

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والثانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 32 : يونيو 2015

✓ من مواضع العدد 32 : يونيو 2015 :

- حقوق المرأة في إطار القانون الدولي المعاصر.
- الاحتمال المعجمي في نصوص التشريع القانوني.
- حق الخلوة الشرعية للسجين بين الشرع والقانون.
- الزكاة والضريبة المعاصرة : أية علاقة؟.
- الحقوق المكتسبة للمستثمر في قانون المناجم.
- قضية تقنين الإجهاض بين الفقه والواقع.
- وسائل الاحتياط لمن يحاكم غيايبا في الإسلام .
- الدفوع الشكلية المتاحة للنقل الجوي للبضائع.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والثانون

الصفحة الرئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الإتصال والمراسلات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء - أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخوي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30) ... المزيد		الصفحة الرئيسية
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21) ... المزيد		اللجنة الاستشارية
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المعاصر : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17) ... المزيد		أهداف المجلة
قراءة في النظام الفكري للمواثيق (قرون 02/15) : الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14) ... المزيد		أخبار المجلة

مقالات بقرونية
حوارات علمية
تقارير حامية
المساهمون بالمجلة
إعداد المجلة
تتبعنا بالمجلة

العدد الثاني والثلاثون : يونيو 2015

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعى ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الثاني والثلاثون : لشهر يونيو 2015

محتويات العدد :

✓ كلمة العدد :

1. كلمة العدد 32 لشهر يونيو 2015 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكدك.....04

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. حقوق المرأة في إطار القانون الدولي المعاصر والاتفاقيات الإقليمية : فضيلة الأستاذ الدكتور : نايف عبد الجليل الحمانيه أستاذ القانون الدولي العام المساعد - قسم القانون كلية إدارة الأعمال- جامعة الحدود الشمالية المملكة العربية السعودية.....06

3. الاحتمال المعجمي في نصوص التشريع القانوني : من إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور رياض السواد جامعة ذي قار ، كلية التربية للعلوم الانسانية ، قسم اللغة العربية - العراق / و أحمد جاسم سالم احمد جاسم سالم. طالب بالدراسات العليا ، فرع اللغة ، جامعة ذي قار ، كلية التربية للعلوم الانسانية-العراق.....30

4. وسائل الاحتياط لمن يُحاكَم غيابياً في الفقه الإسلامي : الدكتور عبد الرزاق عبد المجيد أأرو قسم الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق جامعة إلورن، نيجيريا.....52

5. الدفوع الشكليّة المتاحة للنّقل الجوّي للبضائع : إعداد نورشان عبد الجليل حرم حامدي ، مساعدة عرضية بالمعهد العالي للنقل وخدمات الاتصال بسوسة-جامعة سوسة ، الجمهورية التونسية.....63

6. الزكاة والضريبة المعاصرة : أية علاقة ؟ : الأستاذ محمد يسلم ولد سكان أستاذ الاقتصاد بكلية العلوم القانونية والاقتصادية جامعة نواكشوط.....82

7. حق الخلوة الشرعية للسجين : الأستاذ سعيد بواطاس حاصل على شهادة الماستر في القانون المدني من كلية الحقوق جامعة ابن زهر - أكادير.....96

8. تقنين الإجهاض في ضوء الفقه الإسلامي والواقع المعاصر : إعداد الدكتور سانح بوثنين باحث من كلية الآداب فاس - سايس.....105

9. الحقوق المكتسبة للمستثمر بين قانون المناجم الجديد والقانون القديم : الأستاذ سردون محمود باحث بصف الدكتوراه في قانون الأعمال بكلية الحقوق والعلوم والسياسية بجامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس ، وأستاذ مساعد "أ" كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة حسيبة بن بوعلی بالشلف.....118

10. أي مستجدات على ضوء مشروع القانون التنظيمي للجهات ؟ : إعداد الأستاذ فيصل بيجي دكتور في القانون الخاص أستاذ زائر بكلية الحقوق سلا / و نعمة العلمي باحثة في سلك الدكتوراه بكلية الحقوق - بطنجة.....129

✓ تقارير جامعية :

11. تقرير أطروحة لنيل الدكتوراه حول موضوع النخبة الإدارية ودورها في التنمية الإدارية - دراسة مقارنة - إعداد: الطالبة الباحثة سميرة البريري - كلية الحقوق بطنجة142

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

- 12.L'intérêt de l'enfant vue à travers la législation maghrébine en matière de garde « hadhana » : Siham el rhayamine (tunisie) Doctorat en Droit privé ,Université de Perpignan/ Université de Fès, France/Maroc.....161
- 13.Le gouvernement d'entreprise en droit de société anonyme : M. said Essakali doctorant chercheur en droit des affaires à la FSJES Hassan 2 de Mohammedia.....177

ترتيب المقالات يخضع لاعتباران فنية

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

كلمة العدد الثاني و الثلاثين لشهر يونيو 2015



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكدك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، تحية طيبة لجميع رواد ومجبي مجلة الفقه والقانون الدولية في مختلف أنحاء العالم ، ونجدد شكرنا لهم على مساهماتهم وملاحظاتهم القيمة التي تمضي بالمجلة دوما من حسن إلى أحسن ، وقد شمل العدد الجديد من مجلة الفقه والقانون لشهر يونيو 2015 مجموعة من المواضيع الهامة من العراق عن الاحتمال المعجمي في نصوص التشريع القانوني ، ومن نيجيريا عن وسائل الاحتياط لمن يُحاكَم غيابياً في الفقه الإسلامي ، ومن موريتانيا عن الزكاة والضريبة المعاصرة: أية علاقة ؟

وفي ما يرتبط بالحقوق ، ناقش العدد موضوعا هاما من المملكة العربية السعودية عن حقوق المرأة في إطار القانون الدولي المعاصر والاتفاقيات الإقليمية ، وموضوعا آخر من المملكة المغربية عن حق الخلوة الشرعية للسجين بين الشرع والقانون ، هذا فضلا عن موضوع آخر من الجزائر عن الحقوق المكتسبة للمستثمر بين قانون المناجم الجديد والقانون القديم .

وارتباطا بقضية الاجهاض وما أحدثته من نقاش فقهي كبير بالمملكة المغربية زخر العدد بدراسة هامة عن تقنين الإجهاض في ضوء الفقه الإسلامي والواقع .

ومن تونس الخضراء وصلنا موضوع الدفوع الشكلية المتاحة للنّاقل الجوّي للبضائع ، بالإضافة إلى عدة أبحاث وتقارير ومقالات أخرى باللغتين العربية والفرنسية .

وفي الختام نتمنى أن نكون دائما عند حسن ظن الباحثين الكرام وأن تكبر أسرة الفقه والقانون أكثر فأكثر عبر ربوع العالم .

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكدك

www.majalah.new.ma

دراسات وأبحاث بالعربية : ✓

حقوق المرأة في إطار القانون الدولي المعاصر والاتفاقيات الإقليمية



فضيلة الأستاذ الدكتور : نايف عبد الجليل الحمايده

أستاذ القانون الدولي العام المساعد - قسم القانون كلية

إدارة الأعمال - جامعة الحدود الشمالية المملكة العربية السعودية

الملخص :

بينت الدراسة الحقوق التي تحضى بها المرأة في الاتفاقيات الدولية بدءاً من ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان وكذلك العهدين الدوليين وما تبعهما من اتفاقيات تخص المرأة والصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة ولجانها المتخصصة وخاصةً اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979، والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 3 ديسمبر 1981 ومن ابرز ما أفرزته للعمل على تطبيق هذه الاتفاقية هو صدور البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية والمعروف بروتوكول 2000، إضافةً لعقد العديد من الاتفاقيات الإقليمية والتي تناولت حقوق المرأة كالاتفاقية الأوروبية والأمريكية إضافةً للمواثيق الإقليمية كالميثاق الأفريقي، الميثاق العربي، والميثاق الإسلامي، حيث تكمن أهمية هذه الحقوق في مدى مساهمتها في حماية حقوق المرأة، وذلك من خلال إقرارها لآليات فعالة للحماية.

الكلمات الدالة : حقوق المرأة، الاتفاقيات الدولية، المواثيق الإقليمية، آليات الحماية الدولية، المساواة بين الرجل والمرأة.

Les droits des femmes dans le contexte du droit international contemporain et Les conventions internationales.

résumé :

L'étude a montré la Thoudy des droits des femmes dans les conventions internationales allant de la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi que les pactes internationaux et les conventions qui en découlent concernant les femmes et de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies et ses institutions spécialisées et en

particulier la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979 , qui est entré en vigueur le 3 Décembre, 1981 Prominent ce qui a été produite à travailler sur l'application de la présente Convention est l'émission du Protocole facultatif à la Convention connu sous le Protocole de 2000, en plus de détenir plusieurs conventions régionales qui traitent des droits des femmes tels que la Convention des européens et américains Ajouter à chartes Kalmithaq régionale africaine , la Charte arabe , et de la Charte de la Conférence islamique , où l'importance de ces droits dans la mesure de sa contribution à la protection des droits des femmes , et à l'excrétion de mécanismes efficaces de protection.

Mots-clés : les droits des femmes ,les conventions internationales , les conventions régionales , les mécanismes de protection internationale , l'égalité entre les hommes et les femmes.

المقدمة :

عند تناولنا قضية حقوق المرأة في المواثيق الدولية والإقليمية، لا بد من ذكر مفاهيم أساسية دارت حولها هذه المواثيق، فهي كلها تدعو إلى المساواة بين المرأة والرجل في الحقوق التي تكفلها، ولكن ظهر خلاف في الآراء حول معنى المساواة. ففريق ذهب إلى أنها تعني عدم التمييز ضد المرأة. أي أن لا تتضمن التشريعات الوطنية نصوصاً تفرق وتميز بين المرأة والرجل على أساس جنسها.

وذهب فريق ثان إلى أن المساواة equality ذات شقين أحدهما سلبي ويعني منع التمييز ضدها والآخر إيجابي وهو يحتم وجود إجراءات خاصة وقائية تحمي وضع المرأة.

فالمساواة بحسب هذا الرأي لا تعني المساواة الشكلية أو المطلقة بل المساواة النسبية بين الجنسين والتي قد تتطلب في بعض الأحيان معالجة مميزة وإجراءات متفاوتة تكون لصالح المرأة في الغالب.

كما ثار جدلٌ حول حقوق المرأة: هل هي نفس وذات حقوق الرجل same أم أنها مساوية ومماثلة لحقوق الرجل equal. وقد رفضت دول عديدة المفهوم الأول لأنه قد يُفسر بشكل يجعل للرجل حق في إدارة وظائف يقتضي المنطق إسنادها للمرأة وحدها كمسئولية سجن النساء مثلاً. فلذا راعت كثير من المواثيق هذا الخلاف ونصت على المساواة والمماثلة حيث اقتضت طبيعة الحقوق ذلك ونصت على نفس الحقوق حيث تسمح الحقوق بذلك.

والنظرة الحديثة لمساواة المرأة وعدم التمييز ضدها تفترض انه لا يجب أن لا يكون هناك معاملة تفضيلية تعسفية لأي جنس أساسها الجنس وحده. أما الإجراءات الوقائية والتي وُضعت لاعتبارات خاصة مبنية على الاختلاف الجسدي بين الرجل والمرأة فلا تعتبر تعسفية بل منطقية ومبررة إذ أنها تفضي إلى المساواة الحقيقية بدلاً من المساواة المطلقة أو حتى المعاملة المماثلة بين الجنسين. كما أن فاعلية الوصول إلى فهم مشترك لحقوق المرأة تزداد كلما استطعنا كبح المتغيرات الخارجية المعرقة لهذه الحقوق واستثمار المتغيرات الداخلية الداعمة ومن هنا تُطرح الإشكالية.

وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية وما عانته شعوب العالم من ويلات مدمرة راح ضحيتها الملايين من البشر. وجد واضعو ميثاق الأمم المتحدة ضرورة أن تقوم المنظمة بدور فعال في رفع مستوى المرأة والعمل على حماية حقوقها،

فعملت على تثبيت حقوق المرأة في العديد من الإعلانات والبيانات والاتفاقيات التي تولت إعدادها وعقدتها، والتي كانت نتاج جهد كبير قامت به لجنة متخصصة في الأمم المتحدة وهي لجنة مركز المرأة **Commission on the status of women** والتي أنشئت عام 1947 كـلجنة فرعية للجنة حقوق الإنسان المنبثقة عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي، ولقد تم رفع مستوى لجنة المرأة من مستوى لجنة فرعية إلى لجنة رئيسية هدفها تقديم المشاريع لحماية حقوق المرأة في كافة جوانبها وإلغاء كافة أشكال التمييز ضدها. وعندما اعتمدت الأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان كأول وثيقة دولية لحقوق الإنسان عامة أبدت عناية خاصة بحقوق المرأة وأكدت على ضرورة عدم التمييز ضد المرأة. ثم صدرت الكثير من المواثيق العالمية والإقليمية بعد ذلك تؤكد على المساواة بين الرجل والمرأة في كافة الحقوق ومنها الحقوق السياسية والاجتماعية، وتكتسي حقوق المرأة أهمية بالغة كونها جزء غير قابل للتصرف من حقوق الإنسان العالمية وجزء لا يتجزأ من هذه الحقوق ولا ينفصل عنها. وإن مشاركة المرأة مشاركة كاملة وعلى قدم المساواة في الحياة السياسية والمدنية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية على الصعيد الوطني والإقليمي والدولي، واستئصال جميع أشكال التمييز على أساس الجنس، هما من أهداف المجتمع الدولي ذات الأولوية.

وعلى هذا الأساس، انطلق البحث للتعرف على أهم الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي تناولت حقوق المرأة. من خلال تقسيمه إلى مبحثين نتحدث في المبحث الأول عن حقوق المرأة في القانون الدولي المعاصر وذلك من خلال مطلبين نخصص المطلب الأول للحديث عن حقوق المرأة في الاتفاقيات الدولية السابقة للعهدين الدوليين لعام 1966. ونخصص المطلب الثاني للحديث عن تطورات حقوق المرأة ما بعد العهدين الدوليين. في حين يعالج المبحث الثاني حقوق المرأة في إطار الاتفاقيات ذات الطابع الإقليمي وذلك من خلال الحديث عن حقوق المرأة في الاتفاقية الأوروبية والأمريكية في المطلب الأول في حين يعالج المطلب الثاني حقوق المرأة في إطار الاتفاقيات الإقليمية الأخرى. معتمدين المنهج الوصفي لإبراز وتحديد الحقوق التي أقرتها الاتفاقيات الدولية. والمنهج القانوني الذي يركز على دراسة هذه الاتفاقيات وسندها القانوني، إضافةً للمنهج التحليلي لتقييم مدى إسهام هذه الاتفاقيات في ترسيخ حقوق المرأة من خلال ما يميزها من حماية والنقائص التي اعترتها.

المبحث الأول: حقوق المرأة في القانون الدولي المعاصر:

تعتبر المواثيق الدولية الخاصة للحقوق هي مواثيق مكتملة للشرعية الدولية لحقوق الإنسان، فتعد مواثيق دولية نوعية تخص طوائف معينة من البشر تناولتها تلك الوثائق التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة، ووضعت بجهود الأمم المتحدة ومنظماتها المتخصصة، والتي تكفل لهم العيش الكريم، داعيةً إلى توفير أفضل الظروف. ولقد تم تبنيها والتوقيع والتصديق عليها كونها مصدراً قانونياً ملزماً في مجالات حقوق الإنسان المحددة فيها، بالإضافة إلى المواثيق التي تطبق أثناء النزاعات المسلحة التي كان من وراء إبرامها جهود منظمة الصليب الأحمر.¹

وسنتطرق لحقوق المرأة في إطار القانون الدولي المعاصر بدءاً من ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، وما تبعهما من اتفاقيات دولية في المطالب التالية.

¹ د. محمد الشافعي، قانون حقوق الإنسان، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1992، ص 55.

المطلب الأول : حقوق المرأة في الاتفاقيات الدولية السابقة للعهديين الدوليين :

لقد نص ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945 في ديباجته على أن الدول الموقعة عليه تؤكد من جديد إيمانها بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية. ونص في المادة الأولى منه على أن من مقاصد الأمم المتحدة، تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً والتشجيع على ذلك إطلاقاً بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء.¹

ونظراً لأن الميثاق لم يتضمن تحديداً لحقوق الإنسان وحرياته فقد سعت اللجان المتخصصة في الأمم المتحدة إلى استصدار إعلان عالمي لحقوق الإنسان، يتضمن هذه الحقوق والحريات ويؤكددها، وهذا ما تحقق في 10 ديسمبر 1948، حين اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة، كأول وثيقة دولية لحقوق الإنسان عامة. أبدت عناية خاصة بحقوق المرأة وأكدت على ضرورة عدم التمييز ضد المرأة. ثم صدرت الكثير من المواثيق العالمية والإقليمية بعد ذلك تؤكد على المساواة بين الرجل والمرأة في كافة الحقوق ومنها الحقوق السياسية والاجتماعية. وقد جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مؤكداً في المادة (16) منه على المساواة بين الرجل والمرأة في حق الزواج فنصت على أن :

1) للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين، ولهما- حقوق متساوية عند الزواج وإثناء قيامه وعند انحلاله.

2) لا يبرم عقد الزواج إلا برضى الطرفين الراغبين في الزواج رضاً كاملاً لا إكراه فيه.

3) الأسرة هي الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع ولها الحق بحماية المجتمع والدولة.²

ويرى العديد من المثقفين العرب والمسلمين انه لا يوجد تعارض بين بنود الإعلان والدين الإسلامي، بل أن الإعلان يجب أن يعطي بُعداً روحي والأخلاقي المطلوب بتضمين الحقوق الروحية والثقافية، كما يشير إلى أن الدين الإسلامي يذهب أبعد من الإعلان حينما يجعل الالتزام بحقوق الإنسان مفهوماً ذا أبعاد روحية ودينية يأثم المؤمن إن لم يلتزم بها.³

ثم أقرت اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة المنعقدة عام 1952،⁴ في مادتها الأولى حق المرأة في التصويت في جميع الانتخابات، بشروط تساوي بينها وبين الرجال دون أي تمييز، كما نصت المادة الثانية على حق الترشيح الذي يُقر للمرأة الأهلية في أن تُنتخب لجميع الهيئات المنتخبة بالاقتراع العام المنشأة بمقتضى التشريع، وأكدت المادة الثالثة على أن للنساء أهلية تقلد المناصب العامة وممارسة جميع الوظائف العامة المنشأة بمقتضى التشريع الوطني بشروط تساوي بينهم وبين الرجال، دون أي تمييز.⁵

كما أن اتفاقية حظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير الصادرة عن الجمعية العامة والتي دخلت حيز التنفيذ في 25 يوليو 1951، ونظراً لأن النساء هن العنصر المتاجر فيه والمستغل في أغلب الأحيان فقد أفردت هذه الاتفاقية

¹ الفقرة الثالثة من المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة.

² The Universal Declaration of Human Right, Article 16.

³ الإمام الصادق المهدي، نحو مرجعية إسلامية متجددة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2006، ص 136.

⁴ اعتمدت هذه الاتفاقية وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب الجمعية العامة للأمم المتحدة (د-7) المؤرخ في 20 ديسمبر 1952. تاريخ بدء النفاذ 7 يوليو 1954، وفقاً لأحكام المادة 6.

⁵ عبد الحميد الشواربي، الحقوق السياسية للمرأة في الإسلام مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص 172 وما بعدها.

نصوصاً عديدةً لمحاربة ومكافحة هذه الممارسات فجعلت العقاب مستحقاً لكل من أغوى لو ضلل شخصاً آخر استغله حتى برضاه للدعارة أو تملك أو أدار أو قام بتمويل أو أجر أو استأجر مأجوراً لاستغلال دعارة الغير، بل أن الاتفاقية ضمنت في الجرم كل من حاول ارتكاب هذه الجرائم أو قام بأعمال تحضيرية لارتكابها ومن تواطأ بشكل عمدي في إتيانها.

ونصت المادة رقم 100 الخاصة بمساواة العمال والعاملات في الأجر لدى تساوي قيمة العمل، وهي اتفاقية اعتمدها منظمة العمل الدولية ILO ودخلت حيز التنفيذ في 23 مايو 1953، حيث جعلت هذه الاتفاقية مبدأ مساواة العمال والعاملات في الأجر لدى تساوي قيمة العمل أساساً وحيداً لها فلا تمييز في الأجر بسبب اختلاف الجنس. فصاحب العمل عليه أن يدفع أجراً أو راتباً لعماله لقاء استخدامه لهم بغض النظر عن جنسهم. والاتفاقية لا تعد الفروق في الأجر تمييزاً بين العمال إذا كان سببها فروقاً في العمل الواجب المجازة دونما اعتبار للجنس. وهذا ما أكده العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الذي ضمن مساواة الذكور والإناث في حق التمتع بهذه الحقوق.¹

كما أن الاتفاقية الخاصة بشأن جنسية المرأة المتزوجة والتي بدأت في النفاذ في أغسطس 1958 اعتمدت ما أقرته المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي تنص على مبدأ شخصية الجنسية بأن " بأن لكل فرد حق التمتع بجنسية ما" وانه "لا يجوز تعسفاً حرمان أي شخص من جنسيته ولا من حقه في تغيير جنسيته".

حيث أن هذه الاتفاقية تحظر إسقاط الجنسية عن المرأة المتزوجة من أجنبي أو أن ينعكس تغيير الزوج لجنسيته على جنسية زوجته بشكل آلي فتمنع من احتفاظها بجنسيتها الأصلية، كذلك فإن هذه الاتفاقية وحرصاً منها على وحدة الأسرة ورعاية للعائلة أجازت منح الأجنبية المتزوجة من مواطن إحدى الدول الأطراف جنسية هذه الدول وفق إجراءات تجنس خاصة وسريعة.²

وتضمنت الاتفاقية الخاصة بمكافحة التمييز في مجال التعليم التي اعتمدها المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والتعليم والثقافة UNESCO في 14 ديسمبر 1960، وبدأ نفاذها في 22 مايو 1962، حق التعليم الذي نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فنصت في مادتها الأولى على عدم جواز التمييز أو حرمان شخص من الالتحاق بالتعليم في أي مرحلة من مراحلها على أساس جنسه، وان عدت الاتفاقية المؤسسات المنفصلة لتعليم التلاميذ من الجنسين غير تمييزية، إذا كانت تتيح فرصاً متكافئة للالتحاق بالتعليم لدراسة نفس المناهج أو مناهج متعادلة، وألزمت هذه الاتفاقية الدول الأطراف على جعل التعليم الابتدائي مجاناً وإجبارياً وجعل التعليم الثانوي بشتى أشكاله متوفراً وسهل المنال للجميع ذكوراً وإناثاً.

كما أن اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج التي جاءت تنفيذاً للمادة (16) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وبدء نفاذها في ديسمبر 1964، وهي تنص في موادها الثلاث الأولى على عدم انعقاد الزواج قانوناً إلا برضا الطرفين رضاه كاملاً وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج وبحضور شهود، وتُلزم الدول الأطراف باتخاذ التدابير التشريعية لتعيين حد أدنى لسن الزواج بحيث لا ينعقد الزواج قانوناً لمن هم دون هذا

¹ نهي القاطري، المرأة في منظومة الأمم المتحدة- رؤية إسلامية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2006، ص 125.

² عبد العزيز محمد سرحان، الإطار القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي، دار الهناء للطباعة، 1987، ص 167.

السن ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من هذا الشرط لأسباب جدية، كما تُلزم الاتفاقية الدول الأطراف بتسجيل جميع عقود الزواج في سجلات رسمية.¹

المطلب الثاني : حقوق المرأة في العهدين الدوليين وتطوراتها :

أشار العهدان الدوليان للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اللذان صدرا عام 1966، واللذان يعتبران ترجمة لمبادئ الميثاق إلى حقوق مُلزِمة قانونياً، إلى أن الحقوق المنصوص عليها في العهدين تطبق على كافة الأفراد بدون تمييز على أي أساس، بما في ذلك التمييز على أساس الجنس. بل أن العهدين الدوليين لحقوق الإنسان يلزمان الدول المنظمة إلى العهدين أو المصدقة عليهما بالتأكد من تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في التمتع بكافة الحقوق المنصوص عليها في العهدين. وقد نص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أن تتعهد الدول الأطراف في العهد بكفالة تساوي الرجال والنساء في حق التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية المنصوص عليها في العهد.²

وأدرج العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية،³ حماية المرأة وحقوقها في المادة 2/2 والمادة الثالثة منه. ففي المادة 2/2 تتعهد الدول الأطراف بعدم التمييز في ممارسة الحقوق المنصوص عليها بسبب الجنس، أما في المادة الثالثة فإن الدول تتعهد بشكل واضح بمساواة الذكور والإناث في التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية.

ومع النصوص العامة التي تتساوى فيها المرأة مع الرجل في ممارسة الحقوق المنصوص عليها وأبرزها حق العمل وحق الضمان الاجتماعي وحق التربية والتعليم وحق المشاركة في الحياة الثقافية وحق تكوين النقابات. فإن العهد نص على بعض المسائل المتعلقة بالمرأة بالذات، مراعاةً لوضعها وتأكيداً على حمايتها. فعلى سبيل المثال نص في المادة 7/أ عند تناولها حق التمتع بشروط عمل عادلة ومُرضية على أن يكون الأجر منصفاً و"أن يضمن للمرأة خصوصاً تمتعها بشروط عمل لا تكون أدنى من تلك التي يتمتع بها الرجل وتقاضيها اجر الرجل لدى تساوي العمل وكذلك أكد العهد على أهمية دور الأم في المجتمع ووجوب توفير الضمانات الكافية لها للقيام بهذا الدور على أكمل وجه فألزم الأطراف الموقعة على توفير حماية خاصة للأمهات خلال فترة معقولة قبل الوضع وبعده على أن تمنح المرأة العاملة أثناء هذه الفترة إجازة مأجورة أو إيجاد ضمان اجتماعي كافٍ لها خلالها. أما العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية⁴ فقد تناول الشق المدني والسياسي من حقوق الإنسان وأبرزها حق تقرير المصير والحق في الحياة، وأورد هذا العهد في المادة 1/2 والمادة الثالثة من ذات النصوص التي ذكرها العهد الأول الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. فمنع التمييز بين البشر على أساس الجنس وألزم الدول الأطراف بكفالة تساوي الرجال والنساء في التمتع في الحقوق المذكورة فيه.⁵

¹ حفيظة شقير، الاتفاقيات الدولية وحقوق المرأة في العالم العربي، المجلد الثالث، دار العلم للملايين، بيروت، 1989، ص 407-416.

² نعمان عطالله الهيبي، حقوق الإنسان في المواثيق الدولية والدستورية والشريعة الإسلامية، الآفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، 2011، ص 99.

³ صدر العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 (د-21) بتاريخ 16 ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 3 يناير 1976، وفقاً للمادة 27.

⁴ صدر العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 (د-21) بتاريخ 16 ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 23 مارس 1976، وفقاً للمادة 49.

⁵ Haslegrave, Marianna, "women's rights: the road to the millenium" in human Rights. Peter Davies(ed) Routledge, London, 1988, pp.21-30.

وقد ذكر العهد بعض الإجراءات والحقوق الخاصة التي يجب ايلؤها عناية خاصة لمساسها بالمرأة أو الأسرة كحق في محاكمة سرية إذا اتصل الأمر بخلافات بين زوجين أو تتعلق بوصاية على الأطفال، كذلك فقد استقلت المرأة بنص خاص في المادة 23 من العهد بتأكيدا على ضرورة رضاها لانعقاد الزواج والاعتراف بحقها في الزواج وتأسيس أسرة مع تعهد الدول باتخاذ تدابير مناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله.¹

وفي عام 1967 صدر إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة.² والذي كان احد منجزات مركز المرأة والذي استغرق العمل فيه مدة أربع سنوات، وجاء في ديباجته: "أن الجمعية العامة للأمم المتحدة قد أكدت من جديد إيمانا بتساوي الرجل والمرأة في الحقوق ... وإذ يقلقها استمرار وجود قدر كبير من التمييز ضد المرأة ... يتنافى مع كرامة الإنسان وخير الأسرة والمجتمع، ويحول دون إشراك المرأة على قدم المساواة مع الرجل في حياة بلدهما السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، ويمثل عقبة تعترض النساء والرجال على السواء في جميع الميادين مطلب لا بد منه للتنمية الكاملة لكل بلد في جميع الميادين، ولخير العالم ولقضية السلم.³ وإذ ترى أن من الضرورة كفالة الاعتراف العالمي، في القانون وفي الواقع بمبدأ تساوي الرجل والمرأة تُعلن رسمياً الإعلان التالي.

ويتميز هذا الإعلان عن المواثيق السابقة التي نصت على عدم التمييز ضد المرأة بأنه قدم تفصيلات للتدابير المفترض اتخاذها في هذا المجال، وشدد على قضايا بدأت تطرح للمرة الأولى: كتعليم الفتيات وحققهن في اختيار أزواجهن، وحققهن في المنح الدراسية والتدريب المهني، والترقية في الوظيفة، والمكافأة والتقاعد والإجازات - وخاصةً إجازة الأمومة - وعدم فصل المرأة من الوظيفة بسبب الحمل، إلى ما هنالك من قضايا جاءت نتيجة للتجارب الحياتية التي عاشتها النساء. ونلاحظ أن الإعلان في مواده الإحدى عشر شمل حقوقاً عامة للمرأة يجب تمكينها من التمتع بها كالحقوق السياسية وحقوق الجنسية والحقوق المدنية وحق التعليم والحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وممارسات تمييزية ضد المرأة لا بد من إزالتها كفقء الجنسية ترتيباً على زواجها من أجنبي وزواج الصغار غير البالغين والقوانين العقابية التي تنطوي على تمييز ضد المرأة والاتجار بالمرأة واستغلالها.

وقد جاء صدور اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979 التي اعتبرها الكثير من نشطاء حقوق الإنسان في العالم نقطة تحول في النضال من اجل المرأة أشبه بنقطة التحول التي أحدثتها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حيث كانت هذه الاتفاقية عنوان العمل الجماعي العالمي من اجل المرأة.⁴

وتتميز هذه الاتفاقية بأنها أحاطت بجميع أبعاد حقوق المرأة المعروفة من ظروف الحياة العامة أو الخاصة، والعلاقة بالأسرة والتربية والأبناء والإرث والتملك والزواج والطلاق، إلى شؤون العمل والمعاملات في المؤسسات إلى الحقوق السياسية، وحقوق التعليم، وفرص التدريب. كما أشارت الاتفاقية إلى حقوق في مراحل حياتها المختلفة: كفتاة، وزوجة، وامرأة عاملة، وربة أسرة، وصاحبة قرار سياسي ومعرفي واقتصادي وتجاري، ولم يبق سوى ناحية واحدة

¹ Mckean, Earwick, Equality and Discrimination under International Law, clarendon Press, Oxford, 1983.p.49.

² اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2263 (د-22) بتاريخ 7 نوفمبر 1967.

³ د.نواف كنعان، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، إثراء للنشر والتوزيع، ط 2، الأردن، 2010، ص 229.

⁴ اعتمدت هذه الاتفاقية بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 تاريخ 18 ديسمبر 1979 تاريخ بدء النفاذ 3 سبتمبر 1981، وفقاً لأحكام المادة 27(1) وقد صادق عليها (180) دولة أي 90% من أعضاء هيئة الأمم المتحدة، ولم يصادق عليها ثلث الدول العربية رغم مرور ما يزيد على ثلاثة عقود على اعتمادها، وتتألف هذه الاتفاقية من ديباجة وستة أجزاء تضم (30) مادة.

وهي حقوق المرأة والشيخوخة، إلا أن الضمان الاجتماعي المذكور يفترض أن يغطيها. ولهذا أصبحت هذه الاتفاقية عنواناً عالمياً للدفاع عن المرأة ولتمسك الدول والمؤسسات الحكومية والمنظمات غير الحكومية بمبادئها والعمل على تنفيذها.¹ حيث تعد من أهم الاتفاقيات الدولية التي نظمت حقوق المرأة وهي اتفاقية شاملة لجميع حقوق المرأة، وتعد أساساً للاتفاقيات الأخرى.²

وتنقسم الاتفاقية إلى مقدمة وستة أجزاء. فتؤكد المقدمة على أنه مع صدور العديد من القرارات والإعلانات والاتفاقيات الدولية التي تشجع المساواة بين الرجل والمرأة إلا أنه لا يزال هناك تمييز واسع النطاق ضد المرأة مع تشكيل هذا التمييز انتهاكاً لمبدأ المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان واعتناقه للمشاركة الفعالة للمرأة في حياة بلدها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

فتقر الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية بدور المرأة العظيم في رفاه الأسرة وتنمية المجتمع وتتفق على الالتزام بهذه الاتفاقية. أما الجزء الأول منها فشمّل تفسيراً يقدم لأول مرة حول معنى "التمييز ضد المرأة" وهو ما افتقدته الإعلانات والمواثيق السابقة وكذلك الواجبات للدول الأطراف، (المواد 1-6) فتعرف مصطلح التمييز ضد المرأة بأنه:³ أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والدينية أو في أي ميدان آخر، أو توهين أو إحباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها بصرف النظر عن حالتها الزوجية، وعلى أساس المساواة بينها وبين الرجل. وهذا التعريف يضيف مدلولاً واسعاً لمعنى التمييز بحيث يشمل كافة الصور، وأساسه هو المادة الأولى من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري (1965). وتُلقي الاتفاقية على عاتق الدول الأطراف واجبات أهمها إدماج مبدأ المساواة بين المرأة في الدساتير الوطنية والتشريعات المحلية وأن تتخذ إجراءات مناسبة لحظر أي تمييز ضد المرأة سواء كان ذلك صادراً من مؤسسات عامة أم أفراد ومؤسسات خاصة أو أعراف وممارسات، يضاف إلى ذلك واجب تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك أفرادها وتضمين التربية العائلية فهماً سليماً لدور الأم كوظيفة اجتماعية بما يلغي التمييز ضد المرأة.⁴

وتناول الجزء الثاني حقوق المرأة السياسية ومشاركتها في الحياة العامة للبلد، فأوجبت على الدول الأطراف كفالة حق المرأة في التصويت في الانتخابات وأهليتها للترشيح فيها وشغلها للوظائف العامة الحكومية ومشاركتها في المنظمات والجمعيات غير الحكومية⁵ المهتمة بالحياة العامة والسياسية في البلد وإعطائها فرصة لتمثيل بلدها على المستوى الدولي، كما تضمن هذا الجزء كفالة لحقها في الجنسية واكتسابها أو تغييرها أو الاحتفاظ بها كما هو الحال مع الرجل مع منحها حقاً متساوياً فيما يتعلق بجنسية أطفالها.

¹ تحفظت أكثر الدول العربية على بعض مواد الاتفاقية وخاصة المواد (7,9,515,16,29) والخاصة بالقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية والحياة العامة، وقضية منح الجنسية للزوج أو الأطفال، والمساواة بين الرجل والمرأة في الكرامة الإنسانية والحقوق والواجبات في ظل التمييز الإيجابي الذي أقرته الشريعة الإسلامية والشرائع السماوية الأخرى، والتشريعات والمواثيق النافذة لصالح المرأة. وكانت معظم الحجج المقدمة لتبرير هذه التحفظات أن هذه المواد تتنافى مع الشريعة الإسلامية أو مع الأنظمة الداخلية. راجع في ذلك د.نواف كنعان، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، مرجع سبق ذكره، ص 230.

² د.سهيل حسين الفتلاوي، موسوعة القانون الدولي 3 وحقوق الإنسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 259.

³ المادة (1) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979.

⁴ المادة (2) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979.

⁵ المادة (7) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979.

أما الجزء الثالث فتناول المساواة بينها وبين الرجل في مجال التربية والتعليم¹ وفي ميدان العمل² (نفس فرص العمل، الحق في اختيار نوعه، الحق في الترقية والتدريب، الحق في اجر مساو، الحق في الضمان الاجتماعي). وحضرت الاتفاقية في هذا الجزء فصل المرأة العاملة بسبب حملها أو منحها إجازة الأمومة، مع فرض جزاءات على المخالفين، وجعلت نظام إجازة الأمومة مدفوعة الأجر حقاً للمرأة مع ضرورة توفير خدمات مساندة للمرأة العاملة.

كما تطرق هذا الجزء لمساواة المرأة مع الرجل في ميدان الرعاية الصحية وخاصة فيما يتعلق بالحمل والولادة، وفي مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية كحقها في الحصول على القروض المصرفية والرهون العقارية وحقها في الاشتراك في الأنشطة الرياضية، والحياة الثقافية³ للبلد مع ايلاء الاتفاقية اهتماماً خاصاً بوضع المرأة الريفية.

وفي الجزء الرابع اعترفت الاتفاقية بمساواة الرجل مع المرأة أمام القانون وخاصة في المجال المدني فيما يخص إبرام العقود وإدارة الممتلكات وحرية اختيار مكان السكن والإقامة.⁴

كما أقرت الاتفاقية للمرأة حقوقاً متساوية مع الرجل في كافة الأمور المتعلقة بالزواج كالحق في عقد الزواج وحرية اختيار الزوج ونفس الحقوق والمسئوليات أثناء الزواج وعند فسخه ونفس الحقوق والمسئوليات في الأمور المتعلقة بالأطفال. وان كانت المادة المتعلقة بهذا الجانب⁵ قد لقيت معارضةً ونقداً شديدين من طرف الدول الإسلامية، حيث اعترضت على استخدام لفظ "نفس الحقوق" الواردة في نصها بدلاً من لفظ "حقوقاً متساوية" كذلك تحفظت هذه الدول على الحق في عقد الزواج دون أية موانع وذلك لتعارضه مع أحكام قطعية في الدين الإسلامي تحرم زواج المسلمة من غير المسلم لاعتبارات تتعلق بالنظام العام للمجتمع، كما اعترضت على تساوي حق الزوج والزوجة في الميراث عند انحلال الزواج بالموت بسبب تعارضه مع توزيع الميراث كما أقرته الشريعة الإسلامية.

ولإيجاد آلية مراقبة مستقلة لتطبيق هذه الاتفاقية _ الأمر الذي تفتقده الاتفاقيات السابقة _ أنشأت الاتفاقية في الجزء الخامس منها لجنة للقضاء على التمييز ضد المرأة (CEDAW)، وتشكل من ثلاثة وعشرين خبيراً من ذوي المكانة الخلقية الرفيعة والكفاءة العالية مع تمثيلهم عند انتخابهم التوزيع الجغرافي وكافة النظم القانونية الرئيسية والحضارات الإنسانية، ومدة العضوية أربع سنوات، وتلتزم الدول الأطراف بتقديم تقرير عما اتخذته من تدابير تشريعية وقضائية وإدارية من اجل تنفيذ بنود وأحكام الاتفاقية وذلك مرة كل أربع سنوات على الأقل أو كلما طلبت اللجنة ذلك. وتقوم اللجنة بإصدار تقرير سنوي عن أعمالها وتقدم مقترحات وتوصيات عامة إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة.

وفي الجزء السادس الذي تناول الأحكام الختامية أكدت الاتفاقية على أن أحكامها لا تمس الأحكام الواردة في التشريعات الوطنية أو الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والتي تعتبر أكثر تحقيقاً للمساواة بين الرجل والمرأة. كما أجازت للدول من التحفظ على بعض أحكامها عند التصديق أو الانضمام إليها.

¹ المادة (10) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979.

² المادة (11) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979.

³ المادة (13) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979.

⁴ المادة (15) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979.

⁵ المادة (16) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979.

ومن ابرز ما افرزه العمل على تطبيق هذه الاتفاقية صدور البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية والمعروف بروتوكول 2000¹، الذي يعتبر خطوة متقدمة في متابعة تطبيق الاتفاقية من خلال اللجنة الخاصة بالقضاء على كافة أشكال العنف ضد المرأة المختصة بتلقي التبليغات الخاصة بانتهاك حقوق المرأة. إذ أكدت هذه اللجنة من خلال متابعتها لأوضاع النساء في العالم أن المرأة لا تزال تمثل أكثر الفقراء في العالم حيث أن 70% ممن هم تحت خط الفقر في العالم هن من النساء، وأكثر الأميين من النساء، وأكثر اللاجئين في العالم من النساء، ومعظم من يقدم ضدهم العنف الجسدي هن من النساء، وأكثر ما يساق ويباع في سوق الدعارة العالمي هن من النساء، ولا يزال العنف المباشر أو غير المباشر يمارس ضد المرأة أينما وجدت.²

كما لا تزال كافة قوانين حماية النساء في مثل هذه الظاهرة وهذا ما يعكس صورة قائمة على الصعيد الدولي العام لحماية حقوق النساء، فالمواثيق الدولية في هذا المجال لا زالت غير معمول بها في كافة أنحاء العالم، ولا تزال محدودة الانتشار وسط النخب الاجتماعية، مما يتطلب تفعيل هذه المواثيق، لأنها هي الدرع الواقي للمرأة للاستفادة منها وقت الحاجة.³

بالرغم من الأمم المتحدة عقدت أربعة مؤتمرات علمية متتالية أطلق عليها جميعاً مؤتمر السكان والتنمية، الأول كان في رومانيا 1974، والمؤتمر الثاني كان في المكسيك عام 1984، وأطلق عليه المؤتمر الدولي للسكان، وصدر عنه إعلان المكسيك بخصوص المساواة بين الرجال والنساء، ويوصي الإعلان ويطلب من جميع الدول ومنظمة الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة بتكريس جهودها لإقامة مجتمع عادل يستطيع الرجال والنساء والأطفال العيش فيه بكرامة وحرية وعدل ورفاهية. وعقد المؤتمر الثالث في القاهرة عام 1994 تحت اسم المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، وكان هدف هذا المؤتمر إبراز الصلة المباشرة بين الصحة الإيجابية للمرأة وبين حقوق الإنسان، ومن ثم كان في موقع الصدارة في المؤتمر في المؤتمر الموضوعات المتعلقة بالمرأة والطفل، وعقد المؤتمر الرابع في بكين عام 1995، وتبنى وضع المرأة على المستوى الوطني والإقليمي والدولي في القرن المقبل، واهتم المؤتمر بموضوعات الفقر والتعليم والصحة والعنف ضد النساء وآثار النزاعات المسلحة أو غيرها من أنواع النزاعات على النساء، وناقش المؤتمر مسألة الممارسات التقليدية التي تؤثر في صحة النساء وبشكل خاص العنف باعتباره انتهاكاً لما للمرأة من حقوق الإنسان.⁴

وشارت خلافات كثيرة بين الدول الأعضاء المشاركين في كل من مؤتمري القاهرة وبكين حول عدة مصطلحات وردت في هذين المؤتمرين هي :

¹ البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 4 الدورة الرابعة والخمسون تاريخ 9 أكتوبر 1999، تاريخ بدء النفاذ 22 ديسمبر 2000، وفقاً لأحكام المادة 16.

² عرفت المادة الأولى من الإعلان العالمي بشأن القضاء على كافة مظاهر العنف ضد المرأة الصادر عام 1993 العنف ضد المرأة بأنه: " أي فعل عنيف تدفع إليه عصبية الجنس يترتب أو يرجح أن يترتب عليه أذى أو معاناة، سواء من الناحية الجسدية أو الجنسية أو النفسية، بما في ذلك التهديد بأفعال من هذا القبيل أو القسر أو الحرمان التعسفي من الحرية. سواء حدث ذلك في الحياة العامة أم الخاصة.

³ راجع: أعمال الندوة الإقليمية حول سبل تفعيل القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، المنعقدة في بيروت في الفترة من 26-27 يناير 2004، تحرير: د. نيفين مسعد، منشورات المنظمة العربية لحقوق الإنسان.

⁴ د. جوديت ج. غردام، النساء وحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، دراسات في القانون الدولي الإنساني، دار المستقبل العربي، القاهرة، ط 1، 2000، ص 180

- مصطلح الصحة الإنجابية Reproductive health، وهي تتعلق بالأُمومة وصحة المرأة من حيث التغذية الصحيحة للحامل والولادة والنفاس وكذلك الإرضاع الطبيعي وصحة المرأة المرضعة، وبالطبع تحديد النسل.

- مصطلح حرية الحياة غير النمطية Orientation Sexual Freedom، وظهر في مؤتمر بكين ورفض عدد كبير من الوفود المشاركة هذا المصطلح لأنه يعني الشذوذ الجنسي.

- مصطلح تمكين المرأة Women Empowerment، وهو أن إعطاء مزيد من القوة للمرأة، يعني مستوىً عالياً من التحكم، وإمكانية التعبير والسماع لها، والقدرة على الاختيارات الاجتماعية المؤثرة والتأثير في كل القرارات المجتمعية، وليس فقط في المناطق الاجتماعية المقبولة كمكان للمرأة، والاعتراف بها واحترامها كمواطن متساو وكيان إنساني مع الآخرين.

- مصطلح "الجندر" Gender، وكان سبق أن ظهر في مؤتمر القاهرة وهو يفيد نوع الجنس، لكنه لم يثر أي مشكلة وقتها لعدم الانتباه له لصعوبة تعريفه، فعرفه البعض بأنه الجنس البيولوجي، وعرفته منظمة الصحة العالمية بأنه يفيد وصف الخصائص التي يحملها الرجل والمرأة كصفات مركبة لا علاقة لها بالاختلافات العضوية.¹

وتبقى الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979، والبروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية والمعروف ببروتوكول 2000 الأداة الرئيسية في وقتنا الحاضر لتصنيف حقوق المرأة بشكل شامل ومُلزم للأطراف الموقعة عليها كونها تُعد أول معاهدة دولية تندد بالتمييز - سواء النصوص أو الأفعال التي لها تأثير تمييزي ضد المرأة في جميع المجالات: كالعامل والصحة والتعليم والائتمان والأسرة - وتعتبر انتهاكاً لحقوق الإنسان، وهو ما يجعلها أهم أداة دولية للدفاع عن حقوق المرأة القانونية والثقافية والإنجابية والاقتصادية.

المبحث الثاني: حقوق المرأة في الاتفاقيات ذات الطابع الإقليمي:

يوجد إلى جانب المواثيق العالمية لحقوق الإنسان مواثيق إقليمية تخاطب نطاقاً إقليمياً محددًا أو مجموعة جغرافية خاصة غالباً مل يجمعهما جامع ثقافي متميز. وهناك أسباب عدة تبرر لجوء الجماعات الإقليمية إلى التنظيم القانوني الدولي لمسائل حقوق الإنسان من أهمها: رغبة المجموعات الإقليمية في التأكيد على الحقوق والحريات المنصوص عليها في المواثيق العالمية وإكسابها طابعاً إلزامياً إقليمياً أكثر إلزامية مما هو منصوص عليه في المواثيق الدولية، وتضمن هذه المواثيق الإقليمية حقوقاً جديدة لم تتضمنها المواثيق العالمية، استجابةً لاعتبارات الخصوصية الثقافية الإقليمية، ورغبة المجموعات الإقليمية في وضع آليات للرقابة أكثر فعالية على المستوى الإقليمي، وتتضمن هذه المواثيق الإقليمية مبادئ حقوق الإنسان محل الحماية التي تتفق في مجملها مع المبادئ والمعايير الدولية وان عكست خصوصية كل مجموعة إقليمية بالتركيز على أنواع معينة من الحقوق، كما تنص أيضاً على آليات الحماية التي تتبع للتعامل مع انتهاكات حقوق الإنسان في الدول المعنية. ومن أهم هذه المواثيق الإقليمية لحقوق الإنسان: الاتفاقيات الأوروبية لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان وواجباته. واللذان خصصنا لهم المطلب الأول في حين خصص المطلب الثاني للحديث عن الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، والميثاقين العربي والإسلامي لحقوق الإنسان.

¹ د.نبى القاطري، المرأة في منظومة الأمم المتحدة رؤية إسلامية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 2006، ص125.

المطلب الأول : الاتفاقيات الأوروبية والأمريكية لحقوق الإنسان :

تعتبر الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أول اتفاقية إقليمية عامة لحقوق الإنسان، وهي صادرة عن المجلس الأوروبي المكون من مجموعة دول أوروبا الغربية، وقد نشأ هذا المجلس بناءً على "معاهدة لندن" عام 1949.¹

ويشمل اختصاص هذا المجلس كل الشؤون الأوروبية فيما عدا الجانب العسكري وذلك بهدف تحقيق رفاهية الإنسان الأوروبي، وبناءً على هذا، وقع أعضاء المجلس عام 1950 على اتفاق فيما بينهم لحماية حقوق الإنسان، عرف فيما بعد بإسم "الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان" وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ عام 1953.²

وتعتبر هذه الاتفاقية تكراراً لما هو موجود في الدساتير والإعلانات العالمية لحقوق الإنسان، والجديد فيها، هو إسباغ الصفة القانونية على ما تضمنته من حقوق، وجعل احترامها محل رقابة ومتابعة، وهذه الرقابة والمتابعة تتم عن طريق ثلاثة أجهزة هي :

اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ولجنة الوزراء في مجلس أوروبا، وتعتبر الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وبرتوكولاتها بمثابة التنظيم الشامل لحماية الحقوق الإنسانية، ولكنها ليست التنظيم الكامل لها، إذ تكملها العديد من الاتفاقيات الأوروبية المنعقدة في ظل مجلس أوروبا لتنظيم مجالات محددة من الحقوق، مثل "الميثاق الاجتماعي الأوروبي" المبرم في تورنتو بإيطاليا في 18 أكتوبر 1961، والاتفاقية الأوروبية لمنع التعذيب والمعاملة أو العقوبة غير الإنسانية أو المهينة" المبرمة في ستراسبورج في 26 نوفمبر 1987، فضلاً عن سلسلة طويلة من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية تكفلها اتفاقيات باريس عام 1951، وروما عام 1957، المنشئة للجماعة الأوروبية والمنظمة لها.³

وتضمنت الاتفاقية أهم الحقوق والحريات الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ولم تحدد قائمة هذه الحقوق، إلا أنها حاولت تفادي تلك النقص وقامت بتعديل الميثاق بموجب مجموعة من البروتوكولات التي ألحقت بالاتفاقية في مراحل لاحقة ابتداءً من البروتوكول الأول لاتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة 1953 وانتهاءً بالبروتوكول رقم 12 للاتفاقية ذاتها لعام 2000.⁴

استهلت الاتفاقية ديباجتها بالإشارة إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، كما لم يتردد مجلس أوروبا في أن يجعل هذا الإعلان نموذجاً يأخذ عنه ويهتدي به، فجاءت الاتفاقية في كثير من موادها نقلاً عن الإعلان، إلا أن هذه الاتفاقية تتميز بميزتين جوهريتين هما : انه يتمتع بالحقوق الواردة بها أي شخص طالما كان يخضع للقضاء الداخلي لأية دولة عضو،

¹ يجب أن لا يكون هناك اختلاط بين المجلس الأوروبي وبين مجلس الاتحاد الأوروبي أو مجلس أوروبا، الاتحاد الأوروبي ليس طرفاً في الاتفاقية وليس له دور في إدارة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

² تم التوقيع على هذه الاتفاقية في مدينة (روما) من قبل الدول الأعضاء في المجلس الأوروبي في 4/11/1950 ودخلت حيز التنفيذ في 3/9/1953، حيث أوجبت على الدول الأعضاء الالتزام بتطبيق مبادئ حقوق الإنسان وهي الحقوق نفسها الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وألحق بهذه الاتفاقية إحدى عشر بروتوكولاً منذ عام 1953 إلى 1994، تضمنت أحكاماً إضافية للاتفاقية، وكذلك تعديلاً في بعض موادها، وقد دخلت هذه البروتوكولات من (1-9) حيز التنفيذ، أما البروتوكولين الآخرين لم يدخل حيز التنفيذ- راجع في ذلك، د.نواف كنعان، حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص123.

