغة التنفيذ، وتماشيا مع التطورات الرقمية تم إتاحة إمكانية إبرام اتفاق التحكيم بواسطة رسالة الكترونية وفقا للقواعد المنظمة للمعاملات الالكترونية⁴²⁷، وبالتالي خضوعها لقانون 53.05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، على عكس القانون السابق الذي لا يتيح هذه الإمكانية.⁴²⁸ كما تم تدارك الإشكاليات المتعلقة بعملية التبليغ، وخاصة فيما يتعلق بالتحكيم الدولي، من خلال المادة 60 من القانون الجديد، والتي تضمنت إمكانية تبليغ الحكم

⁴²⁶ تم التنصيص في المادة 66 من المشروع على منح الاختصاص بإضفاء الصيغة التنفيذية على المحاكم التحكيمية في المادة الإدارية لرئيس المحكمة الإدارية أو رئيس القسم المتخصص في القضاء الإداري بالمحكمة الابتدائية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي في دائرتها، أو لرئيس المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني، وحسب المادة 77 من المشروع فقد تم منح اختصاص إضفاء الصيغة التنفيذية على الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في المغرب لرئيس المحكمة التجارية أو رئيس القسم المتخصص في القضاء التجاري بالمحكمة الابتدائية التي صدرت في دائرة نفوذها تلك الأحكام، وإذا كان الحكم التحكيمي الدولي قد صدر خارج المملكة انعقد هذا الاختصاص لرئيس المحكمة التجارية أو لرئيس القسم المتخصص في القضاء التجاري بالمحكمة الابتدائية التابعة لدائرة نفوذها مكان التنفيذ.

⁴²⁷ المادة 3 من قانون التحكيم

⁴²⁸ الفصل 313

التحكيمي الصادر داخل المملكة عبر جميع الوسائل، بما في ذلك وسيلة التبليغ الإلكتروني. هذا يشكل تطورًا مهمًا مقارنةً مع القانون السابق رقم 08.05 الذي لا يتيح هذه الخيارات. هذا الإجراء يهدف إلى تسهيل وتسريع عملية التبليغ على الأطراف المشاركة في التحكيم، ويعكس التطورات التكنولوجية الحديثة في تبادل المعلومات والاتصالات. هذا وبالإضافة إلى تبني خيار توسيع المعايير الدولية في مجال التحكيم.. فكل هذه المقترضات الجديدة المنصوص عليها في القانون 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية يهدف من خلالها المشرع تجاوز المشاكل والاكراهات الواقعية و القانونية التي كان يطرحها القانون السابق. وكل هذا سيؤدي حتماً إلى توفير المناخ الملائم للاستثمار وترسيخ دعائم الأمن القانوني في ميدان الأعمال، خاصة مع اتساع العلاقات الدولية في مجال الأعمال وكذا عولمة الاقتصاد وسرعة تحرك الأموال.

ثانياً: تبني المغرب للاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف المقررة للتحكيم كوسيلة لفض

منازعات الاستثمار

اعتباراً لكون الاستثمار الأجنبي المباشر هو المحرك الأساسي للاقتصاد الدولي، فإن حمايته تتطلب البحث عن الوسائل والآليات القانونية الكفيلة بذلك. فتسوية المنازعات الاستثمارية بواسطة القضاء الوطني في الدول المستقطبة للاستثمار لا يقدم الضمان الكافي للمستثمر الأجنبي. وذلك يرفع أساساً إلى اختلاف المركز القانوني لأطراف النزاع، فأحدهما دولة ذات سيادة، بينما الآخر شخص طبيعي أو قانوني من أشخاص القانون الخاص، مما قد يؤدي إلى صعوبة تحقيق المساواة الكاملة بينهما أمام القضاء الوطني في الدولة. كما قد يساور المستثمر الأجنبي بعض الشك في أن الأحكام التي تصدر من ذلك القضاء لا تتسم بالحياد الواجب، زيادة على أن الإجراءات القضائية في القضاء الوطني تتسم عموماً بالبطء، لذا قد لا يطمئن المستثمر الأجنبي على نتيجة دعواه المقامة ضده الدولة بما تكتسبه من سلطة أمام محاكمها الداخلية، مما قد يكون له أثر سلبي على اتخاذ قراره باستثمار أمواله في تلك الدولة، ما لم توجد وسيلة قانونية أخرى بديلة لفض المنازعات الاستثمارية بينه وبين تلك الدولة. تتضمن الاتفاقيات الدولية مجموعة من البنود التي تنظم جميع مراحل العملية الاستثمارية، من تاريخ قيامها إلى تاريخ انحلالها. لكل ما سبق، تم إحداث وسيلة دولية لحل منازعات الاستثمار تتمثل في التحكيم التجاري الدولي. وسيرا على النهج الذي نَحَجته معظم دول العالم، الغنية منها والفقيرة، النامية والمتقدمة. نص كل من القانون الإطار السابق رقم 18.95 بمثابة ميثاق الاستثمارات من تدابير لتشجيع الاستثمار

الأجنبي، والقانون الإطار الحالي رقم 03.22 بمثابة ميثاق الاستثمار إمكانية فض المنازعات الناشئة عن العقود الدولية للاستثمار عن طريق التحكيم الدولي وفقا للاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب في هذا المجال.

وتعتبر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار أحد هذه الأليات التي تعني بحماية حقوق المستثمرين الأجانب، والتي وصل عددها سنة 2021 إلى أكثر من 3200 اتفاقية دولية حسب الموقع الرسمي ل UNCTAD. وتتضمن كل الاتفاقيات الدولية الثنائية في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة تحديد طرق لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار والتي يمكن أن تثور بين الدولة المضيفة ورعايا الدولة الأخرى المتعاقدة، فأدرجت في بنودها شرط التحكيم، رغم أنها تسمح باللجوء في البداية إلى الطرق الودية والدبلوماسية. ومن بعض نماذجها نجد كلا من الاتفاقيتين المغربية- الأرجنتينية، والمغربية - البلغارية بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات على وجه التبادل .

وقد أجاز المغرب في الاتفاقيات الدولية المبرمة للمستثمر الأجنبي حق اللجوء إلى التحكيم الدولي كطريقة لتسوية المنازعات التي تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة لرؤوس أمواله، تدعيما منه لهذا لتوجه في قانونه الداخلي، وإدراكا منه لأهمية القانون الاتفاقي في تعزيز وتقوية العلاقات التجارية بين الدول. ولا يقتصر هذا التوجه على الاتفاقيات الثنائية فحسب، بل يتعداها ليشمل كذلك الاتفاقيات المتعددة الأطراف . حيث دعم نظامه القانوني ببعض الاتفاقيات المتعددة الأطراف لعل أهمها:

اتفاقية نيويورك، المبرمة بتاريخ 10 يونيو 1958 والتي تنظم الاعتراف بالأحكام التحكيمية الصادرة بالخارج؛ وقد صادق المغرب عليها بتاريخ 12 فبراير 1959 على أن تدخل حيز التنفيذ بالنسبة اليه ابتداء من 07 يونيو 1959.

اتفاقية واشنطن، المبرمة بتاريخ 18 مارس 1965، أحدثت المركز الدولي لتسوية منازعات التحكيم؛ وقد صادق المغرب عليها بتاريخ 11 ماي 1967 على أن تدخل حيز التنفيذ بالنسبة اليه ابتداء من 10 يونيو 1967. ومن أبرز خصائص ومميزات الأداء التحكيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات التحكيم عدم التزام المستثمر بقاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية قبل

طلب تحكيم المركز، ماعدا إذا اشترطت الدولة المحتضنة للاستثمار ذلك، مقابل تنازل الدول عن ممارسة الحماية الدبلوماسية لفائدة المستثمرين المنتمين لها والذين قبلوا تحكيم المركز الدولي ما عدا إذا رفضت الدولة المستضيفة للاستثمار تنفيذ القرار التحكيمي. علما بأن القرارات التحكيمية للمركز، قابلة للتنفيذ المباشر دون الحاجة لتدويلها بالصيغة التنفيذية كما هو الشأن بالنسبة للقرارات التحكيمية الأخرى. ومن سمات تحكيم المركز أيضا، كون قراراته توصي باتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة في حين أن قرارات غيره من محاكم التحكيم تأمر بما⁴²⁹، وإن كان الاجتهاد التحكيمي للمركز في قضية مافيزيني ضد إسبانيا، أقر بأن التوصية بالإجراءات التحفظية تعادل الأمر بما⁴³⁰.

وقد أفرزت هيئات التحكيم خاصة منها التابعة لـ CIRDI اجتهادات وتوجهات بشكل متواتر، مع الإقرار ببعض الارتدادات بخصوص تعريف الاستثمار ومفهومه الموسع، وأيضا طرفي النزاع من دولة وأشخاصها العامة ومستثمر أجنبي طبيعي ومعنوي... وبرز توجه واضح ومستديم بشأن تليين الرضائية في التحكيم (شرط التحكيم بالإحالة، التحكيم الرضائي الغير تعاقدي...)، والاقرار بأشكال غير مسبوقه لسند التحكيم بناء على تشريع داخلي أو اتفاقية دولية.⁴³¹ فبعدما كانت اسس اختصاص المركز تستند على تقدم الأطراف بطلب تحكيمه بناء على مقتضيات عقود الاستثمار المبرمة بين المستثمرين الأجانب والدول المستضيفة لاستثماراتهم إلى حدود بداية التسعينات من القرن الماضي، برزت بقوة فائقة طلبات التحكيم على أساس اتفاقيات دولية أبرزها الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار TBI الموقعة بين الدول المستقبلية للاستثمار والدول التي ينتمي إليها المستثمر أو يحمل جنسيتها⁴³².

⁴²⁹ راجع على التوالي المواد: 1-26، 2-26، 27، 54، 47 من اتفاقية واشنطن

⁴³⁰ عبد الحق الجناتي الادريسي، "اختصاص المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين النص الاتفاقي والاجتهاد التحكيمي"، م.س.ص. 12-13.

⁴³¹ عبد الحق الجناتي الادريسي وأمين الجناتي الادريسي، "الاجتهاد التحكيمي: منازعات الاستثمار نموذجاً"، مجلة الأبحاث في القانون، الاقتصاد والتدبير عدد 7،

2019، ص. 163.

⁴³² عبد الحق الجناتي الادريسي، م.س.ص. 13.

وبخصوص الاتفاقيات الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار، فإن المغرب أبرم و يلتزم بحيث 75 اتفاقية تغطي لائحة شركائه في هذا المجال كافة الدول المصدرة لرؤوس الأموال (دول الخليج العربي، أغلب دول الاتحاد الأوروبي، دول أمريكا الشمالية، والهند، وروسيا، وإندونيسيا....) بالإضافة إلى العديد من الدول الإفريقية التي يرتبط المغرب معها بعلاقات اقتصادية... وتبقى اللائحة مرشحة لضم المزيد من الدول مستقبلا.

وتعتبر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار أحد هذه الآليات التي تعني بحماية حقوق المستثمرين الأجانب، والتي وصل عددها سنة 2021 إلى أكثر من 3200 اتفاقية دولية حسب الموقع الرسمي لUNCTAD. وتتضمن كل الاتفاقيات الدولية الثنائية في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة تحديد طرق لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار والتي يمكن أن تثور بين الدولة المضيفة ورعايا الدولة الأخرى المتعاقدة، فأدرجت في بنودها شرط التحكيم، رغم أنها تسمح باللجوء في البداية إلى الطرق الودية والدبلوماسية. ومن بعض نماذجها نجد كلا من الاتفاقيتين المغربية- الأرجنتينية⁴³³، والمغربية - البلغارية⁴³⁴ بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات على وجه التبادل.

⁴³³ ظهير شريف رقم 1.97.81، صادر في 3 ماي 2000، بنشر الاتفاق الموقع بصوفيا في 22 ماي 1996، بين المملكة المغربية وحكومة جمهورية بلغاريا، بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة، ج. ر. ع. 4807، صادرة في 26 يونيو 2000، تضمنت المادة 9 منها، تسوية الخلافات بين المستثمر والطرف المتعاقد الآخر، بقدر الإمكان بالتراضي عن طريق المشاورات والمفاوضات، وإذا ما تعذرت التسوية الودية للخلاف في ظرف 6 أشهر من تاريخ تبليغه المكتوب، يتم عرض الخلاف باختيار المستثمر على: المحاكم الوطنية للطرف المتعاقد المتورط في النزاع، تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات.

⁴³⁴ ظهير شريف رقم 1.97.129، صادر في 3 ماي 2000، بنشر الاتفاق الموقع بالرباط في 13 يونيو 1996، بين المملكة المغربية وحكومة الجمهورية الأرجنتينية، بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة، ج. ر. ع. 4807، صادرة في 26 يونيو 2000، تبنت نفس الطرق المنصوص عليها في الاتفاقية المغربية البلجيكية، إلا أن الاتفاق حدد اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، في هذا الاتفاق على الخلافات المتعلقة بالمواد 4-5-6-7-8، من الاتفاق، وبالرجوع إلى مضمون هذه المواد نجدها تتعلق بنزع الملكية والتعويض، التعويض عن الضرر في حالة القوة القاهرة، التحويلات، الحلول محل المستثمر، التزامات أخرى. فالاتفاق لم يستثني إلا المادة الثانية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار والمادة الثالثة المتضمنة معاملة الاستثمارات.