³ د.محمد قدرى حسن، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، الأفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، 2011، ص116.

⁴ د.زايد علي زايد الغواري، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص235.

وفي الممارسة العملية أحرزت الاتفاقية بالفعل تقدماً كبيراً في تطوير احترام الحكومات لحقوق الإنسان. كما أعطت الاتفاقية للفرد الحق في اللجوء للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.¹

وجديرٌ بالقول في هذا المقام، انه تستطيع المنظمات الإنسانية والخيرية كمنظمات غير حكومية أن تستفيد من الآلية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان بفضل ما تضمنه المادة 34 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والتي تنص على ما يلي: "يجوز اللجوء إلى المحكمة لأي شخص طبيعي، أو لأية منظمة غير حكومية أو لأية مجموعة من الأفراد تدعي بأنها ضحية انتهاك احد الأطراف السامية المتعاقدة للحقوق التي تعترف بها الاتفاقية وبروتوكولاتها. وتتعهد الأطراف السامية المتعاقدة ألا تعرقل بأية وسيلة الممارسات الفعلية لهذا الحق. وقد كرست هذه الاتفاقية الأوروبية جزئها الثاني (المواد من 19-51) للبحث في تأليف هذه المحكمة وصلحاياتها واختصاصاتها ونشاطاتها.²

ويمكن إجمال الحقوق والحريات الأساسية للإنسان المكفولة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وبروتوكولاتها كحق الإنسان في الحياة، الحق في الحرية والأمن، الحق في قضاء عادل، الحق في احترام الحياة الخاصة والأسرية والمسكن والمراسلات، الحق في حرية الفكر والعقيدة والديانة، الحق في حرية التعبير، الحق في حرية الاجتماع وتكوين الجمعيات، بما في ذلك الحق في الانضمام إلى النقابات، الحق في الزواج وتكوين الأسرة، المساواة في الحقوق والواجبات بين الزوجين، الحق في الملكية، الحقوق المتعلقة في التعليم، الحقوق الانتخابية، الحق في حرية التنقل واختيار مكان الإقامة، الحق في ترك أي بلد بما في ذلك بلده، منع التعذيب والعقوبات أو المعاملة غير الإنسانية أو المهينة، منع عقوبة الإعدام، منع الرق والعبودية والعمل الشاق، عدم رجعية القوانين العقابية، عدم طرد أو ترحيل الرعايا، عدم الطرد الجماعي للأجانب.

وهذه الحقوق جميعها تعتبر ملكاً للأسرة الأوروبية في مجموعها، وتعتبر من النظام العام الأوروبي بحيث يحق لأي دولة أوروبية عضو في الاتفاقية أن تتهم دولة أوروبية أخرى بانتهاك حقوق الإنسان حتى ولو لم يكن للدولة الأولى أي رعايا انتهكت حقوقهم، فالديمقراطية والحقوق الإنسانية حق للجميع ومسؤولية الجميع في الدول الأوروبية، ويمكن إثارة مسؤولية أي حكومة أوروبية أمام أجهزة الرقابة الأوروبية من جانب أي حكومة أوروبية أخرى، بل يمكن إثارة مسؤولية الحكومة الأوروبية من جانب الفرد الذي يعيش في الدولة الأوروبية حتى ولو لم يكن من رعاياها.³

وبالرغم من أن هذه الاتفاقية أوردت نصوصاً عامة بخصوص الحقوق والحريات إلا أنها كفلت في مادتها الأولى حق التمتع بالحقوق والحريات المحددة فيها لكل إنسان يخضع لنظامها القانوني، ونصت على حق الزواج للرجل والمرأة متى بلغ أي منهما سن الزواج دون تحديده تاركة الأمر للقوانين الوطنية. وأوردت الاتفاقية في المادة الرابعة عشر منها حكماً بعدم جواز التمييز في ممارسة هذه الحقوق والحريات على أساس الجنس، وجاءت الاتفاقية خلواً من نصوص تحكم موضوع الجنسية وخصوصاً بالنسبة للمرأة المتزوجة وكذلك بالنسبة لحقوق الأمومة والمرأة العاملة.

ويبقى المؤشر الرئيسي على حيوية وفعالية الآليات الأوروبية لحماية حقوق الإنسان يتجلى بعدد القضايا المطروحة عليها، إذ وصل عدد الدعاوى المقدمة إلى هذه الآليات في بداية عام 2004 حوالي 65,000 شكوى، كما ارتفع عدد الدول الأعضاء في مجلس أوروبا منذ عام 1990 ليصل إلى الضعف، أي حوالي 47 دولة وهذا يعني أن 800 مليون شخص يمكنهم تجميع دعاوى أمام الآليات الأوروبية، ولكن عملية التوسيع لمجلس أوروبا ربما كانت عقب أخيل

¹ د.محمد قدرى حسن، حقوق الإنسان وحرياته، مرجع سابق، ص117.

² د.زايد علي زايد الغواري، مرجع سابق، ص241.

³ الشافعي محمد بشير، مرجع سابق، ص63.

المعاهدة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، فقد اظهر تقرير لمجلس أوروبا صدر في عام 2007 أن أربع دول من دول أوروبا الشرقية وهي روسيا، رومانيا، أوكرانيا، بولندا، بالإضافة إلى تركيا. تتصدر 59% من القضايا المرفوعة إلى المحكمة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان.¹ وقد أشار تقرير سابق عن المحكمة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان أن معظم انتهاكات حقوق الإنسان الخطيرة، مثل: إنهاء حق الحياة بطريقة تعسفية، والإفراط في استخدام القوة في أجهزة الدولة والتعذيب والاعتقال غير القانوني، تأتي كلها من روسيا بالإضافة إلى تركيا.²

هذا التطور يجعل من المحكمة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان شبيهاً بالمحكمة الأمريكية لحماية حقوق الإنسان ابتداءً من عام 1979 حين كانت تعمل في بيئة جيو إستراتيجية غير صديقة لحقوق الإنسان.³

أما الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان وواجباته،⁴ والتي اشتملت على 82 مادة أقرت ما يزيد على أربع وعشرين حقاً من حقوق الإنسان. يتصدرها التزام الدول باحترام الحقوق والحريات المنصوص عليها في بنود هذه الاتفاقية، وتتضمن الاتفاقية تقنياً شاملاً لحقوق وواجبات الفرد في ضوء الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، كما ألزمت الاتفاقية الدول الأعضاء الموقعة باحترام حقوق الإنسان الواردة في الاتفاقيات والحريات المنصوص عليها والثابتة لكل المنطوقين تحت ولايتها بدون تمايز بسبب العرق أو الدين أو اللغة أو الجنس أو الآراء أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي.⁵ وطلبت من الدول الموقعة بتعديل قوانينها ونظمها لتتوافق مع الاتفاقية. ولقد ناقشت الاتفاقية بشكل تفصيلي الحقوق المدنية والسياسية، وتناولت الحقوق الاقتصادية والثقافية. ومن الخصائص التي ميزت الاتفاقية الأمريكية عن غيرها أنها قامت بتحديد سبل ووسائل ضمان حقوق الإنسان والحماية الدولية لحقوق الإنسان، والتي تتمثل في اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان والمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان، وقد طورت اللجنة الأمريكية اختصاصاتها عبر ثلاث إجراءات: نظام التقارير، لجان التحقيق، والنظر في الشكاوي.⁶ حيث كرست الاتفاقية الأمريكية نوعين من الشكاوي التي تقدم إلى اللجنة الأمريكية: شكاوي الأفراد⁷ وشكاوي الدول.⁸

وتنفرد الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان بجعل الشكاوي الفردية ضد الدول أمام اللجنة إجبارية، فبمجرد أن تُصدّق دولة على الاتفاقية الأمريكية، فإنها تقبل بصورة اتوماتيكية شكاوي الفرد.⁹ أما اللجنة الأمريكية وبالمقابل يشترط في شكاوي دولة ضد دولة أن تتفق الدولتان على اختصاص اللجنة.¹⁰ وتوجد شروط للشكاوي أمام اللجنة الأمريكية وأول هذه الشروط هو أن يستنفذ الفرد الشاكي الوسائل القضائية الداخلية في الدولة المشتكى عليها ولا

¹ European court of human rights, Annuel, report, 2007, p.136.

² European court of human rights, Annuel, report, 2006, pp.59-61.p63.

³ CAVALLARO, j. and BREWER E. Reevaluating regional human rights litigation in the 21 century, The case of the Inter – American court, A.j.i.L, Vol102, 2008, pp768-827.

⁴ تم التوقيع على هذه الاتفاقية في مدينة (سان خوسيه) بكوستاريكا في 1969/11/22، ودخلت إلى حيز النفاذ في 1979/7/18، وحتى يوليو 1998، بلغ عدد الدول الأطراف فيها 25 دولة من بين الخمس والثلاثين الأعضاء في المنظمة المذكورة.

⁵ محمود شريف بسيوني، الوثائق المعنية بحقوق الإنسان، دار الشروق، القاهرة، 2003، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، ص 27.

⁶ C GROSSMAN. Proposals to strengthen the Inter- American system of protection of human rights, G.Y.I.L, 1989, pp264-275.

⁷ المادة (41) من الاتفاقية الأمريكية.

⁸ المادة (45) من الاتفاقية المذكورة.

⁹ المادة (44) من الاتفاقية المذكورة.

¹⁰ المادة (45) من الاتفاقية المذكورة.

بد من انقضاء مدة زمنية قدرها ستة شهور على صدور الحكم النهائي من أعلى جهاز قضائي في الدولة المشتكى عليها.¹

أما المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان والتي تتكون من سبعة قضاة يعينون من قبل الجمعية العامة لمنظمة الدول الأمريكية ولمدة ستة سنوات، وينعقد اختصاصان للمحكمة: اختصاص قضائي وآخر استشاري، وفي إطار الاختصاص القضائي لا تستطيع اللجنة الأمريكية والدول الأعضاء في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان إحالة نزاع إلى المحكمة ولكي تستطيع الدولة إحالة الشكاوي أمام المحكمة الأمريكية لا بد من أن تعترف باختصاص المحكمة للنظر في هذه الشكاوي ويظهر انه من أصل 25 دولة عضواً في الاتفاقية اعترفت 21 منها باختصاص المحكمة، ولا يملك الأفراد الحق في إحالة قضايا إلى المحكمة الأمريكية، ولكن منذ أن قامت المحكمة في 24 نوفمبر 2000 بتغيير قواعدها الإجرائية، فإنه يتم إشراك الأفراد العاديين بشكل أكثر في المرافعات أمام المحكمة. ويشمل اختصاص المحكمة كل الحالات المتعلقة بتفسير وتطبيق الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان التي تعرضت على المحكمة.² ولا تنظر المحكمة في القضايا إلا بعد أن تنظر فيها اللجنة الأمريكية لحماية حقوق الإنسان، والأحكام الصادرة عن المحكمة تكون نهائية وغير قابلة للاستئناف ويجب على الدول أن تتعهد بتنفيذ أحكام المحكمة.³ وتعتبر الأحكام الصادرة عن المحكمة بمثابة أحكام تقرن بالأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية وتُنفذ حسب قوانين الدولة التي يطلب منها التنفيذ. وفي بداية العام 2000 أصدرت المحكمة 61 حكماً قضائياً تتعلق باستثناءات مبدئية، جوهر النزاع، إصلاح ضرر، تفسير، ومنذ عام 2004 إلى عام 2007، قامت المحكمة الأمريكية بإصدار 14 حكماً قضائياً سنوياً في قضايا تتعلق بحقوق الإنسان.⁴

ومن خلال قراءة متأنية للاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان ترى أن كافة أجهزة منظمة الدول الأمريكية تستطيع أن تطلب آراء استشارية من المحكمة، كما يمكن للدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية أن تطلب آراء استشارية من المحكمة لمعرفة تجانس قوانينها مع الاتفاقية الأمريكية، أو أية معاهدة أمريكية أخرى لحماية حقوق الإنسان.⁵ وتختص المحكمة عبر الآراء الاستشارية بتفسير الاتفاقيات الأمريكية لحقوق الإنسان،⁶ وقد فسرت المحكمة الأمريكية عبر آرائها الاستشارية هذه المعاهدات لتشمل المعاهدة الأمريكية لمناهضة التعذيب والتي أبرمت في 9 ديسمبر 1985 والمعاهدة الأمريكية حول الاختفاء القسري للأشخاص والمهورة في 9 يونيو 1994 والمعاهدة الأمريكية لمعاقبة العنف ضد المرأة المبرمة بتاريخ 9 يونيو 1994، وأيضاً البنود المتعلقة بحقوق الإنسان والموجودة في ميثاق منظمة الدول الأمريكية.

وبالرغم من أن المحكمة قد أعلنت أن التصريح العالمي لحقوق الإنسان لا يشكل معاهدة دولية، إلا أن المحكمة أصدرت رأياً جاء فيه أن التصريح هو تفسير مآذون لميثاق الدول الأمريكية والاتفاقية الأمريكية لحماية حقوق الإنسان، بالإضافة إلى أن الاتفاقية نصت على عدد من الحقوق لم تكن قد ذكرت في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أو البروتوكولات المضافة بها، مثل الحق في عدم الخضوع للرقابة المسبقة على حرية الفكر والتعبير، والاعتراف بجميع الأطفال بمن فيهم الذين يولدون خارج نطاق الرابطة الزوجية، وبحق كل فرد في جنسية وحقه في جنسية الدولة التي

¹ الفقرة (1) من المادة (46) من الاتفاقية المذكورة.

² الفقرة (3) من المادة (62) من الاتفاقية الأمريكية.

³ المادة (68) من الاتفاقية الأمريكية.

⁴ CAVALLARO.J. BREWER E. opcite, pp781-782

⁵ الفقرة (2) من المادة (46) من الاتفاقية الأمريكية.

⁶ الفقرة (1) من المادة (46) من الاتفاقية الأمريكية.

يولد فيها إذا لم يكن له الحق في التمتع بجنسية أخرى والحق في اللجوء مع عدم السماح بأبعاد الأجنبي إلى بلد آخر إذا كان حقه في الحياة قد يتعرض للخطر بسبب جنسه أو جنسيته أو دينه أو وضعه الاجتماعي أو آرائه السياسية، فضلاً عن حظر الرق والحق في احترام الخصوصية وحرية الاعتقاد والديانة والحق في اسم.¹

فقد جاءت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، أكثر شمولاً وأوسع نطاقاً في تناولها لحقوق الإنسان بصفة عامة وحقوق المرأة بصفة خاصة، وهذا ما يلاحظ من خلال المادة الأولى التي تنص على احترام الدول الموقعة للحقوق والحريات لكل الأشخاص الخاضعين لولايتها القانونية دون تمييز بسبب الجنس، كما أوضحت في نفس المادة أن كلمة إنسان أو شخص ترد في نصوصها تعني كل كائن بشري، وكفلت بشكل أساسي الحقوق المدنية والسياسية للأفراد وهي كذلك التي وردت في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وأفردت الاتفاقية الأمريكية مادة لحقوق الأسرة،² فيما يتعلق بتكوينها وحق الرجال والنساء في الزواج متى بلغوا سن الزواج التي تحدده القوانين المحلية، مع اشتراط رضا الطرفين رضاً كاملاً لانعقاد الزواج، ووجوب ضمان مساواة الزوجين في الحقوق والمسئوليات عند الزواج وخلال فترة الزواج وعند انحلاله، كما أكدت على الحق في الجنسية³ مع عدم جواز حرمان أحد منها بصورة تعسفية أو حقه في تغييرها وإذا كانت الاتفاقية الأمريكية تتشابه مع الاتفاقية الأوروبية بتضمنها أجهزة لضمان تنفيذ ما ورد من حقوق وحريات إلا أنه يؤخذ عليهما عدم النص على الحقوق الجماعية وبصفة خاصة الحق في تقرير المصير. ويلاحظ أن الاتفاقية الأمريكية سارت على نفس مناهج الاتفاقية الأوروبية، ومن جانب آخر لم تحض الاتفاقية بقبول كبير من جانب الدول الأمريكية، فهناك عدد من الدول لم يصدق عليها وفي مقدمتهم الولايات المتحدة الأمريكية وكندا، ولم يصدق عليها سوى 25 دولة من إجمالي 35 دولة عضوه بالمنظمة.

المطلب الثاني : الاتفاقيات الإقليمية الأخرى :

ستحدث في هذا المطلب عن حقوق المرأة في الميثاق الأفريقي والميثاق العربي وأخيراً الميثاق الإسلامي مبتدئين الحديث عن الميثاق الأفريقي.

لقد اجتمعت منظمة الوحدة الأفريقية⁴ في 18/6/1981، بنيروبي حيث صدر الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب ودخل حيز النفاذ في 21/10/1986، حيث بلغ عدد الدول الأعضاء فيه (53) دولة وهم جميع الدول الأفريقية. ويعتبر هذا الميثاق من أبرز المواثيق الإقليمية في مجال حقوق الإنسان، وهو ثمرة عمل دءوب للناشطين الأفارقة في مجال حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وقد جاء الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان معبراً عن الرؤية الأفريقية الخاصة لهذه القضايا، حيث شرع الميثاق في ديباجته بالإشارة إلى ميثاق الوحدة الأفريقية ومنظمة الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان باعتبارها إنجازات تاريخية ومصادر استلهمت البشرية وحفظته إلى مثل هذه المواثيق ومنها الميثاق الأفريقي والتأكيد عليها.⁵

¹ المادة (18) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.

² المادة (17) من الاتفاقية الأمريكية.

³ المادة (20) من الاتفاقية الأمريكية.

⁴ استبدل اسم المنظمة في إعلان سرت، صدر عن المنظمة في 9/9/1999، وفي شهر يوليو سنة 2001 قرر مؤتمر رؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الأفريقية المنعقد في لوساكا عاصمة زامبيا الانتقال من منظمة الوحدة الأفريقية إلى الاتحاد الأفريقي.

⁵ قادري عبد العزيز، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية، المحتويات والآليات، الجزائر، دارهومة، 2002، ص 131

ويتألف هذا الميثاق من (68) مادة تقدم فهماً أفريقيًا متقدماً لحقوق الإنسان يستند إلى كافة المواثيق والعهود الدولية، ويعكس طموحات وآمال الدول الأفريقية ورغبتها في التغلب على مشكلاتها المعقدة، ويجمع بين الحاجات المحددة والقيم الكامنة في الثقافات الأفريقية وبين المعايير المعترف بصحتها عالمياً، حيث ركز على حقوق الشعوب الأفريقية في الاستقلال وتصفية قواعد العدوان العسكرية الأجنبية، واعتبار الحقوق المدنية والسياسية مرتبطة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وينقسم الميثاق إلى ثلاثة أقسام رئيسية هي: الحقوق والواجبات، تدابير الحماية، وأحكام عامة أخرى. وفي القسم الأول: نص الميثاق على: حق كل فرد في الحرية والأمن وأنه لا يجوز القبض بصورة تعسفية على احد بتهمة جنائية أو اعتقاله بصورة تعسفية لأسباب أخرى (م6)، وحماية حقوق المرأة والأسرة (م2)، وحق كل فرد في المحاكمة العادلة خلال فترة زمنية معقولة وافترض البراءة حتى يثبت غير ذلك من خلال الإجراءات الصحيحة في المحكمة (م7)، وحق كل فرد في أن ينتقل بحرية داخل وطنه (م12)، وفي القسم الثاني: حدد الميثاق تدابير الحماية، وكيفية اتخاذ هذه التدابير من خلال لجنة متخصصة تمثل الدول الأعضاء وتنتخب سراً (المواد من 3 - 44)، وفي القسم الثالث: حدد الميثاق الأحكام الأخرى الخاصة بعمل لجنة حقوق الإنسان الأفريقية والتواصل بين الدول الأعضاء في الميثاق (المواد 45 - 59).¹ وبالنسبة للجزء الأخير من الاتفاقية وهي المواد من (60 - 36) تضمنت المبادئ التي تطبقها اللجنة والتقارير التي تقدمها الدول الأفريقية إلى اللجنة حول ما اتخذته من تدابير تشريعية وغيرها من اجل تنفيذ أحكام الميثاق.²

والجزء الثالث يضم المواد من 64 إلى 65، وهي الخاصة بالمسائل الإجرائية التي يتولاها الأمين العام للمنظمة. وقد انبثق عن الميثاق الأفريقي اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب كآلية تختص بتلقي التقارير الدورية للدول الأعضاء ومناقشتها وفحص الشكاوي وإصدار التوصيات اللازمة بشأنها، وقد توجت الجهود الأفريقية لمواكبة التطور العالمي بإصدار بروتوكول ملحق بالميثاق الأفريقي لإنشاء المحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان ودخل حيز التنفيذ في يناير 2004،³ حيث بدأت المحكمة الأفريقية أعمالها في أديس أبابا - إثيوبيا، في نوفمبر 2006 والتي تتكون من 11 قاضياً من مواطني الدول أعضاء منظمة الوحدة الأفريقية الذين يتم انتخابهم بصورة شخصية من ضمن القضاة الذين يتحلون بالأخلاقيات العالية والمهارات والكفاءة والخبرة العملية والقضائية والأكاديمية المعترف بها في مجال حقوق الإنسان، ويتم انتخابهم لمدة ست سنوات، ويجوز إعادة انتخابهم مرة واحدة فقط، وتنتهي مدة أربع قضاة من المنتخبين الانتخاب الأول في نهاية سنتين وتنتهي مدة أربعة قضاة آخرين في نهاية أربع سنوات.⁴ وقد باشرت المحكمة في صدور أول أحكامها بتاريخ 25 مارس 2011، بشأن الوضع الليبي، حيث حكمت المحكمة بالإجماع بان تقوم ليبيا بوضع حداً للإجراءات التي تتسبب في الخسائر في الأرواح أو انتهاك "السلامة البدنية" لأي فرد في خرق للقانون الدولي الإنساني، واعتبرت أن الحكم مُلزم على ليبيا، ويجب عليها أن ترجع على المحكمة خلال 15 يوماً بالخطوات التي اتخذتها لتنفيذ الحكم.

وبالرغم من أن الميثاق شمل اعترافاً بتمتع كل شخص بالحقوق والحريات العامة دون أي تمييز بسبب الجنس.

¹ راجع: دليل إلى الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، منشورات منظمة العفو الدولية، 1991، ص: 11 و 12.

² د. زكريا المصيرين، حقوق الإنسان، دار الكتب الجامعية، مصر، 2006، ص 46.

³ الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 77.

⁴ المادة (14) من البروتوكول.

وان ركز الميثاق في المادة 3/18 على ضرورة القضاء على كل تمييز ضد المرأة، وكفالة حقوقها على نحو ما هو منصوص عليه في الإعلانات والاتفاقيات الدولية، حيث جعل الميثاق الأفريقي ما سبقه من اتفاقيات وإعلانات بخصوص حقوق المرأة وحمايتها مُلزماً للأطراف الموقعة عليه. إلا أن يؤخذ عليه ضعف الصياغة القانونية فيما تحمله من أوجه الالتزام على الحكومات الأفريقية إزاء موضوعات حقوق الإنسان إضافةً إلى أن الحقوق تعوزها الدقة والوضوح مما يؤثر على فعالية أجهزة الرقابة، لكن الميثاق في حد ذاته يعتبر إنجازاً عظيماً لأفريقيا التي تسيطر على معظم دولها النظم العسكرية. وبمقارنته مع الاتفاقية الأوروبية أو الأمريكية من حيث التدرج في القوة إذ تحتل الاتفاقية الأوروبية المرتبة الأولى، فهي أقواها تنظيماً بما تتضمنه من وسائل تطبيق موادها من خلال لجنة حقوق الإنسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وحق الفرد في تقديم الشكوى ضد الحكومة في جو أوروبي عام، يشجع على احترام حقوق الإنسان احتراماً فعلياً تدعن فيه السلطات لسيادة القانون وقرارات وأحكام لجنة ومحكمة حقوق الإنسان الأوروبية.¹

أما الميثاق العربي لحقوق الإنسان،² فقد صدر قرار من مجلس الجامعة العربية بالموافقة عليه بتاريخ 15/9/1994، وخضع بعدها إلى تعديل عام 2004، والذي اعتمد من قبل القمة العربية السادسة عشر التي استضافتها تونس بتاريخ 23 مايو 2004، واشتمل الميثاق على 53 مادة، وردت فيه إشارات مهمة إلى الأمة العربية وقيمها السامية النبيلة ومبادئ الدين الإسلامي الحنيف والديانات السماوية الأخرى، ووردت فيه إشارات أيضاً عن جميع موثيق حقوق الإنسان العالمية والإقليمية، وباعتبار أن العنصرية والصهيونية تشكلان انتهاكاً لحقوق الإنسان. وفي 15 مارس 2008،³ دخل الميثاق العربي لحقوق الإنسان حيز التنفيذ بعد مصادقة سبع دول عليه.⁴ ومجمل بنود الميثاق تناولت فكرة الحقوق والعدالة، ووجوب عدم إنقاص غياب أي حق من حقوق الإنسان المنصوص عليها في المواثيق الدولية، وكذلك اعتبر الميثاق منسجماً مع مبادئ الدين الإسلامي الحنيف، ونجح في ثبات القيم والمبادئ الإسلامية وخصوصية المجتمع العربي المتناسك والمحافظ على قيمه، ومنسجماً في نفس الوقت مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان.

وقد نصت مواد الميثاق على مجموعة من الحقوق والحريات هي: لكافة الشعوب الحق في تقرير المصير والسيطرة على ثرواتها ومواردها الطبيعية ولها استناداً لهذا الحق أن تقرر بحرية نخط كيانها السياسي وان تواصل بحرية تنميتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. (المادة 2) وان تتعهد كل دولة طرف في هذا الميثاق بان تكفل لكل إنسان موجود على أراضيها وخاضع لسلطتها حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة فيه دون أي تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر دون أي تفرقة بين الرجال والنساء (المادة 3).⁵

وبالتالي ترسيخ المبدأ القاضي بان جميع حقوق الإنسان حقوق عالمية وغير قابلة للتجزئة ومتراصة ومتشابكة. لذلك نرى أن الفقرة الثالثة من المادة الثالثة قد نصت على تساوي الجميع في الكرامة الإنسانية رجالاً ونساءً وفي الحقوق والواجبات، في ظل التمييز الايجابي الذي أقرته الشريعة الإسلامية والشرائع السماوية الأخرى، التشريعات والقوانين النافذة لصالح المرأة. وتأتي المادة الرابعة لتحدث عن حالات الطوارئ الاستثنائية وعلى القيود المفروضة

¹ د. الشافعي محمد بشير، مرجع سابق، ص 72.

² د. نواف كنعان، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والديساتير العربية، مرجع سابق، ص 128.

³ د. زايد علي زايد الغواري، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والديساتير العربية، مرجع سابق، ص 255.

⁴ الدول التي صادقت على الميثاق وهي: الأردن، لبنان، البحرين، سوريا، فلسطين، ليبيا، الإمارات العربية المتحدة.

⁵ د. محمد قدرى حسن، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، مرجع سابق، ص 126.

على تلك الحالات. وتقرر المادة الخامسة أن الحق في الحياة حق ملازم لكل شخص، وهذا الحق يكفله القانون ويحميه ويحضر حرمان احد من حياته تعسفاً، وحضر عقوبة الإعدام إلا في الجنايات التي تتسم بالخطورة والعنف.¹

وإذا كان لا بد حسب التشريعات النافذة لبعض التشريعات فان تنفيذها يستلزم حكماً نهائياً وباتاً وأحقية طلب العفو من قبل المحكوم عليه بهذه العقوبة أو طلب استبدالها بعقوبة اخف، مع مراعاة عدم تنفيذ العقوبة على من هم دون سن الثامنة عشر،² وعدم جواز تنفيذ حكم الإعدام على امرأة حامل حتى تضع حملها، والحال يسري أيضاً على المرضع حتى مضي عامين أي بعد انقضاء عامين على تاريخ الولادة، وفي كل الأحوال تغلب مصلحة الرضيع.³ وتنص المادة 8 بحظر تعذيب أي شخص. وتعد ممارسة التعذيب جريمة يعاقب عليها لا تسقط بالتقادم. كما نصت المادة 13 بأنه " لكل شخص الحق في محاكمة عادلة.⁴

وفي مجال الحقوق السياسية عد الميثاق الشعب مصدر السلطات، وافر الأهلية السياسية حق لكل مواطن وضمن حق المقيم وحق الشخص بالتنقل والمغادرة وعدم جواز نفيه من بلده وحق منحه اللجوء السياسي، وعدم جواز إسقاط الجنسية، وضمان حرية العقيدة، وممارسة الشعائر الدينية، حرية التجمع، حق العمل، الوظائف العامة، تشكيل النقابات العامة، حق التعليم، حرية الرأي والتعبير، وحماية حقوق الأقليات.⁵

وأنشأ الميثاق لجنة خبراء حقوق الإنسان، والتي تتكون من سبعة أعضاء يُنتخبون بالاقتراع السري من بين مرشحي الدول الأعضاء أطراف الميثاق، وتقوم الدول الأطراف بتقديم تقارير إلى هذه اللجنة وتكون عبارة عن تقرير أولي بعد سنة من تاريخ نفاذ الميثاق، وتقارير دورية كل ثلاث سنوات، وتقارير تتضمن إجابات الدول عن استفسارات اللجنة، وتدرس اللجنة التقارير التي تقدمها الدول الأعضاء الأطراف في الميثاق، وترفع تقريرها مشفوعاً بآراء الدول وملاحظاتها إلى اللجنة الدائمة لحقوق الإنسان في الجامعة العربية.⁶

ويلاحظ من استعراض أحكام الميثاق العربي لحقوق الإنسان انه يخلو من النص على بعض الحقوق مثل حقوق المرأة والقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. كما أن الميثاق يخلو من الآليات والأجهزة الرقابية والاكتفاء بالتأكيد على ما تضمنته المواثيق الدولية لحقوق الإنسان وهذا يتطلب إنشاء اللجنة العربية لحقوق الإنسان والحكمة العربية لحقوق الإنسان وذلك على غرار الوضع القائم بالنسبة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي أنشئت طبقاً للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية حتى يتمكن الأفراد من تقديم شكاوهم ضد الانتهاكات التي تمارس ضدهم من أي دولة طرف في الميثاق،⁷ وإضافةً إلى ضعف آلية الحماية ووجهة انتقادات أخرى أهمها أن الميثاق لا يرقى إلى مستوى المعايير والضمانات الواردة في الإعلان العالمي والعهدين الدوليين للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والمدنية والسياسية أو حتى بأنظمة الحماية الإقليمية الأخرى لحقوق الإنسان. كما أن الميثاق يعطي للحكومات العربية حق التحلل من كل الحقوق المنصوص عليها، حيث يجيز فرض قيود على الحقوق والحريات بما

¹ المادة (6) من الميثاق

² البند 1 من المادة (7) من الميثاق.

³ البند 2 من المادة (7) من الميثاق.

⁴ د.زايد علي زايد الغواري، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدرساتير العربية، مرجع سابق، ص 257.

⁵ دنواف كنعان، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدرساتير العربية، مرجع سابق، ص 129.

⁶ د.محمد قدرى حسن، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، مرجع سابق، ص 127.

⁷ دنواف كنعان، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدرساتير العربية، مرجع سابق، ص 131.

ينص عليه القانون في حالات الطوارئ¹، ولم يتضمن الميثاق تعهد الدول الأطراف باتخاذ الإجراءات التشريعية لإقرار ما ورد به من حقوق على غرار ما هو معمول به في نظيره الأفريقي أو المواثيق الأخرى، ومن بين الانتقادات التي وجهت للميثاق أيضاً ذلك التعتيم الشديد واستخدام ألفاظ وتعبيرات غير واضحة وغير محددة على غرار النظام العام، الصحة العامة، الأمن والاقتصاد الوطنيين، مما يعطي الدول والحكومات هامشاً واسعاً للتهرب من تنفيذ التزاماتها واحترام الميثاق بسبب هذه المبررات.²

أما فيما يخص الميثاق الإسلامي لحقوق الإنسان³، والذي تضمن ديباجة وخمسة وعشرون مادة حول حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وقد جاء في ديباجته التي تضمنت إرشادات عامة للدول الأعضاء في مجالات حقوق الإنسان، إيماناً بأن الحقوق الأساسية، والحرية العامة في الإسلام جزء من دين المسلمين، لا يملك احد بشكل مبدئي تعطيلها كلياً أو جزئياً أو حرقها أو تجاهلها في أحكام إلهية تكليفية أنزل الله بها كتبه، وبعث بها خاتم رسله وتم ما جاءت به الرسائل السماوية، وأصبحت رعايتها عبادة وإهمالها أو العدوان عليها منكر في الدين، وكل إنسان مسئول بمفرده والأمة مسئولة عنها بالتضامن، فان الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي تأسيساً على ذلك تعلن إصدار هذا الميثاق.⁴

وقد نص الميثاق في مادته الأولى على أن البشر جميعاً أسرة واحدة، وأن الخلق كلهم عباد الله. وأن أحبهم إليه أنفعهم لعياله، وأنه لا فضل لأحدٍ منهم على الآخر إلا بالتقوى والعمل الصالح. وأشارت المادة (19/أ) إلى أن الناس سواسية أمام الشرع يستوي في ذلك الحاكم والمحكوم، وأكدت المادة (19/ب) على أن حق اللجوء إلى القضاء مكفول للجميع، ونصت المادة (17) على حق كل إنسان في أن يعيش في بيئة نظيفة من المفاسد والأوبئة الأخلاقية وتمكنه من بناء ذاته معنوياً، وإن على المجتمع والدولة أن يوفر له هذا الحق. وأكدت المادة (12) على حق كل إنسان في حرية التنقل واختيار محل إقامته داخل بلاده أو خارجها وذلك في إطار الشريعة الإسلامية.

وحظر الميثاق في المادة (20) جواز تعريض الإنسان للتعذيب البدني أو النفسي أو لأي نوع من المعاملات المذلة أو القاسية أو النافية للكرامة الإنسانية، كما لا يجوز سن القوانين الاستثنائية التي تحول ذلك للسلطات التنفيذية كما حظرت المادة (20) في مقدمتها القبض على أي إنسان أو تقييد حريته أو نفيه أو عقابه بغير موجب شرعي، وأضافت المادة (19) أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته بمحاكمة عادلة تؤمن له فيها كل الضمانات الكفيلة بالدفاع عنه، وإن المسؤولية في أساسها شخصية وانه لا جريمة ولا عقوبة إلا بموجب أحكام شرعية. وأوضحت المادة (20) أن كل الحقوق والحرية المقررة في هذا الميثاق مقيدة بأحكام الشريعة الإسلامية، وأكدت المادة (25) أن الشريعة الإسلامية هي المرجع الوحيد لتفسير أو توضيح أي مادة من مواد الميثاق.⁵

ويتميز الميثاق الإسلامي لحقوق الإنسان بعدة سمات أهمها: اهتمامه بالتأكيد على الاستقلالية عن الغرب وإظهار إصرار المسلمين على التمايز والندية بسبب خصوصية نصوصهم وشخصيتهم. وتأكيد على اقتران الحقوق الفكرية

¹ المادة (4) من الميثاق.

² د.زايد علي زايد الغواري، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والديساتير العربية، مرجع سابق، ص 258.

³ صدر هذا الميثاق بموجب إعلان القاهرة عن حقوق الإنسان في الإسلام الصادر عن المؤتمر الإسلامي التاسع عشر لوزراء الخارجية الذي عقد في الفترة من 31 يوليو- 4 أغسطس 1990.

⁴ نشأت منظمة المؤتمر الإسلامي عام 1970، بقرار صادر عن القمة التاريخية في الرباط بتاريخ 25 سبتمبر 1969، رداً على جريمة إحراق المسجد الأقصى في القدس المحتلة، وهي منظمة حكومية أنشئت على أسس دينية وتضم في عضويتها حالياً (57) دولة. وتعتبر ثاني أكبر منظمة حكومية دولية بعد الأمم المتحدة. وكان عدد الدول الموقعة عليها 25 وهم الأعضاء المؤسسين.

⁵ د.نواف كنعان، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والديساتير العربية، مرجع سابق، ص 132.

والسياسية بالحقوق الاجتماعية والثقافية وربطه بين حق الفرد وحق المجتمع والروابط الأسرية، حيث أوضح أن حقوق الإنسان الشاملة في الإسلام هي ضمان للفرد والأسرة والجماعة والدولة على السواء، وجعله إحقاق الحق واجباً على صاحب الحق نفسه، كما هو واجب على الذي عليه الحق.¹

والملاحظ على الميثاق الإسلامي لحقوق الإنسان شأنه شأن البيان الإسلامي العالمي لحقوق الإنسان،² والمستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية، وإن إقرار هذه الحقوق هو المدخل الصحيح لإقامة مجتمع إسلامي حقيقي فيه الناس سواء، والمساواة فيه أساس التمتع بالحقوق، والتكليف بالواجبات، ويرى في الأسرة نواة المجتمع ويحوطها بحمايته وتكريمه، وكل فرد فيه هو ضمير مجتمعه، ومجتمع يرفض كل ألوان الطغيان ويضمن لكل فرد فيه الأمن، الحرية، الكرامة، والعدالة. فبالرغم من الإقرار بالمساواة بين الرجل والمرأة في الكرامة والحقوق والواجبات إلا أن المادة (25) من الميثاق تؤكد على أن الشريعة الإسلامية هي المرجع الوحيد لتفسير أو توضيح أي مادة من مواد الميثاق. مع العلم بان الشريعة الإسلامية تقرر التمييز الإيجابي بين الرجل والمرأة، والتمييز الإيجابي (Affirmative Action) هو مفهوم جديد في مجال حقوق الإنسان، بدأ يطبق في الستينات في الولايات المتحدة، ويعني مجموعة الإجراءات التمييزية المتخذة بهدف تعزيز وإصلاح الأوضاع الهشة لفئة تعيش ضحية تمييز، أو تهميش ظروف تاريخية، أو اجتماعية، أو اقتصادية (السود، النساء، الأقليات،...). والمعاملة الإمتيازية التي تمنح لهذه الفئات تكون محدودة ومؤقتة لتعويضها عن السياسات التمييزية التي مورست ضدها. وليست هناك على المستوى الدولي أية آليات دولية تقرر بالتمييز الإيجابي بشكل مباشر، لا بل أن الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لتؤكد إمكانية اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة ومؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة وتحقيق التكافؤ بينهما في الفرص والمعاملات.³

الخاتمة :

لقد حظيت حقوق المرأة باهتمام عالمي، سواء من قبل القانون الدولي العام أو الاتفاقيات الدولية والإقليمية، أو الإعلانات العالمية لحقوق الإنسان، كما تضح لنا أن حقوق المرأة ليست حقوقاً منعزلة عن حقوق الإنسان على اعتبار أن المرأة في الحقيقة ليست كائناً منعزلاً عن مجتمعه. وحقوق المرأة في الحقيقة ليست حقوقاً خاصة، وإنما هو إقرار المجتمع الدولي بمساواة المرأة بالرجل في التمتع بحقوق الإنسان التي أقرتها المواثيق الدولية، بدءاً من ميثاق الأمم المتحدة 1945، الذي تضمن مبدأ المساواة بين الرجال والنساء في الحقوق وكذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، واتفاقية الحقوق السياسية للمرأة 1952 التي ساوت بين المرأة والرجل، كما ضمن العهدين الدوليين للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والحقوق المدنية والسياسية 1966 مساواة الذكور والإناث في حق التمتع بالحقوق، كما أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979 تعد من أهم الاتفاقيات الدولية التي نظمت حقوق المرأة وهي اتفاقية شاملة لجميع حقوق المرأة، وتعد أساساً للاتفاقيات الأخرى.

¹ انظر: د. محمد عبد المتوكل، حقوق الإنسان العربي- الإسلام وحقوق الإنسان- المستقبل العربي، عدد (17) الصادر عن مركز دراسات الوحدة العربية، 1999، ص 160-161.

² صدر في باريس بتاريخ 19 سبتمبر 1981، ويمثل جهداً طيباً لكبار مفكري العالم الإسلامي وقادة الحركة الإسلامية الذين اتفقوا على بنود حقوق الإنسان في ذلك البيان المعلن بمناسبة القرن الخامس عشر الهجري، 21 ذي القعدة 1401هـ.

³ انظر: الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في المطلب الثاني من المبحث الأول من هذه الدراسة.

كما أولت الاتفاقيات الإقليمية أهمية لحقوق المرأة، بدءاً من الاتفاقية الأوروبية، وهي الأقوى تنظيمياً بما تضمنته من وسائل التطبيق موادها من خلال لجنة حقوق الإنسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأمريكية التي نصت كذلك على لجنة ومحكمة أمريكية لحقوق الإنسان، لكن ليست لها فعاليتان اللجنتان والمحكمة الأوروبية، ويأتي الميثاق الأفريقي في الدرجة الثالثة بالنسبة للميثاقين الأوروبي والأمريكي، الذي لم يتضمن إنشاء محكمة أفريقية لحقوق الإنسان، فضلاً عن ضعف الصياغة القانونية فيما تحمله من أوجه الالتزام على الحكومات الأفريقية إزاء موضوعات حقوق الإنسان، أما الميثاق العربي الذي وجهت إليه العديد من الانتقادات من حيث مضمون الحقوق التي نص عليها، أو صياغاته العامة والمقتضبة، أو غياب عدد من الحقوق عن نصوصه مثل حقوق المرأة والقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بالإضافة إلى ضعف آلية الحماية الواردة به، كما أنه لا يرقى إلى مستوى المعايير والضمانات الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. أما الميثاق الإسلامي لحقوق الإنسان فقد أكد على اقتران الحقوق الفكرية والسياسية بالحقوق الاجتماعية والثقافية، وربطه بين حق الفرد وحق المجتمع والروابط الأسرية، وأوضح أن حقوق الإنسان الشاملة في الإسلام هي ضمان للفرد والأسرة والجماعة والدولة على السواء، إضافةً لجعله الشريعة الإسلامية هي المرجع الوحيد لتفسير أو توضيح أي مادة من مواد الميثاق.

وبالرغم من أن الشريعة الإسلامية أقرت العديد من الحقوق للمرأة... وسأوت بين الرجل والمرأة في الكرامة الإنسانية والحقوق والواجبات إلا أنها أقرت التمييز الإيجابي بين الرجل والمرأة. لهذا ترى الأسرة الدولية بأن أي نظام يقوم على العدل والإنصاف سيسهم إسهاماً بارزاً في النهوض بالمساواة بين الرجل والمرأة، وفي هذا اعتراف بان إعلان النوايا والتوصيات والرغبات سواء ذات الطابع الدولي أو المحلي الديني أو الاجتماعي. لا تستطيع أن تردع على نحو مقبول ضرورياً من السلوك الإنساني المتجاوز لحد آخر، سواء كان هذا الآخر رجلاً أو امرأة ما لم يتحقق النهوض بالتقدم الاجتماعي والتنمية باعتباره الضامن الأهم لتحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة كما أن العبرة ليست في النص على هذه المساواة وإنما في احترامها والالتزام بتطبيقها على أرض الواقع.

وفي ضوء ما تقدم توصي الدراسة بما يلي :

التوصيات :

1. تفعيل آليات الحماية في المواثيق الدولية والإقليمية لحماية حقوق المرأة.
2. العمل على ضرورة التوفيق بين الاتفاقيات الدولية والإقليمية المصادق عليها والتشريعات الداخلية
3. اتخاذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة. نفس الحق في عقد الزواج، نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل، نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه.
4. نشر ثقافة حقوق المرأة بين الدول وبالأخص في المجتمعات النامية.
5. على المرأة أن توطد علاقاتها بالمنظمات والهيئات والجمعيات النسائية على المستوى المحلي والدولي لتكسب المزيد من الخبرات والاستفادة مما هو مشرق ومفيد في حياة ومناشط المرأة ومن أجل إزالة الحواجز النفسية والوجدانية والاجتماعية والثقافية.

6. الابتعاد عن استخدام المعايير المزدوجة في التعامل مع قضايا حقوق المرأة، وفرض حماية قانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل.
7. إنشاء لجنة للقضاء على التمييز ضد المرأة.

المراجع العربية :

- (1) د. الشافعي، محمد، قانون حقوق الإنسان، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1992.
- (2) د.الشواربي، عبد الحميد، الحقوق السياسية للمرأة في الإسلام مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
- (3) الصادق المهدي، نحو مرجعية إسلامية متجددة، مكتبة الشروق العربية، القاهرة، 2006.
- (4) د.الغواري، زايد علي زايد، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
- (5) د. الفتلاوي، سهيل حسين، موسوعة القانون الدولي 3 وحقوق الإنسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012
- (6) د. القاطرجي، نهى، المرأة في منظومة الأمم المتحدة رؤية إسلامية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 2006.
- (7) د.المصريين، زكريا، حقوق الإنسان، دار الكتب الجامعية، مصر، 2006.
- (8) د.الهيبي، نعمان عطالله، حقوق الإنسان في المواثيق الدولية والدستورية والشريعة الإسلامية، الآفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، 2011.
- (9) د.بسيوني، محمود شريف، الوثائق المعنية بحقوق الإنسان، دار الشروق، القاهرة، 2003، المجلد الثاني، ط1، ص27.
- (10) د.سرحان، محمد عبد العزيز، الإطار القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي، دار الهناء للطباعة، 1987.
- (11) د. شقير، حفيظة، الاتفاقيات الدولية وحقوق المرأة في العالم العربي، المجلد الثالث، دار العلم للملايين، بيروت، 1989.
- (12) د.عبد المتوكل، محمد، حقوق الإنسان العربي، الإسلام وحقوق الإنسان، المستقبل العربي، عدد17، الصادر عن مركز دراسات الوحدة العربية، 1999.
- (13) د.غردام جوديت، النساء وحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، دراسات في القانون الدولي الإنساني، دار المستقبل العربي، القاهرة، ط1، 2000.
- (14) د.قادري ، عبد العزيز، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية، المحتويات والآليات، دار هومه، الجزائر، 2002.
- (15) د.قادري، محمد حسن، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، الآفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، 2011.
- (16) د.كنعان، نواف، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، إثراء للنشر والتوزيع، ط 2، الأردن، 2010.

17) د.مسعد، نيفين، أعمال الندوة الإقليمية حول سبل تفعيل القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، المنعقدة في بيروت في الفترة من 26 إلى 27 يناير، 2004، منشورات المنظمة العربية لحقوق الإنسان.
المراجع الأجنبية :

- 1) CAVALLARO.} . and BREWER E.Reevaluating regional human right litigation in the 21 century, The case of the Inter – American court, A.]I.L,Vol102, 2008,pp768-827.
- 2) C GROSSMAN. Proposals to strengthen the Inter- american system of protection of human rights, G.Y.I.L, 1989, pp264-275.
- 3) European court of human right, Annuel, report, 2006,pp.59-61.p63.
- 4) Haslegrave, Marianna, " women's rights: the road to the millenium" in human Rights. Peter Davies(ed) Routledge, London, 1988,pp.21-30.
- 5) Mckean, Earwick, Equality andDiscrimination under International Law, clarendon Press, Oxford, 1983.p.49.

الاحتمال المعجمي في نصوص التشريع القانوني



9



احمد جاسم سالم. طالب بالدراسات العليا / فرع
اللغة / جامعة ذي قار كلية التربية للعلوم
الانسانية-العراق

من إعداد : فضيلة الأستاذ الدكتور رياض السواد
جامعة ذي قار ، كلية التربية للعلوم الانسانية
قسم اللغة العربية - العراق

مقدمة :

يقوم القانون على عنصرين ، يمثلان معطيات الحياة ، هما العلم والصياغة . فأما العلم فهو المادة التي تمثل
حصيلة ما استخلصه العقل من الروابط الاجتماعية المتطورة ، وأما الصياغة فهي القالب ، الذي تُصبّ فيه تلك
المادة ، التي رُغب في تطبيقها العلمي ، على ساحة التنظيم الاجتماعي والسياسي والاقتصادي للفرد والدولة.

ومن ذلك يتبين أن للقانون جوهرًا وشكلًا . فأما جوهره فهو ما يتضمّنه من أحكام ، يرغب في أن تكون قاعدة
اجتماعية ملزمة ، لا يجوز خرقها . وأما الشكل فهو وسيلته في إيصال هذه الأحكام إلى أيدي من يتولى تطبيقها ، فإذا
كان الجوهر أي المضمون هو الغاية ، التي يسعى إليها ، فإن الشكل هو الوسيلة لهذه الغاية. وهذه الوسيلة هي ألفاظ
اللغة وأدواتها .

وتتسم ألفاظ اللغة هذه بسمة دلالتها على معنى معجمي ، وعادة ما يكون هذا المعنى متعددًا ، فيما إذا اعتمد
اللفظ داخل سياق النص التشريعي ، مما قد يؤدي إلى انحراف في فهم المعنى ، الذي كان المشرع يقصده ، فيتسبب في
أن يطبق النص التشريعي بخلاف ما أريد منه.

من هنا سعى البحث إلى الوقوف على هذا الاحتمال الذي تأخذ اللفظة فيه بأكثر من معنى ، في هذه النصوص ،
وكان ذلك جارياً عبر محورين . في الأول بيننا تمثله على صعيد الاختلاف الدلالي للفظ المتشابه مع آخر في اللفظ ،
وكانا قد اشتقا من جذر معجمي واحد . وفي الثاني ، بيناه من خلال ما يمكن أن تؤديه اللفظة من تعدد ، بوساطة
اكتسابها لمعنى معجمي لاحق ، بفعل ما قد ينتابها من تغير أو تطور مستمرين ، عبر مراحل زمنية ، قدّر لبعض
الألفاظ أن تمرّ بها . نسأل الله التوفيق والسداد

تنفرد اللغة الإنسانية من بين نظم الإتصال الأخرى بكونها قائمة على ثنائية التركيب ، أي إنها تتركب من عنصرين أساسيين : الصوت والمعنى . وجوهر اللغة كامن في فهم طبيعة العلاقة الرابطة بين هذين العنصرين . فاللغة ((أصوات يعبر بها كل قوم عن أغراضهم))⁽¹⁾ . وهي بهذا ليست مجرد أصوات ، تنطلق من فراغ ، بل هي أصوات ترتبط بدلالات⁽²⁾ . لذا يُعدّ إيصال المعنى ، وتحقيق حال الإفهام مقصداً تصبو إليه عملية إصدار الكلام من ناطقيه وكتابه .