خاتمة

بالرغم من ما تم ذكره، إلا أن أوضاع النظام القضائي في المغرب تُعدّ من بين أبرز العوائق التي تعيق الاستثمار الخاص. فقد شهدت فعالية النظام القضائي تراجعاً حسب مؤسسة (إيريتاج فوندايشن) من 41.9 إلى 32.7 بين عامي 2017 و2022. ولضمان حماية حقوق الملكية وتنفيذ العقود بفعالية، يجب وجود مؤسسات قانونية قوية⁴³⁵. فالاقتصادات التي لا تقدم حماية كافية للملكية الخاصة تجد صعوبة في جذب الاستثمارات البشرية والمادية وتعزيز الإبداع⁴³⁶. لهذا السبب، تمت إعادة النظر في الأنظمة القانونية والمؤسسية لمجال الاستثمار، والتركيز على الإصلاحات اللازمة في منظومة العدالة بالمغرب، خاصةً فيما يتعلق بقضايا الأعمال والنزاعات التجارية. وذلك لتعزيز الثقة لدى المستثمرين وتشجيع استقرار الاستثمارات الأجنبية في البلاد. وعلى الرغم من العناية الخاصة التي أولها المغرب لمجال الأعمال بهدف جذب الاستثمارات وتشجيع المستثمرين، ومحاولته توفير بيئة استثمارية متكاملة، إلا أن تباطؤ النظام القضائي وتعقيدات النزاعات المالية والتجارية دفعت إلى اعتماد أنظمة بديلة مثل التحكيم والوساطة لحل هذه النزاعات بشكل أسرع وأكثر فعالية. وبالأخص، تُفضّل الشركات، وبخاصة الشركات الأجنبية منها، اللجوء إلى التحكيم وتثق فيه كوسيلة لحل النزاعات.. الشيء دفع المغرب إلى الاهتمام أكثر

⁴³⁵ في مجال حماية الملكية الصناعية، يعتبر تزايد عمليات التزوير واحدة من العقبات الرئيسية التي تحد من الاستثمار، حيث يقدر التزوير بما بين 6 و12 مليار درهم في السوق المغربية. وهو ما يمثل ما بين 0.7 و1.3% من الناتج المحلي الإجمالي. الأمر الذي تترتب عنه خسارة ضريبية تقدر بحوالي مليار درهم، ويحول دون توفير حوالي 30.000 منصب شغل. وعلى مستوى السجل التجاري الذي يتم تسييره من طرف المحاكم التجارية والمكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية، فقد لوحظ أن إنشاء الشركات ومتابعة مراحلها القانونية لا يتم تتبعه بواسطة نظام موحد متناسق ومتكامل داخل الإدارات العامة. كما أن النظام الحالي لا يسمح بشكل رسمي من إشراك مختلف المتدخلين المعنيين) السجلات التجارية المحلية والسجل المركزي التجاري وإدارة الضرائب والمراكز الجهوية للاستثمار والندوبية السامية للتخطيط والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، الخ... مما تترتب عنه آثار سلبية تتعلق بالتكلفة والكفاءة وجودة المعلومات. حسب التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنتي 2016 و2017 الجزء الأول، ص.135.

⁴³⁶ شيد أوزار، "مناخ الأعمال في المغرب: منجزات كبيرة لكنها حبر على ورق"، بحث منشور من طرف المعهد المغربي لتحليل السياسات، 2020، ص. 14-15.

بالقوانين المؤطرة للتحكيم في المغرب، وإصدار قانون يحمل بصمات التطور والتحسين عن القانون السابق. ويتميز بتجاوبه مع الاحتياجات الملحة للمستثمرين في تبسيط الإجراءات وتسريع العمليات القضائية في مجال الاستثمار. وتحقيقاً للأهداف المنشودة، يهدف القانون إلى تعزيز وتطوير منظومة العدالة والاستجابة لتطلعات المستثمر مما يستدعي:

- التركيز على تفعيل مستجدات هذا القانون والاستفادة القصوى من فوائده ومزاياه. يتطلب ذلك بذل المزيد من الجهود لتعريف جميع الأطراف المعنية بالقانون وتدريبها على تطبيقه بشكل صحيح. كما ينبغي تنظيم ندوات وبرامج تثقيفية لنشر الوعي حول هذا الموضوع وتعزيز فهمه.
- تحسين نظام القضاء والقضاة في المغرب وتوفير التدريب المستمر لهم، لضمان العدالة والشفافية في المحاكمات التجارية.
- تعزيز التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات بين المستثمرين والجهات المستثمرة، لتجنب التقاضي الطويل أمام المحاكم، بحيث تتوزع القضايا ما بين التحكيم والقضاء. ليلجأ المستثمر للجهة التي تناسب قناعاته.

❖ لائحة المراجع

➤ الكتب

- أحمد عبد الله المرابي، المحاكم الاقتصادية كوسيلة لجذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط. الأولى 2016
- جواد النوحى، مقارنة سياسية للاستثمارات الأجنبية في المغرب، مؤسسة الملك عبد العزيز آل سعود للدراسات الإسلامية والعلوم الإنسانية- سلسلة أبحاث-، منشورات عكاظ، الرباط، 2010
- محمد محبوبى، "أساسيات في التنظيم القضائي"، دار ابي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، ط. الثانية 2010
- علال فالي، مساطر صعوبات المفاوضة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط. الثالثة 2019

➤ البحوث الجامعية

- أسماء العمري، الأمن القضائي ودوره في تشجيع الاستثمار بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط، . 2021/2020

- أيوب صبحي، الاستثمار كرافعة للنموذج التنموي الجديد، بحث لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل، 2020/2019

➤ المجالات

- أحمد السكسيوي، "تأملات حول وضعية القضاء بالمغرب كدعامة للاستثمار وتحسين مناخ الأعمال على ضوء إصلاح منظومة العدالة"، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، سلسلة الأعداد الخاصة: منازعات الأعمال بين التشريع والممارسة، العدد 1، دار الأفاق المغربية، الدار البيضاء
- عبد الرحيم بحار، "دور القضاء التجاري في تشجيع الاستثمار وصون حقوق المستثمرين"، مجلة العلوم القانونية، محور العدد - الوسائل البديلة لحل المنازعات وإشكالية الاستثمار -، مكتبة دار السلام، الرباط العدد الأول، ماي 2013
- محمد المزوغي، "القضاء الإداري ومجال تدخله في حماية الاستثمار"، مجلة المناظرة، ع. 9، 2004
- سفيان سروتي، "الاستثمار في ضوء التشريع الضريبي والعمل القضائي"، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد 48، 2021
- محمد القصري، "القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، مجلة المحاكم الإدارية"، عدد خاص بالمنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، العدد الرابع يونيو 2011
- مصطفى بونجة، "مداخل إصلاح التحكيم التجاري بالمغرب بين القانون والممارسة"، منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد الخاص رقم 20، الوسائل البديلة لحل النزاعات الصلح - التحكيم - الوساطة، تنسيق أحمد أجعون
- عبد الحق الجناتي الادريسي، "اختصاص المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين النص الاتفاقي والاجتهاد التحكيمي"، المجلد 2008، العدد 7-8 (31 ديسمبر/كانون الأول 2008)
- عبد الحق الجناتي الادريسي وأمين الجناتي الادريسي، "الاجتهاد التحكيمي: منازعات الاستثمار نموذجاً"، مجلة الأبحاث في القانون، الاقتصاد والتدبير عدد 7، 2019

➤ المقالات على المواقع الإلكترونية

- الطيب البقالي، دور القضاء في حماية الاستثمار، مقال منشور على مجلة القانون والأعمال الدولية، <https://www.droitentreprise.com/>، تاريخ الاطلاع 2023/04/22، 12:45
- محمد محبوبي، " دور التشريع والقضاء في تنمية المقاوله وتشجيع الاستثمارات"، مقال منشور على مجلة الفقه والقانون، 2010، www.majalah.new.ma

- رشيد أوزار، الاقتصاد المغربي من خلال مؤشر دوين بيننس، مقال منشور على موقع [/https://www.mei.edu](https://www.mei.edu)، تاريخ الاطلاع 20/04/2023، 11:17

➤ الظهائر والمراسيم والقوانين

- ظهير شريف رقم 1.1.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، الجريدة الرسمية عدد 4227، 18 جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر 1993)، ص.2618.
- الظهير الشريف رقم 1.97.65 الصادر في 4 شوال 1417 (12 فبراير 1997) بتنفيذ القانون رقم 95-93 القاضي بإحداث محاكم تجارية، الجريدة الرسمية عدد 4482، 8 محرم 1418 (15 ماي 1997)، ص. 1141-1144.
- القانون رقم 73.17 بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، فيما يخص مساطر صعوبات المقاول، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.26 بتاريخ 2 شعبان 1439 (19 أبريل 2018)، الجريدة الرسمية عدد 6667 بتاريخ 6 شعبان 1439 (23 أبريل 2018)، ص 2345
- ظهير شريف رقم 1.22.34، 23 شوال 1443 (ماي 2022) بتنفيذ القانون رقم 17-95 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية - ج. ر. 7099 بتاريخ 23 يونيو 2022 ص. 3579.
- القانون الإطار رقم 18.95 بمثابة ميثاق للاستثمارات. الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.213 الصادر في 14 من جمادى الآخرة 1416 (8 نوفمبر 1995).

➤ الندوات العلمية

- مُجد بوزويغ، قضايا الاستثمار والتحكيم من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الرابعة، محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، أيام 18 و19 أبريل 2007،
- ادريس بوزيان، " دور القضاء في التنمية الشاملة"، مجلة الحمامة، العدد 38، دجنبر 1995، أشغال المناظرة الوطنية حول العدالة بالمغرب، واقع ومعالجة

➤ التقارير

- التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنتي 2016 و2017 الجزء الأول

L'IMPLICATION DE LA SOCIÉTÉ CIVILE DANS LE PROCESSUS DE PRISE DE DÉCISION ENVIRONNEMENTALE

Doctorant : **Ahmed ELMOUDENE**

FSJES Agadir, Université IBN ZOHR, ah.elmoudene@uiz.ac.ma,

Résumé :

Au cours de ces dernières décennies, la société civile connaît une immense popularité, elle a imposé sa présence et sa participation incontournable comme acteur axial dans le processus de la prise de décision au cours de l'élaboration des politiques publiques des pays, surtout après l'émergence de la dimension local comme un maillon essentiel pour remédier aux préoccupations de l'état dans le domaine de la protection de l'environnement.

Bien que l'institution marocaine de 2011 insiste beaucoup sur l'approche participative à l'élaboration des politiques public soit au niveau national ou niveau local, mais la réalité a démontré que les associations de la société civile sont marginalisées lors des préparatifs de l'implantation des projets qui peuvent toucher de manière négative l'environnement, comme elles n'ont pas droit de regard pour avis avant toute contractualisation.

ملخص: على مدى العقود القليلة الماضية فرض المجتمع المدني حضوره ومشاركته الأساسية كعنصر فاعل محوري في عملية صنع القرار أثناء تحضير وبناء السياسات العامة للدولة، خاصة بعد ظهور البعد المحلي باعتباره حلقة أساسية لمعالجة انشغالات الدولة خصوصا في مجال حماية البيئة.

ورغم أن الدستور المغربي 2011 يؤكد بشكل كبير على المقاربة التشاركية في وضع السياسات العمومية سواء على المستوى الوطني أو المحلي، إلا أن الواقع أثبت أن جمعيات المجتمع المدني تتعرض للتمهيش خلال التحضيرات والدراسات الأولية لتنفيذ مشاريع قد تؤثر سلبا على البيئة. حيث لا يحق لهم استشارة الرأي قبل أي تعاقد.



Au cours de ces dernières décennies, la société civile connaît une immense popularité, elle a imposé sa présence et sa participation incontournable comme acteur axial dans le processus de la prise de décision au cours de l'élaboration des politiques publiques des pays, surtout après l'émergence de la dimension local comme un maillon essentiel pour remédier aux préoccupations de l'état, qui a trouvé soi incapable de répondre aux exigences de sa population.

Et pour répondre à ces préoccupations, le monde avait connu une forte vague d'industrialisation et une exponentielle exploitation des ressources naturelles afin d'améliorer le niveau de vie des citoyens d'une part, ce qui a provoqué des dégâts étonnants sur les écosystèmes d'autre part, ce qui résulte une menace réelle de la vie humaine qu'est un droit universel qui doit être protéger, et présente la continuation de l'existence de l'humanité.

Est pour sortir de cette crise, plusieurs conférences entres les chefs des états ont était réalisées notamment dirigées par l'ONU, soit au niveau international ou régional afin d'élaborer une conception commune qui vise à réduire le risque qui compromet la planète, je cite dans ce sens la déclaration de Stockholm⁴³⁷, qui a donné le jour au programme des NU pour l'environnement (PNUE), cette déclaration qui rend la responsabilité de la protection de l'environnement à l'état et ses établissements. Après 20 ans à Rio de Janeiro l'ONU a organisé une conférence appelée sommet « Planète Terre » en 1992 qui a connu une forte participation des organismes de la société civile nationaux et internationaux, qui ont vocation la défense et la protection de l'environnement.

⁴³⁷ La première conférence mondiale qui fait de l'environnement une question majeure qui s'est déroulée à Stockholm en 1972, Les participants ont adopté une série des principes pour une gestion écologiquement rationnelle de l'environnement dont la Déclaration de Stockholm, le Plan d'action pour l'environnement. Voir <https://www.un.org/fr/conferences/environment/stockholm1972/> visité le 01/03/2023 à 18h05.

Ce sommet a été organisé pour soulever la forte détérioration de l'environnement, et le progrès massif de l'industrialisation, et pour rapprocher entre la position des pays industrialisés et celle des pays en développement⁴³⁸, ce rapprochement est stipulé par le principe 3 de la déclaration de Rio qui affirme que "le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures".

Alors pour dépasser les défaillances concernant le sujet de l'environnement l'ONU a introduit un nouveau concept dans la déclaration qu'est le **développement durable**⁴³⁹ qui désigne « de répondre aux besoins du présent sans compromettre la possibilité pour les générations à venir de satisfaire les leurs », et pour la mise en place de ce nouveau concept Brundtland a recommandé dans son rapport d'assurer la participation des citoyens⁴⁴⁰.

C'est pour cette raison l'ONU a inclus cette recommandation dans la déclaration de Rio dans son principe 10⁴⁴¹.

⁴³⁸ Au cours des préparations de la déclaration, le premier texte n'a pas été retenu au motif qu'il était déséquilibré et qu'il privilégiait l'environnement par rapport au développement. Pour plus de détail voir :

Günther Handl, environnement : les déclarations de Stockholm (1972) et de Rio (1992), UN Audiovisual Library of International Law, 2013, p3.

⁴³⁹ Brundtland, Rapport Notre avenir à tous, 1987, P14.

Rapport téléchargé sur le site : <https://www.are.admin.ch/are/fr/home/media-et-publications/publications/developpement-durable/brundtland-report.html> visité le 01/03/2023 à 20h01.

⁴⁴⁰ Brundtland, op.cit : « L'existence de systèmes politiques garantissant la participation populaire à la prise de décisions et une démocratie plus efficace dans la prise de décisions internationales permettraient à cette justice de naître. »

⁴⁴¹ Le principe numéro 10 de ladite déclaration stipule : « La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement..., et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision....Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit

Etant membre de l'UN, le Maroc a consacré un grand effort pour l'adoption des recommandations des droits de l'homme de troisième génération, étant donné de l'importance au sujet de l'environnement, qui se reflète par l'élaboration des lois et des politiques bien conçues pour la protection de l'environnement et la préservation de la santé et la sécurité des citoyens.

C'est pour ça on trouve le Maroc était parmi les premiers pays qu'ont créés des instances chargés à la protection de l'environnement, comme la création du secrétariat d'état pour l'environnement en 1972, la création du Conseil National de l'Environnement⁴⁴², aussi les conseils régionaux de l'environnement⁴⁴³, et les conseils de l'environnement des wilayas et des provinces⁴⁴⁴, qui peuvent s'adjoindre à titre consultatif des représentants des associations professionnelles, des organismes privés, des associations spécialisées en matière d'environnement et de développement durable, des institutions scientifiques ainsi que des personnes qualifiées. Alors cela reflète l'importance de la participation de la société civile dans le processus de décision portant sur l'environnement.

Plus que ça, la Constitution de 2011⁴⁴⁵ a institué la création conseil économique, social et environnemental, dont on trouve dans sa composition des organisations de l'activité associative notamment celles agissant dans le domaine de la protection et la préservation de l'environnement⁴⁴⁶, et le Ministère délégué auprès du Ministre de l'Energie, des Mines, de

être assuré.» voir <https://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm> visité le 04/03/2023 à 20h22.

⁴⁴² Voir les articles 2 à 11 du Décret n°2-93-1011 du 18 Chabane 1415 (20 Janvier 1995) relatif à la réorganisation des organismes chargés de la protection et de l'amélioration de l'environnement.

⁴⁴³ Voir les articles 12 à 17 du Décret n°2-93-1011, op.cit.

⁴⁴⁴ Voir les articles 2 à 11 du Décret n°2-93-1011, op.cit.

⁴⁴⁵ Voir la constitution marocaine de 2011 l'article 151 à 153.

⁴⁴⁶ Voir l'article 11 de la loi organique n° 128-12 relative au Conseil économique, social et environnemental, promulguée par le dahir n° 1-14-124 du 31 juillet 2014, BO n° 6284 du 24 chaoual 1435 (21-08-2014).



l'Eau et de l'Environnement, chargé de l'Environnement qui préside le Conseil National de l'Environnement.

C'est pour ces conséquences que cet article met en évidence l'importance de la participation de la société civile dans le processus de la prise de décision concernant le sujet de l'environnement, en répondant à la problématique suivante:

A quel niveau la société civile participe à la prise de décision locale concernant l'environnement ?

Le traitement de cette problématique sera à travers la réponse aux questions suivantes :

1. Est-ce que l'arsenal judiciaire marocain garantis la participation de la société civile dans le processus de prise de décision concernant l'environnement?
2. Est-ce que la société civile prend l'initiative de participer dans le processus de prise de décision concernant l'environnement?

1- Le cadre juridique et la participation de la société civile dans le processus de prise de décision concernant l'environnement

L'arsenal judiciaire régularise entre l'état et ses institutions d'une part et entre l'état et les organisations de la société civile qui se compose soit des organisations non gouvernementales (ONG) et les associations. Cette régularisation peut se présenter soit sous formes des droits dans un sens et des obligations dans le sens opposé.

Alors pour pointer sur ses droits et obligations on va pencher sur deux cadres juridiques :

A- Le cadre juridique international :

Depuis la fin des années 70, les questions concernant l'environnement a connu un inhabituel élargissement, c'est pour cela on parle sur la globalisation de la protection de

l'environnement, puisque la dégradation des écosystèmes et la détérioration des ressources naturelles d'un tel pays quelconque peut être causée des effets secondaires de l'industrialisation des pays voisins et/ou par des catastrophes naturelles qui traversent les frontières sans autorisations et parfois sans avertissement.

Alors cela résulte la dimension planétaire des difficultés d'environnement, qui a mobilisé la communauté internationale à fin de multiplier les efforts pour contribuer à l'implantation d'une démocratie environnementale et les exigences liées à la participation de la société civile aux processus décisionnels concernant le sujet d'environnement.

Comme le reste de la communauté internationale, le Maroc s'est engagé à œuvrer pour parvenir au développement durable et à œuvrer pour préserver l'environnement. Dans ce contexte, le Maroc a ratifié plus de 60 accords internationaux relatifs à la préservation de l'environnement et à la réalisation du développement durable. Il a également œuvré à l'adoption de la Déclaration du Sommet de Rio de 1992 et des accords-cadres des Nations Unies relatifs à la préservation de l'environnement et de la biodiversité, en plus des lutter contre les problèmes de désertification et de sécheresse.

Pour confirmer la coopération du Maroc dans ce contexte et que la question du changement climatique figure parmi les axes majeurs de la politique marocaine, le pays a œuvré à accueillir la septième session de la Conférence des Parties sur le changement climatique à Marrakech en 2001, à laquelle il a participé et a consulté les pays participants pour trouver des solutions rapides pour lutter contre le changement climatique et réduire le réchauffement climatique.

Peut-être les autres accords internationaux les plus importants ratifiés par le Maroc, on retrouve les suivants :

- ✓ La Convention de Barcelone de 1978 relative à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution marine.

Dont on trouve l'article 20 stipule que :



1. « les parties contractantes peuvent décider d'admettre en qualité d'observateur à leur réunions et conférences :
 - a)
 - b) *Toute organisation internationale gouvernementale ou toute organisation non gouvernementale dont les activités ont un rapport avec la convention. »*
2. Ces observateurs peuvent participer aux réunions sans disposer d'un droit de vote et peuvent soumettre toute information ou tout rapport relatif aux objectifs de la Convention.

La convention insiste aussi sur la coordination et la coopération⁴⁴⁷ avec les organisations non gouvernementales à travers l'offre d'un aide, des programmes de formation et des besoins nécessaires pour mener à bien les fonctions qui sont confiées aux états par les plans d'action adoptés dans le cadre du protocole de la convention.

- ✓ La Convention de Genève de 1979 relative à la réduction des émissions de dioxyde de carbone, de soufre et d'azote.
- ✓ Convention de Vienne de 1985 relative à la protection de la couche d'ozone.
- ✓ Le Protocole de Montréal de 1987 concernait les substances qui appauvrissent la couche d'ozone.
- ✓ Convention de Bâle de 1989 sur les déchets dangereux et leur élimination :

Insiste sur la nécessité d'instituer des règles et procédures dans le domaine de la responsabilité civile et de responsabilité environnementale afin de garantir une indemnisation adéquate et rapide en cas de dommages.

- ✓ Convention de Rio en 1992 sur le changement climatique :

Indique dans son préambule l'importance et la nécessité de la favorisation de la coopération entre les Etats et les organisations

⁴⁴⁷ Voir l'article Article 25 de ladite convention.

[https://planbleu.org/wp-](https://planbleu.org/wp-content/uploads/2020/04/Barcelona_convention_and_protocols_2007_fr2.pdf)

[content/uploads/2020/04/Barcelona_convention_and_protocols_2007_fr2.pdf](https://planbleu.org/wp-content/uploads/2020/04/Barcelona_convention_and_protocols_2007_fr2.pdf)

intergouvernementales et le secteur non gouvernemental aux fins de conservation de la diversité biologique.

Aussi l'article 23 annonce dans l'alinéa 5 la possibilité de participation des organisations non gouvernementale aux conférences des parties comme des observateurs.⁴⁴⁸

- ✓ L'Accord de Paris de 1993 sur la prévention de la production, du stockage et de l'utilisation des armes chimiques et sur leur destruction.
- ✓ La Convention de 2001 sur la conservation de la diversité biologique et la lutte contre la désertification :

L'article 13 ainsi que de nombreuses autres dispositions de la Convention, mettent en évidence l'engagement envers un renforcement durable des capacités des organismes gouvernementaux intéressés, la société civile, le secteur privé afin de prise en compte les questions de la diversité biologique.

Après une simple analyse de ces conventions et accords, on constate que la majorité insiste sur la participation des organisations non gouvernementales⁴⁴⁹ aux réunions et conférences établis par les comités fondateurs de ces conventions et accords, comme ils ont soulignés l'importance et le droit de ces ONG à l'accès à l'information concernant l'environnement et sa durabilité.

On peut ajouter aussi que devant l'immense responsabilité, et pour la réalisation des engagements des états ayant signés ses conventions et accords, ces derniers sont incapables devant ces engagements sans l'implication du citoyens à partir de sa sensibilisation et à son implication comme étant responsable direct sur la question de l'environnement puisque c'est de lui part et revient le fruit final da sa préservation de l'environnement.

⁴⁴⁸ Voir l'article Article 23 de ladite convention.

<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-fr.pdf>

⁴⁴⁹ Le composant principal des organisations non gouvernementales au Maroc est les associations de la société civile

C'est pour cette raison le Maroc a instauré des institutions qui veillent sur la concrétisation des engagements de l'état marocaine dans différents domaines en relation avec l'environnement, comme il a travaillé sur l'adoption de textes législatives et réglementaires destinées à donner effet aux ses engagements internationaux à travers la création d'un ensemble des institutions au niveau national et régional pour cette finalité.

B- Le cadre institutionnel et législatif national

i. Cadre institutionnel :

Après la Conférence de Stockholm, le Maroc a mis en place un département de l'environnement affilié au ministère de l'habitat, de l'aménagement, du Tourisme et de la Protection de l'environnement. En 1985, le Ministère de l'Intérieur s'est concentré sur l'aménagement du territoire et de l'environnement national au sein de sa structure organisationnelle sous forme de L'administration est composée de deux divisions : la première division concerne l'aménagement du territoire national, tandis que la deuxième division concerne l'environnement. La situation est restée la même jusqu'en 1992, et pour l'application des recommandations émises par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement durable à Rio de Janeiro le Maroc a créé le Secrétariat d'État au sein du ministère de l'Intérieur chargé de la préservation de l'environnement.

Après cette date, l'institution de l'environnement a subi plusieurs tiraillements politiques, parfois ministère de l'environnement, après Secrétariat d'État au sein du ministère de l'agriculture et l'équipement en 1997, après une année seulement le secrétariat d'état est déplacé au ministère de l'habitat, de l'aménagement, et de la Protection de l'environnement.

En 2007, la responsabilité de la protection de l'environnement a été transférée au ministère de l'Énergie, des Mines, de l'Eau et de l'Environnement, sous la forme du Secrétariat d'État chargé de l'Eau et de l'Environnement.

Notant aussi qu'il y a d'autres institutions qui interviennent dans le domaine l'environnement, comme l'Agence Nationale des

Eaux et Forêts, les walis, les collectivités territoriales, ministère de l'agriculture, ministère de l'Industrie et du Commerce. Et pour une meilleure coordination entre l'ensemble de ces intervenants agissent de manière sectorielle, le Maroc a créé le Conseil National de l'environnement (CNE)⁴⁵⁰, qui dispose de cinq commissions :

- ✓ La Commission des Etablissements Humains ;
- ✓ La Commission de la Protection de la Nature, des Ressources Naturelles et des Catastrophes Naturelles ;
- ✓ La Commission Juridique et des Relations Internationales ;
- ✓ La Commission de la Prévention et de Lutte contre la Pollution et les Nuisances ;
- ✓ La Commission de la Culture, l'information, la Communication et l'Education.

Et parmi la nouveauté préconisée par le décret de 1995 concernant l'organisation du CNE, est l'insiste sur la création des Conseils des Wilayas et des Provinces en tant qu'organes régional et provincial de concertation consacrant ainsi à la décentralisation et à l'action locale en matière de l'environnement.

ii. Cadre législatif marocain :

Afin de faire face aux contraintes environnementales, le Maroc s'est empressé d'émettre et d'adopter un certain nombre de textes législatifs et juridiques pour mettre un frein aux activités et les comportements des citoyens préjudiciables à l'environnement, et parmi ces textes⁴⁵¹ on trouve :

- Loi relative aux études d'impact sur l'environnement.

⁴⁵⁰ Créé par dahir royal en 1980, mais il a connu une nouvelle organisation via le décret n°2-93-1011 du 18 Chaabane 1415 (20 Janvier 1995) relatif à la réorganisation des organismes chargés de la protection et de l'amélioration de l'environnement.