فالمعنى هو الغاية التي كمنت وراء تألف مستويات اللغة فيما بينها ، سعياً إلى إيصاله بأيسر مجهود ، مفهوماً ، واضحاً ، بعيداً عن كل ما قد يجعله ينبو عن الأسماع .

وفيما عرف أن اللغة تتكون من مستويات متعددة أولها المستوى الصوتي ، المتمثل بالحرف ، الذي يأخذ بالشروع في أن يتألف مع غيره من حروف اللغة الأخرى ، باعتماد قواعد صوتية قائمة على تحقيق ضروب الإنسجام والتماثل الصوتي ، الذي تميل إليه طبيعة النطق البشري⁽³⁾ ، مكوناً كلمة مكتسبة لمعنى معجمي ، أستقر أصل وضع اللغة على إناطته بها ، ثم لا تلبث تلك الكلمة أن ترتبط ، باعتماد علاقات معجمية مع غيرها من كلمات اللغة ، لتكوّن لنا تركيباً⁽⁴⁾ ، ((مع مراعاة الملائمة بين اللفظ والمعنى من جهة ثانية حتى تتحصّل في الأخير على قراءة مفيدة للمتواليات في الجملة))⁽⁵⁾ ، التي يتركبها إجتماع هذه الكلمات ، خضوعاً لقواعد نحوية ، استحكمت أصولها في نظام تركيب الجمل ، فوضعت كل كلمة موضعها الذي تقتضيه معاني النحو وأحكامه⁽⁶⁾ .

وبهذا يُرى أنّ المعجم جزء من اللغة⁽⁷⁾ ، وأن المعنى المعجمي يقف على جانب هام من جوانب أنظمة تلك اللغة ، تُعبر عنه كلمات معينة تُعدّ خزين بطون معاجم اللغة هذه ، ف((كل كلمة من كلمات اللغة لها دلالات معجمية واجتماعية))⁽⁸⁾ ، نظراً لكون تعابير اللغة ((تقسم على مجموعتين ، تتكون المجموعة الأولى منها من عدد محدد من التعابير المعجمية البسيطة تسمى وحدات معجمية ، وهذه هي التعابير التي نتوقع أن نجد لها مدرجة في المعجم ، فهي تمثل وحدات مفردات اللغة ، والتي من بين أعضائها ستكون المجموعة الثانية ، التعابير المعجمية المركبة والتي تتركب عن طريق القواعد النحوية للغة))⁽⁹⁾ .

ويمثّل الدلالة المعجمية تلك وحدانية المعنى ، وثبوت العلاقة بين الدال والمدلول ، إذ لكل لفظ معنى مركزي ثابت في المحيط الخارجي⁽¹⁰⁾ .

غير أنه من الثابت لدى دارسي اللغة قدماء ومحدثين ((أن من طبيعة المعنى المعجمي أن يكون متعدداً ومحملاً وهاتان الصفتان من صفاته تقود كل منهما إلى الأخرى فإذا تعدد معنى الكلمة المفردة حال انعزالها تعددت احتمالات القصد وتعدد احتمالات القصد يعتبر تعدد في المعنى))⁽¹¹⁾ . ولعل سبب ذلك كامن في أن ((الكلمات التي لا تتضمن إلا معنى واحداً نادرة في اللغة ، وأغلبية الوحدات المعجمية تمتلك أكثر من معنى))⁽¹²⁾ ، وهذا ما يؤكد حقيقة ((أن المعنى الذي يقدمه المعجم عادة هو معنى متعدد وعم ، ويتصف بالاحتمال))⁽¹³⁾ .

ولهذا قد يُرى أن احتمال دلالة اللفظ المعجمي على أكثر من معنى حاصلة في نظام اللغة ، مما أعطى في ذلك شكلاً من أشكال الإحتمال اللغوي ، ((إذ يعتبر تعدد المعنى خاصية من خواص الوحدات المعجمية المنفردة))⁽¹⁴⁾ . وأن الذي يحكم هذا التعدد حال استعمالها ، ما لها من إستعمالات⁽¹⁵⁾ ، ف((معنى الكلمة هو مجمل السياقات التي يمكن أن تنتمي إليها))⁽¹⁶⁾ .

ومن أمثلة ذلك لفظ (الضرب) ، إذ يأتي حاوياً لمعان معجمية عديدة ، يُحددها السياق الذي يرد فيه اللفظ المذكور . فقد تكون بمعنى (السفر) ، نحو قوله تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَيَّنُوا)) [النساء : 94] ، أي ((سافرتُم للغزو))⁽¹⁷⁾ . وقد تكون بمعنى القتل والقطع ، نحو قوله تعالى : ((فَاضْرِبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ وَاضْرِبُوا مِنْهُمْ كُلَّ بَنَانٍ)) [الأنفال : 12] ، أي : قطع الأعناق بقتل المشركين ، وحُصَّت الأعناق والبنان ؛ لأن ضرب الأعناق إتلاف للأجساد ، وضرب البنان يُبطل صلاحية المضروب للقتال⁽¹⁸⁾ . وقد تكون بمعنى (اجعل) ، نحو قوله تعالى : ((وَلَقَدْ أَوْصَيْنَا إِلَى مُوسَى أَنْ أَسْرِ بِعِبَادِي فَاضْرِبْ لَهُمْ طَرِيقًا فِي الْبَحْرِ يَبَسًا لَا تَخَافُ دَرْكًا وَلَا تَخَشَى)) [طه : 77] ، ف ((اضرب لهم)) جاءت هنا بمعنى ((اجعل لهم)) ، من قولهم ضرب له في ماله سهماً ...))⁽¹⁹⁾ ، وغيرها من المعاني المعجمية التي يمكن أن تُفاد من لفظ الضرب ، تبعاً للسياق الذي يرد فيه اللفظ⁽²⁰⁾ .

وعليه تتحدد دلالة اللفظ بما يمكن أن يحيط بالنص من ظروف سياقية ، مرجحة لهذا المعنى أو ذاك ، ((غير أن على الرغم من الدور الذي لعبه السياق أو الحالة أو الوضعية غير اللسانية في تحديد تنوع المعنى لوحدة معجمية إلا أنه يبدو من الأفضل التسليم بأن الكلمة تمتلك عدداً من الافتراضات أو التضمينات الدلالية ؛ يعني إمكانية تحقيق المعاني))⁽²¹⁾ .

ولعل ذلك متأثراً من كون ((الجملة وإن كانت الوحدة المعنوية الدنيا للقول فإن تعدد معناها ينتج من تعدد معاني مكوناتها أي الكلمات والمركبات المؤلفة لها وذلك في سياق ومقام مخصوصين ، فبحثنا تعدد معنى الكلمة والمركب لا يعني البتة أنهما مستقلان عن علاقتهما بسائر مكونات الجملة ، بل على العكس من ذلك سنرى أن معنى الكلمة المعجمي يشمل إضافة إلى دلالاته المعجمية الحاضرة متجسمة في سياق ومقام مخصوصين جميع المعاني المعجمية الأخرى التي يمكن أن تضاف إليه . وهي معان لا يمكن حصرها))⁽²²⁾ .

ولهذا أُختلِف في تحديد دلالة بعض الألفاظ عند ولوجها النص . فمن ذلك الإختلاف الحاصل في تحديد دلالة لفظ (الكتيب) ، المعتمد توظيفه في قوله تعالى : ((يَوْمَ تَرْجُفُ الْأَرْضُ وَالْجِبَالُ وَكَانَتِ الْجِبَالُ كَثِيبًا مَهِيلاً)) [الزمّل : 14] . فقد فسرت بكونها تعني الرمال المتراكم ، مأخوذة من كَثَب الشيء إذا جمعه⁽²³⁾ . وقيل في إحدى تفسيراتها : إنها تعني أن تصير الجبال رملاً سائلاً⁽²⁴⁾ . ومنهم من ذهب إلى أن المراد من اللفظ هنا هو أن تكون الجبال يومئذٍ رملاً مجتمعاً محدوداً⁽²⁵⁾ .

فهذا الحال من الإحتماليات للوحدات المعجمية يُعدّ شكلاً من أشكال الإحتمال اللغوي ، فيما قد ترد فيه ألفاظ اللغة من نصوص . وكان لنصوص التشريع القانوني نصيب من هذا الواقع الإحتمالي ، على مستوى المعنى المعجمي للألفاظ المعتمدة داخل تراكيب نصوصه ، توافرت فيه على صور عديدة ، كان من أهمها شكل الإختلاف الدلالي للفظ ، المشترك مع آخر في الجذر المعجمي ، وشكل آخر يتجسد بتطور دلالة اللفظ المعجمية بإكتسابه ، لدلالات أخرى ، أو فقدانه لدلالته الأصلية ، أو إنتقاله للدلالة على معانٍ بينها وبين الأصل الذي دلّ عليه خيطٌ دلالي ، يلق بالمناسبة والتلاءم . وهذان الشكلان هما :

أولاً : الإختلاف الدلالي :

أدرك اللغويون ومنذ مرحلة متقدمة من مراحل جمع اللغة علاقة اللفظ بالمعنى ، وكيف تكون ، وما الصور والأشكال التي يمكن أن تتخذها هذه العلاقة ، من حيث التعدد في أحد هذين الركنين ، اللذين يمثلان ثنائية التركيب ، التي تقوم على أساس منه قطعة لغوية معينة ، ذات معنى مفهوم ومراد . فقد لاحظوا أن العلاقة تتجسد بوجوه

ثلاثة ، فقد يكون اللفظ واحداً ، والمعنى هو الآخر واحداً ، وقد يكون اللفظ متعدداً ، على الرغم من أن المعنى لا يزال واحداً ، وقد يكون اللفظ واحداً ، والمعنى متعدد .

فهذه هي الأشكال التي تمثل أساليب العرب في مسيرة لغتهم . ولعلّ أقدم نصّ وصلنا ، مجسّداً هذه الحقيقة التي يتخذ فيها اللفظ والمعنى شكلاً أو أشكالاً، ليعبراً بها عن قصد المتكلم قول لسيبويه (180هـ) : ((اعلم أن من كلامهم ، اختلاف اللفظين ، لاختلاف المعنيين ، واختلاف اللفظين والمعنى واحد ، واتفاق اللفظين واختلاف المعنيين))⁽²⁶⁾ .

وبعد ذلك شرع العلماء يأخذون هذا الأساس الذي أدلى به سيبويه ، ويتأويلات عديدة ، ومفاهيم متباينة، وألفت فيه مؤلفات ، ذات المسميات مختلفة تارة ، ومتشابهة تارة أخرى . فمنهم من اكتفى بما قاله سيبويه ، ومنهم من شرع بالتأويل والتفصيل لهذه الأشكال . وقد أكد أبو العباس المبرّد (285هـ) مجاء به سيبويه ، وبألفاظ تكاد تكون ألفاظ سيبويه عينها ، إذ قال : ((من كلامهم اختلاف اللفظين واختلاف المعنيين ، واختلاف اللفظين والمعنى واحد ، واتفاق اللفظين واختلاف المعنيين ...))⁽²⁷⁾ .

ويظهر مما ذكره العلماء أن الشكل الأوّل هو الأصل الذي عليه اللغة ، سواء من خلال تقديمهم إيّاه في الذكر على باقي الوجوه ، أم بالنص صراحة على كونه أكثر الكلام ، فهو الأصل الذي سرت عليه اللغة ، أو كما يجب أن تسري عليه ، هو دلالة لفظ واحد على معنى واحد ، ف ((هو القياس الذي يجب أن تكون عليه الالفاظ ، لأن بذلك تنفصل المعاني ، ولا تلتبس))⁽²⁸⁾ ، لذا رأينا العلماء يعبرون عنه بكونه أكثر كلام العرب⁽²⁹⁾ .

ويمكن أن يتمثّل الإختلاف الدلالي على مستوى واضح من الإتحاد في الجذر المعجمي للألفاظ . فاللغة مجموعة أصوات يعبر بها كل قوم عن أغراضهم . فشكّل الصوت بذلك اللبنة الأساس للغة ، بتألفه مع غيره من أصوات تلك اللغة ، تبعاً لقواعد صوتية ، وإنسجامات لفظية ، مكوّناً بذلك لبنة التركيب ، الكلمة .

فما الكلمة إلا ((ارتباط معنى ما بمجموعة من الأصوات قابل لأن يستعمل استعمالاً نحويّاً ما))⁽³⁰⁾ فكانت بذلك ((اصغر وحدة كلامية قادرة على القيام بدور نطق تام))⁽³¹⁾

ومن الحدّ الأخير للكلمة يُستشفّ أن للكلمة منحىً دلالياً قامت على أساسه المعجمات اللغوية . فالكلمة بهذا المعيار تدل على معنى ما ، ومنحىً شكلي تتجسد به الكلمة كامتداد صوتي محدد ، يحافظ على شكله متى شغل تركيب جملة بوظيفة نحوية .

فللكلمة معايير ثلاثة ، تتمثل باشتغالها على صوت ودلالة ووظيفة نحوية⁽³²⁾ . وعليه ((تعد الكلمة المادة الأساس في المعجم اللغوي))⁽³³⁾ . فما المعجم اللغوي إلّا ((كتاب يضم أكبر عدد من مفردات اللغة مقرونة بشرحها وتفسير معانيها ، على أن تكون المواد مرتبة ترتيباً خاصاً ، إما على حروف الهجاء أو الموضوع والمعجم الكامل هو الذي يضم كل كلمة في اللغة مصحوبة بشرح معناها واشتقاقها وطريقة نطقها وشواهد تُبيّن مواضع استعمالها))⁽³⁴⁾ .

ولابدّ لكل كلمة في نظامها المعجمي من جذر تعود إليه ، يشكّل منطلقاً لشرحها ، وبيان إستعمالاتها ، إذ ((ثمة فكرة مهمة تنبّه لها الخليل بن أحمد عند وضع معجمه العين ؛ وهي أنه ما من كلمة في العربية إلا ولها جذر لغوي ،

أي حروف أصول تتولد عنها ، وبلاشتقاق يتم توليد الكلمات من هذه الجذور ، ولذا فقد نظم الخليل في معجمه المفردات تبعاً لأصولها فقط ، وغضّ البصر عن الحروف الزوائد ((³⁵) .

والجذر عبارة عن أصول من أصوات صامتة ، جرى العرف اللغوي على حقيقة كونه ثلاثياً ، إذ الكلمة في إحدى تصوراتها عبارة عن ((صيغة ذات وظيفة لغوية معينة في تركيب الجملة تقوم بدور وحدة من وحدات المعجم ، وتصلح لأن تُفرد ، أو تُحذف ، أو تحشى ، أو يغير موضعها ، أو يستبدل بها غيرها ، في السياق ؛ وترجع مادتها غالباً إلى أصول ثلاثة ، وقد تلحق بها الزوائد))(³⁶) .

ومن الزوائد يُنطلق بالمادة المعجمية صوب توظيفها لأداء المعنى ، بإعتماد جملة من السوابق ، أو اللواحق ، أو المقحّمات ، التي تصيب ذلك الأصل ، بإعتماد نظام عُرف بالاشتقاق ، إذ ((معرفة الجذر تتصل إتصلاً وثيقاً بالاشتقاق وطرقه في اللغة ، وهو بشكل عام الوسيلة التي تتحقق بها الصلة بين كلمات اللغة ، وهذه الصلة قوامها اشتراك الكلمات في جذر واحد ثابت لا يتغير ، وهو ما يعبر عنه المعجميون باسم الاشتراك في المادة ، حيث يجعلون حروف هذا الجذر مدخلاً إلى شرح معاني ودلالات الكلمات التي ترجع إلى جذر أو أصل واحد ثابت ، هو في الحقيقة يشكل البنية الأساسية للكلمة))(³⁷) .

فدور الإشتقاق كامن في تغييره حركات الجذر الأصلية ، وتبديلها ، فإذا ما تغيرت تلك الحركات تغيراً تبادلياً فيما بينها ، أو تغيراً باستطالة الحركة نفسها ، لتوليد صوت طويل ، يشكل باستطالته حرفاً ، تغيرت على إثر ذلك دلالات الكلمة ، تبعاً لطبيعة التغير تلك (³⁸) .

إذ الإشتقاق عبارة عن نزع لفظ من آخر ، تبعاً لشروط ، منها ملاحظة حروف أحدهما ، مما يقدره العلماء بالفاء والعين واللام في ذلك الآخر ، مع المشاركة في معنى دون معنى.⁽³⁹⁾

وعادة ما يحدث أن يتشابه في الشكل بناءان ، أُشْتُقّا من جذر معجمي واحد ، غير أن اختلافاً في الدلالة بينهما ، يمكن أن تتعدد به دلالة اللفظ ، مما قد يؤدي إلى نشوء الإحتمال في حال التوظيف . ليكون هذا الإختلاف الدلالي شكلاً من الأشكال التي يمكن للإحتمال المعجمي للألفاظ أن يتوافر عليها في بعض نصوص التشريع . ولعل من أمثلة ذلك :

1- يَحُولُ :

مضارع الفعل (حال) ، متأرجح الدلالة المعجمية بين احتمالين : الأول ، أن يكون المراد منه معنى الحيلولة دون إحداث الشيء ، أي المنع والحجب بين الشيئين. قال الأزهري (370 هـ) : ((حال الشيء بين الشيئين يَحُولُ حَوْلًا وتحويلًا . وحال الشيء نفسه يَحُولُ حَوْلًا بمعنيين يكون تغييراً ويكون تحويلاً))(⁴⁰) .

وجاء في اللسان نقلاً عن الليث ((يقال حال الشيء بين الشيئين يَحُولُ حَوْلًا وتحويلًا أي حَجَزَ . ويقال : حُلّت بينه وبين ما يريد حَوْلًا وحؤولًا ... وكل ما حَجَزَ بين اثنين فقد حال بينهما حَوْلًا))(⁴¹) . والثاني : أن يكون بمعنى مرور سنة أو عام على شيء ما . قال الخليل (175 هـ) : ((الحَوْلُ سنة بأسرها . نقول : حال الحَوْلُ ، وهو يَحُولُ حَوْلًا وحؤولًا ، وأحال الشيء إذا أتى عليه حول كامل ... والحائل : كل شيء يتحرك من مكانه ، أو يتحول من موضع إلى موضع ، ومن حال إلى حال ... وناقاة حائل : التي لم تحمل سنة أو أكثر ، حالت تحُول حِيالًا وحؤولًا ...))(⁴²) . وقال

الأزهري : ((الحَوْلُ سنة بأسرها ، نقول حال الحَوْلِ ، وهو يحول حَوْلًا وحَوْلًا ، وأحال الشيء إذا أتى عليه حول كامل))⁽⁴³⁾ .

فكلا المعنيين مناط بدلالة اللفظ في أصالة وضعه المعجمي مع إشتراك كل من البنائين في جذر واحد هو (حول) ، وإختلافهما في المعنى . وهذا ما قد يؤدي إلى أن يعطي لفظ (يحول) كلا الإحتمالين ، حال توظيفه في نص ما . وهو ما قد يلاحظ في سياقية نص إحدى مواد قانون العقوبات الجزائي ، في نصه على ((لا يحول الحكم بالحبس كعقوبة مخففة من أجل جنائية دون الحكم بجرمان الشخص المدان من مباشرة حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في المادة (9) مكرر (1) من القانون . ويجوز الحكم كذلك بالمنع من الإقامة طبقاً للشروط المنصوص عليها في المادتين 12 و 13 من هذا القانون))⁽⁴⁴⁾ . إذ تراوح معنى (لا يحول) في سياقية هذا النص بين ما ذكر للفظ من إحتمال :

الأول : أن يكون المراد منه معنى المنع والحيلولة دون إحداث الشيء . وعندها سيكون المعنى: أنه يجب ألا يحول ، أي ألا يمنع أو ألا يحجب الحكم بالحبس كعقوبة مخففة من أجل جنائية الحكم بجرمان الشخص المدان من مباشرة حق أو أكثر من الحقوق المذكورة في نص المادة التاسعة من هذا القانون⁽⁴⁵⁾ . وهذا المعنى نظير قول النابغة الذبياني :
يوماً ، بأجود منه سبب نافلة *** ولا يحول عطاء اليوم دون غد.⁽⁴⁶⁾

أي : ((إن اعطى اليوم لم يمنعه ذلك أن يعطي في الغد . وأضاف إلى الظرف على السعة ، لأنه ليس حق الظروف أن يضاف إليها))⁽⁴⁷⁾ . والتقدير : ((لا يحول عطاء اليوم دون عطاء غد))⁽⁴⁸⁾ .

وعندها ستكون (دون) بمعنى (بين) ، ظرف مكان موظفاً في نص القانون توظيفاً مجازياً ، إذ من معناه أن يكون بمعنى (بين) ، نقول : حال القوم دون فلان، أي بينه وبين من يطلبه ، ونحو قوله تعالى : ((وَوَجَدَ مِنْ دُونِهِمْ امْرَأَتَيْنِ تَذُودَانِ)) [القصص : 23]⁽⁴⁹⁾ .

والثاني : أن يكون معنى (لا يحول) ، مأخوذاً هنا من معنى (الحَوْل) نفسه ، أي يجب ألا تمضي سنة على الحكم بالحبس كعقوبة مخففة من أجل جنائية من غير الحكم بجرمان الشخص المدان من مباشرة حق أو أكثر من حقوقه ، المذكورة في نص المادة التاسعة من هذا القانون .

وفي هذه الحال يكون معنى (دون) ، الوارد ذكرها بعد (لا يحول) : من غير . وهو من أهم معانيها . نظير قوله تعالى : ((لَيْسَ لَهَا مِنْ دُونِ اللَّهِ كَاشِفَةٌ)) [النجم : 58] ، أي : ((ليس لها غير الله كاشفة))⁽⁵⁰⁾ . جاء في المعجم الوسيط أن ((دُونَ : ظَرْفٌ مَكَانٌ مَنْصُوبٌ ، وَهُوَ بِحَسَبِ مَا يُضَافُ إِلَيْهِ ، فَيَكُونُ بِمَعْنَى تَحْتَ ... وَبِمَعْنَى فَوْقَ ... وَبِمَعْنَى خَلْفَ ... وَبِمَعْنَى أَمَامَ ... وَبِمَعْنَى غَيْرَ ...))⁽⁵¹⁾ .

2- أحوال :

صيغة جمع على وزن (أفعال) . فكل إسم على وزن (فَعْل) ، معتل الوسط (أجوف) ، يجمع جمع قلة على وزن (أفعال)⁽⁵²⁾ .

وتكمن إحصائية اللفظ فيما إذا كان المراد منه حالات الشيء وما يكون عليه من هيئة أي جمع (حال) ، أم كان المعنى السنين والأعوام ، أي جمع (حَوْل) . فكل من المفردتين يجمع على (أحوال) .

ففيما يتعلق بإحصائية كون اللفظ جمعاً لـ (حَوْل) ، التي بمعنى السنة ، فذلك ما نصّ عليه الخليل قائلاً : ((الحَوْل سنة بأسرها . نقول حال الحَوْل وهو يحول حَوْلًا وحَوْلًا ، وأحال الشيء إذا أتى عليه حول كامل . ودار مُحيلة : غاب عنها أهلها منذ حول ، وكذلك إذا أتت عليها أحوال))⁽⁵³⁾ . وأكد ابن دريد (321) ذلك بقوله : ((وحال علينا الحَوْل ، إذا أتت علينا سنة ، والجمع أحوال))⁽⁵⁴⁾ . وتابعهما الأزهري بقوله : ((وأحال الشيء إذا أتى عليه حول كامل ، ودار مُحيلة إذا أتت عليها أحوال ... وأرض مستحالة تُركت حَوْلًا وأحوالاً عن الزراعة))⁽⁵⁵⁾ . ونص صاحب اللسان مؤكداً ذلك أيضاً ((الحَوْل : سنة بأسرها ، والجمع أحوالٌ وحَوْلٌ وحَوْلٌ ؛ حكاها سيبويه . وحال عليه الحَوْل حَوْلًا وحَوْلًا : أتى . وأحال الشيء واحتال : أتى عليه حَوْلٌ كامل ... وأحالت الدارُ وأحولتُ وحالتُ وحيل بها : أتى عليها أحوالٌ ...))⁽⁵⁶⁾ .

وأما ما يتعلق بإحصائية كون لفظ أحوال بمعنى الحال ، فهذا ما أكده أهل اللغة وأصحاب معاجمها أيضاً . قال الجوهري (398هـ) : ((والحالة : واحد حال الإنسان وأحواله))⁽⁵⁷⁾ . وتابعه في ذلك ابن منظور (711هـ) بشيء من التفصيل بقوله : ((الحال كينة الإنسان وهو ما كان عليه من خير أو شر ، يُذكر ويؤنث ، والجمع أحوال وأحولة ... يقال حال فلان حسنة وحسنٌ ، والواحدة حالة ، يقال : هو بحالة سوءٍ ، فمن ذكر الحال جمعه أحوالاً ، ومن أنثها جمعه حالات .. الحالة واحد حال الانسان وأحواله .. وحالات الدهر وأحواله صروفه))⁽⁵⁸⁾ .

وبهذا تتضح دلالة لفظ (أحوال) على كلا المعنيين ، فشكّل ذلك وجهاً من وجوه الإحصائية المعجمي للفظه حال إستعمالها في نصّ ما . ولعل منه ما ورد في قانون العقوبات الإماراتي ، عندما نصّ على ((لا يجوز أن توقع التدابير المنصوص عليها في هذا الباب على شخص دون أن يثبت ارتكابه لفعل يعده القانون جريمة وكانت حالته تستدعي تطبيق هذا الإجراء حفاظاً على سلامة المجتمع . وتعتبر حالة المجرم خطرة على المجتمع إذا تبين من أحواله أو ماضيه أو سلوكه أو من ظروف الجريمة وبواعثها أن هناك احتمالاً جدياً لإقدامه على ارتكاب جريمة أخرى))⁽⁵⁹⁾ . فقد وضعت لفظه (أحوال) ضمن سياقية أسهمت في إحصائية أن يكون المراد من اللفظ هنا معنى (الحَوْل) ، وعندها يكون المعنى : إن التدابير في هذا الباب من القانون توقع على الشخص إن تبين من سنواته السابقة أن حاله خطرة على المجتمع بأن كان هناك احتمال جدي لإقدامه على ارتكاب جريمة أخرى . وعندها يجب أن تكون نظرة التبيين هذه شاملة لكل سنين المتهم .

وإحصائية أن يكون المراد منه معنى (الحال) ، أي أن حاله تعدّ خطرة على المجتمع إن تبين من حالاته ما قد يؤدي إلى إحصائية إقدامه على ارتكاب جريمة أخرى . وعندها ستكون نظرة التبيين آنية لسلوكياته خلال هذا الظرف . وكلا الإحصائيتين يُحقق غرض التشريع هنا ، إذ هناك شدة إرتباط وثيقة بين سنوات الشخص وحالاته . إذ ما حالات الشخص إلّا إوضاعه الثابتة والمتقلبة ضمن مراحل سنين حياته ، فتغيّر حالات الشخص إنما يكون بتتابع سنينه . وحال التبيين التي ذكرها المشرّع إنما تكون بما يلاحظ على سلوكيات الفرد خلال سنوات حياته . وهذا ما قد يُسهّل أن تُفهم دلالة لفظ (أحوال) وفقاً للإحصائيتين السابقين . لكن الإحصائية الأولى يخلق إحصائية بضرورة النظر في حالات الشخص في جميع سنواته ، وعلى أساس ذلك تُعدّ حاله خطرة على المجتمع ، تستدعي بذلك ما تتطلبه الإجراءات القانونية . أما على الإحصائية الثانية فحال التبيين يقتصر على ملاحظة حاله في ظرفية إتهامه بالجرم .

3- يَنْظُرُ :

يأتي اللفظ المذكور متضمناً لمعان معجمية عديدة ، منها ما كان حقيقة ، جارياً مجراها ، ومنها ما كان مجازاً ، خارجاً عن أصل إستعماله ، تبعاً لإرتباطات دلالية ، يُشَمُّ منها رائحة المناسبة والتلاءم ، بين الأصل وما خرج عنه .

ومن بين معاني اللفظ التي يأتي مبدياً لها معنى فعل الإبصار لرؤية العين الحسية ، وكذلك معنى التأخير والإنتظار . إذ ((النَّظْرُ : تأمل الشيء بالعين ، وكذلك النَّظْرَانُ بالتحريك . وقد نَظَرْتُ إلى الشيء . والنَّظْرُ : الإنتظار))⁽⁶⁰⁾ وفي اللسان ((النَّظْرُ : حس العين ، نَظَرَهُ يَنْظُرُهُ نَظْرًا وَمَنْظَرًا وَمَنْظَرَةً ونظر إليه . والمنظر: مصدر نَظَرَ ... والنَّظْرُ : الإنتظار . يقال : نَظَرْتُ فلاناً وانتَظَرْتُهُ بمعنى واحد ...))⁽⁶¹⁾

وقد أُعْتَمِدَ اللفظ في نص إحدى مواد دستور جمهورية مصر العربية في إطار سياقي ، يسمح للفظ بإبداء كلا المعنيين ، عندما نصّ الدستور على ما يتعلق بنظر مجلس النواب ، من حيث الإطلاع والدراسة وإتخاذ الإجراء المناسب ، فيما تقدّمه الهيئات المستقلة ، والأجهزة الرقابية من تقارير . فجاء فيه ((تقدم تقارير الهيئات المستقلة والأجهزة الرقابية إلى كل من رئيس الجمهورية ومجلس النواب ومجلس الشورى ، خلال ثلاثين يوماً من تأريخ صدورها . وعلى مجلس النواب أن ينظرها ، ويتخذ الإجراء المناسب حيالها في مدة لا تتجاوز ستة أشهر من تأريخ ورودها إليه . وتنشر هذه التقارير على الرأي العام . وتبلغ الأجهزة الرقابية سلطات التحقيق المختصة بما تكشفه من دلائل على ارتكاب مخالفات أو جرائم . وكل ذلك على النحو الذي ينظمه القانون))⁽⁶²⁾ إذ من الممكن أن تتراوح دلالة الفعل (ينظرها) ، واردة الذكر في نص المادة بين احتمالين :

الأول : أن يكون معناه : يَنْظُرُ فيها ، لأجل بيان واستكناه حقيقتها ودراستها والإطلاع على تفاصيلها ومعرفة شأنها ، وما تحويه ؛ لأن فعل معرفة ما في هذه التقارير من مضمون يستلزم فعل النظر الحسي نفسه . وعندها تأخذ دلالة فعل النظر هنا بكونه يعني تفحص هذه التقارير ، وما تحويه . وهذا الأمر تؤكده حقيقة دلالة اللفظ ؛ لأن ((النَّظْرُ : الفكر في الشيء تُقَدَّرُهُ وتقيسه منك))⁽⁶³⁾ ، و ((النَّظْرُ أيضاً تَقْلِبُ البَصِيرَةَ لإدراك الشيء ورؤيته وقد يُراد به التأمّل والفحص وقد يُراد به المعرفة الحاصلة بعد الفحص ...))⁽⁶⁴⁾ ، وهو في النص يكون بعد إلقاء بصر العين على ما في هذه التقارير . وهذا هو قصد المشرّع بلفظ (ينظرها) في حال الأخذ بهذا الوجه من الإحتمال .

والثاني : أن يكون معنى اللفظ : يؤخّر الإطلاع عليها ، لمعرفة مضمونها ، على أن يتمّ إتخاذ الإجراء المناسب فيها خلال المدة التي ذكرها المشرّع . بمعنى أنّه حال تقديم تلك الهيئات لتقاريرها إلى مجلس النواب ، فعلى المجلس أن يؤخّر مدارسته لهذه التقارير ، دون أن تكون مطالعته لها جارية بشكل سريع ومباشر . وهذا ما قد يُستشفّ في حال إعتداد دلالة الفعل بكونه يعني التأخير والإنتظار .

ولعل من أمثلة دلالة اللفظ وفقاً لهذا الوجه ما جاء في قوله تعالى على لسان إبليس ((قَالَ أَنْظِرْنِي إِلَى يَوْمِ يُبْعَثُونَ)) [الأعراف : 14] ، أي ((أخّرني وأمهلني فلا تمّتني))⁽⁶⁵⁾ . فهذا معنى إستحکم في دلالة لفظ (النَّظْرُ) المعجمية ، ولذا يقال : ((نَظَرَ الرجلَ يَنْظُرُهُ وانتظره وتنظره : تأنى عليه))⁽⁶⁶⁾ . والذي قد يرجح صحة الإحتمال الأول هو مجيء حرف العطف (أو) بعد الفعل (ينظر) ، عاطفاً الفعل (يتخذ) على فعل النظر قبله ، مما قد يُبعد إحتمالية إرادة دلالة اللفظ بمعنى التأخير ، فلو كان قصد المشرّع أن يؤخّر المجلس مدارسته لهذه التقارير ، لعطف بـ (ثم) ، التي تفيد التعقيب مع التراخي⁽⁶⁷⁾ ، بدلاً من العطف بـ (و) التي تفيد مطلق الجمع⁽⁶⁸⁾ ، وعندها سيكون معنى الإجراء هذا هو تلك المدارس وإتخاذ ما يستلزم تبعاً لتلك المدارس .

وأما الذي من الممكن أن يُعصّد صحة الإحتمال الثاني ، فهو تعدي الفعل (ينظر) إلى معموله الهاء دون حرف الجرّ ، مما يُرجح إرادة معنى التأخير والإنتظار ؛ لأن ((العرب لا تقول نَظَرْتُ إلى الشيء بمعنى انتظرته ، وإنما تقول

نَظَرْتُ فلاناً أي انتظرتَه ((69)). فلعل إرادة المعنى هذا هي من كانت وراء الإستغناء عن حرف الجرّ، رغبةً في تحقيق هذا المعنى. نظير قول الخطيبية:

وقد نَظَرْتُكُمْ اعشاءً صادرةً *** للخمسِ طالَ بها حوزي وتُناسي.⁽⁷⁰⁾

فمعنى ((نظرتكم : ارتقتكم))⁽⁷¹⁾.

ثانياً: التطور الدلالي :

يتجسّد شكل تغيّر المعنى المعجمي للفظ واحد فيما ينتابه من تغيّر أو تطور مستمرين ، عبر مراحل زمنية ، تتعرض فيها دلالة الوحدة المعجمية لذلك التغيّر ، فتتقلب دلالتها على إثر ذلك بين رُقيٍّ أو إنحطاط أو إكتساب لدلالة مضافة إلى الأصلية فيها ، لأداء معانٍ أخرى ، على الرغم من أن الأصل كان قد جرى على حقيقة أن يدلّ اللفظ الواحد على معنى واحد ، دون أن يكون هناك أي تعدد في هذين الركنين.⁽⁷²⁾

غير أنه ولما كانت اللغة تمثّل ظاهرة إجتماعية ، شأنها في ذلك شأن أي الظواهر الإجتماعية الأخرى عرضة للتطور والتغيّر ، فإنها والحال هذه خضعت ، ولا تزال لبعض مظاهر الإنحراف في مستواها الدلالي.⁽⁷³⁾ إذ ((إن تغيرات المعنى غالباً ما تكون صدى لتغيرات الميول الإجتماعية ، وإن هذه الميول الإجتماعية ، أوضح في حالة التغيّر الدلالي منها في حالة التغيّر الصوتي))⁽⁷⁴⁾ ، ولذا عدّ الإتجاه الطبيعي للغة اتجاهاً يبعد على نحو من الإطراد عن المركز ؛ لكون اللغة تميل نحو التغيّر بزمانها وعبر مكانها.⁽⁷⁵⁾

وهذه حقيقة لغوية ثابتة ، تخضع لها أنظمة اللغة بمستوياتها ، غير أن المفارقة تكمن في أي مستوى من هذه المستويات أكثر عرضة لذلك التغيّر أو التطور . ويكاد بلحثو اللغة يجمعون على أن التغيّر المصيب لدلالة الوحدات المعجمية يقف في المقدمة ، من حيث كثرة تعرضه للتغيّر المستمر ، موازنةً ببقية المستويات اللغوية الأخرى ؛ لأن ((أهم ظواهر اللغة ترجع إلى ناحيتين رئيسيتين وهما الظواهر المتعلقة بالصوت والظواهر المتعلقة بالدلالة ، وأن كلتا الناحيتين في تطور وتغيّر مستمر))⁽⁷⁶⁾ ، بل أن المستوى الدلالي هو أكثر مستويات اللغة تغيّراً ؛ لأن ((المفردات في حركة دائمة لأنها تتبع الظروف الإجتماعية فتتغير المفردات تبعاً لتغير الظروف الإجتماعية ، يتبعها تغيّر دلالتها ، فتتزع سياقها القديم ، وتلبس سياقاً جديداً يناسب المرحلة والظرف ، وتأثير التغيّر في الجانب الدلالي أكثر من أي جانب من فروع اللغة لارتباط الدلالة بالمعنى والفهم الاجتماعيين))⁽⁷⁷⁾ إذ المعنى عبارة عن علاقة متبادلة بين اللفظ والمدلول ، فأى تغيّر سيؤدي إلى إحداث تغيّر ما في هذه العلاقة الأساسية.⁽⁷⁸⁾

ويتميّز هذا التغيّر الدلالي لألفاظ اللغة بجملة من السمات ، يأتي في مقدمتها ، كون الألفاظ لا تفقد الأصل الدلالي الأول ، الموضوع لها أصالةً في اللغة ، حال تعرضها لذلك التغيّر ، بل تبقى حاملة لكلتا الدلالتين.⁽⁷⁹⁾ ((تنتقل الكلمة من معنى إلى آخر أو تضيف إلى معناها معنى آخر جديد دون أن تترك الأول فتتعدد بذلك المعاني التي تدل عليها))⁽⁸⁰⁾.

أشكال التطور الدلالي :

وبهذا يتخذ اللفظ خلال مسيرة تغيّر معناه المعجمي أشكالاً ثلاثة . فإما أن تُخصّص دلالته ، بعد أن كان ذا مدول عام . ويعني التخصيص أن يضيق مجال دلالة اللفظة ، بأن تتحول من الدلالة على المعنى الكلي إلى الدلالة على المعنى الجزئي ، بحيث يصبح مدلول الكلمة مقصوراً على أشياء أقل عدداً مما كانت تدل عليه الكلمة قبل ذلك.⁽⁸¹⁾ وإما أن تُعمم تلك الدلالة ، بعد المدلول الخاص . كأن يصبح عدد ما تشير إليه الكلمة أكثر من السابق ،

أو يصبح مجال استعمالها أوسع من قبل.⁽⁸²⁾ أو أن ينتقل اللفظ من مجال دلالي معين إلى مجال دلالي آخر.⁽⁸³⁾ فهذه هي الأشكال التي يمكن أن يتخذها تغير معنى اللفظ، ولم تكن هناك إمكانية رابعة في نظر العلماء.⁽⁸⁴⁾

يقول فندريس مؤكداً هذا: ((ترجع أحياناً التغيرات المختلفة التي تصيب الكلمات من حيث المعنى إلى ثلاثة أنواع: التضيق والاتساع والانتقال فهناك تضيق عند الخروج من معنى عام إلى معنى خاص ... وهناك اتساع في الحالة العكسية أي عند الخروج من معنى خاص إلى معنى عام ... وهناك انتقال عندما يتعادل المعنيان أو إذا كانا لا يختلفان من جهة العموم والخصوص)).⁽⁸⁵⁾

عوامل التطور الدلالي:

ولكل شيء عوامل تؤدي إلى إنشائه، وظواهر اللغة حالها كذلك، والمتأمل فيما طرحه العلماء من آراء بهذا الخصوص يرى أن التغير الدلالي ما هو إلا ضرب من ضروب تغير أو تطور اللغة بصفاتها نظاماً. ومن أهم ما يدعو إلى هذه:

1- إنتقال اللغة من السلف إلى الخلف:

وهو ما يمكن أن يتمثل عاملاً إجتماعياً، يتجسد مصداقه بتوافر ((عوامل تتعلق بانتقال اللغة من السلف إلى الخلف. فكثيراً ما ينجم عن هذا الانتقال تغير في معاني المفردات. وذلك أن الجيل اللاحق لا يفهم جميع الكلمات على الوجه الذي يفهمها عليه الجيل السابق))⁽⁸⁶⁾، ومن ثمَّ سرعان ما قد يحدث أن يتغير معنى بعض المفردات بفعل هذا الإنتقال الطبيعي.⁽⁸⁷⁾ فالبهلول قديماً كانت تعني السيّد المجدد الكريم، وهي فيما بعد أُطلقت على المعتوه، الذي لا يدري ماذا يفعل، والغانية هي المرأة التي استغنت بجمالها عن كلِّ وصف، وفيما بعد أُطلقت على المرأة الساقطة خُلُقياً ... الخ.⁽⁸⁸⁾

2- العامل النفسي:

وقد يكون للعوامل النفسية أثر في ذلك التغير الدلالي أيضاً، بأن يحظر إستعمال بعض كلمات اللغة بدلالات، ذات إيجابية مكروهة في نفس الناطقين. وهذا ما يُعرف بـ(اللامساس)، الذي من الممكن أن يحدث في ضوءه أن يكون للمصطلح البديل معنى قديم، ثم تتغير دلالة اللفظ، مما قد يؤدي إلى التحايل في التعبير أو ما يُسمى بالتلطف، عن طريق تخفيف حدة وقع الكلمة في أسماع متلقيها، وبذلك تتغير دلالتها.⁽⁸⁹⁾

فهي أسباب نفسية تتعلق بمجال المتكلم بتلك الألفاظ من حيث قبول الوسط الإجتماعي دلالاتها، بما قد يؤدي إلى إثارة التشاؤم أو التفاؤل، تبعاً للدلالة المفيدة لتلك الألفاظ، وهذا ما قد يدعو إلى تجنب كثير من الألفاظ، التي قد تخذش الحياء أيضاً، فـ((الآداب الاجتماعية والحياء والاشتمزاز والتشاؤم والتفاؤل كلها أسباب نفسية تدعو إلى تجنب كثير من الألفاظ والعدول عنها إلى غيرها ... كبعض أعضاء الانسان وأفعاله وبعض الأمراض ... فقد استعمل العرب البصير للأعمى والسليم للديغ والمفازة للصحراء ...)).⁽⁹⁰⁾

3- ظهور الحاجة :

قد يؤدي تطور المجتمع في نواحي الحياة المتعددة إلى ظهور العديد من المخترعات على جميع صُعد الحياة , مما يستلزم معه ضرورة التعبير عن تلك المستحدثات بكلمات تتمثلها عليها , ((وقد يكون هذا التمثيل عن طريق الاقتراض ... وقد يكون عن طريق صك لفظ جديد على طريقة كلمات هذه اللغة . ويحدث الأخير كثيراً بالنسبة , للمسميات التجارية التي توضع عادة دون نظر لأصلها أو اشتقاقها , وإنما باعتبار سهولة تذكرها وحسن جاذبيتها))⁽⁹¹⁾ وكثيراً ما تتجلى معالم هذا السبب ((عادة على يدي المهويين من أصحاب المهرة في الكلام كالشعراء والأدباء , كما قد تقوم به الجامعات اللغوية أو الهيئات العلمية حين تقود الحاجة إليها))⁽⁹²⁾.

4- التغيير الصوتي :

تجرُّ بعضُ الإحرفات لأصوات اللغة دلالةً بعض الألفاظ نحو التغيير في المدلول , سواء كان ذلك بإكتساب تلك الألفاظ دلالات أخرى إعماماً , أو فقداناً , أو إنحساراً في المدلول , إذ ((ثبات أصوات الكلمة يساعد على ثبات معناها , وتغيرها يذلل أحياناً السبيل إلى غيره))⁽⁹³⁾.

فقولهم : دَعَمَ الشَّيْءَ بِمَعْنَى قَوَّاهُ , وبمعنى دَفَعَهُ وَطَعَنَهُ أَوْ رَمَاهُ بِرَمَحٍ . وأصل دلالة الكلمة بالمعنى الثاني لها هو (دَحَم) , بالخاء , غير أن صوت الخاء هذا ناله التطور , فجُهِرَ , بسبب مجاورته للدال المجهورة , فقلَّب على إثر ذلك إلى نظيره المجهور , وهو العين , فصارت اللفظة (دعم) , فعمَّمت بذلك دلالة اللفظ بأن دلت على أكثر من معنى , بفعل هذا التغيير الصوتي⁽⁹⁴⁾.

5- كثرة الإستعمال :

لكثرة إستعمال اللفظ في بعض ما يدلُّ عليه أثر في تغيير معناه , ((فكثرة استخدام العام مثلاً في بعض ما يدلُّ عليه يزيل مع تقادم العهد عموم معناه , ويقصر مدلوله على الحالات التي شاع فيها استعماله ... فمن ذلك جميع المفردات التي كانت عامة المدلول ثم شاع استعماله في الاسلام في معان خاصة . كالصلاة والحج والصوم وفي مقابل ذلك يمكن أن تكون كثرة استخدام الخاص في معان عامة عن طريق التوسع يزيل مع تقادم العهد خصوص معناه وتكسبه العموم ...))⁽⁹⁵⁾ فالبأس يدل في أصل وضعه على الحرب , ثم كثر إستعماله في كلِّ أمر فيه شدَّة , والورد هو إتيان الماء , ثم صار إتيان كلِّ شيء وُرداً⁽⁹⁶⁾.

وحقيقة هذا الواقع اللغوي من التغيير لدلالة اللفظ قد يصحَّ أن يكون شكلاً لإحتمالية دلالة تلك الألفاظ على أكثر من معنى , حال إستعمالها في سياقية تركيب النص التشريعي , ضمن ظروف سياقية قد تُساعد اللفظ على أن يُسدي بأكثر من معنى في ذلك التركيب , تاركاً النص عرضةً للتقديرات والتأويلات في فهم المقصود منه . لعل منها :

1- المَأْتَم :

المَأْتَمُ في اللغة إسم مكان من ((أَيْمَ بِالْمَكَانِ يَأْتِمُ وَيَأْتُمُ أَيْ تَوَمَّأَ وَمِنْ بَابِ تَعَبَ لُغَةً أَقَامَ وَاسْمُ الْمَصْدَرِ وَالزَّمَانُ وَالْمَكَانُ (مَأْتَمٌ) عَلَى مَفْعَلٍ بَفَتْحِ الْمِيمِ وَالْعَيْنِ وَمِنْهُ قِيلَ لِلنِّسَاءِ يَجْتَمِعْنَ فِي خَيْرٍ أَوْ شَرٍّ (مَأْتَمٌ) مَجَازاً تَسْمِيَةً لِلْحَالِ بِاسْمِ الْمَحَلِّ))⁽⁹⁷⁾.

فالأصل الدلالي للفظة هو معنى الإجتماع ، مأخوذ من الأتم في السقاء ، ((أن تَنفَتِقَ خُرُزَتَانِ فَتَصِيرَانِ وَاحِدَةً ، هذا هو الأصل))⁽⁹⁸⁾.

ولهذا المعنى أشار ابن فارس (395هـ) بقوله : ((الهمزة والتاء والميم يدلُّ على انضمام الشيء بعضه إلى بعض))⁽⁹⁹⁾.

ثم شرعت دلالة اللفظ تُطلق على ((كلِّ مجتمع من رجال أو نساء في حُزن أو فرح))⁽¹⁰⁰⁾ إلّا أن تغييراً لدلالة اللفظ المعجمية كان قد طرأ عليها ، من باب التخصيص الدلالي ، إقتصرت معه الدلالة على ما يُقام من إجتماع النساء للموت فقط ، ف((المأتم في الأصل : مجتمع الرجال والنساء في الغمِّ والفرح ، ثم خصَّ به إجتماع النساء للموت))⁽¹⁰¹⁾.

واستحكمت دلالة الجدة في اللفظة إلى الحدّ الذي كادت معه دلالة الفرح تغيب عنها ، لذا نرى أن ابن قتيبة (276هـ) كان يُخطيء من يظن أن دلالة (المأتم) مقترنة بالمصيبة فقط ، يقول : ((ومن ذلك (المأتم) ، يذهب الناس إلى أنه المصيبة ، ويقولون : كنا في مأتم ، وليس كذلك ، وإنما المأتم النساء يجتمعن في الخير والشر ، والجمع مأتم ، والصواب أن يقولوا : كنا في منحة ...))⁽¹⁰²⁾ . وعليه فتوظيفها ضمن سياقية النص التشريعي ، مفتقرة لقرينة التحديد الدلالي لها ، قد يؤدي إلى إحتمال دلالتها على أكثر من معنى .

ولعل من ذلك ما استعمله مشرّع قانون العقوبات السوري ، في نصه ((من أحدث تشويشاً في المأتم أو حفلات الموتى أو عرقلها بأعمال الشلّة أو التهديد عوقب بالحبس من شهرين إلى سنة))⁽¹⁰³⁾ . فعمل لفظ (المأتم) متأرجح الدلالة هنا بين ما ذكر له من معانٍ معجمية ، فكان في ذلك بين إحتمالين :

الأول : أن يكون المقصود منه مجالس حفلات المسرّات ، أي مجالس حفلات الأفراح ، من نحو أعياد الميلاد والتزويج ، وما شاكل ذلك مما تعارف الناس على كونه مسرّة . كما كان لأصل دلالة اللفظ . وعندها سيُطبق حكم العقوبة المذكور في النص على كلِّ من يُحدث تشويشاً أو عرقله في هذه المجالس .

الثاني : أن يكون المقصود من اللفظ مجالس الحزن فقط ، مما يستلزم بالضرورة الغمِّ والحزن ، فلا يشمل ذلك مجالس الفرح ، أخذاً بما اكتنف معنى اللفظ من تغيير . ومن ثمّ تكون العقوبة لمن يُحدث تشويشاً أو عرقله في تلك المجالس ذات الطابع الحزين دون سواها .

فإذا ما عُرض على القاضي شخص جرمه ارتكاب إعتداء على مجالس الأفراح ، فإن عقوبة النص لا تشملها حينها ، نظراً لكون اللفظ لا يشمل تلك المجالس ، وعليه النظر في عقوبة أخرى ، نصّ عليها القانون أم لا .

ولعل ملمح المفارقة بين الإحتمالين يكمن في طبيعة أهمية كلِّ من المجلسين ، إذ لا شك أن مجالس الأحزان ، سواء تلك التي تتمتع بسمة القداسة ، لإرتباطها بعقائد الطوائف الدينية ، والتي تقيمها تلك الطوائف في مناسبات مختلفة ، أو تلك التي يقيمها الناس لموتاهم ، هي في واقع الحال أكثر حرمة من مجالس الفرح والمسرّات ، وعليه فالتعدي عليها حالة جرم أكبر من حالة جرم الإعتداء على مجالس الأفراح ، لإرتباط الأول بعقائد دينية ، إستقرت نفوس تابعيها على إحترامها وتقديرها ، بصورة أكبر من غيرها ، مما قد يستلزم حالها عقوبة أكبر مما يكون للمجالس

الأخرى . وقد يكون ليس من الصواب أن يساوي المشرع بين حرمة مجالس الأحزان وحرمة مجالس الأفراح , فيما يعتمده من عقوبة , تظل مرتكب التشويش والعرقلة لتلك المجالس.

2- البضاعة :

الأصل المعجمي لدلالة لفظ (البضاعة) مأخوذ من البَضْعِ نفسه , الذي يعني القطع . ف((البَضْعُ , كالمنع : القَطْعُ يقال : بَضَعْتُ اللَّحْمَ أَبْضَعُهُ بَضْعاً : قَطَعْتُهُ ... والبَضْعُ : تقطيع اللحم وجعله بَضْعَةً بَضْعَةً))⁽¹⁰⁴⁾ وبفعل عامل المناسبة أخذت اللفظة بزمام الدلالة على ما يُقْتَطَعُ من المال لأغراض التجارة , فأصبح معنى لفظ ((البضاعة .. قطعة من المال تعدّ للتجارة))⁽¹⁰⁵⁾ وهذا ما قد يُفسّر علة تسمية البضاعة بهذا الإسم , فهي ((إنما سميت .. بضاعة لأنها قطعة من المال تجعل في التجارة))⁽¹⁰⁶⁾ ثم إنتقلت دلالة اللفظ لتشمل السلعة نفسها , ف((البضاعة : السلعة , وأصلها القطعة من المال الذي يُتَجَرَّ فيه, وأصلها من البضع وهو القطع))⁽¹⁰⁷⁾ , إذ من خصائص اللغة أن الشيء يسمى باسم الشيء إن كان مجاوراً له أو من سببه , وبهذا تكون اللفظة قد خضعت لأطوار دلالية ثلاثة.⁽¹⁰⁸⁾ فمن أمثلة دلالتها على المال , ما جاء في قوله تعالى : ((هَذِهِ بَضَاعَتُنَا رَدَّتْ إِلَيْنَا)) [يوسف : 65 , أي ((أنهم لما فتحوا أوعية طعامهم (وجدوا بضاعتهم) التي كانوا أعطوها ثمناً للطعام (ردت إليهم) أي فضلاً))⁽¹⁰⁹⁾ فدلالة اللفظة مستحكمة فيها ضمن مراحل إكتسابها , فإذا ما أعتمدت في النص التشريعي , وضمن سياقية تبيح لها التعدد الدلالي , نشأ عن ذلك إحتمال معجمي , على صعيد المعنى المراد للفظ.

ولعل من هذا ما قد يلاحظ في إحدى مواد قانون العقوبات الجزائري , الناصة على ((كل إخلال بالنظم المتعلقة بالمنتجات المعدّة للتصدير التي من شأنها ضمان جودة صنفها ونوعها واحجامها يعاقب بغرامة من 500 إلى 26.000 دج وبمصادرة البضاعة))⁽¹¹⁰⁾.

إذ من الممكن أن تتراوح دلالة لفظ (البضائع) بين إحتمالين , على صعيد التوظيف المعجمي المراد بها :

الأول : إحتمال أن يكون المراد منها الأموال المقتطعة للتجارة بتلك المنتجات المعدّة للتصدير . وبذلك تكون المصادرة لهذه الأموال . والثاني : احتمال أن يكون المقصود منها السلعة نفسها . وعليه تكون المصادرة لها لا للأموال المقتطعة للتجارة .

ولعل قصد المشرع منصب على إرادة الوجه الثاني مما ذكر , غير أن عبارة (إخلال بالنظم المتعلقة بالمنتجات) , قد توحى إلى إرادة المعنى الأول للفظ ؛ لأن المشرع بقوله هذا نص على النظم المتعلقة بالمنتجات , وليس على المنتجات وحدها . والنظم تكون شاملة لما يُقْتَطَعُ من أموال هذه المنتجات , وعملية تصديرها , فضلاً عن شمولها ضمان جودة المنتجات ونوعها وحجمها وصنفها , لأنها من أجل تحقيق ذلك لا بد أن تكون حينها شاملة للأموال المقتطعة لتلك المنتجات , لما للأموال من أهمية في تحقيق ضمان تلك الجودة لصنف تلك المنتجات ونوعها وحجمها . فالنص حاو لسياقية تتضمن إيجابية أن يكون هناك تركيز من التشريع على أموال هذه المنتجات , مما قد يسهم في فهم أن يكون المراد من اللفظ الأموال لا السلعة .

3- الولد :

الولد في اللغة ((اسم يجمع الواحد والكثير ، والذكر والأنثى سواء ...))⁽¹¹¹⁾ وهذا ما أكده ابن منظور أيضاً بقوله : ((الولد اسم يجمع الواحد والكثير والذكر والأنثى))⁽¹¹²⁾.

غير أن دلالة اللفظ ، ومن باب التخصيص الدلالي ، إقتصر معناها على المذكر دون المؤنث ، نتيجة عوامل متعلقة بقواعد اللغة نفسها ، فاستمر لها ذلك في المجال الإجتماعي للناطقين ، ف((قد تعمل قواعد اللغة على تغير مدلول الكلمة وتساعد على توجيهها وجهة خاصة ، فتذكير كلمة ولد في العربية عند قولنا (ولد صغير) قد جعل معناها يرتبط في الذهن بالمذكر))⁽¹¹³⁾.

والذي يبدو أن دلالة الجدة هذه قد اكتسبت عند الناس بُعداً عُرفياً ، إستمرت معه بالإقتصار على معنى المذكر دون المؤنث ، إذ ((العرف باعتبار مظهره قد يكون قولياً كما يكون عملياً . فالعرف القولي يكون باستعمال لفظ في معنى معين لا تقول به اللغة واعتياد ذلك الاستعمال ، كاطلاق لفظ الولد على المذكر دون المؤنث ... والعرف العملي يكون بتعارف الناس على فعل أو عمل معين ، كتعارفهم على تقديم المهر وتأجيل بعضه))⁽¹¹⁴⁾.

ولما كان العرف مصدراً من مصادر التشريع في نظم القانون ، له من الأهمية ما جعله ثاني هذه المصادر ، بعد التشريع نفسه⁽¹¹⁵⁾ ، في العديد من التشريعات العربية ، فإن استعمال لفظ (ولد) في النص التشريعي دونما تحديد ، قد يجعله بين كلتا الدالتين ، بين ما هو أصل متأصل في اللغة ، وبين ما اعتراه من تطور في الدلالة .

ولعل من ذلك ما جاء في قانون الأسرة الجزائري ، عند عرضه لمسألة الكفالة . فجاء فيه ((الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي))⁽¹¹⁶⁾.

فقد يكون المراد بها ما أثبتته الأصل اللغوي لها من الدلالة على الذكر والأنثى على حد سواء ، فتكون الكفالة حينها ممنوحة من القانون لكل من الذكر والأنثى على حد سواء . وأما إن كان المراد بها المعنى المكتسب مؤخراً . فإن الكفالة ممنوحة من القانون للذكور دون الإناث ، فلا كفالة للإناث حينها . والذي قد يعضد صحة الإحتمال الأول للفظ هو الأصل اللغوي ، المعتمد لها ، وحقيقة أنه ليس من المعقول أن يُمنح الولد حق الكفالة ، وتُحرم منه الأنثى .

غير أن مجيء لفظ (ابن) في النص نفسه قد يرجح صحة الإحتمال الثاني ، وذلك عند تشبيه المشرع القيام بالقاصر كفالة بقيام الأب بابنه ، وهذا يقوم دليلاً على كون المراد باللفظ الذكر لا غير ؛ لأن لفظ (الابن) مقتصر في اللغة على معنى الذكر دون الأنثى . قال أبو هلال العسكري (395 هـ) : ((الفرق بين الولد والابن .. الأبن للذكر والولد للذكر والأنثى ...))⁽¹¹⁷⁾ ويؤكد الإستعمال القرآني ذلك ، إذ لما كان فرعون يقتل الذكور من بني إسرائيل ، ولا يقتل منهم الإناث ، جاء التعبير القرآني معبراً عن هذا بقوله (عزوجل) ((وَإِذْ أَنْجَيْنَاكُمْ مِنْ آلِ فِرْعَوْنَ يَسُومُونَكُمْ سُوءَ الْعَذَابِ يُقْتُلُونَ أَبْنَاءَكُمْ وَيَسْتَحْيُونَ نِسَاءَكُمْ وَفِي ذَلِكُمْ بَلَاءٌ مِنْ رَبِّكُمْ عَظِيمٌ)) [الاعراف : 141] .

لذا على المشرع التنبه جيداً لما قد يؤدي إليه لفظ الابن من دور بوصفه قرينة مرجحة لصحة أن يكون المراد من معنى الولد الدلالة على الذكر فقط ، لاسيما إذا علمنا ما للعرف من أثر في فهم القاعدة التشريعية ، إذ ((للعرف

القول في دور مهم في تفسير النصوص ، وصيغ العقود ، وعليه تدور العقود والتصرفات الشرعية من بيع وإجازة وشروط عاقد وثمن ومثمن وغير ذلك ...)) (118)

خاتمة :

ولابد بعد اكمال البحث أن نشير الى جملة من النتائج يمكن اجمالها بالاتي :

1. الاحتمال المعجمي ظاهرة يَطلُّ أثرها ألفاظ نصوص التشريع القانوني بشكل واضح ، مؤدية إلى اختلاف في دلالة تلك الألفاظ ، على نحو قد يُضَيِّع معه قصد المشرِّع فيما شرَّعه .
2. للاحتمال اللغوي في نصوص التشريع أثر يتوافر مصداقه على الجانب السلبي ، يتمثل بما يمكن أن يؤدي إليه فهم النص التشريعي في ضوء بعض مظاهر الاحتمال من الأخذ ببعْد دلالي ، لم يكن التشريع قاصداً إيَّاه ، يؤدي العمل به إلى آثار سلبية ، قد تضرُّ بالفرد والمجتمع والدولة .
3. لم تمتلك نصوص التشريع من المرونة اللغوية ، من حيث التنوع باستعمال الألفاظ ما يجعلها أكثر عرضة لمظاهر الاحتمال المعجمي ، موازنةً بالنص القرآني والنص الأدبي ، فنصوص التشريع لا تستعمل من الألفاظ إلَّا البسيط الواضح ، فلا نجد فيها لفظ (وسواس) ولا لفظ (مُحْتَظَر) ، بل يعتمد إلى ألفاظ واضحة في أغلب الأحيان ، وهذا ما قد يُفسِّر قلة مظاهر الاحتمال فيه ، موازنةً بالنص القرآني والنص الأدبي ، ولعل ذلك عائد إلى أن غاية التشريع من تلك النصوص إنما هي غاية محدودة ، يروم _ في أغلب الأحيان _ بوساطتها إيصال المضمون التشريعي إلى مطبقيه بأيسر طريقة ، واضحاً لا لبس فيه .
4. الاحتمال اللغوي ظاهرة متسمة بسمة الأعمام والشمول ، من حيث تواجدتها في نوع النص ، إذ توجد في كل أنواع النصوص شرعية كانت أم قانونية ، فهي عرضة لمظاهر الاحتمال على حد سواء ، ولذا كان موضع اهتمام الفلاسفة والمناطق والأصوليين ، فضلاً عن اهتمام أهل اللغة ومن اشتغل بها .
5. للسياق أثر في تحديد الدلالة المعجمية للألفاظ ، بما يمكن أن يحيط بالنص من قرائن ومناسبات تساعد على ذلك التحديد ، غير أن هذا قد لا يكون أمراً حاسماً في منع تعدد لدلالة اللفظ واحد .

• هوامش البحث :

- 1- الخصائص : ابن جني ، 44/1 .
- 2- ينظر : العربية والغموض : د. حلمي خليل ، 14 .
- 3- ينظر : الأصوات اللغوية : د. إبراهيم أنيس ، 167 ، 231 ، و أثر القوانين الصوتية في بناء الكلمة : د. فوزي الشايب ، 15 .
- 4- ينظر : شظايا لسانية : د. مجيد الماشطة ، 7 .
- 5- الأبعاد التأويلية والمفهومية للدلالة المعجمية : د. عبد السلام عيساوي ، 111 .
- 6- ينظر : دلائل الإعجاز : عبد القاهر الجرجاني ، 362 .
- 7- اللغة العربية معناها ومبناها : د. تمام حسان ، 316 .
- 8- دلالة الألفاظ : د. إبراهيم أنيس ، 49 .
- 9- اللغة والمعنى والسياق : جون لاينز ، 44 .
- 10- علم الدلالة التطبيقي في التراث العربي : د. هادي نهر ، 177 .
- 11- اللغة العربية معناها ومبناها : 323 .
- 12- علم الدلالة : كلود جرمان و ريمون لوبلون ، 48 .
- 13- المعنى خارج السياق : فاطمة رشيد ، 23 .
- 14- اللغة والمعنى والسياق : 48 .
- 15- ينظر : علم الدلالة : د. نو الهدى لوشن ، 96 .

- 16- بناء لغة الشعر : جون كوين , 116 .
 17- روح المعاني : الألوسي , 118/5 .
 18- ينظر : التحرير والتنوير : الطاهر بن عاشور , 283/9 .
 19- الكشّاف : الزخشي , 97/4 .
 20- ينظر السياق القرآني والدلالة المعجمية : د. ماجدة صلاح , بحث منشور على مجلة الجامعة , العدد : 7 , لسنة : 2007 م , 4 .
 21- علم الدلالة : كلود جرمان و ريمون لوبلون , 48 .
 22- تعدد المعنى في القرآن الكريم : د. ألفة يوسف , 27 .
 23- ينظر : الكشّاف : 130/6 , و مفردات غريب القرآن : الراغب الأصفهاني , 550/2 .
 24- ينظر : النُكت والعيون : الماوردي , 130/6 , والدر المنثور : السيوطي , 54/15 .
 25- ينظر : مفتاح الغيب : الرازي , 181/30 , ولسان العرب : ابن منظور , مادة (كُثب) , 703/1 , وتاج العروس : الزبيدي , مادة (كُثب) , 108/4 .
 26- الكتاب : 7/1 .
 27- ما اتفق لفظه واختلف معناه من القرآن المجيد : 2 .
 28- البحر المحيط في أصول الفقه : الزركشي , 149/2 .
 29- ينظر : الصاحبي : ابن فارس , 59 .
 30- اللغة : فنديس , 124 .
 31- دور الكلمة في اللغة : ألمان , 45 .
 32- ينظر : المغني الجديد في علم الصرف : د. محمد خير الحلواني , 15 .
 33- المتن اللغوي في المعجم العربي القديم : د. حيدر عيدان ., دراسة منشورة على مجلة اللغة العربية وآدابها , العدد : 6 , لسنة : 2008 م .
 34- الصحاح : الجوهري , مقدمة التحقيق : د. أحمد عبد الغفور , 38 .
 35- مشكلة تحديد الجذور في المعجم العربية : د. رجب عبد الجواد , بحث منشور على مجلة مجمع اللغة العربية في مصر , العدد : 101 , 183 .
 36- مناهج البحث في اللغة : د. تمام حسان , 232 .
 37- الكلمة : د. حلمي خليل , 67 .
 38- ينظر : العربية الفصحى : هنري فليش , 133 .
 39- ينظر : الخصائص : 88/2 .
 40- تهذيب اللغة : الأزهري , مادة (حال) , 243/5 .
 41- لسان العرب : مادة (حول) , 187/11 .
 42- العين : الخليل , مادة (حول) , 297/3 .
 43- تهذيب اللغة : مادة (حول) , 240/5 .
 44- م/ 53 , مكرر (3) .
 45- يتمثل الحرمان من الحقوق بـ:
 أ- العزل أو الاقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها صلة بالجريمة .
 ب- الحرمان من حق الترشيح أو الانتخاب , ومن حمل أي وسام .
 ج- عدم الأهلية لأن يكون مساعداً محلفاً أو خبيراً أو شاهداً على أي عقد أو أن يكون وصياً أو قيمياً أو ولياً أو أن يكون أستاذاً أو مدرساً أو مراقباً .
 46 - ديوان الشاعر : شرح محمد الحضرمي , 16 .
 47- شرح المعلقات العشر : أحمد أمين الشنقيطي , 238 .
 48- لسان العرب : مادة (حول) , 188/11 .
 49- ينظر : معجم اللغة العربية المعاصرة : د. أحمد مختار عمر , 792/1 .
 50- مفاتيح الغيب : 27/29 .
 51- المعجم الوسيط : د. إبراهيم مصطفى وزملاؤه , 305 .
 52- ينظر : شذا العرف في فن الصرف : أحمد الحملاوي , 114 .
 53- العين : مادة (حول) , 297/3 .

- 54- الجمهرة : مادة (ح ل و) , 570/1 .
- 55- تهذيب اللغة : مادة (حول) , 240/5 .
- 56- لسان العرب : مادة (حول) , 184/11 .
- 57- الصحاح : مادة (حول) , 1679/4 .
- 58- لسان العرب : مادة (حول) , 190/11 .
- 59- م/ 129 , قانون رقم / 3 / , لسنة : 1987 م .
- 60- الصحاح : مادة (نظر) , 830/2 .
- 61- لسان العرب : مادة (نظر) , 215/5 , وينظر المصباح المنير : الفيومي , 612/2 .
- 62- م/ 201 , لسنة : 2012 م .
- 63- لسان العرب : مادة (نظر) , 217/5 .
- 64- تاج العروس : مادة (نظر) , 245/4 .
- 65- معالم التنزيل : البغوي , 217/3 .
- 66- لسان العرب : مادة (نظر) , 218/5 , و ينظر : تاج العروس : مادة (نظر) , 248/14 .
- 67- ينظر : مغني اللبيب : ابن هشام , 137/1 , والجنى الداني : المرادوي , 426 .
- 68- ينظر معاني الحروف : الرماني : 59 , ومغني اللبيب : 17/2 .
- 69- لسان العرب : مادة (نظر) , 216/5 .
- 70- شرح ديوان الشاعر : ابن السكيت والسكري والسجستاني , 283 .
- 71- نفسه : 286 .
- 72- فصول في فقه اللغة : د. رمضان عبد التواب , 308 .
- 73- ينظر : لحن العامة والتطور اللغوي : د. رمضان عبد التواب , 35 .
- 74- علم اللغة : د. محمود السعران , 60 , وينظر : العربية والبحث اللغوي المعاصر , د. رشيد العبيدي , بغداد _ العراق , 2004 م .
- 75- أسس علم اللغة : ماريو باي , 71 .
- 76- علم اللغة : د. علي عبد الواحد وافي , 313 .
- 77- الدلالة السياقية عند اللغويين : د. عواطف كنوش , 241 .
- 78- ينظر : دور الكلمة في اللغة : 153 .
- 79- ينظر : نفسه : 115 .
- 80- فقه اللغة : محمد المبارك , 180 .
- 81- علم الدلالة : د. أحمد مختار عمر , 245 .
- 82- ينظر : نفسه : 243 .
- 83- ينظر : علم الدلالة والمعجم العربي : د. عبد القادر أبو شريفة , 65 .
- 84- ينظر : دور الكلمة في اللغة : ألمان , 162 .
- 85- اللغة : 256 .
- 86- علم اللغة : د. حاتم الضامن , 145 .
- 87- ينظر : التطور الدلالي بين لغة الشعر الجاهلي ولغة القرآن : عودة خليل , 54 .
- 88- ينظر : نفسه : 54 .
- 89- ينظر : علم الدلالة : د. أحمد مختار عمر , 239 .
- 90- فقه اللغة : محمد المبارك , 188 .
- 91- السابق : 237 .
- 92- دلالة الألفاظ : 145 .
- 93- علم اللغة : د. علي عبد الواحد وافي , 322 .
- 94- ينظر : فصول في فقه اللغة : 332 .
- 95- ينظر : التطور الدلالي بين لغة الشعر الجاهلي ولغة القرآن : 53 .
- 96- ينظر : علم اللغة : د. علي عبد الواحد وافي , 320 .
- 97- المصباح المنير : مادة (أتم) , 3/1 .
- 98- تاج العروس : مادة (أتم) , 181/31 .

- 99- مقاييس اللغة : مادة (أتم) , 47/1 .
- 100- لسان العرب : مادة (أتم) , 3/12 .
- 101- نفسه : 3/12 , وينظر : النهاية في غريب الحديث والأثر : ابن الأثير , 25 .
- 102- أدب الكاتب : ابن قتيبة , 24 .
- 103- م /464 .
- 104- تاج العروس : مادة (بضع) , 330/20 .
- 105- المصباح المنير : 51/1 .
- 106- مقاييس اللغة : مادة (بضع) , 15/8 .
- 107- لسان العرب : مادة (بضع) , 15/8 .
- 108- التطور الدلالي الإشكالي والأشكال والأمثال : د. مهدي أسعد عرار , 89 .
- 109- روح المعاني : 11/13 .
- 110- م /170 .
- 111- العين : مادة (ولد) , 71/8 .
- 112- لسان العرب : مادة (ولد) , 467/3 .
- 113- التطور الدلالي بين لغة الشعر الجاهلي ولغة القرآن : 54 .
- 114- لغة القانون : أحمد بيومي , 383 .
- 115- ينظر : الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي : د. طارق البشري , 20 .
- 116- م /116 .
- 117- الفروق اللغوية : أبو هلال العسكري , 281 .
- 118- أصول الفقه في نسيجه الجديد : د. مصطفى الزلمي , 78/1 .

• المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم .
- الأبعاد التأويلية والمفهومية للدلالة المعجمية , د. عبد السلام عيساوي , مركز النشر الجامعي , المغربية لطباعة وإشهار الكتب , 2009م .
- أثر القوانين الصوتية في بناء الكلمة , د. فوزي الشايب , عالم الكتب الحديث , إربد _ الأردن , الطبعة الأولى , 1425هـ _ 2004م .
- أدب الكاتب , أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة (276هـ) تح : محمد الدالي , مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر , بيروت - لبنان .
- أسس علم اللغة , ماريو بلي , تر : د. أحمد مختار عمر , دار الكتب , القاهرة _ مصر , الطبعة الثامنة , 1419هـ _ 1998م .
- الأصوات اللغوية , د. إبراهيم أنيس , الناشر : مكتبة الأنجلو المصرية , 2007م .

- أصول الفقه في نسيجه الجديد، د. مصطفى الزلمي، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد _ العراق، الطبعة العاشرة.
- البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي (794هـ) تحرير: عبد القادر عبد الله العاني، مراجعة: د. عمر سليمان الأشقر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة الثانية، 1413هـ _ 1992م.
- بناء لغة الشعر، جون كوين، تر: د. أحمد درويش، الهيئة العامة لقصور الثقافة.
- تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الزبيدي (1205هـ)، تح: عبد العليم الطحاوي، مطبعة حكومة الكويت، الطبعة الثانية، 1407هـ - 1987م.
- تاج اللغة وصحاح العربية، إسماعيل بن حماد الجوهري (398هـ)، تح: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت _ لبنان.
- التحرير والتنوير، الطاهر بن عاشور، الدار التونسية.
- التطور الدلالي الإشكال والأشكال والأمثال، د. مهدي عرار، دار الكتب العلمية، بيروت _ لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ _ 2003م.
- التطور الدلالي بين لغة الشعر الجاهلي و لغة القرآن الكريم، عودة خليل، مكتبة المنار، الزرقاء - الأردن، الطبعة الأولى، 1405هـ - 1985م.
- تعدد المعنى خارج السياق: د. ألفة يوسف، دار سحر، الطبعة الثانية.
- تفسير البغوي (معالم التنزيل)، محمد الحسين بن مسعود البغوي (516هـ)، تح: محمد عبد الله النمر وزملائه، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض _ السعودية، الطبعة الأولى، 1409هـ _ 1989م.
- تهذيب اللغة، محمد بن أحمد الأزهري (370هـ)، تح: عبد السلام هارون و محمد علي النجار، الدار المصرية للتأليف والترجمة.
- جمهرة اللغة، أبو بكر محمد بن دريد (321هـ)، تح: د. رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت _ لبنان، الطبعة الأولى، 1987م.
- الجنى الداني في حروف المعاني، حسن بن قاسم المرادي (749هـ)، تح: د. فخر الدين قباوة، و محمد نديم فاضل، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1413هـ - 1992م.
- الخصائص، أبو الفتح عثمان بن جني (392هـ)، تح: عبد الحكيم بن محمد، المكتبة التوفيقية.
- الدر المنثور في التفسير بالمأثور، جلال الدين السيوطي (911هـ)، تح: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة _ مصر، الطبعة الأولى، 1424هـ _ 2003م.
- دلالة الألفاظ، د. إبراهيم أنيس، الناشر: مكتبة الأنجلو المصرية، الطبعة الخامسة، 1984م.
- الدلالة السياقية عند اللغويين، د. عواطف كنوش، دار السياب للطباعة والنشر والتوزيع، لندن، الطبعة الأولى، 2007م.
- دلائل الإعجاز، عبد القاهر بن عبد الرحمن الجرجاني (471هـ)، تصحيح وتعليق: محمد رشيد رضا، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت _ لبنان. 1398هـ _ 1978م.
- دور الكلمة في اللغة، ألمان، ترجمة: د. كمال محمد، مكتبة الشباب للنشر.

- ديوان الخطيئة، شرح: ابن السكيت والسكري والسجستاني، تح: نعمان أمين طه، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة - مصر، 1378هـ - 1958م.
- ديوان النابغة الذبياني، شرح: محمد بن إبراهيم الحضرمي، تح: د. علي الهروط، المكتبة الوطنية، 1992م.
- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، شهاب الدين محمود الألوسي (1270هـ) إدارة الطباعة المنيرية، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- شذا العرف في فن الصرف، أحمد الحملاوي، الناشر كمال الملك، الطبعة الأولى، 1426م.
- شرح المعلقات العشر وأخبار شعرائها، أحمد الأمين الشنقيطي، تح: محمد عبد القادر الفاضلي، المكتبة العصرية، صيدا - لبنان، 1426هـ - 2005م.
- شظايا لسانية، د. مجيد الماشطة، الناشر: دار السياب، للطباعة والنشر والتوزيع، لندن، الطبعة الأولى، 2008م.
- الصلحي في فقه اللغة العربية ومسائلها وسنن العرب في كلامها، أبو الحسين أحمد بن فارس (395هـ) تح: أحمد حسن بسج، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1997م.
- العربية الفصحى، هنري فليش، ترجمة وتحقيق وتقديم: د. عبد الصبور شاهين، مكتبة الشباب.
- العربية والبحث اللغوي المعاصر: د. رشيد العبيدي، منشورات المجمع العلمي، بغداد - العراق، 2004م.
- العربية والغموض، د. حلمي خليل، دار المعرفة الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية - مصر، الطبعة الثانية، 2013م.
- علم الدلالة، د. أحمد مختار عمر، عالم الكتب، القاهرة - مصر.
- علم الدلالة، د. نور الهدى لوشن، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية - مصر.
- علم الدلالة، كلود جرمان و ريمون لوبلون، ترجمة: د. نور الهدى لوشن، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الرابعة، 2011م.
- علم الدلالة التطبيقي في التراث العربي، د. هادي نهر، عالم الكتب الحديث، إربد - الأردن، الطبعة الثانية، 1432هـ - 2011م.
- علم الدلالة والمعجم العربي، د. عبد القادر شريفة، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، الطبعة الأولى، 1409هـ - 1989م.
- علم اللغة، د. حاتم الضامن، بيت الحكمة، بغداد - العراق، مطابع التعليم العالي، الموصل - العراق.
- علم اللغة، د. علي عبد الواحد وافي، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة التاسعة، 2004م.
- علم اللغة، د. محمود السعران، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، الطبعة الثانية، 1997م.
- العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي، تح: د. مهدي المخزومي و د. ابراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.
- الفروق اللغوية، الحسن بن عبد الله العسكري (395هـ)، تح: محمد ابراهيم سليم، دار العلم والثقافة، القاهرة - مصر.
- فصول في فقه اللغة العربية، د. رمضان عبد التواب، مكتبة الخانجي للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، الطبعة السادسة، 1420هـ - 1999م.
- فقه اللغة، محمد المبارك، مطبعة جامعة دمشق.

- الكتاب ، أبو بشر عمرو بن عثمان بن قنبر سيبويه (180هـ) ، تح : عبد السلام هارون ، دار التاريخ ، بيروت _ لبنان .
- الكشّاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل ، جار الله محمود بن عمر الزمخشري (538هـ) ، تح : فتحي عبد الرحمن أحمد حجازي ، مكتبة العبيكان ، الرياض _ السعودية ، الطبعة الأولى ، 1418هـ _ 1998م .
- الكلمة ، د. حلمي خليل ، دار المعرفة الجامعية ، الإسكندرية _ مصر .
- لحن العامة والتطور اللغوي ، د. رمضان عبد التواب ، الناشر : مكتبة زهراء الشرق ، القاهرة _ مصر ، الطبعة الثانية ، 2000م .
- لسان العرب ، ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور (711هـ) دار صادر ، بيروت _ لبنان .
- اللغة ، فندريس ، ترجمة : عبد الحميد الدواخلي و محمد القصّاص ، الناشر : مكتبة الأنجلو المصرية ، مطبعة لجنة البيان العربي .
- اللغة العربية معناها ومبناها ، د. تمام حسان ، دار الثقافة ، الدار البيضاء _ المغرب ، 1994م .
- لغة القانون في ضوء علم لغة النص ، د. سعيد أحمد بيومي ، الناشر : مكتبة الآداب ، القاهرة _ مصر ، الطبعة الأولى ، 1431هـ _ 2010م .
- اللغة والمعنى والسياق ، جون لاينز ، ترجمة : د. عباس صادق الوهاب ، دار الشؤون والثقافة العامة ، بغداد _ العراق ، 1987م .
- ما اتفق لفظه واختلف معناه من القرآن المجيد ، محمد بن يزيد المبرّد (285هـ) ، اعتنى به : عبد العزيز الميمي ، المطبعة السلفية ، القاهرة _ مصر ، 1350هـ .
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، أحمد بن محمد بن علي الفيومي (770هـ) ، تح : د. عبد العظيم الشناوي ، دار المعارف ، القاهرة _ مصر ، الطبعة الثانية .
- معالم التنزيل : أبو محمد محمد الحسين بن مسعود البغوي (516هـ) ، تح : محمد عبد الله النمر وزملاؤه ، دار طيبة للنشر والتوزيع ، الرياض _ السعودية ، الطبعة الأولى ، 1409هـ _ 1989م .
- معاني الحروف ، علي بن عيسى الرماني (384هـ) ، تح : عبد الفتاح شلبي ، دار الشروق للطباعة والنشر ، جدة _ السعودية ، الطبعة الأولى ، 1401هـ _ 1981م .
- معجم اللغة العربية المعاصر ، د. أحمد مختار عمر ، عالم الكتب ، القاهرة _ مصر ، الطبعة الأولى ، 2008م .
- المعجم الوسيط ، د. ابراهيم مصطفى وزملاؤه ، تح : مجمع اللغة العربية ، مكتبة الشروق الدولية ، الطبعة الرابعة ، 1425هـ _ 2004م .
- المعنى خارج السياق ، فاطمة الشيدي ، دار نينوى للطباعة والنشر ، دمشق _ سورية ، 2011م .
- المغني الجديد في علم الصرف ، د. محمد خير حلواني ، دار الشرق العربي ، بيروت _ لبنان .
- مغني اللبيب عن كتب الأعراب ، أبو محمد عبد الله جمال الدين ابن هشام (761هـ) ، تح : محمد محيي الدين عبد الحميد ، المطبعة شريعت ، طهران _ إيران ، الطبعة الأولى .
- مفاتيح الغيب (تفسير الرازي) ، فخر الدين محمد بن عمر الرازي (604هـ) ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت _ لبنان ، الطبعة الأولى ، 1401هـ _ 1981م .

- المفردات في غريب القرآن، الحسين بن محمد الراغب الأصفهاني (503هـ)، الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز.
- مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس (395هـ) تح: عبد السلام هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1399هـ _ 1979م.
- مناهج البحث في اللغة، د. تمام حسان، دار الثقافة، 1400هـ _ 1979م.
- النُكت والعيون، علي بن محمد الماوردي (450هـ)، راجعه وعلق عليه: السيد بن عبد المقصور بن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت _ لبنان، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت _ لبنان.
- النهاية في غريب الحديث والأثر (606هـ)، أبو السعادات المبارك بن محمد بن الأثير، أشرف عليه وقدم له، علي بن حسن الحلبي، دار ابن الجوزي، الدمام _ السعودية، الطبعة الأولى، 1421هـ.
- الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، طارق البشري، دار الشروق، القاهرة _ مصر، الطبعة الأولى، 1417هـ _ 1996م.

القوانين:

- قانون العقوبات السوري، رقم / 148 /، لسنة: 1949م.
- قانون العقوبات الجزائري، رقم / 66 - 156 /، لسنة: 1966م.
- قانون الأسرة الجزائري، لسنة: 1984م.
- قانون العقوبات الإماراتي، رقم / 3 /، لسنة: 1987م.
- دستور جمهورية مصر العربية، لسنة: 2012م.

البحوث والمقالات:

- السياق القرآني والدلالة المعجمية، د. ماجدة صلاح حسن، بحث على المجلة الجامعة، العدد: 9، 2007م.
- المتن اللغوي في المعجم العربي القديم، د. حيدر جبار عيدان، بحث على مجلة اللغة العربية وآدابها، العدد: 6، 2008م.
- مشكلة تحديد الجذور في المعاجم العربية، د. رجب عبد الجواد، بحث على مجلة مجمع اللغة العربية في مصر، العدد: 101.

وسائل الاحتياط لمن يُحاكَم غيابياً في الفقه الإسلامي

Precautionary Measures for Trial of a Defendant in Absentia under Islamic Law



الدكتور عبد الرزاق عبد المجيد الأرو

قسم الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق

جامعة إلورن، نيجيريا aralaro@hotmail.com

ملخص البحث :

القضاء إحدى الركائز الأساسية لنظام الحكم في الإسلام، ومواكبته للعصر الذي نعيش فيه أمر بالغ الأهمية، إذ في ذلك تأكيد صلاحية الشريعة الغراء لكل عصر ومصر، وأحقية الشعوب المسلمة أن يتخذوها نظاماً يحكم شؤونهم وشجونهم كافةً. ففي هذا البحث تم تناول وجه من وجوه التقاضي، كثيراً ما نسمع عنه في عصرنا هذا، ألا هو محاكمة الإنسان غيابياً. وقد خُصَّص البحث لبيان ما اتخذته النظام القضائي الإسلامي من احتياطات إذا اقتضت الظروف أن يحاكم المرء وهو غائب، حتى لا يُجعل مجرد الغيبة حجةً لثبوت الحق عليه. ومن ذلك: تنصيب المحامي للدفاع عن الغائب المدعى عليه، واستحلاف القاضي للمدعى يمين الاحتياط، وضرورة تسمية شهود الإثبات، وإرجاء حق الدفاع عن النفس للغائب متى ما قدم. كما تم التطرق إلى مسائل أخرى فرعية: ككيفية الشهادة على الغائب؛ وحكم استعادة البيّنة المقامة عليه؛ وطبيعة الطعن أو الاعتراض الذي للغائب حق إبدائه في شهود الإثبات.

Judiciary is a basic pillar of governance in Islam; hence, it is immensely important to ensure that it keeps pace with the time in which we live. With that, suitability of the law of Islam for any period or place is clearly proven, and the right of the Muslims to choose it as a legal system is firmly established. This paper takes a look at one aspect of Judiciary that is very common nowadays, i.e. trial of a defendant in absentia. The paper precisely discusses the precautions to be taken in such a case; hence, the mere absence is not seen as a license for miscarriage of justice. These include appointing a lawyer to stand in defence of the defendant; compelling the

plaintiff to take a precautionary oath as well as making it mandatory for him to disclose the identity of his witnesses; and to reserve the right of the absentee to defend himself whenever he surfaces. Other related issues, such as the modus-operandi for giving evidence in any event of *absente reo*, retrieving old evidence against an absentee, and the nature of the objections he/she can make to debunk the testimonies against him/her, are also highlighted.

المقدمة :

الحمد لله الذي أرسل رسوله محمدًا صلى الله عليه وسلم بشريعة عادلة، نظمت شؤون الخلائق أجمعين، وبينت ما لكل نفس وما عليها. والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه ومن والاه، أما بعد:

فقد تقتضي الظروف والحاجة محاكمة إنسان في حال غيابه، ولربما طلب المدعي (المحكوم له) تنفيذ الحكم فوراً، فذلك حق من حقوقه. فهل يعني هذا أن حق المحكوم عليه غيابياً قد سقط إلى الأبد؟ حتى وإن قدم لاحقاً وأبدى استعداداً للطعن في الحكم الصادر ضده، أو أن ثمة وسائل شرعية لضمان عدم اغتصاب الحق من صاحبه، وإعادةه إليه إن خرج خطأً، بصرف النظر عن غيبته أو حضوره جلسة المحاكمة. هذه التساؤلات هي ما يحاول البحث الذي بين أيديكم الإجابة عنها، مستعيناً بالله تعالى ثم بأقوال فقهاء الإسلام من شتى المذاهب والمناهل.

هذا، وقد جعلت البحث في توطئة وأربعة مباحث، على النحو الآتي :

- التوطئة : بيان معنى الاحتياط ووجه صلته بموضوع البحث.
- المبحث الأول : نصب الوكيل (المحامي) عن الغائب.
- المبحث الثاني : طلب اليمين من المدعي على الغائب.
- المبحث الثالث : تسمية شهود الإثبات.
- المبحث الرابع : إرجاء حق الغائب في الدفاع عن نفسه.

○ توطئة في بيان معنى الاحتياط ووجه صلته بموضوع البحث :

الاحتياط لغةً معناه الحفظ والصيانة⁽¹⁾، من قولهم: احتاطَ للشيء احتياطاً، يعني: طلب الأخط، والأخذ بأوثق الوجوه. و"حاط" الحمار عاتته "حوطاً"، إذا ضمها وجمعها. ومنه قولهم: افعل "الأحوط"، أي افعل ما هو أجمع لأصول الأحكام، وأبعد عن شوائب التأويلات⁽²⁾.

أما في الاصطلاح فقد قيل إنه يعني: "حفظ النفس عن الوقوع في المآثم"⁽³⁾، وقيل: "فعل ما يُتمكن به من إزالة الشك"⁽⁴⁾، وقيل: "التحفظ والاحتراز من الوجوه لثلا يقع في مكروه"⁽⁵⁾.

(1) انظر: لسان العربي لابن منظور الأفريقي مادة "ح-و-ط"، والتعريفات لعلي بن محمد الجرجاني ص26.

(2) المصباح المنير للفيومي مادة "ح-و-ط".

(3) التعريفات ص26.

(4) الكليات لأبي البقاء الكفوي ص56.

(5) المصدر السابق نفسه.

والحاصل أن لفظ "الاحتياط" سواء في مدلوله اللغوي أو الاصطلاحي لا يخرج عن الاحتراز، والأخذ بالثقة وبالأمر المتيقنة، بدلاً من اعتماد المشكوك فيه اعتماداً كلياً ونهائياً.

فمن هنا يتضح المقصود بـ "وسائل الاحتياط لمن يُحاكم غيابياً..."، أي اتخاذ تلك الوسائل الكفيلة بضمان حقوق المحاكم غيابياً، وعدم الاكتفاء بما قد يظهر أول وهلة من ثبوت إدانته.

أما موقف الفقه الإسلامي من محاكمة المدعى عليه غيابياً - من حيث هي - فقد خصصتُ بحثاً بذلك، تناولت فيه الأقوال وأدلة كل قول، مع ترجيح ما اقتضته قواعد الموازنة والترجيح⁽¹⁾.

المبحث الأول: نصب الوكيل (المحامي) عن الغائب:

الوكالة بالخصومة أمر مشروع ومشهور في الشريعة الإسلامية، ولعل أقدم ما عرف من ذلك في التاريخ الإسلامي قصة الصحابين الجليلين حسان بن ثابت وعبد الله بن عباس -رضي الله عنهم-.

فقد كانت بين حسان (رضي الله عنه) وبين بعض الناس منازعة عند الخليفة عثمان ابن عفان (رضي الله عنه) ففضى الخليفة على حسان، فجاء إلى ابن عباس وأخبره بتفاصيل ما جرى، وحينئذ قال ابن عباس: "الحقّ حَقُّك ولكن أخطأت حجَّتكَ، انطلق معي"، فانطلق معه حتى دخلا على عثمان، فاحتج له ابن عباس حتى تبين الخليفة الحقّ ففضى لحسان، رضي الله تعالى عنهم جميعاً. وفي ذلك أنشد حسان يقول:

إذا ما ابن عباسٍ بدا لك وجهه *** رأيت له في كل أحواله فضلا

إذا قال لم يترك مقالا لقائلٍ *** بمنظماتٍ لا ترى بينها فصلا

كفى وشفى ما في النفوس فلم يدع *** لذي إربة في القول جدًّا ولا هزلا⁽²⁾.

فالوكالة من حيث هي التفويض والاستنابة من شخص جائز التصرف لغيره، لا غبار عليه، حتى وإن كان ذلك في المرافعات القضائية⁽³⁾. ولكن حين يحتل ركن أساسي من أركان الوكالة، وهو الموكل أو المفوض كما في حالات غياب المدعى عليه عند المحكمة، فهل يجب على القاضي أو السلطان تنصيب وكيل مسخر (محام) عن الغائب حفاظاً على حقوقه، أو تجوز محاكمته غيابياً وإن لم يوجد من يدافع عنه؟ للفقهاء في ذلك ثلاثة أقوال، تفصيلها كالآتي:

(1) راجع للتفصيل: غيبة المدعى عليه وأثرها في المرافعات القضائية: رؤية شرعية، للدكتور عبد الرزاق عبد المجيد آلارو، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أفريقيا العالمية بالسودان، ص5 ع10، شعبان 1428هـ، ص135-189.

(2) الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر 3/937، وسير أعلام النبلاء للذهبي 3/353، ونظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي (الكتاب الثاني) لظافر القاسمي ص382-383.

(3) وللمزيد عن أدلة مشروعية المحاماة أو التوكيل بالخصومة في الشريعة الإسلامية، يمكن الرجوع إلى: نظام المحاماة في الفقه الإسلامي للدكتور محمد بن علي آل خريّف ص111-162.

القول الأول: أنه يجب تنصيب وكيل عن الغائب يخاصم عنه، وإلى هذا ذهب الحنفية في المواطن التي أجازوا فيها الحكم على الغائب⁽¹⁾، وهو قول ابن الماجشون، وسحنون، وأصبغ، من المالكية⁽²⁾، وقول في المذهب الشافعي⁽³⁾، وقال به الحنابلة في حق الغائب الممتنع عن حضور جلسة الحكم أو المتعزز أو المتواري⁽⁴⁾.

وقد استدلوا بأنّ الدعوى القضائية تستدعي جواباً من المدعى عليه⁽⁵⁾، وقد تعدّر جوابه الآن؛ لأنه غائب، فيجب تنصيب من يقوم مقامه⁽⁶⁾.

ولأنّ البيّنة لا تكون إلا بناء على إنكار منكر، فيلزم تنصيب من ينكر نيابة عن المدعى عليه لتستقيم الدعوى⁽⁷⁾.

القول الثاني: لا يجوز تنصيب الوكيل (الحامي) عن المدعى عليه الغائب، وبه قال ابن القاسم من المالكية⁽⁸⁾، وهو مذهب الشافعية في الأصح⁽⁹⁾.

واستدل هؤلاء بأن المدعى عليه الغائب قد يكون مقراً بلحق المدعى به، في حين ينكره الوكيل، فيكون إنكار الوكيل كذباً، وهذا كذب ليست إليه ضرورة ولا حاجة⁽¹⁰⁾.

القول الثالث: أن تنصيب الوكيل عن المدعى عليه الغائب ليس واجباً، بل لا يعدو كونه مباحاً أو مستحباً، وهما قولان في المذهب الشافعي⁽¹¹⁾.

ولا يخرج دليلهم عن جملة ما استدل به أصحاب القول الأول، إلا أنهم لم يروا أن ذلك يرتقي إلى درجة الوجوب.

✓ الترجيح:

لعل الأقرب إلى الصواب القول بجواز نصب الوكيل عن الغائب أخذاً بالاحتياط، ولكن ليس ذلك على سبيل الوجوب، بل للقاضي النظر في كل قضية وحالة، واتخاذ ما يراه مناسباً حسب ما تقتضيه المصلحة.

فالقول بوجوب التنصيب ليس عليه دليل مقنع، إذ في ذلك إيجاب فعل على القاضي ولا يتم ذلك إلا عن أصل لا يختلف فيه. أما القول بمنع التنصيب أيضاً، بحجة أنه يلجئ إلى كذب لا حاجة له، فيقال ليس من الضرورة أن يكون إنكار الوكيل أو الحامي كذباً، بل قد يكون هو عين الحق، إذ لا مانع من أن يكون عند الوكيل (الحامي) علم

(1) انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة - الصدر الشهيد - (329/2)، والبحر الرائق لابن نجيم 17، 18/7.

(2) تبصرة الحكام لابن فرحون (1/99، 100).

(3) مغني المحتاج للشريبي (4/407).

(4) انظر: المغني لابن قدامة (11/412)، وكشاف الفناع عن متن الإقناع للمهوتي (6/347).

(5) فالبيّنة على المدعي واليمين على من أنكر، كما ثبت ذلك في الحديث (انظر: سنن الترمذي 626/3، و السنن الكبرى للبيهقي 10/252).

(6) انظر: أدب القضاء لابن أبي الدم ص (248).

(7) مغني المحتاج للشريبي (4/407)، وحاشية القليوبي وعميرة (4/308) - بتصرف.

(8) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون (1/100).

(9) انظر: أدب القضاء لابن أبي الدم ص (247)، ومغني المحتاج للشريبي (4/407).

(10) مغني المحتاج للشريبي (4/407)، وأدب القضاء لابن أبي الدم ص (257)، وحاشية القليوبي وعميرة (4/308).

(11) انظر: مغني المحتاج للشريبي الخطيب (4/407).

بعدم صحة دعوة المدعي بأي طريق من طرق التحري والتحقيق والتثبت، فيكون إنكاره عن علمٍ و يقينٍ، والله تعالى أعلم.

المبحث الثاني : طلب اليمين من المدعي على الغائب :

الواجب على المدعي إذا حضر هو وخصمه أن يقيم البيّنة على دعواه، وليس عليه سوى ذلك. أما حين يكون المدعي عليه غائبا غيبةً اضطرارية أو اختيارية⁽¹⁾، فهل يُستحلف المدعي يمين الاحتياط، مبالغةً في صون حقوق الغائب؟ الغائب؟ اختلف الفقهاء -رحمهم الله- في ذلك على قولين :

القول الأول : يجب على القاضي أن يستحلف المدعي يمين الاحتياط على بقاء الحق المدعي به على الغائب، وأنه لم يبرئه منه أو من بعضه بأي وجه، وأنه باقٍ له عليه إلى حين يمينه هذه. وبه قال المالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والحنابلة في رواية⁽⁴⁾.

وقد استدلو بما يلي :

1- أن الاستحلاف لا بد منه؛ إذ يجوز أن يكون المدعي قد استوفى ما قامت به البيّنة. ولو كان المدعي عليه حاضراً، وادعى المدعي ما ادعى لوجبت اليمين عليه (أي المدعي عليه)، فلما تعذر ذلك في حق الغائب يجب على القاضي أن يقوم مقامه فيما يمكن دعواه⁽⁵⁾.

2- أن هذا الاستحلاف من باب الاحتياط، والقاضي مأمور بالاحتياط في حق الغائب⁽⁶⁾.

القول الثاني : ليس على القاضي استحلاف المدعي، وبه قال الحنابلة في أشهر الروايتين عندهم⁽⁷⁾.

وقد استدلو بالآتي :

1- قول النبي صلى الله عليه وسلم : ((البيّنة على المدعي واليمين على المدعي عليه))، وفي لفظ : ((.. واليمين على من أنكر))⁽⁸⁾.

(1) راجع بحثي: غيبة المدعي عليه وأثرها في المرافعات القضائية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أفريقيا العالمية بالسودان، السنة 5، العدد 10، ص135-189.

(2) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون (156/1).

(3) انظر: المهذب للشيرازي (388/2)، و جواهر العقود للأسيوطي (361/2).

(4) انظر: كشف القناع للبهوتي (348/6).

(5) انظر: المغني لابن قدامة (486/11).

(6) جواهر العقود للأسيوطي (361/2)، والمغني لابن قدامة (486/11)، وكشاف القناع للبهوتي (348/6).

(7) المغني لابن قدامة (486/11)، وكشاف القناع للبهوتي (348/6).

(8) أخرجه البيهقي -باللفظين المذكورين- في السنن الكبرى (252/10)، والجملة الأخيرة "اليمين على المدعي عليه" موجودة كذلك في الصحيحين، انظر: البخاري (1656/4) ومسلم (1336/3).

قالوا: إن الحديث دالٌّ على أن اليمين لا تكون إلا على المدعى عليه، أما المدعى فإنما عليه البينة، وقد أقامها⁽¹⁾.

2- أن استحلاف المدعي غير لازم لثبوت الحق بالبينة، كما لو كان المدعى عليه حاضراً⁽²⁾.

✓ الترجيح:

يترجح عندي من القولين القول بوجود الاستحلاف، لما فيه من الأخذ بالاحتياط والحفاظ على حقوق الغائب، لا سيما في ظل تعقيدات الحياة المعاصرة وما شابها من الحرص الشديد على اكتساب الثروة وقلة الورع.

وقد ذكر بعض الفقهاء صيغة هذه اليمين، وهي أن يحلف المدعى أن حقه ثابت على الغائب إلى حين الدعوى: " ما قبضه، ولا شيئاً منه، ولا أبرأه من ذلك، ولا شيء منه، ولا أحال به ولا احتال به، ولا بشيء منه، ولا قبض بأمره، ولا شيء منه، ولا تعوض عن ذلك ولا شيء منه بنفسه ولا بوكيله في الحالات كلها، ولا سقط ذلك عن ذمته بوجه من الأوجه ولا بسبب من الأسباب، ولا شيء منه إلى الآن، وأنه يستحق قبض ذلك منه حال حلفه وأن من شهد له بذلك صادق في شهادته " ⁽³⁾.