⁴⁵¹

Voir :

https://adala.justice.gov.ma/fr/resources/Textes_Juridiques/%20Mati%C3%A8re%20environnementale



- Loi relative à la lutte contre la pollution de l'air.
- Loi n° 08-22 relative à la préservation des monuments historiques, des paysages, des inscriptions, des objets et des antiquités.
- Loi n° 95-10 relative à l'eau.
- Loi n°95-42 relative au contrôle des pesticides agricoles et à la réglementation de leur commercialisation.
- Arrêté royal n° 04-59-1 relatif au contrôle des ports maritimes de commerce
- Décret n° 255-96-1 du 12 Ramadan 1417 (21 janvier 1997) portant application de la loi n° 94-9 relative à la protection des obtentions végétales.
- Décret royal n° 278-04-1 du 25 Dhul-Qi'dah 1425 (7 janvier 2005) portant application de la loi n° 02-12 relative à la responsabilité civile en matière des dommages nucléaires.
- Loi n° 11.03 relative à la protection et à la valorisation de l'environnement.
- Loi n° 255-7-1 du 27 Shawwal 1393 relative à la réglementation de la pêche maritime
- Loi n° 71-005 du 21 Shaaban 1391 relative à la protection contre les rayonnements ionisants.
- Décret n° 1533-05-22 du 14 Muharram 1427 (13 février 2006) (relatif à l'épuration indépendante).
- Décret n° 787-97-2 du 6 chawal 1418 (4) février (1998) relatif aux normes de qualité de l'eau et à l'inventaire des degrés de pollution des eaux.
- Décret n° 875-97-2 du 6 Shawwal 1418 (4) février (1998) relatif à l'utilisation des eaux usées.
- Décret n° 489-97-2 du 6 Chawal 1418 (4 février 1998) précisant les limites du domaine public hydraulique, le redressement des cours d'eau et l'extraction des matériaux de construction.
- Décret n° 553-04-2 publié le 13 Dhul-Hijjah 1425 relatif au versement, à l'écoulement, au jet et au dépôt directement ou indirectement dans les eaux de surface ou souterraines.

Récemment des textes législatifs et réglementaires ont été adoptés à savoir :

- La loi n° 13-03 relative à la lutte contre la pollution de l'air.
- La loi n°28-00 relative à la gestion des déchets.
- La loi n° 13-09 relative aux énergies renouvelables.
- La loi n° 22-10 relative à l'utilisation des sacs et sachets en plastique dégradable ou biodégradable.
- Loi n° 49.17 relative à l'évaluation environnementale.
- Décret n° 2.19.721 portant création du Comité national du changement climatique et de la biodiversité.

Aussi les lois des collectivités territoriales comme :

- Pour le conseil régional, la loi 111.14 oblige ce premier de créer une commission permanente chargée du développement économique, social, culturel et environnemental⁴⁵², comme on trouve aussi dans ces compétences partagées avec l'Etat comme stipule l'article 91 :
 - La prévention des inondations.
 - la préservation des ressources naturelles, de la diversité biologique et la lutte contre la pollution et la désertification.
 - la préservation des zones protégées.
 - la préservation des écosystèmes forestiers.
 - La préservation des ressources en eau.

Et on trouve aussi le domaine de l'environnement parmi les compétences transférées sur la base du principe de subsidiarité de l'Etat vers le conseil régional.

- Pour le conseil provincial, la loi 112.14 et contrairement à la loi précédente, il n'a pas donné d'importance à l'environnement, sauf l'article 26 qui oblige le conseil de créer une commission chargée respectivement d'examiner le développement rural et urbain, la promotion des investissements, l'eau, l'énergie et l'environnement.

⁴⁵² L'article 28 de ladite loi.

Comme on constate que le texte de cet article est un peu flou, et cela peut donner une vue sur deux visions contradictoires :

1^{ère} est que le conseil provincial n'a pas une responsabilité remarquable dans le domaine de l'environnement puisque l'article n'a pas bien définie les responsabilités et les interventions que le conseil doit prévoir pour la préservation et la durabilité de l'environnement comme c'est indiqué à l'article 91 cités dessus.

2^{ème} dans le cadre de la mise en œuvre du principe de coordination et complémentarité des efforts entre les différentes entités locales, on peut déduire que le conseil provincial lui aussi est responsable au même degré que le conseil régional, et ce qui renforce cette déduction les orientations du CNE pour créer des instances régionale et provincial comme des instances décentralisés et comme aussi un lieu de concertation avec la société civile où cette dernière peut participer et s'exprimer autour des contraintes et des occupations qui influencent de manière négative l'environnement locale .

- Pour le conseil communal est l'entité plus proche du citoyen, la loi 113.14 prévoit plusieurs compétences que soit partagées avec l'Etat, que soit autonomes. Dans le chapitre III réservé à la première catégorie, on trouve l'article 87 stipule que la commune exerce des compétences partagées avec l'Etat dans les domaines :

- ...
- la protection de l'environnement.
- ...

Ajoutant aussi que la loi 113.14 attribue au président du conseil communal des compétences dans le domaine de l'environnement et avec une grande responsabilité car l'article 100 de ladite loi annonce que le président du conseil de la commune exerce la police administrative, par voie d'arrêtés réglementaires et de mesures de police individuelles, portant autorisation, injonction ou interdiction, dans les domaines de l'hygiène, la salubrité, la tranquillité publique et la sûreté des passages, comme il organise et participe au contrôle des activités commerciales, artisanales et

industrielles non réglementées susceptibles de porter atteinte à l'hygiène, la salubrité, la sûreté des passages et la tranquillité publique ou néfastes pour l'environnement⁴⁵³, tandis que les présidents des conseils provincial et régional non aucune responsabilité comme celle-ci, ce qui peut être expliqué par une seule chose qu'est : les conseils communaux ont un rôle clé à jouer en tant qu'acteurs locaux responsables de la mise en œuvre des politiques et des projets environnementaux au niveau municipal, comme ils peuvent travailler en étroite collaboration avec les citoyens, les organisations environnementales locales et d'autres parties prenantes -de manière générale les composantes de la société civile- pour élaborer et mettre en œuvre des politiques environnementales efficaces.

2- La participation de la société civile dans le processus de prise de décision concernant l'environnement

Après cette simple analyse des différents textes législatifs qui cadrent l'intervention des différentes institutions de l'état et principalement le conseil régional, provincial et communal, et malgré que les lois organiques 111.14, 112.14 et 113.14 insistent sur la création des instances consultatives, en partenariat avec les acteurs de la société civile, mais aucune de ces instances concerne le développement durable et la protection de l'environnement, aussi on constate que aucun texte législatif oblige les conseil en dessus à faire participer les associations de la société civile dans activités qui concernent l'environnement, alors ce qui ce qui conduit à prendre des décisions unilatérales.

Devant cette situation, les associations de la société utilisent des moyens de pression pour avertir les conseils élus et/ou l'autorité gouvernementale nationale ou locale contre toute décision prise par ces derniers et qui peut causer des atteintes environnementales, afin que celles-ci prennent les mesures appropriées pour mettre fin aux déprédations environnementales, surtout si les agressions ne sont pas fondées sur un droit mais sont illégales, aussi dans le but d'obliger ces autorités à revoir

⁴⁵³ L'article 100, la loi 113.14.

leurs décisions et à retirer les permissions qui ont été accordées et qui ont causé des dommages. Toutefois, si les moyens de pression ne produisent pas les résultats escomptés pour mettre fin à ces violations, ces dernières peuvent recourir à la justice et exiger légalement que les déprédations environnementales soient stoppées.

Dans ce contexte on peut citer deux exemples :

❖ **Station des eaux usées à Biougra :**

En 2005, la station d'épuration des eaux usées a été créée dans la ville de Biougra, au Royaume, sous le nom de "Tagant Ougram". Elle traite les eaux usées provenant de diverses utilisations. Ce projet a été réalisé en partenariat avec la Banque allemande, le ministère de l'Intérieur et la municipalité de Biougra, pour un coût financier dépassant 40 millions de dirhams.

À l'extérieur de son territoire, et dans un endroit contraire à ce qui a été indiqué dans les études initiales, qui avait fixé son emplacement à 7 kilomètres en dehors de la ville de Biougra, cependant, lors de la mise en œuvre du projet, la station a été réalisée à seulement 1200 mètres du siège de la municipalité.

Bien que la station ait évité à la ville de nombreux dangers en raison de la dépendance antérieure de la population aux "décharges individuels" pour se débarrasser des eaux usées domestiques, elle est devenue un sujet de souffrance pour les quartiers voisins, car selon l'acteur associatif le projet a débuté par un ensemble de violations des droits et de l'environnement comme :

- Exclusion et marginalisation des résidents affectés lors de la réalisation de l'étude publique.
- Non-respect de l'étude de réalisation.
- Non-respect du cahier des charges.
- L'opération de la station de Biougra avec un système de filtration pour enrichir le lit de la nappe phréatique a entraîné la contamination de la nappe phréatique des puits voisins dont la population tire son eau potable, par des

bactéries intestinales telles que l'Escherichia coli, les coliformes, les entérocoques intestinaux et les spores.

- Les odeurs nauséabondes émanant des bassins, dont le rayon de diffusion atteint plus de 2 kilomètres surtout en été.
- Les piqûres de moustiques qui tourmentent la population tout au long de l'année.
- Les dommages causés aux biens et aux terres des résidents voisins de la station en raison des inondations d'eaux usées après le remplissage des bassins et des étangs à l'intérieur de la clôture de la station.
- L'absence d'entretien périodique de la station.
- La destruction des hectares d'arganiers voisins de la station.

❖ Station de décharge provinciale :

en 2011 six collectivités territoriales: commune de Biougra(5 délégués), Commune Ait Amira (4 délégués), Commune Sidi Bibi (3 délégués), Commune Oued Essafa (2 délégués), Commune Imi Mqourne (1 délégué) et Commune Sidi Bousehab (1 délégué) ont créé un groupement des collectivités comme personne morale sous le nom "ÉCOLOGIA" pour le suivi du projet concernant la réalisation d'une décharge provinciale de Chtouka Ait baha⁴⁵⁴ surveillée consiste en une unité de

⁴⁵⁴ Une superficie de 3523 km² avec une bande de littorale de 42 km, 22 communes dont 02 urbaines, avec une position stratégique sur l'axe routier Nord Sud du Royaume RN n°1 lui conférant une proximité du grand Agadir et de son importante infrastructure : port, aéroport, autoroute et voies expressives.

Son économie basée sur l'agriculture : secteur stratégique dominé par une agriculture intensive, irriguée avec une superficie globale : 201000 ha et une masse ouvrière plus de 70.000 personnes, Infrastructure hydroagricole moderne et très développée avec :

Production de tomates et d'agrumes de qualité supérieure ce qui la destine, essentiellement, à l'exportation vers les quatre coins du monde et elle représente environ 70% des exportations.

Bourse des primeurs la première du MAROC.

Un domaine forestier de 90175 ha dont 83330 ha d'arganiers.



traitement et de valorisation des déchets ménagers et assimilés à travers le recyclage et la revalorisation des matériaux ferreux, plastiques, verre et organiques (compostage), ainsi que la production d'électricité à partir de la valorisation du gaz méthane et cela avec un budget initial de valeur 1.130.000,00 Dhs.

Malgré ces avantages apportés par le projet, les associations de la société civile d'Idaougaran et Idaoubouzia ont signées une pétition de protestation contre le projet à cause de:

- L'exclusion des associations qui représente la communauté locale aux assises du dialogue et à la participation aux réunions lors de la planification et de la mise en œuvre du projet, notamment lors de la réalisation de l'étude d'impact environnemental.
- La décision du gouverneur sous le numéro 52/2017 concerne l'emplacement du site prévu pour accueillir le projet. Il est situé à proximité des villages-à moins d'un kilomètre- et il s'agit des terres agricoles fertiles adaptées à l'agriculture, des terres sablonneuses avec une grande perméabilité, ce qui signifie que les liquides de ces déchets ont tendance à s'écouler rapidement à travers le sol et l'infection de la nappe phréatique, cela à seulement 3 kilomètres de la région irriguée dans la plaine de Chtouka Ait Baha.

Et pour plus de pression sur les autorités locales, les associations des villages citez dessus ont organisé une manifestation à Casablanca à la place des Nations Unies le 25 novembre 2018 afin de condamner le silence et le méfiance des responsables face aux agressions répétées contre les biens naturel des habitants et s'opposer à la création de la décharge provincial au milieu de leurs hameaux et de leurs terres agricoles par le biais d'une procédure d'expropriation.

Aussi sous le titre « NON AU DECHARGE » les associations d'Idaougaran et Idaoubouzia ont organisé une rencontre de communication le 18 mars 2023 avec les résidents et diverses parties prenantes de la société civile pour énoncer le rejet de la

transformation de leurs terres agricoles en une décharge de déchets.

Pour les deux exemples, on constate que les associations de la société civile ne sont pas convoquées et impliquées lors de la mise en place du Programme d'Action de la Commune⁴⁵⁵ (PAC) pour le premier exemple, et lors de la mise en place du Programme de Développement Provincial⁴⁵⁶ (PDP) pour le deuxième, ce qui signifie que les associations de la société civile sont marginalisées lors des préparatifs de l'implantation des projets qui peuvent toucher de manière négative l'environnement et manque du droit de regard pour avis avant toute contractualisation, notant ici que l'institution marocaine de 2011 insiste beaucoup sur l'approche participative au cours de l'élaboration des politiques public soit au niveau national ou niveau local.

Dans un sens contradictoire, on trouve que ces associations sont demandées de se collaborer avec les conseils des élus pour effectués une tâche qui est une des principales responsabilités de ses derniers consistant à collecter des déchets ménagers. Dans ce sens on trouve des partenariats et des accords sont signés entres les associations de la société civile et les conseils des collectivités territoriales spécifiquement dans le milieu rural, ces derniers ont comme objectif que les associations reçoivent un aide financier annuel pour mission de mise en place les moyens logistique et humain afin de s'occuper de la collectes des déchets ménagers et assimilés.

⁴⁵⁵ Le PAC fait l'objet d'une programmation budgétaire pluriannuelle, ce qui permet à la commune de disposer d'une vision de développement à traduire à travers des actions concrètes réalisées sur une durée de 6 années.

Voir : <https://www.collectivites-territoriales.gov.ma/sites/default/files/pnct/2021-05/Guide%20PAC%20fr-.pdf>

⁴⁵⁶ Le PDP est une compétence propre de la préfecture ou de la province. Il est élaboré durant la 1re année du mandat du Conseil de la préfecture ou de la province. Il prévoit, pour une période de 6 ans, les actions de développement que la préfecture ou la province envisage de réaliser sur son territoire.