المبحث الثالث: تسمية شهود الإثبات:

من وسائل الاحتياط للمدعى عليه الذي يحاكم غيابياً: إعلامه بأسماء من شهد عليه عند المحاكمة، وثبت الحكم عليه بشهاداتهم، بل وتمكينه من الطعن فيهم إذا كان لديه ما يثبت به ذلك. قال الإمام ابن فرحون المالكي: "ينبغي للحاكم أن يصرح بأسماء الشهود الذين ثبت بهم الحكم على الغائب؛ لأنه على غائب فيحتاج إلى تسميتهم لإرجاء الحجة له فيهم"⁽⁴⁾. وذهب أشهب⁽⁵⁾ إلى أنه لا يكفي بتسمية الشهود فحسب بل لا بد من إثبات أسمائهم في الكتاب عند القاضي⁽⁶⁾.

أما نفاذ الحكم على الغائب إذا لم تُسمَّ الشهود، ففيه خلاف حكاه ابن فرحون بقوله: "وقال المازري: إذا لم يصرح القاضي بأسماء الشهود في الحكم على الغائب، فالمشهور أن ذلك حكم لا ينفذ دون أن يعرف الغائب من يشهد عليه، ووقع في المذهب⁽⁷⁾ رواية أن ذلك ينفذ، ولكنها مطروحة عند القضاة المالكية"⁽⁸⁾.

✓ الترجيح:

يترجح القول بعدم النفاذ، لما في نفاذ الحكم على الغائب من غير تسمية الشهود من منعه حق إرجاء حجة الدفاع عن نفسه والطعن في هؤلاء الشهود، فتسمية الشهود أولى وأعدل. بل أرى أن الواجب توفير كل ما يحتاجه

(1) المغني لابن قدامة، (486/11)، وكشاف القناع للمهوتي (348/6).

(2) المصدران أنفسهما.

(3) جواهر العقود للأسيوطي (360/2-361).

(4) تبصرة الحكام لابن فرحون (97/1).

(5) هو أبو عمرو شعيب بن عبد العزيز، تفقه بمالك، وبالمدينين والمصريين، وانتهت إليه الرئاسة بمصر بعد ابن القاسم، عاش بين (150هـ و204هـ)، وقد توفي بعد

الإمام الشافعي بشهر. طبقات الفقهاء للشيرازي ص (150).

(6) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون (97/1).

(7) يعني المذهب المالكي

(8) تبصرة الحكام (97/1).

الغائب من معلومات عن الشهود، كمساكنهم، وشيء من أوصافهم، وعلاقتهم بالمدعي، وهل لهم مصلحة في ثبوت الحق للمدعي أو في صرفه عن المدعى عليه؟ وغير ذلك.

وهذا يعني أن الشهادة بشرط عدم الكشف عن الهوية لا محل لها إذا كان المشهود عليه غائباً؛ لأنّ في توفير المعلومات الأساسية عن الشاهد إعطاء الغائب فرصة كافية للدفاع عن حقوقه، وصيانة جانبه⁽¹⁾.

ومما له صلة بمسألة الشهادة على الغائب ومدخل الاحتياط في ذلك: أنّ على القاضي ألا يقبل قول الشهود إلا بعد ذكرهم للغائب المشهود عليه ووصفه وصفاً دقيقاً لا يلتبس بعده بغيره بأي حال. فيذكر باسمه واسم أبيه، واسم جدّه إن لزم الأمر. بل ذهب بعضهم إلى أنّه لا مانع من نسبه إلى أبويه، وذكر مهنته وصناعته، إذا كان الاشتباه بغيره لا يزول إلا بذلك⁽²⁾.

المبحث الرابع: إرجاء حق الغائب في الدفاع عن نفسه:

بحث الفقهاء -رحمهم الله- مسألة إرجاء حقّ الغائب في الدفاع عن نفسه إذا قدم إلى بلد الحاكم. وهذا القدوم بطبيعة الحال لا يخلو عن حالتين: إما أن يقدم قبل إصدار الحكم عليه، وإما أن يقدم بعده، وفي كلتا الحالتين للفقهاء نظرة دقيقة فيما يقتضيه الاحتياط لحق الحاكم غيابياً في ظل النظام القضائي الشرعي.

المطلب الأول: قدوم الغائب أثناء المحاكمة:

وصورة هذه المسألة أن يقدم الغائب أثناء محاكمته، وبعد سماع البيّنة وإقامة الحجّة عليه، إلا أنّه لم يُصدر القاضي حكماً عليه بعد. ويلحق بها ما لو سُمعت البيّنة على صبيّ فبلغ إبان المحاكمة، أو على مجنون فأفاق، أو على مفقودٍ فحضر، أو على مستترٍ فظهر⁽³⁾.

ففي كلّ هذا لا خلاف بين الفقهاء الذين يجيزون القضاء على الغائب⁽⁴⁾، أنّ على القاضي إيقاف المحاكمة حتى يحضر المدعى عليه مجلس القضاء ليتولى الدفاع عن نفسه⁽⁵⁾. وحتى لو استنظر الحاكم بعد ذلك، أو طلب المهلة منه، فإنّه يمهلّه ثلاثة أيام⁽⁶⁾.

فإذا دفع الدعوى دفاعاً شرعياً، كدعوى القضاء أو الإبراء في الدّين مثلاً - ومعه بيّنة على ذلك - حكم له على المدعي، أما إذا لم تكن معه بيّنة ولا استطاع أن يدفع الدعوى فحينئذ يقضى عليه⁽⁷⁾.

ومما ينبغي التنبيه إليه ههنا في مسألة قدوم الغائب إلى بلد الحاكم، أن المطلوب من كل مكلفٍ في الأحكام الشرعية التكليفية المبادرة إلى الفعل بقدر الاستطاعة، وقد يشرع في الفعل فيعترضه مانع مقبول شرعاً، فحينئذ لا

(1) وانظر: هل للقاضي أن يحكم على الغائب؟ للأستاذ الدكتور حسن عبد الغني أبو غدة (ص59).

(2) راجع: شرح أدب القاضي لابن مازة (الصدر الشهيد)، (336/1-338)، وأدب القضاء لابن أبي الدم (ص252).

(3) انظر: مغني المحتاج لمحمد الشربيني الخطيب (4/415)، وكشاف القناع للبهوتي (6/348).

(4) راجع بحثي: غيبة المدعى عليه وأثرها في المرافعات القضائية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أفريقيا العالمية بالسودان، السنة 5، العدد 10، ص135-189.

(5) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي المدني (1/99)، ومغني المحتاج للشربيني (4/415)، والمغني لابن قدامة (موفق الدين) (11/486).

(6) انظر: مغني المحتاج للشربيني (4/415)، والمغني لابن قدامة (11/486).

(7) انظر: مغني المحتاج للشربيني (4/415).

يؤاخذ على عدم إكماله حتى يزول عنه المانع. وعلى هذا، فلو قُدِّرَ أنَّ الغائب غادر البلاد التي هو فيها متوجهاً إلى بلد الحاكم، وعلم الحاكم بذلك أو أخبره به عدل، ثم طرأ على هذا الغائب مانع كالمرض أو الضياع في الطريق، أو منع إقلاع الطائرة لعدم سلامة الجو أو صفائه، أو غير ذلك، فالواجب على القاضي التريث في إصدار الحكم لحين زوال المانع عن الغائب، فيقدم إليه، أو ينيب عن نفسه وكيلًا أو محامياً، والله أعلم.

المطلب الثاني : قدوم الغائب بعد صدور الحكم :

وقد اختلف الفقهاء (رحمهم الله) في المسألة إلى قولين :

القول الأول : وجوب إرجاء الحجة للغائب ليدافع عن نفسه، حتى وإن قدم بعد صدور الحكم عليه. وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء القائلين بجواز القضاء على الغائب، من المالكية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾، والظاهرية⁽⁴⁾.

قال ابن فرحون المالكي : " قال ابن سهل: إرجاء الحجة للغائب فيما يُحكم به عليه، أصلٌ معمولٌ به عند الحكام والقضاة، ولا ينبغي العدول عنه، ولا الحكم بغيره، إذ هو كالإجماع في المذهب"⁽⁵⁾.

وقال الشربيني الشافعي : " وأما بعد الحكم فهو على حجته بالأداء والإبراء والجرح يوم⁽⁶⁾ الشهادة"⁽⁷⁾.

وقال ابن قدامة الحنبلي : " وإن قدم بعد الحكم فجرح الشهود بأمر كان قبل الشهادة بطل الحكم ... وإن طلب التأجيل أجل ثلاثاً "⁽⁸⁾

وفي المحلى لابن حزم الظاهري : " وكل من قضي عليه ببينة عدل بغرامة أو غيرها، ثم أتى هو ببينة عدل، أنه كان قد أدّى ذلك الحق أو برئ من ذلك الحق، ردّ عليه ما كان غرم، وفسخ عنه القضاء الأول؛ لأنه حق ظهر لم يكن في علم البينة التي شهدت أولاً"⁽⁹⁾.

القول الثاني : عدم إرجاء الحجة للغائب بعد صدور الحكم عليه، وقال به بعض المالكية، كسحنون، وابن الماجشون، وأصبغ، على ما حكاه القاضي برهان الدين ابن فرحون (رحم الله الجميع)⁽¹⁰⁾.

ويظهر عند التحقيق أنَّ مرجع هذا الخلاف في المذهب المالكي هو الخلاف السابق في تنصيب الوكيل عن الغائب، فمن يرى وجوب تنصيب وكيل (محام) يدافع عنه ويقوم بحجته، قال: هو بمنزلة الحاضر، فلا داعي لإرجاء

(1) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون (99/1).

(2) انظر: مغني المحتاج للشربيني (415/4).

(3) انظر: المغني لابن قدامة (486/11).

(4) انظر: المحلى لابن حزم (441-440/8).

(5) تبصرة الحكام لابن فرحون (99/1).

(6) أي أن يكون طعنه في الشهود بما حصل لهم قبل أدائهم للشهادة لا بعده

(7) مغني المحتاج للشربيني (415/4).

(8) المغني لابن قدامة (486/11).

(9) المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري (441-440/8).

(10) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون (99/1 و100).

الحجة له بعد ذلك. ولهذا نجد أن الذين قالوا بعدم إرجاء الحجة هم بعينهم القائلون بوجوب تنصيب الوكيل أو المحامي⁽¹⁾.

✓ الترجيح :

ومهما يكن من أمر، فلا شك أن القول الذي يوافق روح الشريعة وعدالتها ألا يسدّ الباب أمام الغائب متى ما جاء بما يثبت الحقيقة، فتأخر إحقاق الحق خير من تمادي الباطل والظلم. وتنصيب الوكيل عن الغائب إجراء احتياطي صوتاً لحقه، فإذا ما انقلب إلى وسيلة للإضرار به، فالواجب طرحه وعدم الالتفات إليه.

أضف إلى ذلك كله أن الوكيل المنصب عند المحاكمة قد لا يعرف حجة الغائب، فإرجاء الحجة له أحوط⁽²⁾.

ويقوي ما ذهب إليه ههنا أن الرأي القائل بعدم إرجاء الحجة للغائب بعد صدور الحكم رأي ضعيف، بل ومرجوح في المذهب المالكي نفسه. قال ابن فرحون: " وذكّر عن سحنون أنه لا تُرجى له حجة، وهو ضعيف لا يوجد عنه في الأصول، وإنما روايته في حواشي المدونات المسموعة على ابن وضّاح، أو على روايةٍ منها أدخلها ابن الهندي في وثائقه"⁽³⁾.

✓ تنبيهان فيما يتعلق بإرجاء الحجة للغائب :

الأول : استعادة البيئة على الغائب :

ليس من الواجب على القاضي الذي استمرت ولايته طيلة فترة الحكم، أن يستعيد البيئة التي أقيمت على الغائب -حالة غيابه- ليقيمها المدعي مرة أخرى بعد قدوم الغائب. وإنما يلزمه إعلام الغائب بالبيئة، وتمكينه من الطعن فيها ودفعها إن استطاع⁽⁴⁾.

وأما لو عزل القاضي بعد سماع البيئة ثم ولي مرة ثانية، فوجبت الاستعادة في هذه الحال، ولا يحكم بالسماع الأول، لبطلانه بالعزل⁽⁵⁾. بخلاف ما لو خرج القاضي عن محل ولايته ثم عاد، فله أن يحكم بالسماع الأول على الصحيح، وذلك لبقاء ولايته وعدم زوالها⁽⁶⁾.

فالحاصل أن للقاضي في هذه المسألة أحوالاً: إما أن يستمر في إدارة القضية من أولها إلى آخرها فله الاكتفاء بسماع البيئة مرة واحدة ولو في حالة غياب المدعى عليه، وإما أن يُستبدل بقاضٍ آخر ثم تعود القضية إليه، فلا يخلو إما أن يكون سبب ذلك: العزل عن ولاية القضاء، فذلك كافٍ لبطلان السماع الأول فتجب استعادة البيئة، وإما أن يكون مجرد إجراء نظامي مرتّب، فلا تلزمه استعادة البيئة -على الصحيح-، بل له أن يكتفي بالسماع الأول، والله تعالى أعلم.

(1) انظر: ص 3 (المبحث الأول من هذا البحث).

(2) انظر: فتح العلي المالك لمحمد أحمد عيش (301/2).

(3) تبصرة الحكام لابن فرحون (99/1).

(4) انظر: كشاف القناع عن متن الإقناع للمهوتي (348/6).

(5) مغني المحتاج للشربيني (415/4).

(6) المصدر نفسه

الثاني: نوع الطعن المعتد به في هذه المسألة :

وذلك لأنه ليس كل طعن تقدّم به الغائب بعد قدومه يكون مقبولاً، وإنما للفقهاء في ذلك تفصيل، وبيانه كالآتي:

إذا جرح الشهادة التي أقيمت عليه أو طعن في الشهود بأمر مفسّق، يُنظر: إن كان هذا الأمر معهم قبل أداء الشهادة قبل ذلك الجرح مع البينة، ويبطل الحكم الصادر عليه، لفقد شرط من شروطه، وهو عدالة البينة (الشهود). وأما لو جرحهم بأمر حصل لهم بعد أداء الشهادة وصرّح بذلك، أو أطلق الجرح من غير تعيين، هل كان ذلك الأمر الجروح به معهم قبل أدائهم الشهادة أو بعده؟ ففي هذه الحالة لا يقبل تجريجه لهم، إذ يجوز أن تكون تلك الخصلة حصلت لهم بعد إشهدهم عليه، فلا يقدر ذلك في الحكم⁽¹⁾.

خاتمة :

لقد رأينا من خلال ما تقدّم أنّ جواز محاكمة الغائب والحكم عليه عند الحاجة لا يعني أن يُجعل مجرد الغيبة حجةً لثبوت الحق للمدعي، بل لا بد أن تكون معه بيّنة شرعية مع إجراءات احتياطية تضمن عدم خروج الحق عن صاحبه ابتداءً، أو استعادته إن هو خرج على سبيل الخطأ. وقد تناولنا في البحث أبرز هذه الوسائل التي على القاضي اتّخاذها في سبيل محاكمته لمن يدعى عليه حقّ وهو غائب، ومن ذلك: تنصيب الوكيل أو المحامي للدفاع عن الغائب المدعى عليه، واستحلاف القاضي للمدعي يمين الاحتياط، وضرورة تسمية شهود الإثبات، وإرجاء حق الدفاع عن النفس للغائب متى قدم، على خلاف بين الفقهاء في بعض هذه الوسائل، وقد قمتُ بترجيح ما رأيت أنه أقوى دليلاً وأظهر حجةً من بين الأقوال الواردة في كل مسألة. كما تمّ التطرق أيضاً إلى مسائل أخرى فرعية: ككيفية الشهادة على الغائب؛ وحكم استعادة البينة المقامة عليه؛ وطبيعة الطعن أو الاعتراض الذي للغائب حق إبدائه في شهود الإثبات.

هذا، وما كان منه صواباً، فمن الله تعالى وبتوفيقه ومنه، وما كان خطأً فمني ومن الشيطان، فالله ورسوله بريئان منه، وأستغفر الله تعالى من كل ذنب وخطيئة. وصلى الله وسلّم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه.

• المصادر والمراجع :

- 1- أدب القاضي، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي الشافعي، دط. تحقيق: محيي هلال السرحان، بغداد: رئاسة ديوان الأوقاف بالجمهورية العراقية، 1392هـ/1972م.
- 2- أدب القضاء، للقاضي شهاب الدين إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم الحموي الشافعي، دط. تحقيق د. محمد مصطفى الزحيلي، دمشق: مجمع اللغة العربية، 1395هـ.
- 3- الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البرّ (ت463هـ)، دط. تحقيق: علي محمد البجاوي، القاهرة: مكتبة نهضة مصر، دت.
- 4- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزبن الدين ابن نجيم الحنفي، الطبعة الثانية، بيروت: دار المعرفة، دت.
- 5- تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، للقاضي برهان الدين إبراهيم بن فرحون المدني، الطبعة الأولى، راجعه وقدم له: طه عبد الرؤوف سعد، القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، 1406هـ/1986م.
- 6- التعريفات، لـ علي بن محمد الجرجاني، ط1، تحقيق: إبراهيم الأبياري، بيروت: دار الكتاب العربي، 1405هـ.

(1) انظر: مغني المحتاح للشربيني (4/415)، و المعني لابن قدامة (11/486)، وكشاف القناع للبهوتي (6/348).

- 7- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، محمد بن أحمد الأسيوطي، الطبعة الأولى، القاهرة: مطبعة السنة المحمدية، 1374هـ/1955م.
- 8- حاشية شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة على شرح العلامة جلال الدين الخلي على منهاج الطالبين للنووي د.ط. مصر دار إحياء الكتب العربية.
- 9- سنن الترمذي (الجامع الصحيح)، لـ محمد بن عيسى الترمذي، بتحقيق: أحمد محمد شاکر وآخرين، بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت.
- 10- السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، وفي ذيله: الجوهر النقي لعلاء الدين المارديني الشهير بابن التركماني. د.ط. دمشق: دار الفكر، د.ت.
- 11- سير أعلام النبلاء، لشمس الدين محمد بن أحمد الذهبي (ت748هـ)، ط7. بتحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين. بيروت: مؤسسة الرسالة، 1410هـ.
- 12- شرح أدب القاضي للخصاف. تأليف: حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة المعروف بالصدر الشهيد د.ط. تحقيق: محي هلال السرحان، بغداد: وزارة الأوقاف بالجمهورية العراقية.
- 13- صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، الطبعة الأولى، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، دمشق: دار القلم، ودار الإمام البخاري: 1401هـ/1981م.
- 14- صحيح سنن الترمذي - باختصار السند، لـ ناصر الدين الألباني، الطبعة الأولى، إشراف: زهير الشاويش، مكتب التربية العربي لدول الخليج 1408هـ/1988م.
- 15- صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، الطبعة الأولى، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1375هـ/1955م.
- 16- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك لمحمد أحمد عليش (بهامشه تبصرة الحكام لابن فرحون)، الطبعة الأخيرة، مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1378هـ/1958م.
- 17- كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي د.ط. مكة المكرمة: مطبعة الحكومة، 1394هـ.
- 18- الكليات، لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي ط2، تحقيق: د/ عدنان درويش، و محمد المصري. بيروت: مؤسسة الرسالة، 1419هـ/1998م.
- 19- لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، ط1، بيروت: دار صادر.
- 20- المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي. د.ط. تحقيق: الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري، بيروت، دار الكتب العلمية، 1408هـ/1988م.
- 21- مسند الإمام أحمد بن حنبل - وبهامشه: منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال - د.ط. بيروت: المكتب الإسلامي، د.ت.
- 22- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لـ محمد الشربيني الخطيب، د.ط. مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1377هـ/1958م.
- 23- المغني، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، د.ط. أشرف على تصحيحه: السيد محمد رشيد رضا، المدينة المنورة: المكتبة السلفية، والطائف: مكتبة المؤيد، د.ت.
- 24- المهذب في فقه الإمام الشافعي، لـ إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي. وبذيله: النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، لمحمد ابن أحمد الركي، الطبعة الثانية، مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1396هـ/1937م.
- 25- نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي (الكتاب الثاني)، لـ ظافر القاسمي، ط4، بيروت: دار النفائس، 1412هـ/1992م.
- 26- نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، للدكتور محمد نعيم عبد السلام ياسين، د.ط. الأردن: وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، د.ت.
- 27- هل للقاضي الحكم على الغائب؟، للأستاذ الدكتور حسن عبد الغني أبو غدة، ط1، الرياض: مكتبة الرشد، 1426هـ/2005م.

الدفع الشكّية المناحة للنّقل الجوّي للبضائع



من إعداد : نورشان عبد الجليل حرم حامدي

مساعدة عرضية بالمعهد العالي للنّقل وخدمات

الاتصال بسوسة - جامعة سوسة، الجمهورية التونسية

لقد لعبت الطائرة بصفقتها أداة سريعة للنّقل عبر الجوّ دورا فعّالا في تقريب الشعوب وتسهيل التبادل السريع للبضائع بين الدول والقارات. ويفسر تنامي المبادلات التجارية عن طريق الطائرة من ناحية أولى، بالتطور التقني الهائل في مجال الطيران المدني الذي أدى إلى ظهور طائرات عملاقة مخصصة في نقل البضائع¹. ومن جهة ثانية، ساهم إنشاء المنظمة الدولية للطيران المدني في إقرار الحريات الأساسية للنّقل الجوّي². ولقد ترتب على التطور التقني للطيران المدني والتطور التشريعي ازدهار المبادلات التجارية بواسطة الطائرات. فعلى المستوى الوطني، بلغت مداخيل نشاط النّقل الجوّي للبضائع نحو 1.321 مليون دينار سنة 2012³.

¹ - Avion- cargo

² - الحرية الأولى: وفيها يسمح لشركات طيران تابعة لدولة معينة بالطيران عبر أجواء دولة أخرى متجهة إلى دولة ثالثة دون النزول في تلك الدولة.

- الحرية الثانية: وفيها يسمح لشركة الطيران الثانية لدولة ما بالهبوط في دولة أخرى لأغراض غير تجارية (أي نقل الركاب والبضائع).

- الحرية الثالثة: وفيها يسمح لشركات طيران من دولة معينة بنقل الركاب والبضائع إلى دولة أخرى.

- الحرية الرابعة: وفيها يسمح لشركات الطيران من دولة معينة بنقل الركاب والبضائع من دولة أجنبية إلى دولتهم.

- الحرية الخامسة: وفيها يسمح لشركات طيران داخلية بالتنقل بين دولتين أجنبيتين (ويكون ذلك باتفاق مسبق) على أن تكون قد بدأت من الدولة المسجلة فيها.

- الحرية السادسة: وفيها تقوم شركة طيران معينة بأخذ الركاب والشحن والبريد الجوي من دولة أجنبية إلى دولة أجنبية أخرى عبر مطاراتها، وتنشط كثير من شركات الطيران في هذه الحركة، بل وبعض شركات الطيران تعتمد عليها اعتمادا كبيرا مثل طيران الإمارات والقطرية والاتحاد وطيران الشرق الأوسط وغيرها من شركات المنطقة.

- الحرية السابعة: وفيها تقوم شركة طيران مسجلة في دولة ما بالتنقل بين دولتين أجنبيتين دون أن تقوم بالنّقل من بلدها المسجلة فيه.

- الحرية الثامنة: وفيها يمكن لشركة طيران أجنبية المرور بين أكثر من مطار داخلي لدولة أخرى، على أن تكون رحلتها قد بدأت من بلدها المسجلة فيه.

- الحرية التاسعة: وهي السماح لشركة طيران أجنبية بالنّقل الداخلي لدولة أخرى، وهذه الحرية التي يطالب بها البعض وهي ولا شك تمس سيادة الدولة التي سيتم فيها تقديم الخدمة ولا توجد مثل هذه الحرية في العالم إلا نادرا.

³ - Rapport d'activité de l'office de l'aviation civile et des aéroports publié au site :

http://www.oaca.nat.tn/fileadmin/docs/DOQ.Doc/pdf/rapport_activite/synth_Rapport_Activite_OACA_2012.pdf

أما على المستوى الدولي فقد بلغ وزن البضائع المنقولة جوا نحو 51.3 مليون طن¹.

ويتم تنظيم المبادلات التجارية عن طريق إبرام عقد النقل الجوي، الذي يُعرف بكونه الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه طرف أول يُسمى الناقل الجوي² تجاه طرف ثان يدعى مرسل البضاعة (الشاحن) بنقل بضاعته من مطار إلى آخر خلال مدة معينة بواسطة الطائرة مقابل أجر معين.

وقد قع تنظيم النقل الجوي الدولي للبضائع عن طريق اتفاقية فرسوفيا المؤرخة في 12 أكتوبر 1929 والتي دخلت حيز التنفيذ في 13 فيفري 1933³. وأمام صمت اتفاقية فرسوفيا عن تحديد شروط صحة عقد النقل الجوي للبضائع، يتعين الرجوع إلى القوانين الوطنية. فإذا كان القانون التونسي هو المنطبق، يكفي لصحة عقد النقل الجوي للبضائع توفر الشروط العامة لصحة العقود المتمثلة حسب الفصل 2 من م.إ.ع في توفر أهلية طرفي العقد والرضا ومشروعية المحل والسبب وذلك باعتبار أن عقد النقل الجوي للبضائع هو من العقود الرضائية⁴. ويقع إثبات عقد النقل الجوي للبضائع في العادة عن طريق رسالة النقل الجوي⁵ التي يقع تحريرها في ثلاثة نظائر: يحمل النظير الأول عبارة "لِلنَّاقِل" ويوقع عليه المرسل، ويحمل النظير الثاني عبارة "لِلْمُرْسَلِ إِلَيْهِ" ويوقع عليه كل من المرسل والناقل ويرافق البضاعة ويوقع الناقل على النظير الثالث ويسلمه إلى المرسل بعد قبول البضاعة.

¹ - انظر التقرير السنوي لمجلس المنظمة الدولية للطيران المدني .

² - انظر قرار وزير النقل المؤرخ في 4 ماي 1996 المتعلق بنشر كراس الشروط الخاص بضبط شروط إسناد رخصة النقل الجوي للبضائع. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 40 والصادر في 17 ماي 1996، ص.1044.

³ - صادقت الايالة التونسية على هذه الاتفاقية بمقتضى أمر 1 أوت 1933، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 13 سبتمبر، 1933. ص.1766

⁴ - لمزيد التفصيل حول خصائص عقد النقل الجوي للبضائع. انظر محمد فريد العربي، القانون الجوي، دار الجامعة الجديدة 2008، ص.130.

⁵ - ضبط الفصل 8 من اتفاقية فرسوفيا البيانات الواجب تدوينها داخل وثيقة النقل الجوي وهي

. أ-مكان وتاريخ إصدار وثيقة النقل الجوي

ب- نقطة الانطلاق والوصول.

ج- نقاط الرسو المتفق عليها ويمكن للناقل أن يعدلها عند الضرورة.

د- اسم المرسل وعنوانه.

هـ- اسم وعنوان الناقل الأول.

و- اسم وعنوان المرسل إليه إن اقتضى الأمر ذلك.

ز- نوع البضاعة.

ح- عدد الطرود وطريقة تغليفها وما تحمله من علامات خاصة وأرقامها.

ط- وزن وكمية البضاعة وحجمها ومقاساتها.

ي- الحالة الظاهرة للبضاعة وتغليفها.

ك- ثمن النقل على أساس الدفع عند التسليم إذا تم التنصيص على ذلك وتاريخ ومكان الدفع والشخص الذي يتعين عليه ذلك..

ل- ثمن البضاعة إذا كانت مرسلة على أساس الدفع عند التسليم وعند الاقتضاء مبلغ المصاريف.

م- مبلغ القيمة المصرح به للبضاعة طبقا للفصل 22 فقرة ثانية من الاتفاقية.

ن- عدد النظائر الأصلية لوثيقة النقل الجوي.

س- الوثائق المسلمة للناقل لإرفاقها بوثيقة النقل الجوي.

ع- مدة النقل وبيان موجز عن الطريق المتبع إذا تم التنصيص عليهم.

ف- التنصيص على أن النقل يخضع لنظام المسؤولية المقررة في هذه الاتفاقية.

وإذا وقع إبرام عقد النقل الجوي وكان مستوفيا لشروط صحته، فإنه ينتج التزامات متبادلة تجاه طرفيه باعتباره عقدا ملزما للجانبين¹. فمن جهة أولى، يلتزم مرسل البضاعة بصفة أساسية بدفع أجرة النقل. ويحق للنّاقِل الجوي أن يمتنع عن استلام البضاعة ويدفع بعدم التنفيذ حتى يتحصل على كامل أجرة النقل في حالة ما إذا كانت الأجرة مستحقة عند القيام. أما إذا كانت الأجرة مستحقة عند الوصول، فيحق للنّاقِل حسب البضاعة حتى يستوفي خلاص أجرة النقل من المرسل إليه². كما يلتزم مرسل البضاعة بتسليمها للنّاقِل في الوقت المحدد، ويجب عليه أن يقوم بتدوين وزن وتحديد طبيعة البضاعة المسلمة للنّاقِل بكل أمانة. و في المقابل يلتزم النّاقِل الجوي بنقل البضائع من مطار الانطلاق إلى مطار الوصول دون تأخير مع المحافظة عليها أثناء تواجدها تحت حراسته. وعند وصول البضاعة إلى مطار الوصول المحدد في رسالة النقل الجوي، يلتزم النّاقِل الجوي بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه المنصوص على اسمه في رسالة النقل الجوي بالخانة المخصصة لذلك.

إذا اخلّ احد الطرفين في عقد النقل الجوي للبضائع بالتزاماته الناشئة عن العقد، تقوم مسؤوليته العقدية. وخلافا للمسؤولية العقدية لمرسل البضاعة التي لا تكتسي أهمية عملية تذكر نظرا لخضوعها للمبادئ العامة للمسؤولية العقدية وندرة وقوعها باعتبار أن الالتزام الأساسي لمرسل البضاعة المتمثل في دفع أجرة النقل يتم تنفيذه وقت إبرام عقد النقل الجوي للبضائع، تحتل مسؤولية النّاقِل الجوي الدولي في مادة نقل البضائع أهمية قصوى باعتبار أنها تخضع من جهة أولى إلى قواعد خاصة منصوص عليها باتفاقية فرسوفيا والاتفاقيات الدولية المعدلة لها ومن جهة ثانية لأنّ اغلب النزاعات الناشئة عن عقد النقل الجوي للبضائع تعود إلى خطأ النّاقِل الجوي بمناسبة التنفيذ المادي لعقد النقل الجوي. وعملا بأحكام الفصلين 18 و 19 من اتفاقية فرسوفيا يكون النّاقِل الجوي مسئولا تجاه صاحب الحق في البضاعة في صورة حصول أضرار لاحقة بالبضاعة تتمثل في الفقدان الكلي أو الجزئي أو التلف أو التأخير في تسليم البضاعة.

وفي صورة إخلال النّاقِل الجوي بالتزاماته العقدية الناشئة عن عقد نقل البضائع، تسمح اتفاقية فرسوفيا لصاحب الحق في البضاعة بأن يلتجئ إلى القضاء أو لهيئة تحكيمية للحصول على تعويض جراء ما لحقه من أضرار مادية ومعنوية. وهذا لا يعني أن يتحصل صاحب الحق في البضاعة بصفة آلية على التعويض بمجرد بمقاضاة النّاقِل الجوي الذي منحه اتفاقية فرسوفيا والقوانين الوطنية إمكانية التمسك بالعديد من الدفوع الشكلية وذلك بغرض التفصي من دفع التعويض المستوجب للمدعي. يمكن للنّاقِل الجوي إثارة الدفوع شكلية تهدف إلى رد دعوى خصمه دون أن تنظر المحكمة في جوهر النزاع أو أن تخوض فيه.

وتجدر الإشارة إلى أن النّاقِل الجوي التونسي يمكنه أن يثير الدفوع الشكلية باعتبار أن مسؤولية النّاقِل الجوي التونسي للبضائع تخضع لأحكام اتفاقية فرسوفيا سواء بالنسبة للرحلات الجوية الداخلية أو الدولية طبقا لأحكام الفصل 118 من م ط م³. ومن بين الدفوع الشكلية التي يمكن للنّاقِل الجوي التمسك بها نذكر الدفع المتعلق بعدم

¹ - L.Peyrefitte, Contrat de transport de marchandises, JCL. Transp. Vol, 5, fasc.910, p., 17.

² - عدلي أمير خالد، أحكام دعوى مسؤولية النّاقِل الجوي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2000، ص.43.

³ - اقتضى الفصل 118 من م.ط.م. ما يلي "تخضع التزامات ومسؤولية ناقل الأشخاص والأمتعة والبضائع لأحكام الاتفاقية المتعلقة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالنّقل الجوي الدولي المبرمة بفرسوفيا في 12 أكتوبر 1929 وكل اتفاقية نقحتها أو عوضتها مصادق عليها من قبل الدولة التونسية حتى وإن كان النقل لا يكتسي صبغة دولية على معنى هذه الاتفاقية. على أنه يمكن للنّاقِل ضبط حد أدنى للمسؤولية أعلى من الحد المنصوص عليه بهذه الاتفاقية أو أي اتفاقية نقحتها أو عوضتها مصادق عليها من قبل الدولة التونسية حتى وإن كان النقل لا يكتسي صبغة دولية على معنى هذه الاتفاقية."

احترام الإجراءات الشكلية لرفع الدعوى (فقرة أولى)، والدفع بانقضاء دعوى التعويض المرفوعة ضده بمرور الزمن (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الدفع بعدم احترام الإجراءات الشكلية لرفع دعوى التعويض:

إذا قام صاحب الحق في البضاعة برفع دعوى التعويض ضد الناقل الجوي سواء أمام هيئة قضائية أو تحكيمية، يجوز للناقل الجوي أن يرد على هذه الدعوى عن طريق التمسك بإحدى الدفوع الشكلية التالية:

- الدفع ببطلان العريضة لعيب شكلي (أ) أو،

- الدفع بعدم صفة المدعي (ب) أو،

- الدفع بعدم اختصاص الهيئة القضائية أو التحكيمية للنظر في الدعوى (ج).

أ- الدفع ببطلان عريضة الدعوى لعيب شكلي:

لئن جاءت اتفاقية فرسوفيا لتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي، فإنها لازمت الصمت حول بعض المسائل المتعلقة بمسؤولية الناقل الجوي ومنها إجراءات رفع الدعوى ضده وتركت معالجة هذه المسألة للقوانين الوطنية. وإذا كانت المحاكم التونسية مختصة بالنظر في دعوى التعويض في الرحلات الجوية الدولية طبقاً لأحكام الفصل 28 من اتفاقية فرسوفيا أوفي الرحلات الداخلية¹ فإنه يقع تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها ب م م م ت على إجراءات رفع الدعوى². إذا كان المبلغ المطلوب لا يتجاوز سبعة آلاف دينار³، تختص محكمة الناحية بالنظر في دعوى التعويض. وفي هذا الإطار يجب على المدعي احترام إجراءات رفع الدعوى طبقاً للفصل 43 من م. م. ت الذي ينص على ما يلي: " ترفع الدعوى لدى قاضي الناحية بعريضة كتابية يسلمها الطالب أو من يمثله لكتابة المحكمة.

وتكون هذه العريضة مشتملة على اسم ولقب ومهنة ومقر كل من الطالب والمطلوب وعند الاقتضاء عدد الترسيم بالسجل التجاري ومكانه ومن يمثله إن وجد ولقبه ومهنته ومقره.

وان كان الطالب أو المطلوب شخصاً معنوياً يجب أن تشمل العريضة على اسمه ومقره الاجتماعي وشكله القانوني إن كان شركة وعدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه.

كما يجب أن تشمل عريضة الدعوى على موضوع الدعوى وطلبات المدعي.....".

أما إذا كان المبلغ المطلوب يتجاوز سبعة آلاف دينار، تكون المحكمة الابتدائية مختصة بالنظر حكماً في دعوى التعويض سواء عن طريق دائرتها المدنية أو التجارية⁴. وفي صورة رفع دعوى التعويض من قبل صاحب الحق في

¹ - انظرا أحكام الفصل 118 م. ط. م.

² - تطبيق المحكمة المختصة القواعد المادية الواردة باتفاقية فرسوفيا المعدلة ببروتوكول لاهاي على أصل النزاع سواء كانت الرحلة الجوية دولية أو داخلية.

³ - انظر أحكام الفصل 39 م م م ت.

⁴ - في المحاكم الابتدائية التي وقع إحداث دائرة تجارية بها. انظر أحكام الفصل 40 من م م م ت.

البضاعة أمام إحدى المحاكم الابتدائية فيجب عليه احترام إجراءات رفع الدعوى وخاصة أحكام الفصول 69¹ و 70² و 71³ من م م م ت.

ومن الناحية العملية دأب الناقل الجويّ على التمسك ببطان عريضة الدعوى لغياب التنصيص على عدد السجل التجاري. وفي هذا الإطار قضت محكمة التعقيب برفض مطعن شركة الخطوط الجوية التونسية التي طالبت بنقض الحكم الاستئنافي الذي قضى بصحة عريضة الدعوى على الرغم من عدم تنصيصها على عدد السجل التجاري للمعقبة. وقد عللت محكمة التعقيب موقفها القانوني صلب الحيثية التالية: " حيث أنّه بخصوص التمسك ببطان عريضة افتتاح الدعوى لمخالفتها لأحكام الفصلين 6 و 70 جديد من م م م ت بناء على أنّها جاءت خالية من التنصيص على عدد التسجيل التجاري للطالبة في الأصل وشكلها القانوني فهو مردود عليه بما اقتضاه الفصل 71 من م م م ت الذي جاء به أنّه يزول البطلان بحضور المدعى عليه (شركة الخطوط الجوية التونسية) أو محاميه إذا كان الخلل في الصنف الوارد بالفقرة الأولى من الفصل 70 جديد. وهو المتمثل في خطأ أو نقص في بيان الاسم أو اللقب والمحكمة وتاريخ الجلسة.

وحيث أنّ محكمة الموضوع قد أصابت لما اعتبرت أنّ حضور المعقبة (شركة الخطوط الجوية التونسية) لدى محكمة الدرجة الأولى وتقديمها لجوابها عن الدعوى من شأنه أن يصحح الإجراءات مما يتجه عدم الأخذ بهذا المطعن لعدم وجاهته⁴."

ويمكن تفسير رفض مطعن المعقب من طرف محكمة التعقيب بكون هذا الدفع الشكلي يجب إثارته قبل الخوض في أصل النزاع. ويترتب عن عدم التمسك بهذا الدفع الشكلي قبل الجواب عن أصل النزاع سقوط هذا الدفع

¹ - ينص الفصل 69 من م.م.م.ت على ما يلي " تُرفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية بعريضة يحررها محامي الطالب يبلغ نظيرا منها مصحوبا بنسخ من المؤيدات المطلوبة بواسطة عدل منفذ وتتعدد النظائر والنسخ بتعدد المطلوبين"

² - ينص الفصل 70 م م م ت " يجب أن يبين بعريضة الدعوى كل واحد من الخصوم ولقبه ومهنته ومقره وصفته وعند الاقتضاء عدد الترسيم بالسجل التجاري ومكانه ووقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأساندها القانونية والمحكمة الواقع الاستدعاء للحضور لديها وتاريخ الحضور سنة وشهرا ويوما وساعة. وان كان الخصم شخصا معنويا يجب أن يشمل المحضر على اسمه ولقبه ومقره الاجتماعي وشكله القانوني إن كان شركة وعدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه.

كما يجب أن تتضمن العريضة التنبيه على المستدعي بتقديم جوابه كتابة مصحوبا بالمؤيدات بواسطة محام بالجلسة المعينة لها وإلا فان المحكمة تنظر فيها حسب أوراقها.

ولا يمكن أن يقل ميعاد الحضور عن واحد وعشرين يوما إذا كان للخصم مقرا بالبلاد التونسية وعن ستين يوما إذا كان مقره بالخارج وكذلك بالنسبة إلى الدولة والمؤسسات العمومية."

³ - اقتضى الفصل 71 من م م م ت انه " يُبطل عريضة الدعوى:

أولا: إذا وقع فيها خطأ أو نقص في بيان اسم ولقب المدعى عليه أو المحكمة أو تاريخ الجلسة أو إذا لم تقع مراعاة مواعيد الحضور.

ثانيا: إذا لم يقع التنبيه على المدعي بما أوجبه الفقرة الثانية من الفصل 70 أو لم تبلغ إليه نسخة من مؤيدات الدعوى. ويحول البطلان بحضور المدعى عليه أو محاميه إذا كان الخلل من الصنف الوارد بالفقرة الأولى وبتقديم الجواب عن الدعوى إذا كان الخلل موضوع الفقرة الثانية.

وعلى المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطان عريضة الدعوى إذا تبين بطلانها وذلك عند تخلف المدعى عليه أو محاميه عن الحضور أو عن تقديم الجواب بحسب الأحوال."

⁴ - شركة الخطوط الجوية التونسية / مجمع تونس للتأمين، قرار تعقيبي مدني عدد 5861 مؤرخ في 12 أكتوبر 2004، ن. م. ت. جزء مدني، ص. 339.

وعدم إثارته من قبل المحكمة من تلقاء نفسها بناء على أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام لأنه يهم المصلحة الشخصية للخصوم¹.

ب- الدفع بعدم صفة المدعي :

طبقا للفصل 19 من م.م. م.ت. حق القيام لدى المحاكم يكون لكل شخص له صفة وأهلية تخولانه حق القيام بطلب ما له من حق ويجب أن يكون للقائم مصلحة في القيام. فخلافا لشرطي المصلحة والأهلية، يطرح شرط تحديد صفة المدعي في الدعوى الناشئة عن عقد النقل الجوي للبضائع العديد من الإشكاليات أمام القضاء التونسي والأجنبي.

فشرط الصفة يجب أن يتوفر في الطالب والمطلوب أي أن تقام الدعوى من ذي صفة على ذي صفة². ويقصد بالصفة أن صاحب الحق هو القائم بالدعوى القضائية أو التحكيمية إذ أن القيام من قبل مدعي لا صفة له لا يمكن تصحيحه ولو بحضور صاحب الصفة وذلك لأن القيام بالدعوى باطل. ومن هذا المنطلق فان شرط صفة القيام يهم النظام العام وعلى المحكمة أن تثير هذا الشرط من تلقاء نفسها وإلا فان حكمها يكون مستهدفا للنقض³.

ونظرا لكون اتفاقية فرسوفيا جاءت لتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي، فإنها لم تضبط بصفة مسبقة ودقيقة من له صفة للقيام برفع دعوى التعويض ضد الناقل الجوي في صورة إخلال هذا الأخير بالتزاماته العقدية الناشئة عن عقد النقل الجوي الدولي للبضائع. وفي هذا الصدد تعرضت اتفاقية فرسوفيا بصفة غير مباشرة لصفة المدعي وذلك في الحالات التالية :

- اقتضت الفقرتان "د" و "و" من الفصل 8 من اتفاقية فرسوفيا ذكر اسم مرسل البضاعة وعنوانه واسم المرسل إليه وعنوانه صلب وثيقة النقل الجوي.

- الحالة الأولى : اقتضى الفصل 13 من اتفاقية فرسوفيا أنه يحق للمرسل إليه عند وصول البضاعة إلى مطار الوصول أن يطالب الناقل بتسليمه البضاعة ورسالة النقل الجوي بشرط دفعه التكاليف المستحقة.

- الحالة الثانية : نص الفصل 12 عن اتفاقية فرسوفيا على أنه يسمح لمرسل البضاعة جوا التصرف في البضاعة وهي في حيازة الناقل .

ويستنتج من جملة هذه الفصول أنه من الناحية النظرية منحت اتفاقية فرسوفيا الحق لكل من مرسل البضاعة والمرسل إليه من رفع دعوى التعويض ضد الناقل الجوي، إلا أنه من الناحية العملية طرح تحديد صفة المدعي في دعوى التعويض المرفوعة ضد الناقل الجوي في مادة نقل البضائع العديد من الإشكالات التطبيقية التي يمكن تلخيصها في الحالات التالية :

¹ - مصطفى صخري ، المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجبائية : دراسة نظرية وتطبيقية في القانون التونسي والمقارن، الطبعة الثانية، تونس 2004، (دون دارنشر)، ص 704.

² - أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، 1970، ص.205.

³ - قرار تعقيبي مدني عدد 26367 صادر بتاريخ 1978/08/23

- الحالة الأولى : تحديد من له صفة مرسل البضاعة جوا :

اشترط فقه القضاء استنادا إلى الفقرة "د" من الفصل 8 من اتفاقية فرسوفيا أنّ الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وقع تدوين اسمه داخل الخانة المخصصة لاسم مرسل البضاعة داخل وثيقة النقل الجويّ هو الوحيد الذي له صفة المدّعي . وقد طبّق فقه القضاء هذا الشرط بصفة صارمة، حيث رفض إسباغ صفة المدّعي في دعوى التعويض المرفوعة ضد الناقل الجويّ في حالة مرسل البضاعة الحقيقي (1) وحالة فقدان مرسل البضاعة الذي تم تدوين اسمه داخل رسالة النقل الجويّ لصفة المدّعي (2).

1- مرسل البضاعة الحقيقي :

وهو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي تمت عملية الإرسال لمصلحته، وهو المالك الحقيقي للبضاعة إلا أنّ اسمه غير مدون في رسالة النقل الجويّ لأنّ عقد النقل الجويّ وقع إبرامه من طرف وكيله المتمثل عادة في عميل النقل أو وكيل العبور¹.

استنادا إلى غياب ذكر اسمه على وثيقة النقل الجويّ ، سايرت محكمة الاستئناف بباريس دفع الناقل الجويّ حيث اعتبرت أنّ المرسل الحقيقي للبضاعة جوا لا صفة له للقيام ضد الناقل الجويّ بالرغم من أنّه اتفق مع عميل النقل على أن يباشر باسمه الخاص نقل أشياء².

أما في مادة النقل البري للبضائع ، فيمكن لمرسل البضاعة الحقيقي بالرغم من عدم تدوين اسمه على وثائق النقل رفع دعوى التعويض على الناقل البري طبقا للفصل 651 م ت الذي ينص على أنّه " يجوز لمفوض العميل القيام مباشرة على الناقل بجميع الدعاوي الناشئة عن عقد النقل لكن بعد استدعاء العميل كما يجب لإدخاله في القضية " .

2- حالة فقدان مرسل البضاعة الذي تم تدوين اسمه داخل رسالة النقل الجويّ لصفة المدّعي :

اعتبر فقه القضاء الفرنسي أنّ مجرد تدوين اسم المرسل صلب رسالة النقل الجويّ لا يكفي لإسناده صفة المدّعي . وفي هذا الصدد، يفقد مرسل البضاعة صفة المدّعي ، إذا أبرم عقد بيع بضائع حسب شروط البيع بالشحن " فوب " . وهو بيع يلتزم فيه البائع بتسليم البضاعة محررة من جميع التكاليف على ظهر وسيلة النقل وتحمل مصاريف الشحن والنقل والتفريغ على المشتري³ . وقد برر فقه القضاء فقدان مرسل البضاعة لصفة المدّعي بانتقال ملكية البضاعة إلى المرسل إليه بمجرد وضع البضاعة على متن الطائرة⁴ .

-الحالة الثانية: تحديد صفة المرسل إليه:

يُعرف المرسل إليه بكونه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي أرسلت إليه البضائع جوا من طرف مرسل البضاعة وتُسَلَّم له البضاعة عن طريق الناقل الجويّ في مطار الوصول. وبالرغم من كون المرسل إليه لا يعد طرفا في

¹ - R. Rodière, Droit des transports, 2ème éd. Sirey, 1977, no 571.

² - C.A Paris, 19 mars 1975, B.T, 1975 .P.336.

³ - انظر أحكام الفصلين 229 و 230 من م.ت.ب.

⁴ - C.A D'Aix En Provence, 20 février 1991, B.T.L p., 623.

عقد نقل البضائع جوا، فقد فسّر الفقه وفقه القضاء انتفاع مرسل البضاعة بعقد النقل استنادا إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير¹.

من جهة أولى، منحت الفقرة الثالثة من الفصل 30 من اتفاقية فرسوفيا مرسل البضاعة صفة القيام ضد الناقل الجويّ في صورة حصول تلف جزئي أو كلي أو فقدان كلي أو جزئي أو تأخير في نقل البضاعة جوا. ومن جهة ثانية، ضبطت الفقرة "و" من الفصل 8 من اتفاقية فرسوفيا صفة المرسل إليه بأن حصرتها في الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي تم تدوين اسمه في رسالة النقل الجويّ في الخانة المخصصة لذلك².

وكما هو الشأن بالنسبة لمرسل البضاعة، تشدد فقه القضاء في تحديد صفة المرسل إليه الذي يخوّل له رفع دعوى التعويض ضد الناقل الجويّ. وفي هذا الصدد، رفض فقه القضاء إسباغ صفة المدعي استنادا إلى غياب تدوين اسمه على رسالة النقل الجويّ طالما Destinataire réel للمرسل إليه الحقيقي³. Destinataire apparent لم يثبت أنه حل محل المرسل إليه الظاهر.

كما اعتبر فقه القضاء أنّ المرسل إليه الحقيقي الذي وقع التنصيب على اسمه صلب وثيقة النقل لا يتمتع بصفة المرسل إليه⁴. notify الجويّ وهو الشخص الواجب إشعاره بوصول البضاعة.

ويفقد صفة المدعي لرفع دعوى التعويض ضد الناقل الجويّ للبضائع، المرسل إليه الذي يرفض قبول البضاعة. وتجدر الإشارة إلى أنّ فقه القضاء الفرنسي في مادة نقل البضائع بحرا اعترف منذ سنة 1992 بصفة المرسل إليه الحقيقي لرفع دعوى التعويض ضد الناقل البحري الدوليّ للبضائع وقد استند القضاء إلى تبرير هذا التوجه استنادا على أنّ وثيقة الشحن البحري قابلة للتداول، خلافا لرسالة النقل الجويّ التي لا تقبل التداول⁵.

- الحالة الثالثة: الأشخاص الذين يحلون محل طرفي عقد نقل البضائع جوا:

إضافة إلى المرسل والمرسل إليه، سمح فقه القضاء لعدد من الأشخاص باكتساب صفة المدعي لرفع دعوى التعويض ضد الناقل الجويّ وذلك بشرط دفع تعويض لأحد طرفي عقد النقل الجويّ للبضائع. وباستقراء فقه القضاء، يكتسب صفة المدعي الشخص الذي يحل محل المرسل أو المرسل إليه وخاصة عميل النقل (1) وشركة التأمين (2).

1 (عميل النقل الذي يقوم بخلاص معاقلة يحق له رفع دعوى التعويض ضد الناقل الجويّ بالرغم من عدم تدوين اسمه على رسالة النقل الجويّ في الخانة المخصصة لذلك⁶.

2 (شركة التأمين: أمام سكوت اتفاقية فرسوفيا حول مسالة حلول شركة التأمين محل مرسل البضاعة أو المرسل إليه، يتعين الرجوع إلى القوانين الوطنية. وفي هذا الإطار اقتضى الفصل 21 من م. تآ أنه يحل المؤمن الذي قام بخلاص المؤمن له وفي حدود ذلك التعويض فيما له من الحقوق والدعاوى على الآخرين الذين تسببوا بفعالهم في الضرر

¹ -L. Peyrefitte, contrat de transport aérien de marchandises, J.CL.TRANSF, FASC., 910 p., 10.

² -CA, Versailles, 12eme ch., 4 juin 2003, Rev .DR.,Unif, 2004, p. 200.

³ - CA. Paris, 31 mai 1985, R.F.D.A., 1986, p.18.

⁴ - Cass.Com., 25juin 1987.B.T, 1987, P., 423.

⁵ - B. Mercadal, transports aériens, Rép .Com Dalloz, 2000, p., 28.

⁶ CA versailles, arrêt précité.

الذي نتجت عنه مسؤولية المؤمن . وفي هذا الصدد قضت محكمة الناحية بتونس بأنه " حيث أدت شركة التأمين المدّعية (استري) لمؤمنتها (المرسل إليها) قيمة الأضرار اللاحقة بالبضاعة ويحق لها قانونا الحلول محلها فيما لها من الحقوق والدعاوى ضد الغير بموجب الخسائر والأضرار التي كانت سببا في ذلك الأداء تطبيقا للفصل 21 من مجلة التأمين¹ .

وتجدر الإشارة إلى أنّ توريد البضائع عن طريق الجو أو البر أو البحر والتي تفوق قيمتها ثلاثة آلاف دينار تستوجب إبرام عقد تأمين طبقا لأحكام الفصل 30 من قانون المالية عدد 88 لسنة 1980 المؤرخ في 31 ديسمبر 1980².

ج- الدفع بعدم اختصاص الهيئة القضائية أو التحكيمية للنظر في دعوى التعويض :

إذا توفرت الشروط الشكلية لعريضة الدعوى المرفوعة ضد الناقل الجوي وتوفرت الصفة القانونية للمدعي، يمكن للناقل الجوي أن يدفع أيضا بعدم اختصاص المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى (1) والهيئة التحكيمية (2).

1- الدفع بعدم اختصاص المحكمة للنظر في دعوى التعويض: يمكن للناقل الجوي إثارة عدم اختصاص المحكمة التي رفعت الدعوى أمامها من حيث الاختصاص الحكمي (1-1) أو الاختصاص الترابي (1-2)

1-1 إثارة عدم الاختصاص الحكمي للمحكمة :

لازمت اتفاقية فرسوفيا المتعلقة بتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الصمت إزاء تنظيم المحاكم المختصة حكما للفصل النزاعات بين الناقل الجوي وصاحب الحق في البضاعة فتركت للدول الأعضاء في هذه الاتفاقية حرية تنظيم المحكمة المختصة حكما للفصل في النزاعات الناشئة عن تنفيذ عقد النقل الجوي الدولي للبضائع .

وتختص المحاكم التونسية بالنظر في النزاعات الناشئة عن الرحلات الجوية الداخلية طبقا للفصل 118 من م.ط.م وعن الرحلات الجوية الدولية إذا توفرت إحدى حالات الاختصاص الترابي المنصوص عليه بالفصل 28 عن اتفاقية فرسوفيا . ولتحديد الاختصاص الحكمي للمحاكم التونسية يتعين الرجوع إلى النص القانوني العام المنصوص عليه ب م . م . ت . وفي هذا الصدد، يجب التمييز بين الحالات التالية:

- الحالة الأولى : يختص حاكم الناحية بالفصل في النزاع الناشئ عن عدم تنفيذ أو التنفيذ المعيب لعقد النقل الجوي للبضائع إذا كان المبلغ المطلوب لا يتجاوز سبعة آلاف دينار طبقا لأحكام الفصل 39 من م م م ت . ويقع استثناء الأحكام الابتدائية الصادرة عن حاكم الناحية أمام المحكمة الابتدائية المختصة ترابيا.

¹ - حكم عدد 15738 بتاريخ 2002/12/24 غير منشور.

² - الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 78 الصادر في 31 ديسمبر 1980 ، ص.3355.

- الحالة الثانية : تختص الدوائر المدنية في المحاكم الابتدائية بالنظر في النزاعات المرفوعة ضد الناقل الجوي للبضائع إذا كان المبلغ المطلوب تتجاوز قيمته سبعة آلاف دينار وذلك بشرط عدم وجود دائرة تجارية بهذه المحاكم الابتدائية . وباستقراء الأمر عدد 427 لسنة 1996 المؤرخ في 11 مارس 1996¹ والأمر عدد 2969 لسنة 2001 المؤرخ في 24 ديسمبر 2001² والمتعلقان بإحداث دوائر تجارية في بعض المحاكم الابتدائية³، يمكن الاستنتاج بإمكانية رفع دعوى التعويض ضد الناقل الجوي للبضائع أمام الدائرة المدنية للمحكمة الابتدائية مجندوبة أو أمام الدائرة المدنية للمحكمة الابتدائية بتوزر لغياب دوائر تجارية بهاتين المحكمتين بشرط أن يكون مطار توزر - نفطة أو مطار طبرقة مكان وصول الرحلة الجوية الداخلية أو الدولية التي حصلت خلالها الأضرار اللاحقة بالبضائع أو يكون عقد النقل الجوي قد أبرم في الحدود الترابية لولاية توزر أو جندوبة.

- الحالة الثالثة : تختص الدوائر التجارية المنتصبة بالمحاكم الابتدائية بالنظر في دعوى التعويض المرفوعة ضد الناقل الجوي للبضائع طبقا للفقرة الخامسة من الفصل 40 من م م م ت. وتعتبر دعاوي تجارية على معنى أحكام هذا الفصل الدعاوى المتعلقة بالنزاعات بين التجار فيما يخص نشاطهم التجاري . وتشترط هذه الفقرة شرطين متلازمين لاختصاص الدائرة التجارية. طبقا للشرط الأول يجب أن يكون طرفا النزاع تاجرين : يعتبر الطرف الأول في عقد النقل الجوي للبضائع وهو الناقل الجوي تاجرا طبقا للفصل 2 من م م ت⁴. وفي أغلب الأحيان يكون الطرف الثاني في عقد النقل الجوي للبضائع وهو مرسل البضاعة تاجرا إذا توفرت فيه الشروط المنصوص عليها بالفصل 2 من م م ت.

أما الشرط الثاني لاختصاص الدوائر التجارية : فيجب أن يتعلق النزاع بين التاجرين بنشاطهما التجاري : يُعد نقل البضائع عملا تجاريا بطبيعته بالنسبة للناقل الجوي . أما بالنسبة للطرف الثاني في عقد النقل الجوي للبضائع فيعد في أغلب الأحيان عملا تجاريا تبعا للنشاط التجاري الرئيسي مثل المؤسسات الاقتصادية التي تقوم بتصدير منتجاتها عن طريق النقل الجوي .

أما في صورة ما إذا كان الطرف الثاني في عقد النقل الجوي لنقل البضائع شخصا طبيعيا أو معنويا يمارس نشاطا مدنيا محتا وعليه يكون عقد النقل الجوي المبرم بين الناقل الجوي وصاحب الحق في البضاعة عملا مختلطا. يحق للناقل الجوي إثارة عدم الاختصاص الحكمي للدائرة التجارية إذا وقع أمامها رفع دعوى التعويض ضده. ويهم هذا الدفع النظام العام ، كما يمكن للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها.

¹ - الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 24 الصادر في 22 مارس 1996 ، ص.672.

² - الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 1 الصادر في 1 جانفي 2002 ، ص.6.

³ - طبقا للأمرين السابقين وقع إحداث دوائر تجارية بكل من المحاكم الابتدائية التالية: تونس والكاف وسوسة وصفاقس وقابس وقفصة ومدنين وبنزرت وقربالية.

⁴ اقتضى الفصل 2 من م م ت ".... ويعد تاجرا بالخصوص كل من يباشر على وجه الاحتراف نقل المكاسب والأشخاص برا وبحرا وجوا..."

2-1 : إثارة عدم الاختصاص الترابي للمحاكم للفصل في النزاع الناشئ بين الناقل الجوي وصاحب الحق في البضاعة :

لئن لم تنظم اتفاقية فرسوفيا الاختصاص الحكمي للمحاكم المتعهدة بالنظر في النزاعات الناشئة بين الناقل الجوي وصاحب الحق في البضاعة، فإنها خصصت الفصل 28 لتنظيم الاختصاص الترابي الذي ينص في فقرته الأولى على ما يلي " ترفع دعوى التعويض وفقا لاختيار المدعي ، في إقليم إحدى الدول الأعضاء :

أمام محكمة مقر الناقل ، أو

أمام محكمة المركز الرئيسي لنشاط الناقل، أو

أمام المحكمة التي يوجد بها فرع من فروع شركة النقل الجوي والتي أبرمت عقد النقل، أو - أمام محكمة جهة الوصول".

و للإلمام بقواعد الاختصاص الترابي للمحاكم في مادة النقل الجوي للبضائع، يمكن طرح الملاحظات التالية :

- الملاحظة الأولى : خلافاً للفصل 3 من م م م م ت الذي يسمح للأطراف المتنازعة بتحويل الاختصاص الترابي للمحاكم لعدم تعلقها بالنظام العام ، أبطل الفصل 32 من اتفاقية فرسوفيا¹ اتفاق طرفي عقد النقل الجوي للبضائع على تحويل المحاكم المختصة ترابياً للنظر في النزاعات الناشئة عن عقد النقل الجوي للبضائع لتعلق الفصل 28 من اتفاقية فرسوفيا بالنظام العام². وفي ذلك حماية لمصالح صاحب الحق الذي يعد الطرف الضعيف في عقد النقل الجوي من تعسف الناقل الجوي الذي يعد الطرف القوي في العقد والذي يمكنه أن يدرج بنوداً تمنح الاختصاص لمحكمة بعيدة جداً عن مقر صاحب الحق في البضاعة ومن شأن هذه البنود أن تدفع صاحب الحق في البضاعة إلى الإحجام عن رفع دعوى التعويض ضد الناقل الجوي.

- الملاحظة الثانية : بما أنّ المشرع التونسي قد وحد بين أحكام النقل الجوي الدولي والداخلي بمقتضى الفصل 118 من م. ط. م فإن صاحب الحق في البضاعة يجب عليه أن يرفع دعوى التعويض ضد الناقل الجوي الداخلي أمام إحدى المحاكم المنصوص عليها بالفصل 28 من اتفاقية فرسوفيا الذي يعد ناصاً خاصاً يضبط الاختصاص الترابي للمحاكم التونسية للنظر في الدعاوى الناشئة عن عقد النقل الجوي الداخلي للبضائع.

وتختص الدوائر التجارية بكل من تونس وسوسة والمنستير و صفاقس وقفصة ومدنين وقابس بالنظر في الدعاوى المرفوعة من صاحب الحق في البضاعة إذا كانت له صفة تاجر وكان عقد النقل يتعلق بنشاطه التجاري بشرط وجود المقر الاجتماعي للناقل الجوي أو مطار الوصول يقع في الحدود الترابية لمرجع النظر لهذه الدوائر أو إذا أبرم عقد النقل الجوي للبضائع بمرجع النظر الترابي لهذه الدوائر التجارية. في حين لا تختص الدائرة التجارية بقرمبالية والكاف بالنظر في النزاعات الناشئة عن عقد النقل الجوي للبضائع إلا إذا أبرم عقد النقل الجوي بمرجع النظر

¹ ينص الفصل 32 من اتفاقية فرسوفيا على ما يلي " تكون باطلة ولاغية البنود في عقد النقل التي يخالف فيها الأطراف القواعد المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، سواء أكان ذلك بتعيين القانون الواجب التطبيق، أم بتعديل قواعد الاختصاص....."

² -وهو نفس الموقف الذي اتخذته المشرع التونسي بالنسبة للنقل البحري للبضائع. انظر أحكام الفصل 162 م ت.ب.

الترابي لهذه الدوائر وذلك لعدم وجود مطارات في مرجع النظر للمحكمة الابتدائية بقرمبالية والكاف وعدم وجود مقرات اجتماعية لشركات النقل الجوي بها .

- الملاحظة الثالثة : إذا وقع إصدار رسالة نقل جوي تغطي النقل من الباب إلى الباب وهو ما يعرف بالنقل متعدد الوسائط¹ أي أنها تغطي النقل الجوي والبري أو الحديدي أو البحري السابق أو اللاحق للنقل الجوي، يحق للنقل الجوي الدفع بعدم الاختصاص الترابي لمحكمة الوصول النهائي للبضائع عن طريق النقل البري وذلك لمخالفة مقتضيات الفصل 28 من اتفاقية فرسوفيا الذي اوجب رفع دعوى التعويض أمام المحكمة التي يقع بدائرتها الترابية مطار الوصول².

2 - إثارة عدم الاختصاص الترابي للهيئة التحكيمية :

يُعد التحكيم من الطرق البديلة لفصل النزاعات بين المتنازعين عن طريق فرد أو أفراد متعددين بدلا من المحكمة المختصة بالنزاع³.

أقرت اتفاقية فرسوفيا حرية طرفي النزاع (الناقل الجوي ومرسل البضاعة) في تضمين الشرط التحكيمي صلب وثيقة النقل الجوي صلب الجملة الثانية من الفصل 32 الذي اقتضى ما يلي ".... ومع ذلك تصح في نقل البضائع شروط التحكيم ، في حدود الاتفاقية بشرط أن يكون التحكيم في إحدى جهات الاختصاص القضائي المنصوص عليه بالفصل 28 فقرة أولى"

وخلافا للفقرة الثالثة من المادة 22 من قواعد هامبورغ المتعلقة بتنظيم عقد النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر⁴ التي سمحت للشاحن والناقل البحري الدولي للبضائع بحرية الاتفاق على ضبط المكان الذي سيجري فيه الفصل في النزاع عن طريق التحكيم حجت الفقرة الثانية من الفصل 32 من اتفاقية فرسوفيا على الناقل الجوي ومرسل البضاعة من اختيار مكان التحكيم وقد ترتب عن منع اختيار مكان التحكيم للفصل في النزاعات الناشئة عن عقد النقل الجوي للبضائع السلبات التالية:

- السلبية الأولى : يعد ضبط أماكن التحكيم بصفة آمرة من قبل اتفاقية فرسوفيا " بدعة قانونية " تتعارض مع المبادئ العامة التي تحكم قواعد التحكيم التجاري الدولي المتسمة بالمرونة.

- السلبية الثانية : يترتب عن ضبط أماكن التحكيم بصفة مسبقة صلب الفقرة الثانية للفصل 32 م اتفاقية فرسوفيا حرمان الناقل الجوي ومرسل البضاعة من اختيار هيئات التحكيم الدائمة (التحكيم المؤسساتي) التي لا تتواجد مقراتها في احد الأماكن التي يجب أن يتم فيها التحكيم طبقا لأحكام الفقرة الأولى من الفصل 28 من اتفاقية فرسوفيا .

¹ يعرف النقل الدولي متعدد الوسائط بكونه كل نقل للبضائع بواسطتين مختلفتين على الأقل من وسائط النقل على أساس عقد نقل متعدد الوسائط من مكان في بلد ما يأخذ متعده النقل فيه البضائع في عهده إلى المكان المحدد للتسليم في بلد آخر : انظر أحكام القانون عدد 21 لسنة 1998 المؤرخ في 11 مارس 1998 المتعلق بالنقل الدولي متعدد الوسائط للبضائع ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في 13 مارس 1998 ص 527 .

² CA Paris ,15 octobre 1997, juris –Data no 1997 -024236.

³ يعقوب صرخوه، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى 1996 ، الكويت، ص.9.

⁴ صادقت الجمهورية التونسية على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون عدد 61 لسنة 1981 ، المؤرخ في 11 جويلية 1981 ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 48 بتاريخ 17-21 جويلية 1981 ص 1755.

إضافة للدفع المتعلقة بعدم احترام الإجراءات الشكلية لرفع دعوى التعويض، يمكن للناقل الجوي إثارة انقضاء دعوى التعويض بمرور الزمن.

الفقرة الثانية : الدفع بانقضاء دعوى التعويض بمرور الزمن :

حرصاً منه على حماية مصالح الناقل الجوي، مكن المشرع الدولي الناقل من دفع دعوى التعويض في حالتين : الحالة الأولى، يحق للناقل الدفع بعدم قبول الدعوى إذا لم يتم المرسل إليه بالاحتجاج في الآجال المحددة (أ) والحالة الثانية : يمكن للناقل الدفع بسقوط الدعوى بمرور فترة زمنية محددة (ب).

أ - الدفع بعدم قبول دعوى التعويض :

كما هو الشأن بالنسبة لعقد النقل الدولي للبضائع عن طريق سكك الحديد¹، وضع الفصل 26 من اتفاقية فرسوفيا وسيلة دفع فعالة لصالح الناقل الجوي تتمثل في الدفع بعدم قبول دعوى التعويض دون الحاجة للخوض في أصل النزاع إذا لم يتم المرسل إليه بالاحتجاج في آجال مضبوطة .

يُعرف الفقه الاحتجاج أو التبليغ أو التحفظ أو الإخطار بكونه " تعبير عن عدم الرضاء ورفض قيام قرينة التسليم المطابق " . وطبقاً للفقرة الأولى من الفصل 26 من اتفاقية فرسوفيا، يُعد تسلّم وقبول البضائع من قبل المرسل إليه دون احتجاج قرينة بسيطة على تسلّم البضائع في حالة حسنة طبقاً لما هو مدوّن في وثيقة النقل الجوي .

وحتى لا يفقد صاحب الحق البضاعة في رفع دعوى التعويض ضد الناقل الجوي يجب عليه احترام شروط الاحتجاج (1) وإلا سقط حقه شكلاً في رفع دعوى التعويض (2).

1) شروط الاحتجاج:

ليرتب الاحتجاج الموجه ضد الناقل الجوي في صورة حصول أضرار للبضاعة المنقولة جواً آثاره، يجب أن تتوفر فيه الشروط القانونية التالية :

1-1 الشرط الأول : حالات الاحتجاج :

وفقاً للفقرة الثانية من الفصل 26 من اتفاقية فرسوفيا، يجب على مرسل البضاعة القيام بشكلية الاحتجاج في حالتين وهما : حالة تلف البضاعة والتأخير في تسلّمها. وخلافاً لحالة التأخير التي لم تثر أي إشكال عملي، طرحت حالة تلف البضاعة العديد من الإشكاليات التطبيقية أمام فقه القضاء.

-الإشكالية الأولى : ذهب جانب من القضاء إلى اشتراط قيام المرسل إليه بتوجيه احتجاج في الآجال ² Perte partielle القانونية وإلا سقط حقه في رفع دعوى التعويض في صورة الضياع الجزئي للبضاعة. يبدو أنّ هذا الاتجاه القضائي قد جانب الصواب استناداً إلى أنّ الفقرة الثانية من الفصل 26 من اتفاقية فرسوفيا ألزمت مرسل البضاعة بتوجيه الاحتجاج في حالة تلف البضاعة أي أنّ البضاعة تصل كاملة من حيث كميتها ووزنها لكنها فاقدة

¹ - M. Allégret, transports internationaux ferroviaires, JCL.TRANSP., VOL II, Fasc.686, p 13.

² - Cour suprême des Pays-Bas, 10 juillet 1980, arrêt cité par M. Godefroid, « vers une application exacte de l'article 26 de la convention de Varsovie », DR EUROP.TRANSP., 1983, p.555.

لقيمتهما كأن تصل مبتلة أو مكسورة أو غير صالحة. وعليه تختلف حالة تلف البضاعة عن حالة النقصان الجزئي للبضاعة باعتبار أنه في الحالة الثانية يصل جزء من البضاعة ويُفقد الجزء الآخر¹.

-الإشكالية الثانية: لئن لم يشترط الفصل 26 من اتفاقية فرسوفيا القيام بالاحتجاج في حالة الضياع الكلي للبضاعة، فإن القضاء الفرنسي ذهب في مرحلة أولى إلى اعتبار أنّ تغيير محتوى البضاعة المنقولة جوا من الأحجار الكريمة بمسامير يعتبر حالة تلف البضاعة موجبة للقيام بها جراء الاحتجاج لأنها لا تعد حالة ضياع كلي للبضاعة². وفي مرحلة لاحقة غير القضاء الفرنسي موقفه حيث اعتبرت محكمة الاستئناف بباريس أن تسلّم طرد يحتوي على أشياء تختلف عن البضاعة الأصلية المدونة بوثيقة النقل الجوي يعتبر حالة ضياع كلي للبضاعة لا يستوجب القيام بالاحتجاج لأنّ هذه الحالة لا تعد حالة تلف وبالتالي يعفى المرسل إليه من توجيه الاحتجاج للنّاقل الجوي³.

1-2 الشرط الثاني: تحديد الأطراف المعنية بالاحتجاج: ينقسم هذا الشرط بدوره إلى شرطين اثنين:

*من يُوجه الاحتجاج: اقتضى الفصل 26 من اتفاقية فرسوفيا في فقرته الثانية أنّ المرسل إليه هو من يتوجب عليه القيام بالاحتجاج في حالة التأخير في تسليم البضاعة أو في حالة التلف الظاهر أو التلف الخفي. ولا يحقّ لمرسل البضاعة أن يصدر عنه الاحتجاج إلا في صورة عدم قبولها من طرف المرسل إليه ورجوعها للمرسل⁴.

- إلى من يوجه الاحتجاج: ينص الفصل 26 فقرة ثانية على ما يلي " يجب على المرسل إليه أن يوجه احتجاجا للنّاقل". وباستقراء فقه القضاء الدولي، نلاحظ أنّه قام بتحديد صفة النّاقل الجويّ الذي يجب أن يوجه إليه الاحتجاج وهو مبدئيا النّاقل الذي أبرم عقد النّقل الجويّ. وفي هذا الصدد، يحقّ للنّاقل الجويّ التمسك بعدم قبول الدعوى شكلا باعتبار أنّ المرسل إليه وجّه الاحتجاج إلى شخص آخر ليست له صفة النّاقل الجويّ وهو شركة الخدمات الأرضية⁵. وفي المقابل يحقّ لمرسل البضاعة توجيه الاحتجاج إلى النّاقل الأول أو النّاقل الأخير إذا وقع نقل البضاعة جوا في نطاق النّقل الجويّ المتواصل⁶. ويمكن للمرسل إليه أن يوجه الاحتجاج إلى النّاقل المتعاقد أو إلى النّاقل الفعلي⁷ وذلك طبقا للفصل 4 من اتفاقية جوادالاهارا المؤرخة في 18 سبتمبر 1961 المتممة لاتفاقية فرسوفيا المتعلقة بوحيد بعض القواعد الخاصة بالنّقل الجويّ الذي يقوم به شخص غير النّاقل المتعاقد⁸. وقد اقتضى هذا الفصل " إنّ الأوامر أو الاحتجاجات الواجب إبلاغها تطبيقا لاتفاقية فرسوفيا لها نفس المفعول سواء كانت موجهة للنّاقل المتعاقد أو إلى النّاقل الفعلي.....".

¹ - CA. Versailles 4 février 2000. B.T.L.2000, P.424.

² - C.A. Paris, 14 mars 1991, B.T, 1991, .P. 310.

³ - CA Paris, 5 février 2004 B.T.L 2004, P.151.

⁴ - CA paris, 29 novembre 1979, B.T. 1978, p.307.

⁵ - T. Com Nanterre ; 16 février 2001, B.T.L., 2001, p.192

⁶ - Ontario high Court of justice ,14 novembre 1978, air Law , 1980, p 132.

⁷ - يعرف النّاقل الفعلي بكونه النّاقل الجوي الذي قام بتنفيذ كل أو جزء من عقد النّقل الجوي دون أن يكون طرفا في عقد النّقل الجوي المبرم بين النّاقل المتعاقد ومرسل البضاعة.

⁸ - صادقت الجمهورية التّونسيّة على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون عدد 65 لسنة 1962 المؤرخ في 17 ديسمبر 1962، الرائد الرسمي للجمهورية التّونسيّة الصادر في 18 ديسمبر 1962، ص.1901.

1-3 الشرط الثالث: شكل الاحتجاج :

اقتضت الفقرة الثالثة من الفصل 26 من اتفاقية فرسوفيا أنه " يجب أن يثبت كل احتجاج في شكل تحفظ على مستند النقل أو في صورة كتب آخر يرسل في الأجل المضبوط لهذا الاحتجاج ". وبتطبيق هذا الفقرة توصل القضاء إلى الاستنتاجات التالية :

- الاستنتاج الأول : يجب أن يتخذ الاحتجاج الموجه ضد الناقل الجوي شكلا كتابيا. وعليه يبطل مفعول الاحتجاج الشفوي الغير مدون¹. كما لا عمل على الاحتجاج الموجه إلى طريق الهاتف أو السكايب.

- الاستنتاج الثاني : يجب أن يدون الاحتجاج على وثيقة النقل الجوي أو أي كتب آخر. وقد أثارت عبارة " أي كتب آخر " العديد من الإشكاليات التطبيقية أمام القضاء المتعهد بالنظر في دعوى التعويض الناشئة عن عقد النقل الجوي للبضائع.

وفي هذا الصدد، قضت محكمة الاستئناف بباريس بصحة الاحتجاج الموجه للناقل الجوي عن طريق الفاكس². وإجمالا يمكن القول بأن عبارة " أي كتب آخر " هو عبارة موسعة وعامة من شأنها أن تستوعب وسائل الاتصال الحديث مثل توجيه الاحتجاج عن طريق البريد الالكتروني.

- الاستنتاج الثالث : يجب أن يكون الاحتجاج الموجه للناقل الجوي دقيقا وكاملا أي أنه يتوجب على المرسل إليه أن يذكر في كتب الاحتجاج البيانات المتعلقة بحجم أو وزن البضاعة التي تلفت وقيمتها أو الأضرار الناتجة عن التأخير في تسليم البضاعة. وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي رفض اعتبار توجه تقرير الاختبار والمحرر من طرف خبير الخسائر بمثابة احتجاج على معنى الفقرة الثالثة للفصل 26 من اتفاقية فرسوفيا وعليه يحق للناقل الجوي أن يدفع بعدم صحة هذا الإجراء³.

1-4 الشرط الرابع : آجال توجيه الاحتجاج :

عملا بأحكام الفقرة الأولى من الفصل 26 من اتفاقية فرسوفيا، يجب أن يرسل الاحتجاج إلى الناقل الجوي حالا في حالة اكتشاف التلف وفي أقصى الحالات في اجل سبعة أيام تحتسب انطلاقا من تاريخ استلام البضائع. أما في حالة التأخير في نقل البضائع فإنه يتعين على المرسل إليه توجيه الاحتجاج إلى الناقل الجوي في أقصاه 14 يوما وينطلق احتساب هذا الأجل من تاريخ وضع البضاعة تحت تصرف المرسل إليه.

لتحقيق التوازن بين مصالح الناقل الجوي والمرسل إليه ، رفع بروتوكول لاهي في هذه الأجل القصيرة لتصبح 14 يوما في حالة تلف البضاعة و21 يوما في حالة التأخير في تسليمها .

¹ - T. arrondissement Luxembourg, 9 Décembre 1998, R.F.D.A 1989, p.43.

² - CA Paris ,6 janvier 1977, B.T. 1977, p 274.

³ - CA Versailles, 4 janvier 2000, B.T.2 .2000, p.424.

2- آثار غياب توجيه الاحتجاج للنّاقل الجوّي :

لقد نظمت الفقرة الرابعة من الفصل 26 من اتفاقية فرسوفيا آثار عدم توجيه الاحتجاج للنّاقل الجوّي حيث نصت على ما يلي " إذا لم يقدم الاحتجاج خلال الآجال المقررة تصبح كل دعوى ضد النّاقل غير مقبولة ، إلا إذا صدر غش من جانبه ."

إنّ الدراسة المعمقة لهذه الفقرة تمكن من إبراز الملاحظات التالية :

الملاحظة الأولى : يحق للنّاقل الجوّي حسن النية الدفع بعدم قبول دعوى التّعويض دون حاجة للنظر في أصل النزاع إذا تهاون المرسل إليه في توجيه الاحتجاج للنّاقل في الآجال القانونية . وبالتالي فقد رتب المشرع الدولي جزاء حادا يتمثل في عدم قبول رفع دعوى التّعويض إذا لم يلتزم المرسل إليه بشكليات الاحتجاج. وخلافا لجزء عدم توجيه الاحتجاج في مادة نقل البضائع جوا لم يرتب المشرع الدولي في مادة نقل البضائع عن طريق البحر عن عدم توجيه الاحتجاج في حالة التلف الظاهر أو الخفي للبضائع فقدان الحق في القيام بدعوى التّعويض طبقا للفصل 19 من اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع لسنة 1978¹ . فإذا تهاون المرسل إليه في توجيه احتجاج للنّاقل البحري في اجل يوم العمل الذي يلي تسليم البضائع في حالة التلف الظاهر واجل 15 يوما في حالة التلف غير الظاهر، تعتبر البضائع قد سلمت بحالة حسنة كما هو منصوص عليها بوثيقة الشحن البحري دون أن يترتب على ذلك سقوط حق المرسل إليه في رفع دعوى التّعويض خلال اجل سنتين وفقا لأحكام الفصل 20 من قواعد هامبورغ .

الملاحظة الثانية : إذا ارتكب النّاقل الجوّي أو احد أعوانه للغش بهدف حرمان صاحب الحق في البضاعة من رفع دعوى التّعويض ، يفقد النّاقل الجوّي حقه في الدفع بعدم قبول الدعوى لانقضاء اجل الاحتجاج .

وبعد هذا الجزاء عادلا لأنّه يكرس مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وعليه لا يمكن للمتعاقد سبب النية الاستفادة من سوء نيته. ومن بين الأخطاء القصدية التي يلجا إليها أعوان النّاقل الجوّي لحرمان المرسل إليه من توجيه الاحتجاج للنّاقل ليسقط حقه في رفع دعوى التّعويض :

- إدعاء أعوان النّاقل الجوّي أنّ الاحتجاج الشفوي كاف للحصول على التّعويض².

- عرض النّاقل التّعويض على المرسل إليه حتى ليفوت عليه آجال الاحتجاج³ .

الملاحظة الثالثة : اعتبر فقه القضاء أنّ الغش الصادر عن النّاقل الجوّي أو أحد تابعيه يجب أن يكون لاحقا لعملية تسلّم البضائع ولا يمكن أن يمتد لمرحلة إبرام العقد⁴.

¹ - تعرف هذه الاتفاقية بقواعد هامبورغ.

² - La cour du district de Pennsylvanie, 28 août 2001, Rev.Dr.Unif., 2002, no3, p.391.

³ - Tribunal de commerce Bobigny, 3 septembre 1998, B.T.L., 1999 p.18.

⁴ - La cour suprême du Canada, 6 novembre 2001, R.F.D.A., 2002, p.103.

ب - إثارة سقوط الدعوى بمرور الزمن :

إذا قام المرسل إليه بتوجيه الاحتجاج في الآجال القانونية أو إذا ثبت ارتكاب الناقل الجويّ أو احد أعوانه للغش ، فإنه يتعين على صاحب الحق في البضاعة رفع دعوى التعويض خلال فترة زمنية قصيرة أمام إحدى المحاكم المختصة طبقاً للفصل 28 فقرة أولى من اتفاقية فرسوفيا وإلا سقط حقه . وطبقاً لأحكام الفصل 29 من اتفاقية فرسوفيا " يسقط الحق في التعويض إذا لم ترفع الدعوى خلال مدة سنتين ، اعتباراً من تاريخ الوصول إلى المقصد النهائي أو من التاريخ الذي كان يتعين وصول الطائرة فيه ، أو من التاريخ الذي توقفت فيه عملية النقل".

2. يضبط قانون المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى طريقة احتساب المدة المشار إليها ."

وقد طرح الفصل 29 من اتفاقية فرسوفيا العديد من الإشكاليات العملية التي يمكن حوصلتها في النقاط التالية :

1- طبيعة المدة التي يتعين رفع دعوى التعويض خلالها :

لقد ثارت في الفقه وفقه القضاء مسألة التكييف القانوني للفترة التي يجب على صاحب الحق في البضاعة رفع "déchéance" دعوى التعويض خلالها : فهل تعد فترة " السنتين « المنصوص عليها بالفصل 29 من اتفاقية " فرسوفيا فترة تقادم " prescription" أم أجل سقوط؟

اعتبر شق أول من الفقه أن مدة " السنتين " التي نصت عليها الفقرة الأولى من الفصل 29 من اتفاقية فرسوفيا بمثابة مدة تقادم تكون قابلة للقطع والتعليق . وقد استند الفقه في ذلك على أن القاعدة العامة لرفع الدعوى في وسائل النقل هي فترة تقادم¹ . وعليه لا يجوز أن يشذ النقل الجويّ عن هذه القاعدة العامة. وقد استقر فقه القضاء الفرنسي على اعتبار فترة رفع دعوى التعويض فترة تقادم² قابلة للقطع مثل رفع دعوى التعويض في أمام محكمة غير مختصة³ كما تقبل تعليق هذا الأجل .

ولئن كان هذا الاتجاه يسعى إلى تحقيق توازن بين الناقل الجويّ ، وهو الطرف القوي في عقد النقل الجويّ للبضائع وصاحب الحق في البضاعة وهو الطرف الضعيف في عقد النقل فإنه يجانب الصواب وذلك لسببين اثنين الأول : لو أراد المشرع الدولي أن يجعل من فترة رفع دعوى التعويض مدة تقادم لاستعمل عبارة " تقادم " عوضاً عن عبارة " سقوط " . وعليه فإن مدة السنتين المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 29 من اتفاقية فرسوفيا هي مدة سقوط . ويترتب على ذلك أن أجل السنتين لرفع دعوى التعويض لا تقبل القطع ولا التعليق.

السبب الثاني : لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتماد قواعد القانون الوطني لتفسير معاهدة دولية وعليه يخضع تأويل اتفاقية فرسوفيا إلى أحكام الفصول 31 و 32 و 33 من اتفاقية فيينا المؤرخة في 23 ماي 1969 والمتعلقة بقانون المعاهدات والتي دخلت حيز التنفيذ في 27 جانفي 1980⁴ .

¹ - محمد فريد العربي ومحمد السيد الفقيه ، قانون النقل منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبقة الأولى ، ص 306.

² - Cass. com, 3 juin 1997, Bull. 1997, n 174, p.155.

³ - Cass. Civ., 24 juin 1968, Bull. civ., I, n 177, R.T.D.COM, 1969, obs.E. du Pointavice p.322.

⁴ - صادقت الجمهورية التونسية على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون عدد 21 لسنة 1971 ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في تونس في 21-25 ماي

وتجدر الإشارة إلى أنّ الناقل الجويّ الدوليّ التونسيّ أو الأجنبيّ يمكنه التمسك بأحكام الفقرة الأولى من الفصل 29 من اتفاقية فرسوفيا التي تعتبر اجل سقوط . أما بالنسبة للنقل الداخليّ للبضائع أو الأشخاص فإنّ المشرع التونسيّ اعتبر أنّ دعوى التعويض المرفوعة ضد الناقل الجويّ الداخليّ هي فترة سقوط صلب الفصل 119 من م.ط.م الذي ينص على ما يلي " يجب القيام بدعوى المسؤولية ضد الناقل خلال اجل سنتين من اليوم الذي وصلت فيه الطائرة أو كان عليها الوصول فيه إلى وجهتها وإلا انقرضت الدعوى".

2- مآل الاتفاقات المعدلة لمدة سقوط دعوى التعويض :

يثار التساؤل حول مدى جواز الاتفاق حول الترفيع أو الحط من مدة سقوط دعوى التعويض المرفوعة ضد الناقل الجويّ المقدره بسنتين؟

للإجابة عن هذه الإشكالية ، يجب التمييز في حالتين :

الحالة الأولى : حكم الاتفاق على الحط من مدة سقوط الدعوى المرفوعة ضد الناقل الجويّ للبضائع :

لئن لازم الفصل 29 من اتفاقية فرسوفيا الصمت حول هذه المسألة ، فإن الحل يوجد بالفصل 23 من نفس الاتفاقية الذي ينص على " كل شرط يهدف إلى إعفاء الناقل من المسؤولية أو إلى وضع حد أدنى من الحد المعين في هذه الاتفاقية يكون باطلا ودون اثر إلا أنّ بطلان أي شرط من هذا القبيل لا يترتب عنه بطلان العقد الذي يظل خاضعا لأحكام هذه الاتفاقية ". وعليه يكون الاتفاق على تقصير مدة سقوط دعوى التعويض باطلا ولا عمل عليه استنادا إلى أنّ الحط من مدة رفع الدعوى يهدف إلى إعفاء الناقل الجويّ من التعويض .

وتجدر الإشارة إلى أنّ شركات النقل الجويّ قامت صلب الشروط العامة لعقد النقل الجويّ للبضائع بتضمين الشروط العامة التي وضعها اتحاد النقل الجويّ الدوليّ (اياتا)¹ والتي تنص في الفصل 12-2-4 على ما يلي " في صورة الضياع أو التلف للبضائع ، لا يمكن توجيه مطالبة الناقل الجويّ إلا عن طريق كتابي ... ويجب أن تتم هذه المطالبة في صورة عدم تسليم البضائع في اجل 120 يوما انطلاقا من تاريخ إصدار رسالة النقل الجويّ".

ولقد رفضت المحاكم² هذا الشرط لأنّه يحط من المدة المتاحة لصاحب الحق في البضاعة لرفع دعوى التعويض ،استنادا إلى أنّ هذا الشرط يهدف إلى إعفاء الناقل الجويّ من المسؤولية، وهو ما يخالف أحكام الفصل 23 من اتفاقية فرسوفيا .

الحالة الثانية : حكم الاتفاق على التمديد في مدة سقوط دعوى التعويض المرفوعة ضد الناقل الجويّ: ذهب جانب من الفقه إلى التأكيد على بطلان الاتفاق على الترفيع في مدة سقوط دعوى التعويض المرفوعة ضد الناقل الجويّ . ويبدو أنّ هذا الرأي يجانب الصواب استنادا إلى أنّ القراءة العكسية للفصل 23 من اتفاقية فرسوفيا تؤكد بما لا يدع للشك صحة الاتفاق على تمديد مدة السنتين المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 29 من اتفاقية فرسوفيا لعدم تعلقها بالنظام العام.

¹ - I.A.T.A : international air transport association.

² -Tribunal com. Lyon ,6 mars 1978, R.F.D.A , 1979 p. , 89 : CA Paris , 16 octobre 1979 , gaz.pal.1980,2 p. 436 note R. Rodiere.

3- مدى تأثير ارتكاب الناقل الجويّ أو احد أعوانه للغش على مدة سقوط الدعوى المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 29 من اتفاقية فرسوفيا :

في مادة النقل الدولي للبضائع عبر الطرقات، اقتضى الفصل 32 من اتفاقية جنيف المؤرخة في 19 ماي 1956 المتعلقة بعقد النقل الدولي للبضائع عبر الطرقات¹ أنّه تتقدم الدعوى بمرور سنة إلا أنّه في صورة ارتكاب الناقل للغش ولخطأ معادل للغش (الخطأ الفاحش أو الخطأ غير المغتفر) تتقدم الدعوى بمرور ثلاث سنوات² . وأمام غياب نص قانوني في اتفاقية فرسوفيا مماثل للفصل 32 من اتفاقية جنيف لسنة 1956، دفع أصحاب الحق في البضاعة في صورة ارتكاب الناقل الجويّ للغش أمام القضاء باستبعاد تطبيق الفصل 29 من اتفاقية فرسوفيا الذي يحدد فترة رفع دعوى التعويض بستتين.

إلا فقه القضاء³، رفض هذا الدفع استنادا إلى أنّه إذا ثبت ارتكاب الناقل الجويّ للغش فإنّه لا يمكنه من جهة أولى التمسك بعدم احترام مرسل البضاعة لأجل توجيه الاحتجاج⁴ ومن جهة ثانية لا يستطيع التمسك بدفع تعويض محدد في صورة قيام شروط مسؤوليته⁵. وعليه تسقط دعوى التعويض المرفوعة ضد الناقل الجويّ الدوليّ للبضائع بمرور سنتين حتى لو ارتكب الغش. وبالرغم من أنّ هذا الحل معلل قانونا، إلا أنّه غير عادل استنادا إلى أنّه يمكن الناقل الجويّ من الاستفادة من سوء نيته، وهذا ما يتعارض مع المبادئ العامة التي تحكم تنفيذ العقود.

الخلاصة :

أبرزت الدراسة المعمقة لموضوع الدفوع الشكليّة المخولة للناقل الجويّ للبضائع لرد دعوى التعويض العديد من الخصوصيات التي يمكن أن نوجزها كما يلي:

- منحت م.م.م.ت الناقل الجويّ إمكانية إثارة عدم احترام المدعي لإجراءات رفع الدعوى المتمثلة خاصة في عدم التنصيص على عدد السجل التجاري لشركة النقل الجويّ وعدم الاختصاص الحكمي للمحاكم المتعهلة بالنظر في دعوى التعويض.
- خلافا للقواعد العامة المرنة التي تنظم الاختصاص الترابي للمحاكم والهيئات التحكيمية، تضمنت اتفاقية فرسوفيا مبادئ خاصة جاملة جعلت من الاختصاص الترابي للمحاكم والهيئات التحكيمية متعلقا بالنظام العام.
- منح الفصل 26 من اتفاقية فرسوفيا حماية مشددة لحقوق الناقل الجويّ الذي يمكنه أن يدفع بانقضاء دعوى التعويض إذا لم يتم المرسل إليه بتوجيه احتجاج للناقل الجويّ في فترة زمنية قصيرة.
- خلافا للدعوى المرفوعة ضد الناقل البحري الدوليّ للبضائع والناقل البري الدوليّ للبضائع التي تنقضي بالتقدم، جعل الفصل 29 من اتفاقية فرسوفيا فترة رفع دعوى التعويض ضد الناقل الجويّ أجل سقوط لا يقبل القطع أو التعليق. إنّ جملة الدفوع الممنوحة للناقل الجويّ لمواجهة دعوى التعويض المرفوعة من قبل صاحب الحق في البضاعة تعتبر غير منصفة وغير عادلة وتخل بالتوازن العقدي بينهما.

¹ - صادقت الجمهورية التونسية على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون عدد 61 لسنة 1981، المؤرخ في 11 جويلية 1981، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 48 بتاريخ 17-21 جويلية 1981 ص.1755

- لمزيد التفصيل حول هذه المسألة، انظر :

² - A. Sériaux, la faute du transporteur, Economica, Paris, 1984, p.255.

³ - CA Paris, 24 avril 1990, BTL, 1991, p. 379

⁴ - انظر أحكام الفقرة الرابعة من الفل 26 من اتفاقية فرسوفيا .

⁵ - انظر أحكام الفصل 25 من اتفاقية فرسوفيا.

الزكاة والضريبة المعاصرة : أية علاقة ؟



ذ. محمد يسلم ولد سكان

أستاذ الاقتصاد بكلية العلوم

القانونية والاقتصادية جامعة نواكشوط

جاء الإسلام بنظام مالي مستقل ومميز عن غيره من الأنظمة ، فالدولة الإسلامية تعتمد في ماليتها على موارد من أهمها الزكاة - مع مراعاة أنها خصصت لمصارف معينة - والخراج و عشور التجارة والغنائم والجزية والفيء وإيرادات العقارات المملوكة للدولة.

هذا بالإضافة إلى الإنفاق التطوعي الذي دعت إليه الشريعة الإسلامية أغنياء المسلمين لما في قوله تعالى: (وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه)⁽¹⁾، وقال تعالى: (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون)⁽²⁾، وقد أبدى المسلمون تجاوبا كبيرا مع النداء الرباني وتنافسوا في عمل الخير وتسابقا في ميدان الإنفاق التطوعي، فوقفوا الأوقاف ونذروا النذور وأوصوا الوصايا وجهزوا الجيوش الجرارة للغزو في سبيل الله تعالى.

و يتميز هذا النظام عن غيره من الأنظمة المالية الوضعية، بأن الدولة الإسلامية تقوم فيه بتدبير الأمن والعدالة في المجتمع، وتترك للأفراد القيام بالجزء الأكبر من المرافق العامة، كبناء المدارس والجامعات والمساجد والمكتبات والجسور والمستشفيات وتجهيز الجيوش وشق الطرقات وغير ذلك، وهذا ما يخفف الأعباء المالية على الدولة، ويقلل من فرض الضرائب والواجبات المالية الملقاة على الأفراد في حين نجد أن الدول المعاصرة قد استأثرت بجميع المرافق العامة من أمن وصحة وتعليم وطرق وغير ذلك.

ولم تقف عند هذه المرافق، بل توسعت إلى القيام على الخدمات التجارية والاجتماعية التي يقوم بها الأفراد، وقد أدى هذا إلى إثقال كاهل الدولة بالأعباء المالية، مما جعلها تلجأ إلى فرض الضرائب الباهظة التي تثقل كاهل الأفراد⁽³⁾.

¹ - الآية (7) من سورة الحديد.

² - الآية (92) من سورة آل عمران.

³ - عبد الحميد إبراهيمي، العدالة الاجتماعية والتنمية في الاقتصاد الإسلامي، مركز دراسات الوحدة العربية، ص 113.

وقد أثبت النظام المالي الإسلامي بما فيه من زكاة وموارد أخرى نجاحه في سد حاجات المجتمع العامة والقضاء على مشاكل الفقر والتخلف والبطالة، إلى المستوى الذي تعذر في بعض الأحيان وجود فقراء ومساكين وغارمين لتوزيع حصيلة الزكاة عليهم.

بينما نجد أن النظم المالية المعاصرة بما فيها من ضرائب قد عجزت عن الوفاء بحاجات المجتمع العامة مما أدى إلى تفشي كثير من مشاكل الفقر والمرض والتخلف والبطالة مما يدعو إلى التفكير بجدية بضرورة إدخال نظام الزكاة جنباً إلى جنب مع الضريبة العصرية، مع ما يتطلب ذلك من أخذ رأي الفقهاء في الطريقة السليمة لإدخال الزكاة مع احترام الشروط الشرعية لتطبيقها.

وطبيعي أن تطرح العلاقة ما بين الزكاة والضريبة أكثر من إشكالية ليس من ناحية أيهما أفضل فقط ولكن من زاوية مدى إمكانية اعتبار الزكاة ضريبة؟ أم هي عبادة مالية فقط؟ أم هي صدقة وليست ضريبة؟ ويهدف البحث إلى إبراز وتحليل جوانب العلاقة بين الزكاة والضريبة من حيث خصائص وميزات كل منهما وإلى أي مدى تتشابهان وكذلك توضيح أوجه الاختلاف بينهما وسيتم تناول ذلك من خلال مبحثين يتناول الأول منهما مفهوم كل من الضريبة والزكاة بينما يتناول الثاني المقارنة بين الزكاة والضريبة.

المبحث الأول: مفهوم الزكاة والضريبة:

حتى يمكننا تحديد المعاني الحقيقية لكل من الضريبة والزكاة يجب أن نتطرق أولاً إلى عرض الأقوال والآراء الواردة في تعريف هاذين النظامين الماليين وسيتم ذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم الزكاة:

تعتبر الزكاة ركن من أركان الإسلام شرعت لتحقيق التكافل الاجتماعي بين المسلمين. وسنتناول في هذا المطلب معنى الزكاة وخصائصها وأهدافها وحكم التهرب من دفعها.

أولاً: معنى الزكاة وخصائصها:

1- معنى الزكاة:

الزكاة لغة: من زكا يزكو زكاء وزكا بمعنى نما وزاد، وتستعمل بمعنى الطهارة والبركة والصلاح⁽¹⁾.

أما في الاصطلاح والاستعمال الشرعي فتطلق الزكاة على الحصة المقدره من المال التي فرضها الله للمستحقين كما تطلق على إخراج تلك الحصة، وقد عرف الماوردي الزكاة (على أنها إخراج الحصة) كقوله: أخذ شيء مخصوص من مال مخصوص على أوصاف مخصوصة لطائفة مخصوصة⁽²⁾.

2- خصائص الزكاة:

كما سبق يتبين أن تعريفات الزكاة في اصطلاح الفقهاء متقاربة، وتجمعها الخصائص التالية:

¹ - د. محمد عثمان شبير، الزكاة والضريبة، الندوة الرابعة لقضايا الزكاة المعاصرة، البحرين، 1994، ص 423.

² - د. عبد الستار أبو غدة، الزكاة والضريبة، الندوة الرابعة لقضايا الزكاة المعاصرة، البحرين، 1994، ص 400.

أ- الزكاة حق واجب من مال المسلم وركن من أركان الإسلام فرضها الله تعالى على المسلمين في عدة نصوص من القرآن والسنة، فقال تعالى: (وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة)⁽¹⁾.

وقال النبي صلى الله عليه وسلم: «بني الإسلام على خمس: شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة وصوم رمضان وحج البيت لمن استطاع إليه سبيلاً»⁽²⁾.

ب- الزكاة عبادة مالية تستلزم نية التقرب إلى الله تعالى كما جاء في القرآن الكريم: (وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين)⁽³⁾، وقال صلى الله عليه وسلم: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى»⁽⁴⁾.

ج- الزكاة تجمعها الدولة وتوزعها على المستحقين.

د- الزكاة تجب في جميع أموال المسلمين إذا توافرت فيها الشروط التالية:

- أن يكون المال مملوكاً ملكاً تاماً.

- أن يكون المال بالغاً النصاب لقوله صلى الله عليه وسلم في زكاة الفضة: ليس فيما دون خمسة أواق من ورق فضة صدقة⁽⁵⁾. والأوقية أربعون درهماً.

- أن يكون النصاب فاضلاً عن الحاجات الأصلية للمالك.

- أن تكون الأصول نامية حقيقة كالحيوانات التي تتوالد أو تدر الحليب، أو نامية تقديراً كالنقود المدخرة لأنه يمكن من تنميتها.

- أن يمر على ملك المال الذي يمكن تنميته حول قمري وأما النماء المستخرج من الأرض كالزروع والثمار والمعادن فتزكى وقت استفادتها.

- الزكاة مقدرة من قبل الشارع لا دخل للحاكم في تقدير أنصبتها ولا مقدار الواجب فيها.

هـ- الزكاة تصرف في المصارف الشرعية الميينة في قوله تعالى: (إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم)⁽⁶⁾.

و- الأصل في توزيع الزكاة أنها توزع في موطنها الزكوي ولا تنقل منه إلا لمصلحة راجحة كوجود قريب محتاج أو وجود من هو أشد حاجة أو تجهيز جيش يقاتل في سبيل الله، أو عدم وجود مستحق.

¹ - الآية 43 من سورة البقرة.

² - صحيح مسلم الجزء الأول ص 45.

³ - الآية 5 من سورة البينة.

⁴ - صحيح البخاري الجزء الأول ص 2.

⁵ - صحيح البخاري الجزء الثاني ص 121.

⁶ - الآية 60 من سورة التوبة.