Voir : <https://collectivites-territoriales.gov.ma/sites/default/files/pnct/2022-02/Guide%20PDPP%20franc%CC%A7ais.pdf>

Pour nous on peut voir ces partenariats étant un moyen d'externalisation du service de traitement des déchets par les collectivités territoriales, sachant que le milieu rurale est caractérisé par une dispersion des agglomérations et des espacements entre les habitations ce qui rend la collecte plus difficile, comme on peut souligner que ses associations utilisent des moyens traditionnels pour le transport –des chariots tirés par des mules ou des tracteurs- comme ils se débarrassent de ces déchets avec une manière aléatoire on les déchargeant dans des décharges sauvages et non surveillées.

Ajoutant que l'accès à l'information de manière générale consiste un point de base pour former des arguments et construire une opinion à-propos d'un tel sujet, alors l'accès à l'information concernant l'environnement joue un rôle axiale lors la prise de décision, mais ce qu'on peut souligner dans ce sens que malgré la constitution marocain de 2011 notamment L'article 27⁴⁵⁷ donne le droit à l'information, toutefois la loi ait été élaborée en 2013, elle a été promulguée en 2018 et n'est entrée en vigueur qu'en 2020⁴⁵⁸, c'est-à-dire un retard de 7 ans, un retard qui peut s'expliquer par un gain du temps pour les autorités et en même temps un frein et obstacle devant les associations qui défendent leur droit à un environnement saint comme les cas situés dessus.

⁴⁵⁷ L'article 27 : « Les citoyennes et les citoyens ont le droit d'accéder à l'information détenue par l'administration publique, les institutions élues et les organismes investis d'une mission de service public.

...».

Voir : http://www.sgg.gov.ma/Portals/0/constitution/constitution_2011_Fr.pdf

⁴⁵⁸ On parle de la loi 31.13, publié au bulletin officiel : <https://www.oc.gov.ma/sites/default/files/loi%2031-13/1.%20BO%20Loi%2031.13%20en%20français.pdf>



L'ORGANISATION ADMINISTRATIVE MAROCAINE

Doctorante Chercheuse : JAY KORAICHI YOUSRA

Université Sidi Mohmed Ben Abdellah, FSJES-FES.MAROC.

yousrajay94@gmail.com

Résumé : Dans les Etats unitaires, tel que le cas du Maroc, l'organisation administrative vacille entre deux principes contradictoires : la centralisation et la décentralisation. L'antagonisme entre ces deux principes se manifeste de la manière suivante : un Etat centralisé n'accorde aucune reconnaissance juridique aux collectivités secondaires qui forment la collectivité nationale (l'Etat). Au contraire, un Etat décentralisé reconnaît, non seulement de facto mais aussi de jure, l'existence des collectivités secondaires (Régions, préfectures et provinces, communes) . Cette reconnaissance se traduit par l'attribution à celles-ci de la qualité de sujet de droit qui les rend capables pour remplir un rôle actif sur la scène juridique grâce à une autonomie générée par cette qualité qui leur permet de gérer, dans certaines conditions, leurs propres affaires.

Mots clés : l'organisation administrative, la centralisation, la déconcentration, la décentralisation, le contrôle.

Abstract : In unitary states, such as the case of Morocco, the administrative organization wavers between two contradictory principles: centralization and decentralization. The antagonism between these two principles manifests itself in the following way: a centralized State does not grant any legal recognition to the secondary communities which form the national community (the State). On the contrary, a decentralized State recognizes, not only de facto but also de jure, the existence of secondary communities (Regions, prefectures and provinces, municipalities). This recognition results in the attribution to them of the quality of subject of law which makes them capable of fulfilling an active role on the legal scene thanks to an autonomy generated by this quality which allows them to manage, under certain conditions, their own business.

Keywords: administrative organization, centralization, deconcentration, decentralization, control.



Introduction

Plusieurs formules de développement territorial peuvent être mobilisées. Leurs structures et leurs moyens diffèrent, en fonction des atouts économiques et des données politico-culturelles des Etats. Le professeur Rémy PRUD'HOMME remarque, dans ce sens, que « *la décentralisation sert des objectifs politiques au moins autant que des objectifs économiques. La décentralisation n'est pas seulement un moyen institutionnel à des fins économiques mais est une fin en soi, et/ou un moyen d'atteindre des fins politiques* »⁴⁵⁹.

La constitutionnalisation des diverses branches du droit ne cesse pas de progresser au rythme du développement de l'application et de l'interprétation de la Constitution par le juge constitutionnel, ainsi que sa mise en œuvre par les autorités politiques, administratives et juridictionnelles⁴⁶⁰.

Il en est ainsi pour le droit de la décentralisation et des collectivités territoriales. En effet, les Constitutions, notamment dans les Etats à organisation décentralisée, consacrent des règles et des principes applicables aux collectivités décentralisées⁴⁶¹.

Etant donné que les règles constitutionnelles sont établies principalement pour régler les bases organisationnelles de l'Etat et la fonction des organes étatiques⁴⁶², et que les collectivités décentralisées constituent des organes étatiques territoriaux, il est normal que l'organisation et le fonctionnement de ces dernières soient prévus par les Constitutions.

Au Maroc, les Constitutions qui se sont succédé ont toujours contenu des dispositions relatives à la décentralisation et aux collectivités locales. Néanmoins, la Constitution du 29 juillet

⁴⁵⁹ PRUD'HOMME Rémy, Décentralisation et développement, in Annuaire des collectivités locales. Tome 16, 1996, pp. 11 et 12.

⁴⁶⁰ André ROUX, Droit constitutionnel local, ECOOMICA, 1995, p 05.

⁴⁶¹ Jawad ABIBI, « Les collectivités territoriales à la lumière de la Constitution marocaine de 2011 », Master Droit, Economie, Gestion Mention Administration publique Spécialité Administration et finances publiques, Université de Strasbourg Ecole nationale d'administration, 2015, p.5.

⁴⁶² Panayotis POULIS, Droit constitutionnel et institutions helléniques, L'Harmattan 2008, p 83.



2011 se démarque de ses devancières par l'importance qu'elle a accordée à la décentralisation territoriale. En effet, elle consacre, pour la première fois, la décentralisation comme forme de l'organisation territoriale du Royaume⁴⁶³ et réserve tout un titre, composé de douze articles, aux collectivités territoriales.

Ainsi, le constituant de 2011 semble vouloir poser un nouveau régime juridique pour la décentralisation territoriale. L'objectif serait de repenser l'organisation de l'Etat et ses relations avec les acteurs territoriaux pour les impliquer davantage dans la résolution des problèmes locaux⁴⁶⁴.

Le 23 juillet 2015, les lois organiques relatives aux CT sont publiées au Bulletin officiel Marocain. Il s'agit de la loi organique 111-14⁴⁶⁵ relative aux régions, la loi organique 112-14⁴⁶⁶ concernant les préfectures et les provinces et la loi organique 113-14⁴⁶⁷ sur les communes.

Alors, L'organisation administrative au Maroc est loin d'être uniforme. La réalisation des tâches d'intérêt général est répartie entre l'Etat, expression de la collectivité nationale, les collectivités territoriales investies de la personnalité morale, chargées de gérer la chose publique locale.

Cependant, il existe, d'une part, une administration d'Etat, placée sous l'autorité directe du pouvoir exécutif, dont les institutions s'étendent sur l'ensemble du territoire national, d'autre part des administrations territoriales, qui interviennent au nom des personnes morales correspondantes, sous l'autorité des organes qui les représentent.

⁴⁶³ Article premier de la Constitution du 29 juillet 2011.

⁴⁶⁴ Ahmed BOUACHIK, La régionalisation avancée dans la Constitution de 2011, in REMALD n° 77/2012, p105.

⁴⁶⁵ Dahir n° 1.15.83 du 20 Ramadan 1436 (7 juin 2015) portant promulgation de la loi n° 111-14 relative aux régions, bulletin officielle n° 6380 du 6 chaoual 1436 (23 juillet 2015), p.6599.

⁴⁶⁶ Dahir n° 1.15.84 du 20 Ramadan 1436 (7 juin 2015) portant promulgation de la loi n° 112-14 relative aux préfectures et provinces, bulletin officielle n° 6380 du 6 chaoual 1436 (23 juillet 2015), p.6625.

⁴⁶⁷ Dahir n° 1.15.85 du 20 Ramadan 1436 (7 juin 2015) portant promulgation de la loi n° 113-14 relative aux communes, bulletin officielle n° 6380 du 6 chaoual 1436 (23 juillet 2015), p.6660.

Dans cet ordre d'idées, la problématique essentielle de ce thème et la suivante :

Quels sont les principes de l'organisation administrative au MAROC ?

Dans ce sens, l'importance de ce thème permettra de relever deux principes à savoir il s'agit principalement de la centralisation et la décentralisation plus ses mécanismes de contrôle.

Sous-section 1 : Les principes généraux de l'organisation administrative

Nous traiterons, dans un premier temps, les principes fondamentaux de l'organisation administrative et nous nous attellerons, dans un second temps, à vérifier les mécanismes de contrôle dans le régime de déconcentration et celui de décentralisation.

§1. LA CENTRALISATION

On la définit habituellement selon deux aspects : le premier a trait à la relation de la centralisation avec les collectivités territoriales ; le second est lié à une technique d'organisation et d'aménagement de l'administration d'Etat⁴⁶⁸.

A.LA CENTRALISATION APPLIQUEE AUX COLLECTIVITES TERRITORIALES :

La centralisation, dans son acception la plus rigide (dite également concentration), ne reconnaît aux collectivités secondaires aucune existence juridique ; l'Etat, seule personne publique pour toute la collectivité nationale, assume unilatéralement, sur son budget, par ses agents, la satisfaction de toutes les exigences d'intérêt public.

En pratique, la centralisation excessive a démontré ses limites puisque n'importe quel territoire national est loin d'être homogène. Historiquement, chaque région, ou chaque commune...dispose d'un certain nombre de spécificités qui la

⁴⁶⁸ Michel ROUSSET et Jean GARAGNON, Droit administratif marocain, 6ème édition, Editions La Porte, 2003, p.32.

distinguent dès ses paires. Des particularités d'ordre sociologique, géographique, linguistique, coutumier...⁴⁶⁹

B. LA CENTRALISATION, UNE TECHNIQUE D'ORGANISATION DE L'ADMINISTRATION D'ETAT

Dans la centralisation, l'Etat est la seule personne juridique compétente pour satisfaire les besoins de l'intérêt général⁴⁷⁰ ; les collectivités secondaires (circonscriptions administratives ou échelons subordonnés) forment un découpage administratif sans vie juridique propre⁴⁷¹. Dans ce système, le pouvoir de décision au monopolisé au niveau du sommet de la hiérarchie. Ainsi, par la centralisation, une volonté unique, partant du centre de l'Etat (la capitale), se transmet jusqu'aux confins du pays. Mais la centralisation a été atténuée, en pratique, par la déconcentration.

C.LA DECONCENTRATION, UNE VARIANTE DE LA CENTRALISATION

On appelle déconcentration ce transfert, à un agent local de l'Etat, d'un pouvoir (central) de décision exercé habituellement par le chef suprême de la hiérarchie (normalement un ministre) ; mais sur place, et non depuis la capitale (le centre)⁴⁷². Mais l'esprit même de la centralisation n'est pas remis en cause : les agents locaux demeurent en effet assujettis au pouvoir hiérarchique du pouvoir central, lequel dispose à leur égard d'influents moyens ; pouvoir d'instruction permettant d'uniformiser et d'ajuster leur action ; pouvoir de réformation (modification) des décisions considérées inopportunes ou aux antidotes de la vision de l'« autorité centrale ; pouvoir de substitution permettant au pouvoir central d'intervenir directement⁴⁷³.

La centralisation fait l'objet de critiques virulentes. Même sous sa facette déconcentrée, elle se révèle comme un modèle d'administration arbitraire et réducteur. Tous les administrés sont

⁴⁶⁹ Michel ROUSSET et Jean GARAGNON, op.cit. p.34.

⁴⁷⁰ Abdallah HARSİ, L'organisation administrative, Publié avec le concours du CMIESI, 2011, p.44.

⁴⁷¹ Ibid.,p.44

⁴⁷² Cette pratique est bien illustrée par la formule célèbre d'Odilon BARROT : « C'est le même marteau qui frappe, mais on en a raccourci le manche ».

⁴⁷³ M. ROUSSET et J. GARAGNON, op.cit, pp.33-34.

soumis à la seule source d'autorité de l'administration de l'Etat, qui ne tient pas compte d'aucune approche participative des citoyens.

§ 2. LA DECENTRALISATION

Elle se traduit par le transfert d'attributions de l'Etat à des institutions juridiquement distinctes de lui et jouissant, sous le contrôle de l'Etat, d'une autonomie de gestion ⁴⁷⁴. En d'autres termes, « décentraliser c'est reconnaître l'existence juridique des collectivités secondaires qui, dotées de la personnalité juridique, ont vocation à gérer leurs propres intérêts par l'intermédiaire d'organes issus d'elles-mêmes⁴⁷⁵ » .

Il est usuel de distinguer deux formes de la décentralisation : celle s'appliquant aux collectivités territoriales et celle qui intéresse les établissements publics. Néanmoins, cette distinction n'est pas nette. En fait, la décentralisation territoriale et la décentralisation technique (dite aussi « fonctionnelle » ou « par services ») peuvent certainement se détacher, comme elles peuvent aussi se rapprocher.

A. LA DECENTRALISATION TERRITORIALE

Loin d'être uniquement une simple technique d'administration, la décentralisation territoriale a une signification politique qui se manifeste à deux égards :

1) D'abord, considérer les collectivités locales, notamment les communes et régions, comme des collectivités décentralisées est un gage pour enraciner la démocratie locale. Celle-ci ne prétend pas à une démocratie complète puisque l'Etat unitaire s'y oppose : c'est uniquement sur le plan administratif que les habitants de ces collectivités sont appelés à gérer leurs affaires, par l'intermédiaire de leurs représentants élus. Une décentralisation réelle est la résultante d'un processus électif.