ثانياً: أهداف الزكاة :

تهدف الزكاة إلى تحقيق الأمور التالية :

- 1- الزكاة تطهر نفس المزكي من البخل والشح وسيطرة حب المال على مشاعره وتعوده على البذل والعطاء والجد والكرم، قال تعالى : (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها)⁽¹⁾.
- 2- الزكاة تطهر مال الغني من الشبهات التي تعلق به.
- 3- الزكاة تطهر نفس الفقير من الحقد والغل على الأغنياء.
- 4- الزكاة تنمي المال المزكى بوضع البركة فيه بفضل دعاء الفقير ورضا الرب سبحانه وتعالى.
- 5- الزكاة تحقق التكافل الاجتماعي وتسهم في حل المشكلات الاجتماعية والاقتصادية كالفقر والبطالة وغير ذلك.
- 6- الزكاة تحقق للمسلم الفلاح في الدنيا والفوز بالجنة في الآخرة، قال تعالى : (قد أفلح المؤمنون الذين هم في صلاتهم خاشعون والذين هم عن اللغو معرضون والذين هم للزكاة فاعلون)⁽²⁾.

ثالثاً: أسس فرض الزكاة :

يستند فرض الزكاة في الإسلام إلى عدة أسس نظرية وهي :

1- نظرية التكليف :

بمعنى أن الخالق المنعم سبحانه له تكليف عباده بما يشاء من واجبات بدنية أو مالية، أداء لحقه وشكراً لنعمه، لاختبارهم في التضحية بما جمعه من المال الذي هو شقيق النفس.

2- نظرية الاستخلاف :

وهي أن المال مال الله تعالى والإنسان مستخلف فيه، فالمالك الحقيقي للمال هو الله تعالى لأنه مبدع الكون وخالقه⁽³⁾.

وتستند هذه النظرية إلى قوله تعالى: (ولله ما في السماوات وما في الأرض)⁽⁴⁾، وقوله تعالى : (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)⁽⁵⁾، وقوله تعالى : (وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه)⁽⁶⁾.

ومقتضى هذه النظرية أن المسلم ينبغي عليه أن يلتزم بتوجيهات الله تعالى المتعلقة بالمال من حيث الحصول عليه، وإنفاقه، ويدل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : «لا تزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن خمسة... عن ماله من أين اكتسبه وفيما أنفقه»⁽⁷⁾.

¹ - الآية 103 من سورة التوبة.

² - الآية 1 من سورة المؤمنون.

³ - د. يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها في ضوء القرآن والسنة، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ص 252.

⁴ - الآية 129 من سورة آل عمران.

⁵ - الآية 33 من سورة النور.

⁶ - الآية 07 من سورة الحديد.

⁷ - سنن الترمذي الجزء الرابع ص 612 وقال حسن صحيح.

3- نظرية التكافل الاجتماعي :

تقوم هذه النظرية على أساس أن للمجتمع حقا في أموال الأغنياء عند الحاجة، فيجب عليهم أن يقوموا بفقرائهم ويجبرهم الحاكم على ذلك، قال تعالى : (وآت ذا القربى حقه والمسكين وابن السبيل)⁽¹⁾.

4- نظرية الإخاء :

تقوم هذه النظرية على أساس أن المؤمنين إخوة في العقيدة، ومقتضى هذه النظرية أن يقوم كل أخ بحاجة أخيه المؤمن ولهذا فرضت الزكاة كمظهر خارجي يدل على مبدأ الإخاء⁽²⁾.

رابعا : حكم التهرب من دفع الزكاة :

رتب الشارع على التهرب من دفع الزكاة عقوبات دنيوية وأخروية، وهي تختلف باختلاف المتهرب من دفع الزكاة.

1- فإذا كان التهرب عن اعتقاد سيئ يتمثل في جحود فرضية الزكاة عوقب المتهرب من الزكاة في الدنيا بعقوبة الردة، وهي القتل إذا أصر على ذلك ولم يرجع عن اعتقاده السيئ في هذه الفريضة، كما فعل أبو بكر الصديق مع المنكرين لفرضية الزكاة وقال: «والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة»⁽³⁾.

وأما العقوبة الأخروية التي تلحق جاحد الزكاة فهي الخلود في النار والبعد عن الجنة، لأنه أنكر معلوما من الدين بالضرورة، قال تعالى : (أفتؤمنون ببعض الكتاب وتكفرون ببعض فما جزاء من يفعل ذلك منكم إلا خزي في الحياة الدنيا ويوم القيامة يردون إلى أشد العذاب وما الله بغافل عما تعملون)⁽⁴⁾.

2- أما إذا كان التهرب عن أداء الزكاة راجعا إلى البخل والشح دون الجحود والنكران، فإن المتهرب من دفع الزكاة يعاقب بعقوبة أخروية تتمثل في العذاب الأليم الذي يلحقه في الآخرة، والذي ورد في قوله تعالى : (والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم يوم يحمى عليها في نار جهنم فتكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم هذا ما كنزتم لأنفسكم فذوقوا ما كنتم تكنزون)⁽⁵⁾.

وأما العقوبات الدنيوية التي رتبها الشارع على التهرب من دفع الزكاة بخلا فهي :

أ- التنفيذ الجبري على المتهرب من دفع الزكاة.

ب- فرض عقوبة مالية على الممتنع عن الزكاة بخلا.

ج- إبطال التصرف بالمال الذي تعلق به الزكاة.

¹ - الآية 26 من سورة الإسراء.

² - د. يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها في ضوء القرآن والسنة، الجزء الثاني، ص 176.

³ - صحيح البخاري، الجزء الثاني، ص 110.

⁴ - الآية 85 من سورة البقرة.

⁵ - الآيتان (34-35) من سورة التوبة.

د- حبس الممتنع عن أداء الزكاة ومنعه من السفر عملا بقوله صلى الله عليه وسلم: «مطل الغني ظلم» وفي رواية «مطل الغني يجل عرضه وعقوبته»⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الضرائب المعاصرة :

تعتبر الضرائب هي المحور الأساسي في النظام المالي الوضعي للدول المعاصرة، وستتناول في هذا المطلب حقيقة الضرائب من حيث معناها وأسسها وأهدافها ومقارها ووعائها.

أولا : معنى الضريبة وخصائصها :

1) الضريبة : فريضة نقدية يدفعها الفرد جبرا إلى الدولة أو إحدى الهيئات المحلية بصفة نهائية مساهمة منه في تحصيل التكاليف والأعباء العامة دون أن يعود عليه نفع خاص مقابل دفع الضريبة⁽²⁾.

2- خصائص الضرائب المعاصرة :

أ- الضريبة فريضة نقدية، تدفع في صورة نقود ولا تقبل الأعيان فيها.

ب- الضريبة إلزامية تجبها الدولة جبرا على الأفراد، لا تقبل منهم صرفا ولا عدلا، وإذا امتنع فرد عن دفعها قامت الدولة بالحجز على أمواله وممتلكاته وباعتها لاستيفاء الضريبة، ويعتبر دين الضريبة من الديون الممتازة التي تقدم على سائر الديون المتعلقة بذمة المكلف بدفع الضريبة، ومقتضى خاصية الجبر والإلزام في الضريبة أن للدولة وضع قانون الضريبة الذي يحدد وعاءها وسعرها وكيفية تحصيلها⁽³⁾.

ج- الضريبة تدفع بصفة نهائية لا على سبيل القرض الذي ترده الدولة بعد مدة.

د- الضريبة تدفع بدون مقابل مادي معين، فلا يترتب على دفعها نفع خاص من دافع الضريبة كتخصيص قطعة من الأرض يرضى فيها غنمه.

هـ- حصيلة الضريبة تنفق في المرافق العامة للدولة المركزية ولا تخصص ضرائب كل إقليم لمرافقه.

ثانيا : أسس فرض الضرائب :

يستند فرض الضرائب المعاصرة من قبل الدولة إلى نظرتين هما :

1- النظرية التعاقدية (المنفعة) :

تقوم هذه النظرية على أساس أن الفرد إنما يدفع الضريبة إلى الدولة في مقابل المنفعة التي تعود عليه من خدمات المرافق العامة المختلفة، فهو يتعاقد مع الدولة تعاقدًا ضمنيًا على أن ينتفع بالخدمات العامة التي تقدمها الدولة في مقابل دفع الضريبة.

ويلاحظ على هذه النظرية صعوبة تحديد المنفعة التي تعود إلى من يدفع الضريبة خاصة بالنسبة لبعض المرافق العامة غير القابلة للانقسام.

¹ - صحيح البخاري الجزء الثالث ص55، صحيح مسلم الجزء الثالث ص 1197.

² - صباح نعوش، الضرائب في الدول العربية، المركز الثقافي العربي، 1987، ص 15.

³ - محمد الحبيب النجكاني، الزكاة والضريبة، مجلة شؤون الزكاة، العدد الرابع، 2001، ص 36.

2- نظرية سيادة الدولة (التضامن الاجتماعي) :

تقوم هذه النظرية على أساس أن الأفراد يسلمون بوجود الدولة كضرورة سياسية واجتماعية تقوم على تحقيق مصالحهم وحاجاتهم العامة والقيام بهذه المهمة يكلف الدولة أعباء مالية كثيرة فلا بد من تضامن الأفراد مع الدولة في تحمل هذه الأعباء، ولما كان من غير الممكن ترك الأمر إلى الأفراد دون تقدير لمقدار مشاركتهم في تلك الأعباء قامت الدولة بما لها من سيادة بفرض الضرائب لتحديد مقدار تلك المشاركة.

وبالرغم مما لحق بهذه النظرية من انتقادات مثل كونها لا تمنع الأفراد من التهرب من دفع الضريبة إلا أنها تعتمد في تبرير فرض الضريبة في النظام المالي الوضعي عند كثير من الباحثين⁽¹⁾.

ثالثاً: أهداف الضرائب :

يقصد المشرع المالي الوضعي من تشريع الضرائب المعاصرة تحقيق الأهداف التالية :

1- الضريبة مورد مالي تنفق الدولة المعاصرة منه على حاجاتها العامة.

2- الضريبة وسيلة لتحقيق سيادة الدولة الداخلية والخارجية، فهي تستخدم كوسيلة للسيطرة على الأفراد، كما تستخدم كأداة من أدوات السياسة الخارجية مع الدول الأخرى، وذلك عن طريق فرض الرسوم الجمركية المناسبة.

3- الضريبة وسيلة لتحقيق الأغراض الاقتصادية فتفرض الدولة ضرائب مرتفعة على بعض السلع المستوردة لحماية الصناعة المحلية، كما تستخدم الضرائب للعمل على الاستقرار الاقتصادي غير المشوب بالتضخم والانكماش ففي حالة التضخم ترفع الدولة الضرائب لامتصاص كمية النقود الزائدة، وفي حالة الانكماش تخفض الضرائب لزيادة إنفاق الأفراد وامتصاص القوة الشرائية لديهم.

4- الضريبة وسيلة لتحقيق الأهداف الاجتماعية، فتلجأ الدولة إلى رفع الضرائب على بعض السلع التي ينتج عنها أضرار اجتماعية كالمشروبات الروحية، وتخفف الضرائب عن ذوي الأعباء العائلية، وتعفى الهيئات التي تقوم بخدمات اجتماعية⁽²⁾.

رابعاً: وعاء الضريبة :

نظراً للتطور الاجتماعي في هذا العصر تطور مفهوم الضريبة من حيث الوعاء، وأصبحت تفرض على ما يملكه الشخص بدلا من أن تفرض عليه شخصياً، وظهر مبدأ القدرة على الدفع نتيجة ظهور فكرة العدالة الضريبية، ووضعت عدة مقاييس لقياس قدرة المكلف بدفع الضريبة، وتتمثل في حجم الدخل الدوري، وحجم الثروة المتراكمة، وحجم الاستهلاك الجاري⁽³⁾، وبناء على ذلك فوعاء الضريبة قد يكون الدخل الدوري أو رأس المال أو الثروة عند تداولها أو استهلاكها ولا يدخل في وعاء الضريبة جميع ثروة الفرد، وفيما يلي بيان لهذه الأنواع.

¹ - د. عبد الستار أبو غدة، الزكاة والضريبة، مرجع سبق ذكره، ص 400.

² - د. عبد الرزاق الفارس، الفقر وتوزيع الدخل في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية بيروت، ص 21.

³ - د. عبد الستار بوغده، الزكاة والضريبة، مرجع سابق، ص 456.

1- ضريبة الدخل :

وهي تعد اليوم من أهم أنواع الضرائب، وذلك لانتشار التجارة و الصناعة، وظهور أنواع كثيرة من المهن هذا بالإضافة إلى تجدد الدخل بصفة دورية منتظمة.

والمراد بالدخل : كل ناتج نقدي أو قابل للتقدير بالنقود يحصل عليه صاحبه بصفة دورية أو قابلة للدورية عن مصدر مستمر أو قابل للاستمرار⁽¹⁾.

ويدخل تحت هذا النوع من الضرائب: ضريبة الأرباح التجارية و الصناعية وضريبة كسب العمل.

2- ضريبة رأس المال :

وهي تشمل جميع الضرائب المتعلقة بالأموال العقارية والمنقولة، وضريبة التركات، وهي التي تفرض على التركة ككل وضريبة الأيلولة، وهي التي تفرض على الورثة كل حسب نصيبه.

3- ضريبة الثروة عند تداولها واستهلاكها :

وهي التي تفرض على المبيعات والمشتريات كالضرائب الجمركية وضريبة المبيعات، وتسمى الضرائب غير المباشرة لأن دافع الضريبة ينقل عبئه إلى المستهلك.

المبحث الثاني : مقارنة بين الزكاة والضرائب المعاصرة :

يرى البعض عدم وجود فرق جوهري بين الزكاة والضريبة، و من ثم إذا قام الفرد بدفع الضريبة فإن الزكاة تسقط عنه، و إذا قام بدفع الزكاة فإن هذا مبرر لعدم دفع الضريبة و التحايل على إسقاطها.

و يختص هذا المبحث بتجلية هذه الحقائق من خلال دراسة و تحليل أهم أوجه التشابه و الاختلاف بين الضريبة المعاصرة و الزكاة من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : أوجه التشابه :

من أهم أوجه التشابه بين الزكاة و الضريبة ما يلي :

1. يعتبر عنصر الجبر و الإلزام أحد العناصر المشتركة بين الضريبة و الزكاة، إذ أنهما تجبيان من الممول جبرا دون مشورة أو انتظار موافقة الأفراد عليها و دون اعتراض منهم انطلاقا من سيادة الدولة التي تمارسها على الأفراد، إذ أن هذه الأخيرة تقوم بوضع نظام قانوني لها تحديد سعرها و وعائها و مواعيدها و نصابها و عنصر القسرية نجده أشد منه في الزكاة، فقد اعتبر الخليفة الأول أبوبكر الصديق رضي الله عنه مانعي الزكاة مرتدين كفارا يجب قتالهم و تحرير حق الله تعالى في أموالهم منهم بالسيف، بل هناك من زاد على ذلك و قال بوجوب أخذ جزء إضافي من مالهم ردعا و عقابا لهم لتركهم أداء الزكاة².

¹ - عبد الستار أبوغده، مرجع سابق، ص 513.

² - عصام عبد الهادي أبو النصر، العلاقة بين الزكاة والضريبة ، دراسة منشورة على الانترنت .

و عليه فإن الفرد ليس حرا في دفع الضريبة، بل هو مجبر على دفعها إلى الدولة، و هي تتمتع في سبيل اقتضاها بامتياز على أموال المدين، و الجبر هنا قانوني لا معنوي بالنظر إلى أن قانون الضريبة هو تعبير عن القوة الإلزامية للقاعدة القانونية التي تفرض على المكلف النزول أو الخضوع لها من كافة زواياها⁽¹⁾

2. من العناصر المشتركة بين الضريبة و الزكاة انعدام المقابل الخاص، فالممول (دافع الضريبة) بصفته عضوا في مجتمع خاص، يستفيد من أوجه نشاطه المختلفة، و نلاحظ هذا الأمر جليا في الزكاة إذ لا تدفع هي الأخرى مقابل دفع خاص، بل تدفع كون الممول الدافع لها عضوا في مجتمع إسلامي، و جب بذل الجهد لمساعدته و مساعدة مواطنيه و التخفيف عنهم و بذل روح التآزر و الأخوة، فالضريبة أو الزكاة يدفعهما المكلف طبقا لمقدرته على الدفع و التي تحددها الدولة في الغالب و عليه أن لا ينتظر نفع ما فقد لا يحصل الممول على نفع بتاتا.

3. أن كل منهما فريضة تدفع إلى هيئة عامة تمثل السلطة المركزية أو السلطات المحلية أو من ينوب عنها في تنفيذ عملية التحصيل، و تسمى هذه المصالح المختصة في تحصيلها في الاقتصاد الإسلامي بجهاز العاملين عليها، و قد ضرب لهم المشرع الإسلامي سهما فيها، قال تعالى: (إنما الصدقات للفقراء و المساكين و العاملين عليها ...) ² مع الإشارة إلى أن الزكاة قد تدفع مباشرة من طرف صاحب المال دون المرور بالسلطة .

4. تعد كل من الضريبة و الزكاة نهائيتان لا يمكن استردادهما و لا يحق للممول أن يطالب باستردادهما سواء تحققت المصلحة المرجوة منهما أم لم تتحقق.

5. تحقيق أهداف اقتصادية و اجتماعية و سياسية للدولة من خلال فرض ضرائب، و الزكاة تحقق هذه الأهداف إلا أن أهدافها أوسع و أكثر تأثيرا في حياة المسلم ²

6. الوعاء الخاضع للضريبة يختلف باختلاف الضريبة، فهناك ضرائب على الدخل و ضرائب على الاستهلاك و هذا ما يتفق مع اختلاف وعاء الزكاة حسب نوع المال الخاضع للزكاة.

7. العدالة و التي تتحقق بالضريبة إذا آمن جميع أفراد المجتمع بعدالتها، و ذلك إذا تم فرضها بعدالة على جميع شرائح المجتمع و أفراده بصورة تتناسب مع مقدرة المكلف المالية و تتضح عدالة فريضة الزكاة من خلال الأمور التالية³:

- تطبيق قاعدة العمومية على جميع المسلمين المالكين لنصابها.

- إعفاء ما دون النصاب.

- تجنب الازدواج.

- مراعاة الجهد المبذول.

- مراعاة الظروف الشخصية.

¹. نفس المرجع السابق.

². الآية 60 من سورة التوبة.

- اختيارات العاملين على الزكاة.

8. اليقين و يقصد بذلك أن تحدد الضرائب بدرجة من الدقة دون مغالاة أو تحيز بحيث يكون النظام واضحاً دون تفسير شخصي سواء من المكلف أو الإدارة الضريبية، وهذا ما هو مطبق في الزكاة.

9. الملائمة و يقصد بذلك أن تكون الضريبة ملائمة لظروف المكلف الشخصية، وقد أولى الإسلام هذا الجانب عناية كبيرة منها⁴ :

- تكليف العاملين عليها بالذهاب إلى المكلف و تحصيل الزكاة.

- الأمر بأخذ و تجنب كرائم الأموال

- جواز تأخير الزكاة عن مواعيدها المقررة للحاجة أو المصلحة.

10. الاقتصاد في نفقات الجباية مقارنة بالحصيلة، ففي الزكاة يعطى العاملون عليها نسبة الثمن و لا يزداد عليها و الضريبة تكون نفقات الجباية أقل من الضريبة المحصلة.

11. النسبية و التصاعد فالضريبة قد تكون نسبية أو تصاعدية، أما الزكاة فتتفق مع الضريبة في أنها نسبية.

المطلب الثاني: أوجه الاختلاف :

وتختلف الضرائب المعاصرة عن الزكاة من عدة وجوه منها:

1- الضريبة: من وضع البشر، أما الزكاة فقد فرضها الله تعالى.

2- الزكاة عبادة مالية تقترن بها روح الإيمان والإخلاص لله تعالى والاحتساب، حيث إن دافعها يرجو الآخرة والثواب من الله تعالى قال تعالى : (والذين ينفقون أموالهم في سبيل الله ثم لا يتبعون ما أنفقوا منا ولا أذى لهم أجرهم عند ربهم ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون)⁽¹⁾.

في حين أن الضريبة فريضة مالية تفرضها الدولة، وهي بعيدة كل البعد عن المعاني الإيمانية من إخلاص و احتساب وأي وازع ديني لهذا يشعر دافعها بالاستثقال والاستكثار والضجر والملل فيلجأ إلى التهرب من دفعها.

3- الزكاة تهدف إلى تزكية النفس وتطهيرها، فهي تطهر نفس الغني من البخل والشح، وتطهر نفس الفقير من الحقد والبخل، وتحليها بالبساطة والرضا بالمقسوم، في حين أن الضريبة لا تهدف إلى تزكية النفس وتطهيرها، وإنما تهدف إلى أهداف مادية بحتة ليس لها أي علاقة بالجوانب النفسية والأخلاقية وهذا مما يؤدي إلى عدم الاقتناع بها.

4- حاول علماء الضريبة وضع نظريات لتبرير أخذها من الناس مثل نظرية المنفعة، ونظرية التضامن الاجتماعي، إلا أنها لم تنجح في إقناع الناس بدفع الضريبة للدولة، وتفنن الناس في الاحتيال عليها والتهرب من دفعها.

¹ - آية 262 من سورة البقرة.

في حين أن الإسلام أقام فريضة الزكاة على أسس منطقية مقنعة مثل التكليف الشرعي، والاستخلاف والإخاء بين المؤمنين والتكافل الاجتماعي، وقد نجحت هذه النظريات في إقناع الناس بدفع ما فرض عليهم من زكاة دون احتيال أو تهرب.

5- الضريبة تجبى من قبل الدولة جبراً على الأفراد، ولا تقبل فيها صرفاً ولا عدلاً، ولا تسمح للناس أن يخرجوها بأنفسهم، وهذا مما يزيد نفقات التحصيل والحماية.

في حين نجد أن الدولة الإسلامية تترك للأفراد توزيع زكاة بعض الأموال بأنفسهم كالأموال الباطنة وهذا مما يؤدي إلى تقليل نفقات الحماية، هذا بالإضافة إلى تنمية العلاقات الاجتماعية بين أفراد المجتمع كما ورد في الحديث أن إعطاء الزكاة إلى القريب صلة.

6- عقوبة الممتنع عن دفع الضريبة، تقف عند العقوبات الدنيوية من حبس وإجبار على التنفيذ وفرض غرامات مالية، وهي عقوبات يمكن الاحتيال للتخلص منها، في حين نجد أن عقوبة الممتنع عن أداء الزكاة تتعدى العقوبات الدنيوية إلى الأخروية من خلود في النار للممتنع عنها جحوداً، ووعيد شديد للممتنع عنها بخلاً، وهي عقوبات لا يستطيع الإنسان التحايل عليها.

7- الضريبة تؤخذ من عموم المواطنين القاطنين في الدولة على اختلاف أديانهم ومعتقداتهم، في حين أن الزكاة خاصة بالمسلمين.

8- الضريبة تجب في جميع الأموال دون تفریق بين طيب وخبيث، نام وغير نام، في حين أن الزكاة لا تجب إلا في الأموال الطيبة النامية، فتجب في النقود وعروض التجارة والزرع والثمار، ولا تجب في العقارات المعدة للسكن ولا في التركات، ولا في الأموال الخبيثة كالربا والخمور وغير ذلك، وهذا ما يحقق البركة في المال الذي تجبیه الدولة.

9- الضريبة تتضمن إعفاءات لبعض الإيرادات التي يستوردها بعض المقربين من الحكام⁽¹⁾، في حين أن الزكاة تجب على كل مسلم يملك مالا تتوفر فيه شروط وجوب الزكاة، ولا يعفى منها أحد سواء أكان رئيساً أم مرؤوساً وهذا ما يحقق العدل والمساواة في المجتمع.

10- الضريبة تفرض على الدخل الدوري للأفراد وأرباح رؤوس الأموال وبعض الممتلكات كالشركات والعقارات ولا تفرض على جميع ثروة الفرد وهذا مما يؤدي إلى أن الضريبة تجبى من الفرد مرة واحدة في العمر عند امتلاك المال، ولا تتكرر على المال نفسه بتكرار السنوات.

في حين أن الزكاة تفرض على جميع ثروة الفرد سواء أكانت دخولا أم رؤوس أموال مدخرة، وتتكرر في كل سنة وهذا مما يؤدي إلى زيادة حصيلة الزكاة على حصيلة الضريبة.

11- الضريبة متعددة المقدار حيث تتغير بتغير الحاجات والنفقات، فتصل إلى درجة الإلغاء في الدول النفطية، وتصل إلى 300% في الدول غير النفطية، كما أنها تتغير بتغير الدخل فتزيد بزيادته ولهذا وجد في أنظمتها ما يسمى بالضريبة التصاعدية.

¹ - د. عبد الحميد ابراهيمي، العدالة الاجتماعية والتنمية في الوطن العربي، مرجع سبق ذكره ص 127.

بينما نجد أن الزكاة ثابتة المقدار، فتفرض سنة ثابتة لا تتغير بتغير الحاجات ولا تغير الموارد ولا تغير الدخل ويجب على الغني إخراجها ولو انعدمت الحاجة إليها¹.

12- نظام الضريبة المعاصرة يكتنفه كثير من التعديلات والتغييرات والإضافات دون علم الأفراد بهدف سد النواقص وعلاج العيوب ويترتب على هذا عدم معلومية الضريبة المقررة على الفرد وعدم وضوحها في حين أن الزكاة تتصف بالمعلومية والوضوح فالأحكام المتعلقة بها واضحة ومعلومة لدى الأفراد لا تعديل فيها ولا زيادة⁽²⁾.

13- ضريبة الدخل تستحق في نهاية كل سنة ميلادية (شمسية) ولا يتقيد بمبدأ سنوية الضريبة في بعض الحالات مثل تغيير الممول لسنته المالية، أو تغيير الشكل القانوني للمنشأة أو تصفية المشروع.

في حين أن الزكاة تجب في نهاية كل سنة قمرية (هجرية) ويتقيد بمبدأ سنوية الزكاة في جميع الحالات ولا عبرة بتغيير المزمي لسنته المالية أو إنهاء أعماله التجارية، أو تغيير شكل المستغلات أو تصفية المشروع أو غير ذلك، ولا يسقط شرط حولان الحول إلا في حالة أن يكون الدخل من الزروع والثمار أو المعادن لأنها كلها نماء، فتزكى وقت استفادتها.

14- الضريبة تصرف في النفقات العامة للدولة، فتوجه لسد حاجة المرافق العامة من صحة وتعليم ودفاع وأمن وطرق وغير ذلك، في حين أن الزكاة تصرف في المصارف الثمانية المنصوص عليها في القرآن.

15- الضريبة تجمع في الأقاليم المختلفة التابعة للدولة وترسل إلى الميزانية العامة في عاصمة الدولة ولا تصرف في الإقليم الذي جمعت فيه فيما عدا بعض الضرائب والرسوم المحلية.

في حين أن الأصل في الزكاة أنها تصرف في الإقليم الذي جمعت فيه ولا تنقل منه إلى عاصمة الدولة الإسلامية إلا عند عدم وجود مستحق، أو وجود مسوغ شرعي يستدعي النقل، من وجود أفراد أكثر حاجة أو وجود قريب محتاج أو غير ذلك، وهذا مما يخفف الأعباء المالية على الدولة ويؤدي إلى إعادة توزيع الدخل بين السكان.

16- الضريبة تقوم على أنها تكلفة من تكاليف الاستثمار، ولذا ينقل الممول عبئها إلى المستهلك فيتحملها جميع المستهلكين بمن فيهم الفقراء⁽³⁾ في حين أن الزكاة إنفاق في سبيل الله يتحملها الغني صاحب المال ولا يحاول نقل عبئها إلى المستهلك، وهذا يؤدي إلى حصر الزكاة في فئة الأغنياء دون الفقراء⁴.

¹ عبد الحميد البوعلي: الزكاة المعاصرة، أبحاث وأعمال الندوة الرابعة لقضايا الزكاة المعاصرة، 1994، ص. 489.

² - د. غازي عناية، الاقتصاد الإسلامي، الزكاة والضريبة، دراسة مقارنة، دار إحياء العلوم، بيروت: 1995، ص 10.

³ - صباح نعوش، الضرائب في الدول العربية، مرجع سابق، ص 211.

⁴ عبد الحميد البوعلي، مرجع سبق ذكره، ص. 500.

الخاتمة :

إن النظر في الزكاة والضريبة المعاصرة من الجوانب المتعددة السالفة يدل على أن هناك وجوه اتفاق بينهما واختلاف في المقومات الذاتية لكل منهما في آن واحد، ومرد التشابه هو الوصف المالي والمحاسبي في شكل كل منهما أما التباين فهو واضح من كون الزكاة ركن عبادة تتمثل في صورة تكليف مالي وتتسم بالدوام والصواب، ولا تتبدل أحكام الله فيها بتبديل الظروف الزمانية أو المكانية، ولا تستخدم لأهداف توجيهية مؤقتة، وإنما تتحقق بها أهداف ثابتة مخصصة روحية ومادية، في حين أن الضريبة نظام مالي بشري يصيب ويخطئ وتتبدل فيه الأحكام وتختلف الأهداف والتقديرات للمصالح نتيجة الفكر المتطور الذي يعتبر في يومه عدلاً ثم يحكم عليه في غده بأنه جور وبهذا يتبين أن الاختلاف بينهما جوهري.

ومع هذا فليس اختلاف الجوهر بين الزكاة والضريبة المعاصرة مانعاً من توحيد الفكر أو تقاربه من حيث البحث في تنظيم الأساليب والتخطيط في ظل مبادئ مالية ومحاسبية لا تتنافر مع أحكام الإسلام.

• قائمة المراجع

-أولاً: القرآن الكريم :

- 01- الآية (7) من سورة الحديد
- 02- الآية (92) من سورة آل عمران
- 03- الآية (43) من سورة البقرة
- 04- الآية (5) من سورة البينة
- 05- الأيتان (60-103) من سورة التوبة
- 06- (1) من سورة المؤمنون
- 07- الآية (129) من سورة آل عمران
- 08- الآية (33) من سورة النور
- 09- الآية (7) من سورة الحديد
- 10- الآية (26) من سورة الإسراء
- 11- الآية (85) من سورة البقرة
- 12- الأيتان (34-35) من سورة التوبة
- 13- الآية (60) من سورة التوبة
- 14- الآية (262) من سورة البقرة

-ثانياً: الحديث :

- 1- صحيح مسلم 45/1
- 2- صحيح البخاري 2/1
- 3- صحيح البخاري 121/2
- 4- سنن الترمذي 612/4
- 5- صحيح البخاري 110/2

6- صحيح البخاري 55/3 و صحيح مسلم 1197/3

-ثالثا: الكتب :

- 1- د. غازي عنايه ، الإقتصاد الإسلامي ، الزكاة والضريبة ، دراسة مقارنة ، دار إحياء العلوم ، بيروت ، 1995
- 2- د. يوسف القرضاوي ، فقه الزكاة ، دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها في ضوء القرآن والسنة ، الجزء الأول ، مؤسسة الرسالة .
- 3- د. يوسف القرضاوي فقه الزكاة ، دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها في ضوء القرآن والسنة ، الجزء الثاني ، مؤسسة الرسالة .
- 4- د. عصام عبد الهادي أبو النصر ، العلاقة بين الزكاة والضريبة ، دراسة منشورة على الانترنت .

رابعا: الندوات و المحلات

- 1- د. محمد عثمان شبير ، الزكاة والضريبة ، أبحاث وأعمال ، الندوة الرابعة لقضايا الزكاة المعاصرة ، البحرين ، 1994 .
- 2- د. عبد الستار أبو غده ، الزكاة والضريبة ، أبحاث وأعمال ، الندوة الرابعة لقضايا الزكاة المعاصرة ، البحرين ، 1994 .
- 3- د. عبد الحميد إبراهيمي ، العدالة الاجتماعية والتنمية في الاقتصاد الإسلامي ، مركز دراسات الوحدة العربية .
- 4- د. عبد الرزاق الفارس الفقر وتوزيع الدخل في الوطن العربي ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت .
- 5- د. عبد الحميد البوعلي ، الزكاة المعاصرة ، أبحاث وأعمال ، الندوة الرابعة لقضايا الزكاة المعاصرة البحرين 1994 .
- 6- د. محمد الحبيب التجكاني ، الزكاة والضريبة ، مجلة شؤون الزكاة ، العدد الرابع ، 2001 .
- 7- د. صباح نعوش ، الضرائب في الدول العربية ، المركز الثقافي العربي ، 1987 .

حق الخلوة الشرعية للسجين



مقال من إعداد : الباحث سعيد بواطاس
حاصل على شهادة الماستر في القانون المدني
من كلية الحقوق جامعة ابن زهر - أكادير

مقدمة :

يواجه الإنسان عبر رحلة الحياة كثير من المواقف والظروف منها ما هو جميل مسر، ومنها ما هو قبيح خيف، وكيفما كانت هذه الظروف فإنها تبقى من قبيل القضاء والقدر الذي لا يملك الإنسان سبيلا في جلبه أو رده. ولعل من بين الظروف التي قد يمر بها الإنسان في حياته دخول السجن لقضاء ما قضى به عليه من عقوبة سالبة للحرية جراء ارتكابه لنشاط جرمي معين، حيث يجد بذلك الشخص نفسه وحيدا بعيدا عن أفراد مجتمعه وأسرته، فيشتد عليه الخناق ويرتبك نظام حياته وتتدهور تفاصيل عيشه، وهو الأمر الذي يزداد حدة وصعوبة كلما كان السجين إنسانا متزوجا آلف الأنسة والمودة والمسكنة بما تبعته في النفس من راحة وتوازن أصبح بوضعيته تلك محروما منها، فيجد نفسه بين متناقضين هما الحاجة إلى مسكنة أهله والاختلاء بهم اختلاء شرعيا يحقق به تلك الغايات، وحتمية قضاء عقوبة لا مناص منها كوسيلة من وسائل الردع والإصلاح التي اختارها المجتمع للحفاظ على أمنه وسلمه وتوازنه. وبهذه الوضعية تطرح مسألة ضرورة التوفيق ما أمكن بين هذين المتناقضين حفاظا على إنسانية السجين التي لا يستساغ بأي حال من الأحوال تجريده منها، خاصة مع انتشار واقتناع الأمة بفكرة العمل على التوفيق بين السجن كأسلوب زجري لكل من عاق القانون واقترف ما لا يرضاه المجتمع، وبين النظر إليه كوسيلة لإعادة تأهيل السجين وإصلاحه تمهيدا لعودته إلى وسطه الاجتماعي صالحا سويا لا تشوبه شائبة.

وهكذا فإن حق السجين في الخلوة الشرعية فرض نفسه يلحاح شديد منذ أن اهتدت البشرية إلى اعتماد أسلوب سلب الحرية للردع عن الجرائم، وازداد بروز تلك الأفكار التوفيقية، فبحثه الفقهاء المسلمين وقتنته بعض التشريعات الوضعية مبرزين موقفهم منه، وهو الموقف الذي نرى ضرورة مناقشته في سبيل ترجيح موقف على آخر حسب ما يتحقق منه آثار. وهو ما سنحاول معالجته في هذه العجالة وفق الخطة التالية :

الفقرة الأولى : موقف الشرع والقانون من حق الخلوة الشرعية للسجين.

الفقرة الثانية: ضوابط وآثار ممارسة حق الخلوة الشرعية للسجين .

الفقرة الأولى: موقف الشرع والقانون من حق الخلوة الشرعية للسجين :

لا ريب في أن لا أحد يمكن أن ينكر على الشخص ذكرا كان أو أثنى حقه في الاختلاء بزوجه الشرعي متى شاء، باعتبار ذلك من الحقوق المسلم بها للأزواج بمقتضى الميثاق الغليظ الرابط بينها، غير أنه إذا كان اعتبار هذا الحق بالنسبة للأزواج الأحرار من المسلمات التي لا تقبل الجحد على الإطلاق، فإنه يتحول إلى مسألة قابلة للنقاش بتحول وضعية أحدهم إلى سجين مخل بواجباته الاجتماعية استوجب حبسه وإبعاده عن زوجه الآخر، وهو ما يجعلنا نتساءل في إطار هذا النقاش عن موقف الشرع (أولا) والقانون الوضعي (ثانيا) من هذا الحق؟

أولا: موقف الشرع من حق الخلوة الشرعية للسجين :

أولى الشرع الإسلامي الحكيم حقوق السجين برعاية ملموسة حفاظا على كرامته وإنسانيته، بدءا بحقه في صحة جيدة ومرورا بحقه في صحة وتغذية جيدة وسليمة وانتهاء بحقه في صيانة كرامته منذ دخوله السجن إلى غاية انقضاء عقوبته وخروجه منه¹، ولعل من بين الحقوق التي يقتضيها الحفاظ على إنسانية السجين وعيشه حياة متوازنة، حقه في الخلوة الشرعية كلما كان متزوجا، وهو الحق الذي بحثه فقهاء الشريعة الإسلامية ونظروا له في إطار ما تسمح به النصوص الشرعية، مما أفرز مواقف عدة تتباين بين قائل بحق السجين في الخلوة الشرعية بزوجه في السجن كلما طلب ذلك وهو قول الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية، وبين مانع لهذا الحق وهو قول المالكية وبعض الحنفية، وهناك أخيرا من يقر بهذا الحق مع تقييده بإمكانية الحرمان منه من طرف ولي الأمر متى كان في ذلك مصلحة مشروعة وهو قول بعض فقهاء الشافعية.

وأمام تعدد هذه المواقف وتباينها وضيق المناسبة للتطرق إلى كل منها بتفصيل أكاديمي يشفي غليل القارئ ويغنيه عن الرجوع إلى مصادر الموضوع، فحسبنا أن نتطرق إلى قول المذهب المالكي باعتباره مذهب المملكة والمصدر الإسلامي الأول لقانونها الوضعي.

وهكذا، فالرجوع إلى قول فقهاء المالكية بخصوص هذا الموضوع نجدهم من أبرز، بل من متزعمي القول المانع لحق السجين في الخلوة الشرعية بزوجه في السجن²، مستدلين على ذلك بأن تمكين السجين من زوجه ينافي المقصد الشرعي من السجن الذي هو التضييق عليه وإيقاعه في الضجر حتى يرتدع ويكف عن أفعاله المخالفة لنظام المجتمع³، إذ قال سحنون: "من سجن في دين لامرأته أو غيرها فليس له أن تدخل إليه امرأة، لأنه سجن للتضييق عليه، فإذا لم يمنع لذته لم يضييق عليه"⁴.

وفي محاولة لمناقشة هذا المذهب بناء على التبرير الذي بني عليه، نقول إن من أبرز المبادئ المستقر عليها جنائيا مبدأ شخصية العقوبة الذي يفيد بأن العقوبة تسري في حق المذنب مرتكب الفعل المحظور ولا يجب أن تتعداه إلى غيره

¹ - ابن نجيم، "البحر الرائق شرح كنز الدقائق"، الجزء السادس، ص: 308.

- الدردير، "الشرح الكبير"، الجزء الثالث، ص: 208

- الخرشي، "الخرشي على مختصر خليل، الجزء السابع، ص: 56

² - التاج والإكليل، الجزء الثامن، ص: 49

³ - الدردير، مرجع سابق، ص: 281

⁴ - ابن فرحون، "تبصرة الحكام" الجزء الثاني، ص: 205.

مهما كان قريبا منه كأن يكون من أشخاص أسرته أو عائلته أو أقربائه، وذلك امثالا لقوله عز وجل: " ولا تزر وازرة وزر أخرى"¹، ومن المعلوم بالبدهاة أن الخلوة الشرعية ومعايشة الزوجين جنسيا لبعضهما البعض لم تقرر لا شرعا ولا علميا لفائدة طرف دون آخر، بل هي لحظة إنسانية لإشباع كل واحد من الزوجين حاجته الجنسية الملحة والمشروعة في الآن ذاته، وبالتالي فإن منع أحد الزوجين باعتباره سجيناً من الالتقاء بالآخر لقاء الأزواج بذريعة ردعه والتضييق عليه، فيه منع للزوج الآخر الحر الطليق من قضاء حاجته الجنسية المشروعة وتضييق عليه، وبالتالي مد آثار العقوبة إليه وهو خرق صارخ لمبدأ شخصية العقوبة المتحدث عنه.

هذا، ورب قائل يقول بأن الشرع خول الرجل مكنة الطلاق كلما تضرر، ومنح المرأة حق طلب التفرقة بسبب السجن، وبالتالي أتاح لكل واحد منهما طريقا لتفادي المس بحقه في لقاء زوجه ومنه تلافي خرق مبدأ شخصية العقوبة الذي نحن بصدد التعليل به والدفاع عنه، فتننفي بذلك ضرورة إجازة هذه الخلوة الشرعية، غير أن ذلك في نظرنا لا ينهض مبررا مقنعا لما يفضي إليه من تفريق الأسر وخلق مشاكل اجتماعية أكثر خطورة من مشاكل عدم تمتيع السجين بحقه في الخلوة الشرعية، ومناف أيضا لمقاصد الشرع والقانون في الحفاظ على ديمومة الأسر، وهادم للمبدأ الفقهي القاضي بأن الضرر لا يزال بمثله فكيف بما هو أشد منه. ومن ناحية أخرى قد يبرر البعض مذهبه بأن إقرار الخلوة الشرعية للسجين معارض لبعض النصوص الشرعية كالحديث الشريف الذي روته عائشة رضي الله عنها حيث قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "أيا امرأة وضعت ثيابها في غير بيت بعلمها فقد هتكت ستر ما بينها وبين الله"²، وردا على هذا التبرير نقول بأن الاستدلال ورد في غير موضعه، إذ إن مفاد الحديث هو منع المرأة من كشف عورتها في غير بيت زوجها سدا لذريعة اتهامها بإتيان الفاحشة، أما قيامها بذلك في مكان آمن كمؤسسة سجنية منظمة قانونا وبحضور زوجها فلا حرج في ذلك، فضلا عن أنه وحتى على فرض ضرورة التمسك بحرفية النص فإن الضرورات تبيح المحظورات.

واسترسالا في الاستدلال لضرورة إقرار حق السجين في الخلوة الشرعية نقول بأن جماع الزوج لزوجه الآخر واجب عليه وحق للزوج الآخر، وهو ما رجحه أيضا فقهاء المالكية وحثوا على تحقيقه بحسب قدرة الزوج وكفاية زوجه الآخر³، ففي الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن عمرو بن العاص "يا عبد الله ألم أخبرك أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟ قلت: بلى يا رسول الله، قال: فلا تفعل، صم وأفطر، وقم وتم، فإن لجسدك عليك حقا، وإن لعينك عليك حقا، وإن لزوجك عليك حقا"⁴، فلا يستقيم بالتالي قول حرمان الزوج الحر من حقه في الخلوة الشرعية بحرمان الزوج السجين منها، ولا يمنع هذا الأخير من القيام بواجبه رغما عن إرادته، حتى يصبح السجن سببا مانعا من القيام بالواجبات الزوجية التي يتفق الجميع على أنها لا تسقط به.

وخلاصة القول أن المذهب المالكي منع حق السجين في الخلوة الشرعية مخالفا بذلك بعض مبادئ الشرع والحياة التي نأمل أن يراعيها القانون الوضعي ويقر بهذا الحق.

¹ - سورة الإسراء، الآية: 15.

² - سنن ابن ماجه، كتاب الآداب، باب دخول الحمام، حديث رقم: 3750.

³ - ابن القيم الجوزية، "روضة المحبين ونزهة المشتاقين"، الطبعة الثالثة 2003، مطبعة دار الكتب العالمية، ص: 153 وما بعدها.

⁴ - رواه البخاري، كتاب بدء الوحي، حديث رقم: 5199.

ثانيا : موقف القانون من حق الخلوة الشرعية للسجين :

أطر المشرع المغربي تنفيذ العقوبات السالبة للحرية داخل المؤسسات السجنية بمقتضى القانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية¹، وكذا المرسوم رقم 2.00.485 الذي حددت بموجبه كيفية تطبيق هذا القانون².

وبافتاء قضية البحث في هذه الترساة القانونية نكاد نجزم بأن المشرع المغربي لم ينص صراحة على حق السجين في الخلوة الشرعية وهو ما قد يوحي إلى عدم اعتراف المشرع المغربي بهذا الحق، إلا أن وطأة هذا الإحاء سرعان ما تخف باكتشاف غموض العديد من النصوص القانونية التي تتحدث عن حقوق السجين بصفة مجملية فاسحة المجال لكل التأويلات.

ومن بين هذه النصوص القانونية نجد المادة 74 من القانون 23.98 أعلاه، التي تنص على أنه: "يجب بصفة خاصة الحرص على الحفاظ على علاقة المعتقل مع أقاربه وتحسينها، كلما تبين أن في ذلك فائدة له ولعائلته، وذلك لتسهيل إعادة إدماج المعتقل داخل وسطه العائلي عند الإفراج عنه"، فباستقراء هذا النص نجد يلح على ضرورة استمرار علاقة المعتقل مع أقاربه، مما ينم على أن المشرع المغربي حارص على الاحتفاظ للسجين بحقه في الحفاظ على الروابط مع أقاربه. ولعل الزوج الآخر من أقرب الأقارب للسجين، والحفاظ على العلاقة به من أولى أولويات الحفاظ على هذه العلاقة، إلا أن تحقيق ذلك يبقى صعب المنال دون تمكين السجين من زوجه في إطار خلوة شرعية كاملة باعتبارها من أبرز مظاهر هذا الاقتراب وذلك لما فيها من فائدة له ولعائلته — كما سنبين ذلك لاحقا — خاصة وأن النص جعل من شروط الحرص على الحفاظ على الروابط العائلية أن يكون ذلك في صالح السجين وعائلته، وأن يكون من شأنه تسهيل إعادة إدماجه داخل وسطه العائلي عند الإفراج عنه، وهي كلها أمور تتحقق لا محالة بضمان ممارسة السجين لحقه في الخلوة الشرعية بأهله.

ولعل من النصوص القانونية التي قد يلمس فيها الباحث العلاقة بموضوع البحث لتحدثها أيضا عن مقصد الحفاظ على الروابط العائلية للسجين وتتهيء إدماجه الاجتماعي، نجد المادة 46 من القانون نفسه³ التي تخول لوزير العدل إمكانية منح السجين رخصة للخروج من السجن للقاء عائلته لمدة لا تتعدى عشرة أيام وذلك بهدف الحفاظ على الروابط العائلية أو لتتهيء إدماجه الاجتماعي، كلما توافر شرطي قضاء نصف مدة العقوبة على الأقل واشتহার السجين بحسن السلوك، حيث إنه بالقراءة الأولية لهذا النص قد يظهر بأنه يمكن أن يشكل سنداً قانونياً للقول بتكريس المشرع المغربي لحق السجين في الخلوة الشرعية اعتباراً لتطرقه لنفس المقاصد المتوخاة من إقرار هذا الحق،

¹ - ظهير شريف رقم 1.99.200، صادر في 13 من جمادى الأولى 1420 (25 أغسطس 1999) بتنفيذ القانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4726، وتاريخ 5 جمادى الآخرة 1420 (16 شتنبر 1999)، ص: 2283.

² - مرسوم رقم 2.00.485، صادر في 06 من شعبان 1421 (03 نوفمبر 2000) تحدد بموجبه كيفية تطبيق القانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4848، وتاريخ 19 شعبان 1421 (16 نوفمبر 2000)، ص: 3029، مغير بالمرسوم رقم 2.04.899، الصادر في 11 من ذي القعدة 1426 (13 ديسمبر 2005)، منشور بالجريدة الرسمية عدد: 5406، وتاريخ 22 صفر 1427 (23 مارس 2006)، ص: 792.

³ - تنص المادة 46 من القانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية على أنه: "يمكن لوزير العدل، أن يمنح لبعض المدانين الذين قضوا نصف العقوبة والمتميزين بحسن سلوكهم إما تلقائياً أو بناء على اقتراح من مدير إدارة السجون، رخصاً للخروج لمدة لا تتعدى عشرة أيام، خاصة بمناسبة الأعياد الوطنية والدينية، أو بقصد الحفاظ على الروابط العائلية أو لتتهيء إدماجهم الاجتماعي"

غير أنه بالتآني البسيط في قراءة مضامين النص الخفية وربطها بالشروط التي قيد بها أعمال النص يتضح أنه لم يوضع للاعتراف بمثل هذا الحق وإنما لتكريس حق آخر بعيد كل البعد عن الحق موضوع البحث، وهو حق الخروج من السجن استثناء في بعض المناسبات الموسمية أو الأحداث العارضة كوفاة أحد الأقارب مثلا، فهو إذن لم يشرع لإقرار حق الخلوة الشرعية التي لا تتسم بممارستها الطبيعية لا بالموسمية، ولا بالعرضية بقدر ما تتسم بالديمومة على طول السنة وكلما رغب السجين وزوجه في ذلك. وبالتالي يبقى نص المادة 74 المشار إليه أعلاه أقرب أكثر من غيره إلى جعله سنداً قانونياً للقول بتنظيم المشرع المغربي لحق الخلوة الشرعية للسجين.

وبهذه القراءة البسيطة والمستعجلة لنصوص القانون المنظم للمؤسسات السجنية يتضح أن المشرع المغربي وإن أحجم عن الاعتراف صراحة بحق السجين في الخلوة الشرعية إلا أنه سن نصوص قانونية فضفاضة بإمكان القائمين على شؤون السجناء الاستناد عليها وتمتيع السجين بهذا الحق، خاصة مع وجود عدة بوادر تزكي طرح القول باعتراف المشرع المغربي بهذا الحق لعل أهمها الإقرار الصريح لوزارة العدل والحريات الوصية على جزء هام من هذا القطاع بهذا الحق، وذلك في تقديمها للنصوص القانونية المنظمة للسجون من خلال إصدارات مركز الدراسات والأبحاث الجنائية بمديرية الشؤون الجنائية والعفو¹، حيث جاء فيها: "... أن من جملة الحقوق والضمانات المكرسة قانوناً والمنسجمة في اتجاهها العام مع شروط النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء كما هي متعارف عليها دولياً إقرار الحق في الخلوة الشرعية". علاوة على أن تقرير المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان يؤكد بأن إدارة السجون بادرت في إطار الحفاظ على الروابط الأسرية للسجين إلى إحداث نظام الخلوة الشرعية الذي يتيح الاختلاء بالزوج أو الزوجة، رغم ملاحظة بعض أوجه الخصائص فيما يتعلق بتعميم فضائها بالسجون²، وإن كانت المندوبية العامة لإدارة السجون تنكر صراحة سماح المشرع بممارسة هذا الحق وأنها تطبقه فقط كامتياز حقوقي ومكافأة لكل من حسن سلوكه³.