2) Ensuite, consolider l'expérience de la démocratie locale renforcera certainement une démocratie politique. Toutes les

⁴⁷⁴ René CHAPUS, Droit administratif général, Tome 1, 15ème édition, Paris, Montchrestien, 2001, p.403.

⁴⁷⁵ M. ROUSSET et J. GARAGNON, op.cit, p.34.



deux sont rapprochées par un lien naturel⁴⁷⁶. Dans ce sens, le Doyen Maurice HAURIUO note que : « Les raisons (...) de la décentralisation territoriale ne sont point d'ordre administratif, mais bien d'ordre constitutionnel. S'il ne s'agissait que du point de vue administratif, la centralisation assurerait au pays une administration plus habile, plus impartiale, plus intègre et plus économe que la décentralisation. Mais les pays modernes n'ont pas besoin seulement d'une bonne administration, ils ont besoin aussi de liberté politique⁴⁷⁷ ».

B. LA DECENTRALISATION TECHNIQUE

Appelée également « décentralisation fonctionnelle » ou « décentralisation par services », elle se réfère à cette action entreprise par l'Etat pour créer certains services individualisés par leur objet et leur structure tout en leur accordant la personnalité morale, c'est-à-dire des services dotés de l'autonomie financière et administrative, mais soumis au contrôle administratif. Au Maroc, la décentralisation technique se matérialise par la création d' « Etablissements publics ».

Aux termes de l'article 71 de la Constitution de 2011 : « Sont du domaine de la loi, outre les matières qui lui sont expressément dévolues par d'autres articles de la Constitution :

- (...)
- la création des établissements publics et de toute autre personne morale de droit public;
- (...).

De son côté l'article 133 de la loi organique n°113.14 relative aux communes dispose : « Il peut être constitué entre des communes liées territorialement, à leur initiative, des « établissements de coopération intercommunale », dotés de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Ces établissements sont créés en vertu de conventions approuvées par les conseils des communes concernées. Sont fixés dans ces

⁴⁷⁶ Maurice HAURIUO, Précis de droit administratif et de droit public, 12ème édition de 1933, Sirey, rééditée par Dalloz en 2002, p.86.

⁴⁷⁷ Serge REGOURD, « De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie. Genèse d'une problématique », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (RDP), n°4, 1990, p.961.

conventions, l'objet de l'établissement, sa dénomination, son siège, la nature ou le montant des apports et la durée de l'établissement. La création d'un établissement de coopération ou l'adhésion d'une commune audit établissement est déclarée par arrêté de l'autorité gouvernementale chargée de l'intérieur au vu des délibérations concordantes des conseils des communes concernées. Une ou plusieurs communes peuvent être admises à adhérer à l'établissement de coopération intercommunale au vu des délibérations concordantes des conseils constituant, l'établissement et du conseil de l'établissement et en vertu d'un avenant à la convention ».

D'une lecture sereine de cet article, on relève la différence entre les règles régissant les établissements publics, qui font partie de la décentralisation technique, et les établissements de coopération intercommunale, considérés comme une compétence des collectivités territoriales, qui font l'objet de la décentralisation territoriale. Cette distinction s'opère sur plusieurs niveaux :

- La création des établissements publics, qui rentrent dans le cadre de la décentralisation technique, est l'œuvre du pouvoir législatif (Parlement). Par contre, la création des établissements de coopération intercommunale (décentralisation territoriale) se fait par le biais des procédés mentionnés dans l'article 133 de la loi organique n° 113-14 ;
- Les établissements publics ainsi que les établissements de coopération intercommunale disposent de la personnalité morale ;
- Le domaine d'action des établissements publics est déterminé par les lois qui les ont créés, alors que celui (domaine d'action) des établissements de coopération intercommunale est fixé par les délibérations des conseils des communes concernées.

Sous-section 2 : Les mécanismes de contrôle en régime de déconcentration et en régime de décentralisation

La centralisation, y compris sa variante la déconcentration, et la décentralisation supposent l'une et l'autre un certain contrôle

pratiqué par les autorités supérieures sur les activités administratives subordonnées, mais les configurations et les modalités de ce contrôle, divergentes dans l'une et dans l'autre, concluent à caractériser les deux régimes. A la centralisation correspond le contrôle hiérarchique, à la décentralisation le contrôle de tutelle . Mais ces derniers temps, on a tendance à renoncer à l'emploi du terme « tutelle administrative⁴⁷⁸ ».

Le Maroc, s'inscrivant dans un processus de décentralisation graduelle, a abandonné très récemment l'emploi du terme « tutelle administrative » pour le remplacer par le « contrôle administratif » et un autre concept développé « le principe de libre administration⁴⁷⁹ ».

§ 1. DECONCENTRATION ET CONTROLE HIERARCHIQUE

Dans une administration centralisée, la personne qui occupe une place supérieure sur l'échelle hiérarchique dispose, à l'égard des actes des personnes subordonnées, des pouvoirs très larges ; il peut les orienter par des instructions, ou les formuler comme des ordres, et sous certaines conditions bien déterminées, il peut les réformer ou, voire même, les annuler, non seulement pour des motifs d'illégalités de ses actes, mais également lorsqu'il conclut qu'ils sont inopportuns. Ces pouvoirs à caractère hiérarchique, le supérieur les détient de plein droit, sans qu'un texte soit indispensable pour les lui accorder ; ils sont inhérents à sa qualité de supérieur, et à la place qu'il occupe dans la hiérarchie administrative. Ce faisant, une autorité déconcentrée subit le même sort et, par voie de conséquence, une autorité subordonnée demeure soumise au supérieur, c'est que l'on appelle : « le pouvoir hiérarchique ».

A. LA SIGNIFICATION DU POUVOIR HIERARCHIQUE

Dépassant largement le domaine propre de la centralisation avec sa variante la déconcentration, le pouvoir hiérarchique se trouve

⁴⁷⁸ George VEDEL et Pierre DELVOLLE, Droit administratif, 10ème édition, Paris, PUF, 1988, p.852

⁴⁷⁹ Abdelali BOUZOUBAË, « l'organisation administrative », université sidi mohamed benabdellah , FES, 2020/2021, p.10.

au sein de toute forme d'organisation humaine (famille, entreprise, parti politique, syndicat...) où des personnes physiques sont assujetties à d'autres personnes physiques⁴⁸⁰.

Sur le plan du droit administratif, ce pouvoir génère des conséquences :

- D'abord, un supérieur hiérarchique n'a pas besoin d'un texte spécial pour assujettir un agent subalterne au pouvoir hiérarchique. Ce dernier s'exerce de plein droit par l'autorité supérieure;
- Ensuite, le supérieur hiérarchique peut recourir à ce pouvoir « sans cause déterminée », il peut en user indifféremment pour des raisons de légalité ou pour des raisons d'opportunité. Mais ceci ne signifie nullement qu'il soit sans restriction ;
- Enfin, le contrôle hiérarchique s'exerce spontanément par l'autorité supérieure, comme il peut s'exercer sur demande appropriée de tout intéressé, c'est-à-dire, en conséquence de l'exercice d'un recours hiérarchique qui a pour finalité de dessaisir l'autorité subordonnée.

B. LES COMPOSANTES DU POUVOIR HIERARCHIQUE

Le pouvoir hiérarchique permet à l'autorité supérieure d'intervenir à l'égard des attitudes de ses subordonnés en usant des mesures qui se ramènent au nombre de trois :

- Le pouvoir d'instruction qui se traduit par la formulation d'ordres de services et circulaires expliquant ce que doit être le comportement de leurs destinataires (les autorités subordonnées). Celles-ci sont obligé d'obéir, sous peine de faire l'objet de poursuites disciplinaires ;
- Le pouvoir d'annulation qui permet au supérieur hiérarchique d'abroger les décisions prises par les

⁴⁸⁰ Abdelali BOUZOUBAË, op.cit,p.11.

subordonnés : cette annulation a, en principe, un effet rétroactif.

- Le pouvoir de réformation par lequel le supérieur hiérarchique remplace la décision du subordonné par une autre décision différente prise par le supérieur. Contrairement à l'annulation, la réformation n'a pas d'effet rétroactif⁴⁸¹.

§. 2 LA DECENTRALISATION ET LE CONTRÔLE ADMINISTRATIF

Au Maroc, le contrôle administratif (appelé jadis tutelle administrative) tire son fondement de la Constitution, notamment dans son article 89 qui dispose : « Le gouvernement exerce le pouvoir exécutif. Sous l'autorité du Chef du Gouvernement, le gouvernement met en œuvre son programme gouvernemental, assure l'exécution des lois, dispose de l'administration et supervise l'action des entreprises et établissements publics ». Egalement, le Constituant marocain de 2011 estime dans l'article 136 que : « L'organisation territoriale du Royaume repose sur les principes de libre administration, de coopération et de solidarité. Elle assure la participation des populations concernées à la gestion de leurs affaires et favorise leur contribution au développement humain intégré et durable ». Et d'ajouter dans l'article 145 : « Dans les collectivités territoriales, les walis de régions et les gouverneurs de provinces et préfectures représentent le pouvoir central. Au nom du gouvernement, ils assurent l'application des lois, mettent en œuvre les règlements et les décisions gouvernementales et exercent le contrôle administratif. Les walis et gouverneurs assistent les présidents des collectivités territoriales et notamment les présidents des Conseils régionaux dans la mise en œuvre des plans et des programmes de développement. Sous l'autorité des ministres concernés, ils coordonnent les activités des services déconcentrés de l'administration centrale et veillent à leur bon fonctionnement ».⁴⁸²

⁴⁸¹ R. CHAPUS, op.cit, p.396.

⁴⁸² Articles, 89,136,145 de la constitution marocaine de 2011.



Habituellement, on distingue deux types de contrôle administratif exercé sur les collectivités décentralisées : le contrôle de légalité (A) et le contrôle d'opportunité (B).

A. LE CONTRÔLE DE LEGALITE

Ce contrôle a comme assise l'article 6 de la Constitution qui dispose : « La loi est l'expression suprême de la volonté de la nation. Tous, personnes physiques ou morales, y compris les pouvoirs publics, sont égaux devant elle et tenus de s'y soumettre. Les pouvoirs publics œuvrent à la création des conditions permettant de généraliser l'effectivité de la liberté et de l'égalité des citoyennes et des citoyens, ainsi que de leur participation à la vie politique, économique, culturelle et sociale. Sont affirmés les principes de constitutionnalité, de hiérarchie et d'obligation de publicité des normes juridiques. La loi ne peut avoir d'effet rétroactif ». A partir de cette disposition constitutionnelle, on déduit que tous les comportements de l'administration devront être conformes avec les lois en vigueur⁴⁸³.

A cet égard, le contrôle de légalité s'applique à tous les actes administratifs ainsi qu'à l'activité (ou l'action) administrative. En d'autres termes, ces actes et activités doivent impérativement respecter les lois.

B. LE CONTRÔLE D'OPPORTUNITE

Ce contrôle sous-tend que les actes juridiques de la collectivité décentralisée ne pourront être mis à exécution que s'ils reçoivent l'approbation de l'autorité centrale. Cet attribut du contrôle administratif peut être expliqué comme une forme d'un veto plausible dont dispose l'autorité centralisée sur l'exécution de certains actes par l'autorité décentralisée.

Il est vrai que le contrôle d'opportunité est considéré comme une tutelle maintenue sur les collectivités territoriales mais il demeure un outil nécessaire dans les régimes décentralisés.

Conclusion

Le Constituant de 2011 donne un nouveau sens aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales pour passer des

⁴⁸³ Abdallah HARSI, op.cit, p.45.

rappports verticaux d'autorité qu'implique la notion de tutelle à des rapports de coopération, de concertation et de convergence. Ces collectivités ne sont pas des simples entités administratives soumises à la tutelle de l'Etat, elles sont des partenaires potentiels de celui-ci. Elles sont appelées à jouer un rôle primordial en matière d'administration territoriale et de gestion des affaires locales. En parallèle, l'Etat est tenu de leur accorder les moyens appropriés pour accomplir leurs missions. C'est dans cet objectif que la Constitution inscrit, dans son article 141, le principe de l'équivalence des ressources et des compétences qui impose à l'Etat d'accompagner tout transfert de compétences vers les collectivités territoriales d'un transfert des ressources correspondantes.

La décentralisation territoriale n'est donc pas synonyme de l'abandon des prérogatives de l'Etat. Il s'agit plutôt d'un usage de celles-ci, d'une manière raisonnée et adaptée à l'émergence d'une démocratie locale et aux exigences de la bonne gouvernance territoriale. Elle implique l'obligation pour l'Etat non seulement de transférer un ensemble de compétences aux collectivités territoriales, mais aussi d'assurer le suivi et le contrôle de leur exercice.

Cependant, la Constitution de 2011 a eu le mérite de mettre en exergue le pouvoir réglementaire local, ce qui va permettre d'en renforcer l'étendue au fur et à mesure que seront effectués les partages et transferts de compétences en application des dispositions de l'article 140. Cette inscription constitutionnelle lui confère une base solide et une protection assurée par le juge constitutionnel.

La modernisation du dispositif juridique ne peut être bénéfique que si elle est consolidée par un environnement organisationnel dans lequel les missions dévolues aux acteurs du développement territorial sont proportionnelles à leurs attributions juridiques et à leurs capacités financières. L'enjeu de fructification de la décentralisation territoriale n'est pas fatidiquement de nature « exclusivement » juridique. D'autres formules de réforme et d'optimisation se rapportent à la délimitation pragmatique de

l'étendue juridico-financière des pouvoirs qu'il faudrait déconcentrer et/ou décentraliser.

Bibliographie

➤ Les ouvrages

- PRUD'HOMME Rémy, *Décentralisation et développement*, in Annuaire des collectivités locales. Tome 16, 1996.
- André ROUX, Droit constitutionnel local, ECOOMICA, 1995.
- Panayotis POULIS, Droit constitutionnel et institutions helléniques, L'Harmattan 2008.
- Michel ROUSSET et Jean GARAGNON, Droit administratif marocain, 6ème édition, Editions La Porte, 2003.
- Abdallah HARSI, L'organisation administrative, Publié avec le concours du CMIESI.2011.
- Abdelali BOUZOUBAË, « l'organisation administrative », université sidi mohamed benabdellah , FES, 2020/2021.

➤ Mémoires

- Jawad ABIBI, « Les collectivités territoriales à la lumière de la Constitution marocaine de 2011 », Master Droit, Economie, Gestion Mention Administration publique Spécialité Administration et finances publiques, Université de Strasbourg Ecole nationale d'administration,2015.

➤ Les articles

- René CHAPUS, Droit administratif général, Tome 1, 15ème édition, Paris, Montchrestien, 2001.
- Maurice HAURIOU, Précis de droit administratif et de droit public, 12ème édition de 1933, Sirey, rééditée par Dalloz en 2002.
- Ahmed BOUACHIK, La régionalisation avancée dans la Constitution de 2011, in REMALD n° 77/2012.
- Serge REGOURD, « De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie. Genèse d'une problématique », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (RDP), n°4, 1990.
- George VEDEL et Pierre DELVOLVE, Droit administratif, 10ème édition, Paris, PUF, 1988.

➤ Les textes juridiques



- Dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011) portant promulgation du texte de la constitution, bulletin officiel n° 5964 du chaabane 1432. P.1789.
- Dahir n° 1-15-83 du 20 ramadan 1432 (7 juillet 2015) portant promulgation de la loi n° 111-14 relative aux régions B.O n° 6380 en date du 23/07/2015. p.6599.
- Dahir n° 1-15-84 du 20 ramadan 1432(7 juillet 2015) portant promulgation de la loi n° 112-14 relative aux préfectures et provinces B.O n° 6380 en date du 23/07/2015. p.6625.
- Dahir n° 1-15-85 du 20 ramadan 1432(7 juillet 2015) portant promulgation de la loi n° 113-14 relative aux communes B.O n° 6380 en date du 23/07/2015. p.6660.

bibliographie

- La constitution marocaine de 2011.
- la loi organique n° 128-12 relative au Conseil économique, social et environnemental.
- Décret n°2-93-1011 du 18 Chabane 1415 (20 Janvier 1995) relatif à la réorganisation des organismes chargés de la protection et de l'amélioration de l'environnement.
- Loi organique relative aux régions 2016 : 111-14
- Loi organique relative aux préfectures et provinces 2016 : 112-14
- Loi organique relative aux communes 2016 : 113-14
- la loi 31.13 relative au droit d'accès à l'information.
- Brundtland, Rapport Notre avenir à tous, 1987.
- Plan d'action de la commune Guide méthodologique, Direction Générale des Collectivités Locales, édition 2019.
- Programme de développement de la préfecture ou de la province Guide méthodologique, Direction Générale des Collectivités Locales, édition 2022.
- Convention sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée intitulée : « La convention de Barcelone ».

Le droit international relatif aux droits de l'homme et la protection de l'être humain : réalité et perspective

Dr . Karima BAKRI

Université Cadi Ayyad, Marrakech

Karima0666@gmail.com

Résumé :

Le droit international relatif aux droits de l'homme dont la mission est la sauvegarde de la dignité de l'être humain s'applique en tout temps et toutes circonstances hormis certaines de ses règles qui peuvent faire l'objet de dérogation ou de limitation lorsque la situation l'exige c.-à-d. des droits et libertés sont codifiées et des procédures et des mécanismes internationaux pour en assurer le contrôle et le respect sont implantés. A travers une approche juridique, le présent papier tente de savoir dans quelle mesure le Droit international relatif aux droits de l'homme assure une protection effective et équitable aux êtres humains ? L'objectif est de relever les lacunes en la matière et en proposer des recommandations pour y remédier.

Mots clés : Droit international relatif aux droits de l'homme, Protection, Etre humain. Droits et libertés individuelles,

ملخص:

إن القانون الدولي لحقوق الإنسان الذي يطبق في جميع الأوقات و الظروف باستثناء بعض القواعد التي قد تكون عرضة للتقييد في بعض الحالات يهدف الى حماية كرامة الأفراد عن طريق ضمان الحقوق والحريات وخلق اليات وإجراءات دولية لمراقبة تنفيذها . من خلال مقارنة قانونية تهدف هذه المقالة لمعرفة إلى أي مدى القانون الدولي لحقوق الإنسان يضمن حماية فعالة وعادلة للبشر؟ والهدف هو تحديد الثغرات في هذا المجال واقتراح توصيات لمعالجتها.

الكلمات المفتاحية: القانون الدولي لحقوق الإنسان، الحماية، الإنسان

Introduction

Nul ne peut contester que le Droit international classique se souciait plus de la protection de l'intégrité territoriale des Etats souverains que de la protection de l'intégrité physique et morale des individus composant ces États⁴⁸⁴. Ce sont les massacres commis lors de la deuxième guerre mondiale qui ont poussé la communauté juridique internationale à accorder aux individus une protection contre leurs propre Etat vue que la protection strictement nationale n'a pas pu empêcher les dérives majeures et les violations massives des droits de l'homme.

Ainsi, la communauté internationale, consciente de la nécessité de limiter la souveraineté des Etats à travers la reconnaissance à l'échelon supra-étatique des droits élémentaires à l'individu et d'implanter des procédures et des mécanismes internationaux pour en assurer le respect, s'est mis d'accord pour la codification des droits qui sont inhérentes à la personne humaine par le simple fait de son appartenance à l'espèce humaine et qui s'imposent à tous les Etats : après la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, deux Pactes internationaux ont vu le jour : le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques communément appelé Pacte II et le Pacte International relatif aux Droits Économiques, Sociaux et Culturels (Pacte I), répondant respectivement aux idéologies dominantes à l'époque à savoir le libéralisme et le communisme. Ces trois instruments forment ce qu'on nomme la Charte internationale des droits de l'homme qui constitue la pierre angulaire, voir la trame du Droit Internationale relatif aux Droits de l'Homme (ci-après DIDH)⁴⁸⁵.

Depuis une panoplie d'instruments juridiques de différentes caractères et nature ont vu le jour en la matière (régional ou international, général ou spécifique, contraignant ou facultatif). Parallèlement des mécanismes assurant leurs mises en

⁴⁸⁴COMPAGNA Norbert, La souveraineté: de ses limites et ses juges, éd. PUL, Québec, Collection Diké, 2008, p. 11

⁴⁸⁵BAKRI Karima, La protection de l'individu dans les situations de troubles et tensions internes au regard du droit international, Université Cadi Ayyad, FSJES Marrakech, 2023, p. 70

œuvre ont été créés, leur objectif commun est la protection de l'être humain.

En fait, l'objectif de ce papier est de montrer que malgré l'évolution constatée en matière de protection des êtres humains par le Droit international relatif aux droits de l'homme, sa mise en œuvre est loin de traduire tel avancement.

Avant de le faire et afin de mieux saisir notre sujet, il nous appartient d'abord de définir : le Droit International relatif aux droits de l'homme, la protection, et le terme équitable.

Le Droit International relatif aux droits de l'homme :

Il s'agit d'un « ensemble de règles internationales d'origine conventionnelle ou coutumière, sur la base desquelles les individus ou les groupes peuvent escompter et/ou exiger un certain comportement ou certains avantages de la part des États. Les droits de l'homme sont des droits inhérents à chaque individu, en tant qu'être humain »⁴⁸⁶. Cette branche du Droit International Public a pour but la protection de l'être humain.

Équitable : le terme renvoie à ce qui est conforme à l'équité, notamment à ce qui est conforme en soit au sentiment de justice, sans arbitraire et sans discrimination, à ce qui correspond à une justice distributive à l'échelle collective⁴⁸⁷.

En fait, le terme équité, au sens général, signifie l'application de la justice dans un cas d'espèce. Il renvoie également à un système de référence ou guide pour l'application du droit soit qu'on y voit une qualité du droit ou qu'on admette l'existence du droit afin qu'il ne produise pas des résultats absurdes ou déraisonnables soit qu'on évoque l'existence de règles coutumières ou conventionnelles qui se réfèrent à des principes équitables de règles coutumières ou conventionnelles⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶CICR (éd), Droit international humanitaire et droit international des droits de l'homme : Similitudes et différences, 2/2023, p. 1, in <http://international-review.icrc.org/fr>, consulté le 14 octobre 2023 à 22h

⁴⁸⁷SALMON Jean (dir.), Dictionnaire de droit international public, éd. Bruylant/AUF, Bruxelles, 2001, p. 441

⁴⁸⁸ SALMON (Jean) (dir.), Dictionnaire de droit international public, Ob .cit. pp, 441- 442

Protection : sens générale : action de prendre soin des intérêts d'une personne ou d'une institution. Cette protection adopte des formes et revêt des aspects distincts selon la personne ou l'objet protégé ainsi que selon les modes de protection⁴⁸⁹. Pour la protection des droits de l'homme, il s'agit de l'ensemble des mesures destinées à assurer le respect réel et effectif des droits de l'homme, par des garanties politiques ou juridiques notamment en assurant les voies de recours efficaces en cas de violation sur le plan interne comme sur le plan international⁴⁹⁰.

1- Problématique de recherche :

Dans ce travail de recherche, il sera question de savoir dans quelle mesure le droit international relatif aux droits de l'homme assure une protection effective et équitable aux êtres humains ?

2- Méthodologie de recherche :

Cette recherche de nature documentaire à travers une approche juridique vise à analyser les différentes dimensions de la question de la protection des êtres humains au regard du Droit International relatif aux Droits de l'Homme tout en se servant de l'analyse comparative comme outil pour évaluer les lacunes en la matière.

3- Pertinence du sujet :

La pertinence de cette recherche réside dans l'importance croissant des appels au respect des droits de l'homme dans le monde entier de manière équitable, et la multiplication également des appels qui insiste sur la réforme des organismes contrôlant et surveillant leurs mise en œuvre.

4- Structure de l'article :

Le présent article est structuré en deux parties : dans la première partie il sera question d'analyser la question de la protection des individus par le droit international relatif aux droits de l'homme, pour relever dans la deuxième partie les failles de cette protection afin de les surmonter.

⁴⁸⁹ Ibid, p. 899

⁴⁹⁰ Ibidem, pp. 901- 902

I- Une protection équitable des individus par le droit international relatif aux droits de l'homme

Le Droit International relatif aux Droits de l'Homme entant qu'une branche du Droit International Public ayant pour mission la protection de la personne humaine s'applique, sauf exception, en tout temps et toute circonstance et à tous les êtres humains (A) et il est mise en œuvre par des organes nationaux, régionaux (politiques et juridictionnelles) et internationaux (politiques, quasi-juridictionnelles et juridictionnelles) (B).

A- Des règles applicables en tout temps et toutes circonstances

A la différence du Droit International Humanitaire conventionnel qui ne s'applique qu'en période de conflit armé et comprend de nombreux seuils d'applicabilité et protège l'individu non pas en tant que tel mais en tant que partie d'une catégorie bien déterminée de personne combattant pour ou appartenant à la Partie adverse (les quatre Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels utilisent l'expression personne protégée de la violence de l'ennemi plutôt que celle de personne protégée), les dispositions du droit international relatif aux droits de l'homme sont applicables en temps de paix comme en temps de guerre. En d'autre terme, les règles du DIDH sont toujours applicables bien que certaines d'entre elles peuvent être légitimement circonscrites lorsque la situation l'exige et elles concernent tous les individus du seul fait de leurs qualités d'être humain et ceux même lorsque certains instruments définissent et protègent des droits spécifiques au bénéfice de catégorie déterminante de personne (On peut noter à titre d'exemple : les enfants, les Femmes, les minorités, les migrants...Ce qui permet de distinguer les droits individuels des droits collectifs, de même, des régimes de faveur ont été créés : pour les apatrides, les réfugiés, les fonctionnaires internationaux). D'autant plus que le principe de la réciprocité, acte condition de la mise en application des Conventions en vertu du droit de traité (notamment la convention de Vienne de 1969), ne leurs y sont pas applicables.

En effet, le DIDH garantit à l'individu des droits dont il peut faire valoir en cas de violation et lui impose des obligations dont la violation engage sa responsabilité. Ainsi, l'analyse de 3 instruments (l'un international et deux de portée régionale) a fait ressortir que la Convention Américaine des Droits de l'Homme consacre le plus grande nombre des droits intangibles soit douze droits, suivi du Pacte International des Droits Civils et Politiques avec sept droits indérogeables et en dernier lieu la Convention Européenne des Droits de l'Homme (quatre droits indérogeables).

En fait, 4 droits font l'unanimité quant à leurs caractères intangibles à savoir : le droit à la vie, l'interdiction de la torture, l'interdiction de l'esclavage et certaines garanties judiciaires. A ce titre, la Cour internationale de justice dans l'affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran a identifié dans le droit international coutumier quatre droits insusceptibles de dérogation : le droit de ne pas être tenu en esclavage, le droit à la non-discrimination raciale, le droit de ne pas être privé « abusivement » de sa liberté et le droit de ne pas être soumis à un traitement inhumain en cas de privation de liberté⁴⁹¹.

Dès lors, une certaine équité est accordée aux individus abstraction faite de leurs appartenances, leurs religions, leurs races, leurs couleurs..... La question qui se pose alors est celle de savoir si le processus de la mise en œuvre de l'arsenal juridique protecteur de l'être humain permet de garantir une protection équitable des individus ?

B- Les garanties d'une mise en œuvre équitable des droits des individus

Afin d'encourager les Etats à appliquer les dispositions des traités, des Conventions..., et des Pactes relatifs aux droits de l'homme auxquels ils font Parties, le système des Nations Unies prévoit non seulement l'examen de rapports périodiques

⁴⁹¹ CIJ, Aff. du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, Arrêt du 24 mai 1980, recueil 1980, p. 43, para. 91.

soumis par les Etats membres des Nations Unies aux organes de contrôles mais prévoit également la possibilité pour les individus de déposer des communications ou pétitions individuelles en cas de violation de leurs droits par l'Etat.

Ces Comités sont amenés à examiner lesdites plaintes du moment où les Etats ont ratifié les traités ou les Protocoles facultatifs les instituant ou encore s'ils ont reconnu par déclaration la compétence de ces comités à connaître les recours individuels nous citons à titre d'exemple le Comité des droits de l'homme instauré (Protocole facultatif au Pacte II), le Comité contre la discrimination raciale (l'article 22 de la Convention de l'ONU portant le même nom) et le Comité contre la Torture (l'article 12 de la Convention de l'ONU contre la torture. De plus, d'autres mécanismes, procédures et moyens ont été instaurés afin de promouvoir le respect des droits de l'homme nous citons notamment, le Conseil des droits de l'homme, les groupes de travail, les fondations et fonds d'affectation spéciale, les mesures spécifiques et d'autres....

Des lors, lesdites garanties sont mise à la disposition de tous les Etats de façon à ce que ces derniers puissent y utiliser théoriquement de manière égalitaire ce qui pourrait assurer une protection équité de tout être humain y usant. Néanmoins, la réalité que nous vivons souvent l'infirme et c'est cette question de l'applicabilité des dispositions en vigueur en la matière qui fera l'objet de l'analyse qui suit.

II- La protection des individus par le DIDH, quelle équité ?

Certes, la consécration des droits et libertés dans des traités et conventions internationaux n'est pas toujours le corollaire d'une protection effective et équité, puisque le fort décalage entre le niveau formel de l'engagement international et le respect réel des droits fondamentaux est souvent constaté. Il sera question ici de relever certaines lacunes portant non seulement sur le contenu de cette protection (A) mais également celles touchant son application de point de vue conception et mise en œuvre (B).

A- Un cadre juridique révélateur d'une équité limitée



Nul ne peut contester que les Pactes et Conventions internationaux relatifs aux droits de l'homme ont garanti des droits à tous les individus (abstraction faite des conventions destinées à des catégories spécifiques de personnes), certains d'entre eux ne peuvent être suspendus même lorsque la vie de la nation est menacée, néanmoins leurs applications par les Etats est loin d'être parfaite : l'absence de définition qui fassent l'unanimité quant aux droits et libertés garanties, l'imprécision de leurs contenus et la difficulté de délimiter leurs contours (nous prenons à titre d'exemple la notion de la torture par rapport à au traitement inhumain peut porter atteinte à son application) laissent une grande marge d'interprétation à l'Etat qui est censé les protéger. Une marge dont la largeur dépend non seulement du texte pris comme référence mais aussi du cadre de référence mobilisé pour l'interpréter ce qui pourrait créer un fossé entre la protection accordée aux individus vivant dans les pays Parties aux dites Conventions et Pactes (leurs contenus peuvent faire l'objet d'interprétation asymétrique⁴⁹²).

En outre, si le recours aux dérogations et limitations est encadré par des textes internationaux contraignants néanmoins la présence d'une multitude d'intervenants ayant des cadres de référence dissemblables dans des contextes et des circonstances non univoques n'est pas sans influence sur la mise en œuvre desdits textes. Sans oublier que les enjeux en cause restent parmi les déterminants les plus influents dans cet exercice ce qui pourrait vider ces droits de leurs contenus étant donné que les instruments les prévoyant se sont contentés de dénombrer les conditions autorisant les Etats à y recourir d'une façon générale.

En effet, si la conception de cette protection est loin d'assurer, théoriquement, aux individus une protection suffisante et équité, sa mise en œuvre ne peut qu'accentuer les lacunes relevées ou encore en révéler d'autres.

⁴⁹² BAKRI Karima, La limitation des droits et libertés individuelles : une tradition ou une trahison de la protection internationale de l'individu, Revue Droit & Société, N°9, Avril-Juin 2023, p. 167

B- Une pratique révélatrice du relativisme de la protection des individus

Afin de trouver son application, les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme doivent être ratifiés par les Etats. En vertu du principe de la souveraineté, ces derniers sont normalement libres de ratifier voir d'adhérer aux Conventions, traités ou Pactes portant sur différents domaines et celui des droits de l'homme ne fait pas l'exception.

L'analyse de l'état de ratifications des principaux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme montre que le nombre des Etats Parties n'est pas univoque et que le critère temporel n'a pas toujours une influence déterminant sur l'ratification ou adhésion à ces traités (situation arrêté en juin 2022) :

- 92 % des Etats ont ratifié la Convention Internationale pour l'élimination de toutes formes de Discrimination Raciale de 1965,
- 87% ont ratifié le Pacte II de 1966;
- 86 % ont ratifié le Pacte I ouvert aussi à la signature en 1966 ;
- 77 % sont Parties à la Convention pour la Prévention et la Répression du crime de Génocide de 9 decembre 1948 ;
- et seulement 31% ont ratifié la Convention Internationale pour la protection de toutes les Personnes contre les Disparitions Forcées.

A l'inverse du critère géographique (Si nous prenons à titre d'exemple le Pacte II nous constatons qu'il est ratifié par 50 pays en Afrique, 42 Etats en Europe, 32 pays en Amérique, 38 Etats en Asie et 7 pays en Océanie), cette situation asymétrique et déséquilibrée entre les 5 continents témoignant le relativisme de la protection accordée aux individus par le Droit International relatif aux Droits de l'Homme qui ne lie juridiquement que les Etats Parties auxdits traités. Des lors, la consécration des droits et des libertés varie d'un continent à un autre, d'un groupe régional

à un autre et bien évidemment d'un Etat à un autre. Ce qui est loin de garantir une certaine équité entre les individus d'autant plus que l'implantation desdits traités dans l'ordre interne varie en fonction des traditions constitutionnelles des Etats (dualiste ou moniste) ce qui complique d'avantage les choses.

Une autre difficulté s'ajoute est celle de l'absence d'une Cour Internationale permanente des droits de l'homme chargée de contrôler le respect des droits et libertés individuelles par les metteurs en œuvres tel le cas des trois Cours régionaux des droits de l'homme (Américaine, Africaine et Européenne) ou de celle instaurée dans le cadre du CEDEAO. Ainsi, seuls, les Comités conventionnels ou certains organes de la Charte des Nations Unies ont pour mission le contrôle de la mise en œuvre des droits de l'homme et dont l'épuisement de toutes les voies de recours internes (sauf exception) n'est qu'une condition parmi d'autres qui doivent être observés avant leurs saisines.

Une fois saisies, l'examen des plaintes et rapports ne donne lieu qu'à des constatations des violations des droits d'autant plus que leurs décisions sont dépourvues de force exécutoire⁴⁹³.

En pratique, nous constatons que seulement 58 % des Etats membres de l'Organisation des Nations Unies ont accepté la compétence du Comité des Droits de l'Homme soit 64 % des Etats ayant ratifié le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques. Dès lors, dans 36 % des Etats membre du Pacte II, l'individu, en cas de violation des droits que ledit Pacte lui garantit, après l'épuisement des voies de recours internes, ne peut les faire valoir devant le Comité des Droits de l'Homme.

En fait, une disparité en termes de reconnaissance de la compétence des comités est constatée entre les 5 continents (l'Europe dépasse de loin les autres continents (39 Etats ont

⁴⁹³ KERBARAT (Yann), Organisation des Nations Unies : Comité des droits de l'homme et autres Comités mis en place par les conventions de protection des droits de l'homme des Nation Unies, Jurisclasseur Fasc. 2007, p. 10

reconnu sa compétence) et l'Océanie occupe le dernier rang (2 Etats)).

A ceci s'ajoute la question de la faiblesse des sanctions en cas de violation des droits de l'homme : la plus part des conventions sont dépourvues de tout système de sanction internationale (seule la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dispose d'un mécanisme intégré de définition des infractions graves et de sanction pénale).

Quant aux organismes chargés de les mettre en œuvres qui sont globalement de nature politique, leurs compositions comme leurs décisions sont souvent le résultat des marchandages et des rapports de forces entre les Etats puissants dont chacun cherche à maximiser ses profits et sauvegarder ses intérêts.

Pour l'Assemblée Générale des Nations Unies bien que tous les Etats membres sont représentés à son sein, ces décisions sont des résolutions non contraignantes : en l'absence de l'appui du Conseil de Sécurité, les Etats ne sont pas dans l'obligation de s'y conformer. Ce dernier : l'organe exécutif de l'Organisation des Nations Unies qui a la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationale (art. 24 de la Charte des Nations Unies) est composé de 15 membres dont 5 y siègent de façon permanente et disposent du droit de veto dont l'usage peut paralyser toute décision qui contrecarrer les intérêts de leur Etat.

Ainsi, la protection des êtres humains des violations massives de leurs droits s'impose et exige une intervention de sa part du moment où les gains l'emporte sur les pertes autrement dits du moment où l'intervention servira l'intérêt des 5 puissants ou la plus part entre eux une intervention aura lieu dans le cas contraire aucune action ne sera entreprise.

A ce titre, il faut noter que ce Conseil joue un rôle déterminant du moment où l'Etat est incapable ou refuse de protéger ses citoyens, étant donné il appartient à la communauté internationale de le faire en vertu de son obligation morale

inscrite à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme au nom de « la responsabilité de protéger ». Une mesure que la pratique a montré son défiance notamment en Lybie lorsque la mission a été détournée de la protection de la population Libyenne au déracinement du régime Kadhafi, en Syrie (lorsque le conseil de sécurité a été immobilisé par le veto de la Chine et de la Russie et l'Ukraine le réaffirme encore.

En dehors du système, du Nations Unies, la Cour Pénale Internationale est, en principe, compétente à l'égard des États qui ont volontairement ratifié ou adhéré au Statut de Rome (Jusqu'à 19 février 2022, 123 États y sont Partis , Les USA , la Chine , la Russie ne l'ont pas ratifié) cette Cour n'est compétente qu'à l'égard de 4 crime et ne peut intervenir que de façon complémentaire sauf exception (lorsqu'il est saisi par le Conseil de Sécurité qui peut la paralyse en l'empêchant de statue sur certain affaire).

Ainsi, sur le plan pratique la question de l'appartenance joue un rôle primordial dans le processus de la protection des êtres humain qui, à nos jours reste inégalitaire.

Conclusion

Arrivant à terme de notre étude, il nous appartient de dire que pour assurer une protection équité des individus, il n'appartient pas seulement aux Etats de ratifier ou d'adhérer à la plus part des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et de reconnaître la compétence des Comités conventionnelles chargés de l'examen des plaintes individuelles en cas de violation de leurs droits mais ils leurs revient de coopérer ensembles en la matière et de trouver un terrain commun d'entente pour protéger équitablement leurs citoyens y compris la création d'une Cour internationale des droits de l'homme échappant au contrôle du Conseil de Sécurité et aux prismes du politique bien que telle souhait, dans les présentes conditions, s'avère difficile à réaliser, la tentative aura plus de bien que de mal.

En outre, le renforcement de l'arsenal juridique national fermera la porte à toute intervention au nom de la protection des droits de l'homme avec notamment non seulement la consécration de l'Etat de droit, et corrélativement de l'indépendance de la justice qui reste le thermomètre pour mesurer le degré d'enracinement de la démocratie dans un pays mais également de promouvoir toute action visant la sauvegarde des droits et libertés au niveau local.

Sans oublier, bien évidemment, de mener des actions en la matière au niveau régional et international (la réactivation du rôle de la commission du Droit international à titre d'exemple).

Bibliographie

- COMPAGNA Norbert, La souveraineté : de ses limites et ses juges, éd. PUL, Québec, Collection Diké, 2008 ;
- BAKRI Karima, La limitation des droits et libertés individuelles : une tradition ou une trahison de la protection internationale de l'individu, *Revue Droit & Société*, N°9, Avril-Juin 2023 ;
- BAKRI Karima, La protection de l'individu dans les situations de troubles et tensions internes au regard du droit international, Université Cadi Ayyad, FSJES de Marrakech, 2023 ;
- CIJ, Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt du 24 mai 1980, recueil 1980, p. 43, para. 91 ;
- CICR (éd), Droit international humanitaire et droit international des droits de l'homme : Similitudes et différences, 2/2023 ;
- KERBARAT (Yann), Organisation des Nations Unies : Comité des droits de l'homme et autres Comités mis en place par les conventions de protection des droits de l'homme des Nation Unies, Jurisclasseur Fasc. 2007 ;
- SALMON (Jean) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, éd. Bruylant/AUF, Bruxelles, 2001



المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية

Democratic Arab Center
for Strategic, Political & Economic Studies

الناشر

المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية
ألمانيا/برلين

Democratic Arab Center
Berlin / Germany

لا يسمح بإعادة إصدار هذا الكتاب أو أي جزء منه أو تخزينه في نطاق استعادة المعلومات أو نقله بأي شكل من الأشكال، دون إذن مسبق خطي من الناشر.

جميع حقوق الطبع محفوظة

All rights reserved

No part of this book may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, without the prior written permission of the publisher.

لا يتحمل المركز ورئيس الملتقى ولا اللجان العلمية والتنظيمية مسؤولية

ما ورد في هذا الكتاب من آراء

وهي لا تعبر بالضرورة عن قناعاتهم، ويبقى أصحاب المداخلات هم وحدهم

من يتحملون كامل المسؤولية القانونية عنها

رقم تسجيل الكتاب: VR. 3383-6847 B

المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية ألمانيا/برلين

book@democraticac.de





المركز الديمقراطي العربي

للدراستات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية

Democratic Arab Center
for Strategic, Political & Economic Studies

كتاب:

الدراسات القانونية

رؤى وإتجاهات في التشريع والمجتمع

Legal Studies : Visions and trends in legislation and society

إشراف وتنسيق: د. علي لطرش أستاذ بجامعة تلمسان

رئيس المركز الديمقراطي العربي: أ. عمار شرعان

مدير النشر: د. أحمد بوهكو

رقم تسجيل الكتاب: VR. 3383 -6847 B

الطبعة الأولى

2023 م



الدراسات القانونية

رؤى وإتجاهات في التشريع والمجتمع