هذا، وإنه لما كان موقف القانون المغربي غير واضح، ارتادنا الفضول العلمي لمعرفة موقف بعض القوانين المقارنة وخاصة العربية منها، فكان القانون الأردني محط الاختيار، لنجده بأنه أقر صراحة بهذا الحق، حيث نصت المادة 20 من قانون مراكز الإصلاح والتأهيل رقم 9 لسنة 2004 م على أن: " لكل نزيل محكوم عليه بمدة سنة أو أكثر الاختلاء بزوجه الشرعي في مكان في المركز يخصص لتلك الغاية تتوفر فيه شروط الخلوة الشرعية ووفق تعليمات يصدرها المدير"، وحسنا فعل المشرع الأردني بتشريعه الصريح لهذا الحق، وإن كان ذلك مشوباً ببعض النواقص من قبيل حصر المستفيدين من ذلك الحق في السجين الذي صدر في حقه حكم قضائي، مبعيداً بذلك الأشخاص المعتقلين احتياطياً بالرغم من أن ممارسة حق الخلوة الشرعية لا علاقة له بطبيعة اعتقال السجين، مما يجعل هذا القيد بغير حكمة ولا مقصد، ثم تقييد ممارسة الخلوة الشرعية بكون مدة الحبس سنة فأكثر، وهي مدة طويلة من شأن الالتزام بها إفراغ الإقرار بهذا الحق من فحواه ومقصده.

وأياً كانت طريقة تقنين هذا الحق في القوانين الوضعية والنواقص التي تعتريه، فلمهم هو الحرص على تطبيقه فعلياً تحت ضوابط دقيقة تكفل تحقيق الآثار المنشودة منه.

¹ - سلسلة نصوص قانونية، غشت 2011، العدد 15، ص: 5.

² - المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، تقرير الزيارات الميدانية الخاصة بالأوضاع بالسجون، أبريل 2004، ص: 82.

³ - من ما ورد بالحرف في قول المندوبية العامة لإدارة السجون: " توفر المندوبية العامة كافة التجهيزات لتمكين المعتقل المتزوج الذي يتميز بحسن السلوك من الخلوة الشرعية التي ليست حقاً من الحقوق المنصوص عليها قانوناً وفق الشروط المنصوص عليها في اللوائح التنظيمية".
- أنظر موقع المندوبية العامة لإدارة السجون www.dgapr.gov.ma، زيارة يوم 22-04-2015 على الساعة الرابعة مساءً.

الفقرة الثانية: ضوابط وآثار ممارسة حق الخلوة الشرعية للسجين:

بعد التعرف على موقف الشرع والقانون من حق الخلوة الشرعية للسجين واتجاهنا منحى ضرورة تمتيع السجين بهذا الحق شرعا وترجيح الاعتراف له به قانونا وإنزاله على أرض الواقع، إلا أن هذا الإنزال وحتى تتحقق منه الآثار الإيجابية المنشودة لابد وأن يكون وفق ضوابط دقيقة تصون إنسانية السجين وكرامته. لذلك ارتأينا التعرّيج على بعض ضوابط ممارسة هذا الحق والآثار المترتبة عن هذه الممارسة كالآتي:

أولا: ضوابط ممارسة حق الخلوة الشرعية للسجين:

إن الخلوة الشرعية وإن كانت حقا يجب الاعتراف به للسجين وإتاحة ممارسته له بشكل يحقق المقاصد الشرعية والقانونية التي شرع من أجلها، إلا أن هذه الممارسة يتعين تقييدها بضوابط تكون قواعد لهذه الممارسة وتحد من كل ما قد يطرأ من هفوات إبان تطبيق هذا الحق.

ولعل من أول الضوابط التي يتعين مراعاتها التأكد من توافر علاقة زوجية شرعية بين السجين والشخص الذي يراد ممارسة هذا الحق معه، وذلك بضرورة الإدلاء للجهات القائمة على المؤسسة السجنية بعقد زواج رسمي أو حكم قضائي مثبت للعلاقة الزوجية، تلافيا لاستغلال هذا الحق في ممارسة علاقات غير قانونية في عقر مكان مخصص للزجر عن مخالفته. وبمجرد التأكد من توافر الرابطة الشرعية إلا وكان على المؤسسة السجنية عبء توفير مكان ملائم لممارسة الخلوة الشرعية في ستر تام يحفظ للسجين وزوجه كرامتهما ويكفل عدم اطلاع غيرهم على أسرار خلوتهم الشرعية، وهو ضابط يصعب تحقيقه دون تطبيق نظام محكم يشكل في حد ذاته ضوابط لممارسة هذا الحق، يكون من شأنه رفع الاكتضاض والاستغلال المفرط لهذا المكان، لما يمكن أن ينجم عن ذلك من مس بظروفه الصحية.

هذا، فإن مما يتعين البدء به أولا لتنزيل هذا النظام هو توثيق جميع زيارات ممارسة هذا الحق في سجل رسمي معد لذلك، ثم تحديد فترات زمنية محددة خلال الأسبوع بأن يكون ذلك مرة كل أربعة أيام استثناسا بحق الزوجة في جماع زوجها مرة كل أربع ليال، كما قال بذلك المالكية مستدلين بأن للرجل أن يتزوج أربعاً من النساء فكان حق كل امرأة مرة كل أربع ليال¹، مع إعطاء الحق للسلطة القضائية وحدها لتحديد مدة أطول تجنبا لجعل المنع لمدة أطول وسيلة تأديبية عن ما قد يقترفه السجين من سلوكات مشينة، وبالتالي جعله تحت رحمة مدير المؤسسة السجنية².

وفي أخير بحث هذه الضوابط نرى ضرورة إعطاء الأولوية في الاستفادة للسجناء الذين قضوا مدة أطول في السجن أيا كانت طبيعتها بأنها نهائية أو مجرد اعتقال احتياطي، وذلك بتحديد مدة أربعة أشهر كأقصى مدة يمكن حرمان السجين فيها من الاختلاء بزوجه، عملا بالمدّة التي حددها الشرع في حالة الإيلاء عند قوله تعالى: " للذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر"³، حيث إن فيما زاد عن أربعة أشهر مظنة لحوق العنت والضرر بالزوج الآخر، وبالتالي خرق مبدأ شخصية العقوبة كما تطرقنا لذلك سلفا، وأيضا عملا بما سار عليه السلف الصالح من الخلفاء لما روي عن

¹ - الخطاب، " مواهب الجليل شرح مختصر خليل " الجزء الخامس، ص: 255.

² - تجدر الإشارة إلى أن من الملاحظات التي سجلها تقرير المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان (مرجع سابق، ص: 82) هي الحرمان من هذا الحق كتدبير تأديبي مشيرا إلى حالة سجين بالسجن المحلي بالمحمدية وأخر بالسجن المركزي بالقيظرة.

³ - سورة البقرة، الآية: 226.

عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه وقت للجنود أربعة أشهر ثم أمرهم بالعودة إلى نساءهم، إذ روي أنه كان يطوف ليلة في المدينة فسمع امرأة تقول شعر:

تطاول هذا الليل واسود جنبه *** وأرقني ألا خليل الأعبه
فو الله لولا الله أني أراقبه *** لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عمر نساء: كم تصبر المرأة عن الرجل؟ فقلن: شهرين، وفي الثالث يقل الصبر، وفي الرابع ينفذ الصبر، فكتب إلى أمراء الأجناد ألا تجسوا رجلا عن امرأته أكثر من أربعة أشهر¹، وما الحبس إلا أهول من الجندي على السجين وأقاربه.

علاوة على كل ذلك فإن من الضوابط كذلك التي نخالها جديرة بالذكر، تصحيح تلك النظرة الدونية التي يحملها بعض القائمين على السجون تجاه السجناء و تثقيفهم بمدى أهمية تطبيق هذا الحق وتحميسهم بفوائده إن على السجين أو على القائمين على السجن أنفسهم، اعتبارا لما ينجم عن هذا التطبيق من كبح سلوكيات مشينة سيصبحون في غنى عن مراقبتها وتدبير حلول لها، وهي كلها آثار إلى جانب أخرى سنتناولها في الفقرة الموالية.

ثانيا: آثار ممارسة حق الخلوة الشرعية للسجين:

لا مرأ أن تمكين السجين من حقه في الخلوة الشرعية بالضوابط السالفة الذكر يترتب آثارا اجتماعية وصحية مهمة وهي كلها آثار تعج بالمصالح لا المفسد، ارتأينا التطرق إليها ولو بشيء من الاختصار كالآتي:

– الحفاظ على ديمومة العلاقة الزوجية بين السجناء وأزواجهم اعتبارا لتحقيق جزء هام ومقصد بارز من العلاقة الزوجية بممارسة الخلوة الشرعية، وبالتالي الحد من طلبات التفرقة المبنية على سبب الغيبة التي تتحقق لا محالة بالسجن، خاصة وأن مثل هذه الطلبات مكفولة شرعا وقانونا بمقتضى المادة 106 من مدونة الأسرة.

– الحد من لجوء السجين للسلوكات الشاذة الناجمة عن بعده عن زوجه سواء تعلق الأمر بسلوكات الشذوذ الجنسي من لواط وسحاق أو غيرهما من السلوكات الفردية الجنسية الأخرى، وهو أثر مهم لما ينجم عنه في الآن ذاته من حماية لصحة السجناء بتلافي انتشار مختلف الأمراض التي تترتب عن هذه السلوكات الشاذة.

– حماية السجين من الانحرافات السلوكية العنيفة والمشاحنات والاضطرابات النفسية الناجمة عن عدم تمكنه من حقه في الخلوة الشرعية إشباعا لحاجاته الجنسية كإنسان، المؤدية إلى الوقوع في أفعال جرمية أخرى قد تكون أشد خطورة من تلك التي دخل بسببها السجن.

– التخفيف من جهودات القائمين على المؤسسة السجنية لتحقيق الاستقرار والاستقامة في سلوك السجناء المستفيدين من حقهم في الخلوة الشرعية.

– الوقاية من لجوء زوج السجين إلى سلوكات جنسية محرمة شرعا وقانونا كالارتقاء إلى الخيانة الزوجية.

¹ - ابن كثير، " تفسير القرآن العظيم"، الجزء الأول، ص: 236.

من خلال هذه الدراسة المستعجلة لموضوع حق الخلوة الشرعية للسجين وتعايشنا مع مواقف بعض الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، توصلنا إلى أن الفقهاء المتقدمين اجتهدوا للتقعيد لهذا الحق حتى اتضحت مواقفهم منه وسار بعدهم على نهجهم مشرعوا القوانين الوضعية.

والحق يقال، فإقرار هذا الحق وضمأن تنزيهه كان ولا زال من بين الأولويات، وأصبحت دراسته وإثارة الانتباه إليه من بين المتطلبات لا مجرد اعتباره مادة للترف الفكري والمناقشات النظرية العقيمة. وهي الخلاصة العامة التي انتهى إليها البحث، والتي من منطلقها وفي سبيل تحقيق غايتنا العلمية، يكون لزاما علينا تجلية أمرين أساسيين :

- أولهما، استنتاجات البحث التي من خلالها سنبرز أهم ما توصل إليه البحث من نتائج نخالها خلاصة الخلاصة.
- وثانيهما، اقتراحات انقذح في ذهننا أنها تكمل النواقص التي تعترى تقنين هذا الحق وتطبيقه، فكان أهم ما خلصت إليه من نتائج كالاتي :

(1) أن المذهب المالكي السائد في المملكة منع حق السجين في الخلوة الشرعية مخالفا بذلك بعض مبادئ الشرع والحياة، وخاصة مبدأ شخصية العقوبة ومبدأ حتمية العلاقة الجنسية بين الأزواج.

(2) أن المشرع المغربي لم يعترف صراحة بحق السجين في الخلوة الشرعية، إلا أنه سن نصوص قانونية مجملتها قابلة للتأويل لفائدة للسجين، مخالفا بذلك توجه بعض القوانين المقارنة وخاصة منها القانون الأردني.

(3) أن هناك ضوابط دقيقة يتعين مراعاتها عند تطبيق حق الخلوة الشرعية تصون هذه الممارسة من الزلل والخروج بها عن مقصدها.

(4) أن من شأن تنزيل حق الخلوة الشرعية للسجين على أرض الواقع تحقيق آثارا اجتماعية وصحية مهمة لا تقع تحت حصر.

ومع إبراز هذه النتائج فإن التزامنا المسبق بتقديم مقترحات نهدف من خلالها إلى إكمال بعض النواقص، يفرض علينا العمل على الوفاء به وإبراز هذه المقترحات كالاتي :

(1) ضرورة تجاوز المشرع المغربي للإجمال المخل الذي طبع صياغة النصوص القانونية المنظمة لحقوق السجين، واستدراك تنظيم حق الخلوة الشرعية للسجين، وذلك حتى لا يفهم من ذلك من طرف أصحاب العقول المتشددة أن المشرع لم يعتد بهذا الحق، وإن كان عكس ذلك الكلام واضح بمقتضى الإشارة الواردة في تصدير النصوص القانونية الصادرة عن وزارة العدل والحريات من جهة، ومن تطبيق هذا الحق في بعض المؤسسات كما تبين ذلك تقارير بعض المؤسسات الحقوقية.

(2) اعتماد أسلوب التفصيل في تنظيم أحكام حق الخلوة الشرعية للسجين، بما يعين القائمين على السجون لتطبيقه من جهة، ويصون حق السجين في الاستفادة منه خاصة مع ما يتميز به الموقف والمكان من خصوصية وحساسية بشأن ممارسة الحقوق، وضعف التكوين المرتبط بالجانب الحقوقي لدى أغلب الساهرين على شؤون السجناء.

(3) الحرص على التقيد بالضوابط المؤطرة لممارسة حق الخلوة الشرعية للسجين ابتغاء تحقيق الآثار المتوخاة منه.

4) الاهتمام بتدريس ما يتعلق بحقوق الإنسان بالتركيز على حقوق مختلف الفئات، بدءاً من الجامعات وانتهاء بمعاهد تكوين المعنيين بتطبيقها، باعتبارها من الأساليب التي تشكل عصب تكريس ثقافة حقوق السجين التي لا نكير لمكانتها.

وبهذا يكون هذا المقال قد أشرف عن الانتهاء بعد أن ظننتُ تحقق غايتي منه، وليس في هذا الانتهاء إتمام لكل الجوانب المتعلقة بموضوع حقوقي متشعب كهذا، فلي أن أقول وبكل موضوعية أنه استعصى علي لعوامل عدة التطرق لكل ما يرتبط به، فلم يبق لي لتجاوز ذلك إلا أن أنبه الباحثين إلى أنه بقيت فيه الكثير من الجوانب الجديرة بالدراسة من قبيل بحث مدى تطبيق هذا الحق في شكل دراسة ميدانية من شأنها كشف المستور واقتراح البدائل لتجاوز كل العيوب .

لائحة المراجع :

- ابن نجيم، " البحر الرائق شرح كنز الدقائق"، الجزء السادس.
- ابن القيم الجوزية، " روضة المحبين ونزهة المشتاقين"، الطبعة الثالثة 2003، مطبعة دار الكتب العالمية.
- ابن كثير، " تفسير القرآن العظيم"، الجزء الأول.
- ابن فرحون، " تبصيرة الحكام " الجزء الثاني.
- الدردير، " الشرح الكبير"، الجزء الثالث.
- الخرشبي، " الخرشبي على مختصر خليل، الجزء السابع.
- الخطاب، " مواهب الجليل شرح مختصر خليل " الجزء الخامس.
- التاج والإكليل، الجزء الثامن.
- سنن ابن ماجة، كتاب الآداب.
- صحيح البخاري.
- سلسلة نصوص قانونية، إصدارات مركز الدراسات والأبحاث الجنائية بمديرية الشؤون الجنائية والعفو، غشت 2011، العدد 15.
- المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، تقرير الزيارات الميدانية الخاصة بالأوضاع بالسجون، أبريل 2004.
- موقع المندوبية العامة لإدارة السجون www.dgapr.gov.ma ، زيارة يوم 22 - 04 - 2015 على الساعة الرابعة مساء.

تقنين الإجهاض في ضوء الفقه الإسلامي والواقع المعاصر



إعداد : الدكتور سانح بوثنين

باحث من كلية الآداب فاس سايس

شهد المغرب مؤخرًا نقاشًا محتمًا بخصوص تقنين الإجهاض؛ وانقسمت مواقف الفرقاء بشأنه إلى موقفين اثنين: موقف يدعو إلى إعمال النظرة الشرعية والمقاصدية؛ وموقف يدعو إلى إمطة اللثام عن تجريمه بالكلية ويدعو إلى تقنينه. وأدى ذلك إلى الكثير من التجاذبات في الساحة القانونية؛ والاجتماعية؛ والسياسية.. وتم طرح الموضوع للمشاورات والمدارسات على مستوى هيئات حقوقية وإعلامية ومؤسسية عليا؛ مما يدعو الباحثين إلى الوقوف على هذا الموضوع وإغنائه بالبحث والدراسة من مختلف الزوايا سواء الشرعية أو القانونية؛ والاجتماعية أو الطبية..

وسوف أتناول بدوري هذا الموضوع من خلال الأسطر الآتية محاولًا مقاربتة من مختلف الزوايا خاصة الشرعية منها؛ وذلك من خلال محورين اثنين؛ يتفرع كل منهما إلى مجموعة من المباحث الجزئية:

المحور الأول: الإجهاض في الفقه الإسلامي.

المحور الثاني: الإجهاض في ضوء الواقع المعاصر.

أولاً: الإجهاض في الفقه الإسلامي:

• مفهوم الإجهاض لغة واصطلاحاً:

الإجهاض في اللغة مصدر أجهض؛ وأجهضت المرأة ولدها أسقطته ناقص الخلق (1). وينطبق الإطلاق اللغوي على سقوط الجنين بفعل فاعل؛ أو تلقائياً. ومفهومه عند الفقهاء لا يخرج عن المعنى اللغوي؛ ولكنهم يعبرون عنه في أكثر الأحيان بالإسقاط؛ والطرح؛ والإلقاء؛ والإملاص (2).

• الإجهاض من خلال النصوص الشرعية :

من الملاحظ أنه لم يرد في حكم الإجهاض نص مباشر؛ لا من حيث الآيات القرآنية؛ أو الأحاديث النبوية؛ سوى تواعد قاتل النفس بدون حق بالخلود في جهنم؛ حيث يقول عزوجل: «ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما» (3).

وجاء في السنة النبوية كذلك طائفة من الأحاديث تشير إلى مراحل تخلق الإنسان في بطن أمه؛ وتحديد مدتها؛ ومتى يتم نفخ الروح في جسد بني آدم؛ وفي مقدمتها الحديث الذي أخرجه الشيخان البخاري ومسلم عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه؛ حيث جاء فيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما نطفة؛ ثم يكون علقة مثل ذلك؛ ثم يكون مضغة مثل ذلك؛ ثم يبعث الله ملكا؛ فيؤمر بأربع كلمات؛ ويقال له: اكتب عمله وأجله؛ وشقي أو سعيد؛ ثم ينفخ فيه الروح.." (4).

وهناك حديث آخر صحيح يشير فيه النبي عليه الصلاة والسلام إلى الوقت الذي يبدأ فيه تصوير الجنين وتخلقه بإذن الله تعالى؛ وهو قوله صلى الله عليه وسلم: "إذا مر بالنطفة ثنتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكا؛ فصورها؛ وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها.." (5).

وهناك بعض الأحاديث اشتملت على بيان التعويض الذي يجب في إسقاط الجنين؛ وهو ما سماه عليه الصلاة والسلام بالغرّة (6).

ومن تأمل هذه النصوص لا يكاد يجد إشارة واضحة بينة وجليّة بخصوص الإجهاض؛ حتى إنه لم يرد فيها ذكر كلمة "إجهاض" بهذا اللفظ؛ مما فتح ويفتح الباب على مصراعيه أمام الفقهاء القدامى والمحدثين للاجتهاد بشأنه؛ وذلك لأن الشريعة الإسلامية خاطبت كل العصور؛ وهي صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان؛ ولا تضيق نصوصها عن الاجتهاد في كل قضية من القضايا المستجدة.

ولا شك أن الفقهاء القدامى لم تتفق وجهة نظرهم في جميع حالات اللجوء إلى الإجهاض اتفاقا يمكن الاعتداد به؛ واعتبار موقفهم إجماعا صريحا لا يسوغ مخالفته؛ كذلك الأمر بالنسبة للفقهاء المحدثين المدعويين إلى إيجاد الحلول لكل القضايا الراهنة؛ وسوف نستعرض فيما يلي وجهة نظر كل من الفقهاء القدامى؛ والمحدثين.

المبحث الأول: موقف الفقهاء القدامى من الإجهاض :

يمكن استجلاء موقف الفقهاء القدامى من الإجهاض من خلال البحث عن أقوالهم في مصادرهم؛ ورصد وجهات نظرهم في بعض النوازل عن طريق الرجوع إلى مختلف كتب المذاهب الفقهية المعتمدة.

ولما كان موقفهم موحدا حول تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح في الجنين؛ فإن اختلافهم ينصب حول إجراء الإجهاض قبل ذلك؛ وهكذا نجد آراءهم موزعة إلى فريقين: فريق يحرم الإجهاض قبل وبعد نفخ الروح؛ وفريق يجرمه فقط بعد النفخ؛ ويجيزه قبل ذلك بشروط.

المطلب الأول: موقف الفقهاء القدامى من الإجهاض بعد نفخ الروح:

هناك اتفاق بين الفقهاء على تحريم إسقاط الجنين بعد مرور أربعة أشهر على تكونه في بطن أمه؛ حيث تنفخ فيه الروح؛ كما جاء في الأحاديث الصحيحة؛ حيث إن الجنين بعد نفخ الروح يصير نفساً آدمية يجرم قتلها بغير سبب شرعي؛ والأسباب الشرعية لإهدار حق الحياة لا يتناول شيء منها الجنين؛ فلا يتصور قيام أي سبب يقتضي إباحة الإجهاض في هذه المرحلة (7).

ومما يستفاد من عبارات الفقهاء أنهم يذهبون إلى تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح؛ حتى وإن كان في بقاء الجنين خطر على أمه؛ وفي هذا الصدد يقول الإمام الكاساني من فقهاء الحنفية: "ولأن الجنين إن كان حياً فقد فوت الضارب حياته؛ وتفويت الحياة قتل؛ وإن لم يكن حياً فقد منع من حدوث الحياة فيه؛ فيضمن كالمغرور لما منع من حدوث الرق في الولد وجب الضمان عليه؛ وسواء استبان خلقه أو بعض خلقه؛ لأنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة ولم يستفسر فدل أن الحكم لا يختلف؛ وإن لم يستبش شيء من خلقه فلا شيء فيه؛ لأنه ليس بجنين إنما هو مضغة؛ وسواء كان ذكراً أو أنثى لما قلنا؛ ولأن عند عدم استواء الخلقة يتعذر الفصل بين الذكر والأنثى؛ فسقط اعتبار الذكورة والأنوثة فيه" (8).

والأصل فيما ذهب إليه الفقهاء أن قتل النفس المحترمة شرعاً لا يحتل الإباحة بحال من الأحوال؛ لقوله عز وجل: «ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق» (9)؛ فلا يجوز التضحية بنفس معصومة لإنقاذ نفس أخرى؛ حتى لا يحل لمن أكره على القتل أن يقتل؛ مهما كانت درجة الإكراه؛ وهذا بلا خلاف بين الفقهاء؛ فإن قتل تحت وطأة الإكراه القوي؛ وجب القصاص عند جمهورهم؛ كذلك أجمعوا على أنه لا يحل لمضطر أن يقتل غيره لإنقاذ نفسه من الهلاك المحقق؛ فنصوا على أنه إذا أشرفت سفينة على الغرق؛ وكانت سلامتها في إلقاء بعض ركابها؛ فلا يجوز أن يقرع على طرح أحد الركاب في البحر لإنقاذ البقية؛ كذلك لا يحل لمن أصابته مخمصة أن يأكل لحم إنسان حي لينقذ نفسه من الموت (10).

والذي يظهر أن الفقهاء يجعلون حرمة النفس فوق الضرورات؛ والمصالح؛ والأعداء؛ والذرائع؛ وأكثر المذاهب الفقهية احتياطاً في هذا الباب هو المذهب المالكي؛ حيث أوجبوا الدية في قتل الجنين أياً كانت الطريقة التي يقتل بها؛ يقول ابن جزي في هذا الصدد: "ودية الجنين عبد أو وليدة؛ سواء كان ذكراً أو أنثى؛ وسواء تم خلقه أم لم يتم؛ إذا خرج من بطن أمه ميتاً" (11). فبمجرد نفخ الروح في الجنين يصير نفساً محترمة لا تكاد تختلف في حكم إهدارها عن النفس المولودة.

المطلب الثاني: موقف الفقهاء من الإجهاض قبل نفخ الروح:

وقع اختلاف كبير بين الفقهاء القدامى؛ وتباينت مواقفهم بخصوص إسقاط الجنين قبل إتمام أربعة أشهر؛ والسبب في هذا الاختلاف يرجع إلى عدم ورود نص صريح لا يحتل التأويل في هذه القضية؛ سوى ما ورد من أحاديث نبوية شريفة بشأن مراحل تخلق الجنين؛ وسوف أحاول عرض وجهة نظر المذاهب الفقهية المعتمدة في هذا الإطار.

أولاً: مذهب الحنفية:

يذهب المذهب الحنفي إلى إباحة الإجهاض قبل نفخ الروح؛ إذا كان ذلك بإذن صاحبي الحق؛ وهما: الزوج؛ والزوجة. وفي عبارات فقهاء الحنفية ما يدل على تقييد الجواز بعدم استبانة شيء من خلق الجنين (12)؛ لكنهم فسروا ذلك بأن ظهور التصوير في الجنين يدل على سبق نفخ الروح فيه.

ويذكر الفقيه ابن عابدين : " أن فقهاء المذهب قالوا: يباح لها في استنزال الدم ما دام الحمل مضغعة؛ أو علقه لم يخلق له عضو؛ وقدروا تلك المدة بمائة وعشرين يوماً؛ وإنما أباحوا ذلك لأنه ليس بآدمي" (13).

والظاهر من خلال أقوال الفقهاء الأحناف أنهم يبيحون الإجهاض قبل نفخ الروح؛ سواء أكان لعذر أم لغير عذر؛ ولكنهم يشترطون للإبلاحة عدم تفويت حق الزوج والزوجة؛ بمعنى أنه لا يجوز لأجنبي أن يسقط حمل امرأة إلا بإذن زوجها؛ فإن فعل ذلك بجناية على الأم كان عليه تعويض يقدره أصحاب الخبرة؛ ولا يوجبون عليه الغرة؛ لأن الغرة لا تجب عندهم إلا على من نفخ فيه الروح (14).

ونقل ابن عابدين كذلك عن بعض فقهاء المذهب الحنفي: أنهم يرون تحريم الإجهاض قبل نفخ الروح؛ لأن الجنين في هذه المرحلة أصل للآدمي الذي سيكون بعدها بمشيئة الله عز وجل؛ كالمحرم لا يحل له أن يكسر بيض الصيد؛ فإن فعل ذلك وجب عليه الجزاء.

وذهب بعض الأحناف كذلك إلى القول بأن الإجهاض قبل نفخ الروح جائز مع الكراهة؛ لأن الماء بعدما وقع في الرحم مآله الحياة. (15)

ثانياً : مذهب المالكية :

يذهب علماء المالكية إلى القول بأنه يحرم استخراج النطفة من الرحم بمجرد ثبوت الحمل وإتمام التلقيح؛ فلا يجوز استعمال دواء يفسدها؛ سواء كان ذلك قبل الأربعين يوماً؛ أو بعدها (16)؛ ولو كان ذلك باتفاق الزوجين؛ لأنه يعرض لإفساد الخلية التي إذا تركت نمت؛ وصارت ولداً (17).

وقد جاء في " المعيار " : " أن المنصوص لأئمتنا رضوان الله عليهم المنع من استعمال ما يبرد الرحم؛ ويستخرج ما دخل الرحم من المني؛ وعليه المحصلون والنظار.. قال أبو بكر بن العربي: للولد ثلاثة أحوال: حال قبل الوجود ينقطع فيها بالعزل وهو جائز؛ وحالة بعد قبض الرحم على المني؛ فلا يجوز لأحد حينئذ التعرض له بالقطع من التولد كما يفعله بعض سفلة التجار في سقي الخدم عند إمساك الطمث الأدوية التي ترخيه فيسيل المني معه فتقطع الولادة؛ والحالة الثالثة بعد انحلاقه وقبل أن ينفخ فيه الروح؛ وهو أشد من الأولين في المنع والتحريم" (18).

ثالثاً : مذهب الشافعية :

اختلف فقهاء الشافعية حول مسألة الإجهاض قبل نفخ الروح؛ ويمكن القول أن المعتمد عندهم أن الإجهاض جائز ما دام الجنين لم ينفخ فيه الروح؛ وقد ذهب بعضهم إلى الرأي الذي يقول بكراهة الإجهاض تنزيهاً قبل نفخ الروح (19).

أما الإمام الغزالي فقد ذهب إلى تحريم الإجهاض في أية مرحلة من مراحل الحمل مع تفاوت الحرمة حسب مراحل تدرج الجنين إلى أن تنفخ فيه الروح؛ وقد جاء في " الإحياء " قوله : " وليس هذا - أي العزل - كالإجهاض والوآد؛ لأن ذلك جناية على موجود حاصل؛ وله مراتب؛ وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم؛ وتختلط بماء المرأة؛ وتستعد لقبول الحياة؛ وإفساد ذلك جناية؛ فإن صارت مضغعة وعلقه كانت الجناية أفحش؛ وإن نفخ الروح واستوت الخلقه ازدادت الجناية تفاحشاً؛ ومنتهى التفاحش في الجناية بعد الانفصال؛ وإنما قلنا: مبدأ سبب الوجود من حيث وقوع المني في الرحم؛ لا من حيث الخروج من الإحليل؛ لأن الولد لا يخلق من مني الرجل وحده؛ بل من

الزوجين جميعاً؛ وكيفما كان فمآ المرأة ركن في الانعقاد فيجري الماءان مجرى الإيجاب والقبول في الوجود الحكمي في العقود.. فكما أن النطفة في الفقار لا يتخلق منها الولد فكذا بعد الخروج من الإحليل ما لم يمتزج بمآ المرأة أو دمها؛ فهذا هو القياس الجلي.. " (20).

ويجدر الذكر أن أغلب فقهاء المذهب الشافعي قالوا بجواز الإجهاض قبل نفخ الروح إذا كان الحمل ثمرة لزنى وقعت فيه المرأة. (21)

رابعا: مذهب الحنابلة :

بالرجوع إلى مصادر الفقه الحنبلي نجدهم يبيحون الإجهاض في المرحلة الأولى من مراحل تكون الجنين؛ وهي مرحلة النطفة؛ ومدتها أربعون يوماً؛ ولا يجوز إسقاطه بعد الأربعين .

يقول ابن رجب الحنبلي في هذا الصدد: "صرح أصحابنا بأنه إذا صار الولد علقه لم يجز للمرأة إسقاطه؛ لأنه ولد انعقد؛ بخلاف النطفة فإنها لم تنعقد بعد؛ وقد لا تنعقد ولدا" (22).

المبحث الثاني : موقف الفقهاء المحدثين من الإجهاض :

يمكن القول أن قضية الإجهاض لم تطرح في عصر من العصور منذ العهد الأول لنزول الوحي في زمنه عليه الصلاة والسلام وزمن الخلفاء الراشدين من بعده؛ وتشكل المجتمع الإسلامي الأول؛ كما طرحت في عصرنا الحاضر؛ ولعل جملة من الأسباب تقف وراء ذلك؛ أهمها ما شهدته هذا العصر من تحولات وتغيرات كبرى في شتى النواحي الاجتماعية؛ والقانونية؛ والسياسية؛ والطبية..

وبات التحدي كبيراً أمام الفقهاء المحدثين لإيجاد الحلول والبدائل المتماشية مع القيم الدينية؛ والأخلاقية لمجتمعهم؛ ومن أهم الميادين التي تمظهرت فيها هذه التحديات نجد الميدان الطبي؛ حيث عرف الطب تقدماً هائلاً ساهمت فيه الثورات العلمية الحديثة؛ مما أضحت معه الاجتهاد الفقهي مدعواً لمسيرة ومواكبة جل المستجدات في القضايا الطبية.

وإذا كان اللجوء إلى الإجهاض في المجتمعات القديمة يكاد يكون قليلاً ومحصوراً في حالات نادرة؛ فإنه أصبح ظاهرة لافتة في أيامنا هذه؛ وقد تصدى بعض الفقهاء المحدثين للإفتاء بشأن الإجهاض؛ وتوزع ذلك بين الإفتاء الفردي؛ والجماعي؛ ومعظم هؤلاء الفقهاء المحدثين يذهبون إلى تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح؛ شأنهم في ذلك شأن القدامى؛ ولا نكاد نجد اختلافاً يذكر بينهم؛ وبين الفقهاء القدامى في هذا الباب؛ إنما وجهات نظرهم تتباين بخصوص بعض الحالات التي يتم اللجوء إليها إلى الإجهاض لسبب من الأسباب؛ سواء بعد أو قبل نفخ الروح.

وفي هذا الإطار نجد اللجنة العلمية للموسوعة الفقهية التي تصدرها وزارة الأوقاف في الكويت تذهب إلى جواز إسقاط الجنين - وإن نفخ فيه الروح - إذا كان ذلك هو السبيل الوحيد لإنقاذ أمه من هلاك محقق؛ وأن الحفاظ على حياة الأم إذا كان في بقاء الجنين في بطنها خطر عليها أولى بالاعتبار؛ لأنها الأصل وحياتها ثابتة بيقين (23).

كما أننا نجد أن المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي أصدر قراراً هاماً في دورته الثانية عشرة (15 رجب 1410 هـ الموافق 10 فبراير 1990)؛ حيث أباح إجهاض الجنين المشوه تشويهاً شديداً؛ بشرط أن يكون

ذلك بقرار لجنة من الأطباء المختصين؛ وبشرط أن يتم الإجهاض قبل مرور 120 يوما تحسب منذ لحظة التلقيح. (24)

وجاء في موقع "إسلام ويب" المتخصص في الفتاوى المعاصرة القول بأن الجنين بعد نفخ الروح فيه لا يجوز إجهاضه بلا خلاف؛ أما قبل ذلك ففيه خلاف؛ فجمهور أهل العلم على تحريمه؛ ومنهم من قال بالكراهة؛ ومنهم من قال بالجواز لعذر؛ ومنهم من قال بالجواز مطلقا؛ ولعل القول بالجواز في الأربعين الأولى إذا كان هناك عذر ومصلحة هو الراجح (25).

ولا يخرج رأي الموقع عن رأي لجنة الموسوعة الفقهية بخصوص الإجهاض في حالة الخطر على حياة الأم؛ ويؤيد ذلك ما جاء في نفس الموقع من الاستدلال بقرار هيئة كبار العلماء رقم (140) الصادر في الدورة التاسعة والعشرين والذي ينص على ما يلي:

- 1- لا يجوز إسقاط الحمل في مختلف مراحلها إلا لمبرر شرعي؛ وفي حدود ضيقة جدا .
- 2- إذا كان الحمل في الطور الأول؛ وهي مدة الأربعين؛ وكان في إسقاطه مصلحة شرعية؛ أو دفع ضرر متوقع جاز إسقاطه؛ أما إسقاطه في هذه المدة خشية المشقة في تربية الأولاد؛ أو اكتفاء بما لدى الزوجين من الأولاد فغير جائز.

وفي دراسة قيمة بعنوان: "الإجهاض وحكمه في الشريعة الإسلامية" يذهب أستاذنا الدكتور محمد يعقوبي خبيزة - رحمه الله - قائلاً بعدما استعرض آراء المذاهب الفقهية حول حكم إجهاض الجنين قبل أن تنفخ فيه الروح (26): "وإذا كان لنا أن نرجح أحد هذه الآراء فإننا نبنينا ترجيحنا على الملاحظات التالية:

- 1- أنه لا يوجد نص قطعي الدلالة في مناهج تحريم الإجهاض؛ وإنما هي آراء اجتهادية؛ حددت المناط مسبقاً؛ ثم استندت إلى نصوص شرعية إن دلت على الوقت الذي يتم فيه ما ادعي أنه مناط فإنها لا تدل على أنه هو المناط المعترف عند الشارع حقيقة؛ وبصورة قطعية. ولذلك نجد الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي يقول: "إذا كان للإمام الغزالي أن يصطلح فيحدد أولى مراتب استعداد الحياة باللحظة التي تلتقي فيها خليتا الرجل والمرأة؛ فإن لغيره أن يصطلح أيضاً فيجعل أولى مراتب هذا الاستعداد عند تحويل النطفة إلى علقة؛ أو إلى مضغة بدأت تسري فيها خطوط الصورة والتخلق.." (27)

- 2- إن هناك قاعدة شرعية تقول: "إن درء المفسد مقدم على جلب المصالح"؛ وقد ثبت أنه يترتب على الإجهاض - مهما كان الوقت الذي يقع فيه - أضرار خطيرة يلخصها د. فريدريك ناسيج فيقول: "إن الحمل عندما يخرج قبل اكتماله - ويصطلح على هذه الفعلة بكلمة الإجهاض - فهناك ثلاثة أضرار يتعرض لها النسل الإنساني لأجله:

- أ- يهلك عدد غير معلوم من أفراد البشرية قبل أن يخرجوا إلى نور الحياة.
- ب- يذهب عدد غير يسير من الأمهات ضحية الموت أثناء عملية الإجهاض.
- ج- تحدث في المرأة مؤثرات مرضية لا يستهان بعدها وتخرج فيها إمكانيات التوليد في المستقبل على صورة جد مفزعة..

3- إن كل إجهاض يقع بين التلقيح ونفخ الروح يكون إجهاضاً مشبوهاً في حرمة.. والأولى بالمؤمن أن يحتاط حتى لا يقع في الشبهات فيقع في الحرام..

وبملاحظة كل ذلك فإنه يترجح لدينا الرأي الذي يذهب إلى تحريم الإجهاض لغير ضرورة بمجرد التلقيح؛ وهو رأي المالكية؛ والظاهرية؛ وهو الرأي الذي قننه المرسوم الملكي الصادر بتاريخ فاتح يوليوز 1976.. فلم يبق أي مبرر لممارسته؛ إذ أن رأي الإمام يرفع الخلاف - كما هو مقرر في علم الأصول -". (28)

ومن أهم البحوث الفقهية المعاصرة كذلك حول الإجهاض نجد بحثاً قيماً للدكتور محمد نعيم ياسين بعنوان "حكم الإجهاض في الفقه الإسلامي" حيث إنه وبعد أن تعرض في بحثه إلى موقف الفقهاء القدامى من الإجهاض؛ حاول الترويج بين مختلف الآراء الفقهية قائلاً: "إن ترجيحنا لرأي معين في حكم الإجهاض في الفقه الإسلامي ينطلق من الحد الأدنى الذي اتفق عليه الفقهاء من أسلافنا.. وهذا القدر الذي اتفق عليه أسلافنا من العلماء هو الذي نتخذ منطلقاً للترويج في حكم الإجهاض.. فلجنين الذي نفخت فيه الروح لا يخضع تحريم إجهاضه لأي عذر سوى عذر واحد سبقت الإشارة إليه - وهو أن يكون قتل الجنين أحد شرين لا مفر من وقوع أحدهما؛ وهو أهون من الشر الآخر - كما لو تيقن الأطباء العدول من أن بقاء الجنين في بطن أمه سوف يتسبب في هلاكها.

وأما الإجهاض قبل نفخ الروح؛ فينبغي أن يخضع للأعذار والحاجات؛ بحيث تسقط عنه الحرمة إذا كان لسبب معقول؛ وحاجة معتبرة.. على أن الأعذار الشرعية التي يباح لها الإجهاض قبل نفخ الروح لا ينبغي أن يفتح الباب فيها على مصراعيه؛ حتى لا يحشُر فيها ما ليس منها.. وللاحتياط في ذلك ينصح بأن لا تجرى عمليات الإجهاض إلا في مستشفيات محددة؛ ولا يجريها أي طبيب؛ وأن تعرض الحالات على لجنة من الأطباء المسلمين العدول؛ وبعض أهل الاختصاص الشرعي؛ لتقدير الأعذار وكفايتها من الناحية الصحية والشرعية." (29)

ولم يوضح الدكتور محمد نعيم ياسين الحالات والأعذار التي يلجأ فيها للإجهاض؛ مع إقراره بإمكانية إجرائه قبل نفخ الروح إذا كان بقاء الجنين في بطن أمه مفضياً إلى هلاكها المحقق؛ ويستنتج من تعليقه على فتوى اللجنة العلمية للموسوعة الفقهية في القول بإباحة الإجهاض للحفاظ على حياة الأم بعد نفخ الروح في الجنين عدم اتفائه مع هذا الرأي بإطلاق.

ويذهب الدكتور محمد رواس قلعه جي إلى أنه يكره كراهة تنزيه الإجهاض في الدور الأول عندما يكون الجنين مضغاً؛ طالما أن الجنين لم يتخلق بعد؛ لأنه لم يأخذ شكل إنسان بعد؛ ويكره كراهة تحريم الإجهاض إلا لعذر في الدور الثاني من حين التخلق إلى نفخ الروح فيه؛ لأنه يكون قد أخذ شكل إنسان؛ ويبدأ التخلق بعد أربعين يوماً من بدء الحمل؛ ومن الأعذار المشروعة: تشوه الجنين؛ وفقر الأب؛ وقلة لبن المرأة أو فساده بالحمل؛ مع عدم تمكن أب الرضيع من شراء اللبن له؛ وضيق المنزل مع عدم قدرة الزوج على استبداله بمنزل أوسع؛ وخطر الحمل على الأم؛ أو تضررها به ضرراً غير الضرر المعتاد عند الحوامل؛ والتخلص من الجنين لأنه ابن زنا وأمّه قد عزمت على التوبة؛ أو كان الجنين نتيجة اغتصاب الأم. (30)

ويرفض الدكتور مصطفى بنحمزة عضو المجلس العلمي الأعلى بالملكة المغربية إباحة الإجهاض؛ وقال في مداخلة له ضمن اللقاء الذي نظّمته وزارة الصحة المغربية:

"إنه لا ينبغي أن نبرر الإجهاض مهما كانت الدوافع؛مدافعا عن حق الجنين في الحياة.. وأوضح أن إباحة الإجهاض في بعض الحالات من شأنه أن يفتح الباب على مصراعيه أمام الإجهاض؛متسائلا عن ذنب الجنين في ذلك؛وقال بأن مسألة نفخ الروح في الجنين تتم بعد مرور 120 يوما من تكون الجنين في الرحم." (31).

ويستشف مما ذهب إليه تحريم الإجهاض بعد مرور 120 يوما من تكون الجنين؛دونما بيان للحالات التي يباح فيها اللجوء إلى الإجهاض على سبيل الاستثناء.

ثانيا : الإجهاض في ضوء الواقع المعاصر :

كما سبق القول في مقدمة هذا البحث؛فإن موضوع الإجهاض عرف مؤخرا جدلا واسعا؛ وتم التعرض إليه في مختلف وسائل الإعلام سواء المرئية؛ أو المسموعة؛أو المكتوبة؛ وتعالق الأصوات المطالبة بتقنينه؛وتعديل فصول القانون الجنائي بما يتماشى والواقع المرير الذي كشفت عنه بعض الإحصائيات؛حيث تشير إحصائيات غير رسمية إلى إجراء ما بين 600 و 800 عملية إجهاض سرية بالمغرب؛بما أصبح يستدعي تدخلا قانونيا وتشريعيا واضحا في هذا الشأن.

وبالوقوف على معطيات هذه الظاهرة؛يتبين أن وجهات النظر قد تضاربت بشأنها؛ ولم يهدأ النقاش بعد؛لكن يلاحظ أن الرأي العام قد انقسم فيما يتعلق بالإجهاض إلى فريقين:فريق يدعو إلى "تقنينه" (32) أو "شرعنته"؛ويذهب في ذلك مذهبا بعيدا دون حدود أو قيود؛وهذا ما تمثله شريحة واسعة من الحقوقيين؛وبعض الهيئات الطبية والنسائية؛ومرجعهم في ذلك الواقع الاجتماعي الضاغط؛وقد جاء في مقال بعنوان : "نعم تقنين الإجهاض أولوية"؛"نفي ظاهرة ما لا يعني إلغاء وجودها اليوم؛الدكتور الشرايبي لا يطالب حتى بتغيير النص القانوني المتعلق بالإجهاض؛ بل بقراءته بشكل جديد؛ حسب تعريف المنظمة العالمية للصحة.هذه القراءة الجديدة ستتمكن من فتح باب الإجهاض القانوني امام حالات اجتماعية معينة:الحمل في حالة اغتصاب؛ أو في حالات العلاقات الجنسية غير المرغوب فيها مع الأقارب(المتعارف عليها بزنا المحارم)؛النساء الحوامل بأجنة تحمل تشوهات خلقية إلخ؛لأن كل هذه الأمور تشكل بالفعل خطرا على الصحة النفسية؛ والجسدية؛ والعقلية للمرأة" (33).

وورد في تحقيق أجري حول "الإجهاض السري بالمغرب" أن أقوى العوامل التي تجعل المرأة تسعى لإنهاء الحمل الحفاظ على العمل؛ ومتابعة التعليم..(34)وأجريت دراسة عام 2008 شملت 27 بلدا عن الأسباب التي تجعل المرأة تسعى لإنهاء الحمل؛ وخلصت إلى أن أهم العوامل:الرغبة في تأخير أو إنهاء الحمل؛القلق إزاء انقطاع عمل المرأة؛ أو تعليمها؛المسائل المالية؛ومدى استقرار العلاقات..بعض عمليات الإجهاض تتم نتيجة الضغوط التي يمارسها المجتمع (35).

وهكذا فإن مطلب تقنين الإجهاض أصبح في نظر هؤلاء - من حقوقيين وأطباء وسياسيين - أكثر إلحاحا من ذي قبل؛ خصوصا بعد تزايد جحافل الأمهات العازبات؛ ومآسي قتل المواليد غير الشرعيين؛والتخلي عن الأطفال حديثي الولادة؛وتزايد معدل جرائم بيع الرضع؛وإيقاف أطباء بسبب تورطهم في عمليات إجهاض فاشلة؛إلى جانب تفشي الأمية في صفوف الطفلات الخادمت اللواتي يشكلن نسبة مهمة من الأمهات العازبات؛كما ذهبوا إلى أن الفراغ القانوني بشأن الإجهاض زاد من استفحال الظاهرة أكثر؛ولم يتغير من واقع الحال أي شيء؛بحيث ما زالت

أخبار الصحف تنقل كل يوم أخبارا تتعلق بقتل المواليد؛ واعتقال أطباء؛ ووقف شبكات للاتجار في الرضع المتخلى عنهم.. (36)

وعلى النقيض مما ذهب إليه زمرة من الحقوقيين؛ وبعض الأطباء؛ والجمعيات النسائية بخصوص معضلة عدم تقنين الإجهاض؛ نجد فريقا من علماء الشريعة؛ وكذا بعض الفاعلين المحسوبين على التيار الإسلامي بالمغرب يعتبرون الدعوة إلى تقنين الإجهاض حقا يراد به باطل؛ حيث ذهبوا إلى أن فتح المجال لتقنين الإجهاض دون قيود سوف لن يحل المشكلة؛ بل قد يزيدا تعقيدا وتعميقا؛ إن لم يتحول الأمر إلى تقنين الحمل غير الشرعي؛ وجعل تقنين الإجهاض بمثابة غطاء يتستر به لإباحة الممنوع؛ وشرعنة الفساد؛ وهكذا نجد من بين أقوى الممثلين لهذا الاتجاه الفقيه المقاصدي الدكتور أحمد الريسوني؛ الذي هاجم من سماهم بـ "دعاة الإجهاض ومجاهديه" واصفا إياهم كذلك بـ "الإجهاضيين"؛ أو بـ "الحركة الإجهاضية بالمغرب"؛ ويضيف نائب رئيس الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين في مقال له تم نشره على موقع "عربي 21" : "أن الإجهاض عند هؤلاء لا يعدو أن يكون حلقة ومحطة؛ ومسللا طويلا عريضا ضمن رؤية تستهدف تحرير الإنسان وطاقاته الجنسية من سلطان الدين؛ أي الوصول في النهاية إلى إنسان بلا دين؛ وممارسة جنسية بلا حدود ولا قيود". (37)

وفي السياق ذاته قال الدكتور الريسوني في مقال آخر نشر على موقعه الإلكتروني : "إن الإجهاض يكون واجبا في حالات؛ ويكون جريمة في حالات؛ وله حالات أخرى تحتمل وتحتمل؛ أترك النظر فيها للاجتهاد الفقهي والقانوني؛ أيما كان ترجيحه واختياره فيها؛ ودعا إلى إسناد الأمور إلى أهلها" (38).

أما بالنسبة للقانون الجنائي المغربي فالذي يظهر لنا من خلال فصوله التسعة التي خصص لها الباب الثامن من الكتاب الثالث - والمتعلق بالجنايات والجرح ضد نظام الأسرة والأخلاق العامة - أنه لم يرد فيه تعريف صريح وواضح للإجهاض؛ واكتفى المشرع الجنائي المغربي بوصف الأفعال المادية التي تشكل واقعة الإجهاض؛ وكذا السلوكيات المفضية إليها؛ مما يفهم معه احتياطه الشديد تأسيا بالمواقف الفقهية التي لا تفتح المجال لإجراء الإجهاض لحاجة أو لغير حاجة معتبرة؛ كما يتبادر إلى الأفهام أن المشرع الجنائي المغربي رتب مجموعة من العقوبات والتدابير الجزرية القاسية على ارتكاب جنحة الإجهاض؛ وهذا ما نجده واردا في الفصل 449؛ حيث يقول : "من أجهض أو حاول إجهاض امرأة حبلى أو يظن أنها كذلك برضاها؛ أو بدونه سواء كان ذلك بواسطة طعام؛ أو شراب أو عقاقير؛ أو تحايل؛ أو عنف؛ أو أية وسيلة أخرى يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات؛ وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم؛ وإذا نتج عن ذلك موتها؛ فعقوبته السجن من عشر إلى عشرين سنة." (39)

مما يفيد بأن القانون الجنائي المغربي لم يترك هنا فراغا تشريعا بخصوص القيام بعمليات الإجهاض؛ وإنما اعتبر إجراء الإجهاض دون سبب؛ أو مبرر موضوعي يشكل انتهاكا للحق العام؛ ويترتب عنه اعتبار الأفعال المسببة لذلك جنحة؛ بل تصل إلى حد الجنائية في بعض الأحوال؛ خاصة مع وجود ظروف التشديد بشكل حصري؛ فإنه يستفاد من خلال ما ذهب إليه في الفصل 451 بأن الجرم يعاقب عليه بحسب مرتكب هذه الأفعال؛

والذي يتم تشديد العقوبة في حقه بحسب طبيعة تخصصه المهني؛ حيث ينص الفصل المذكور على أن : "الأطباء؛ والجراحون؛ وملاحظو الصحة؛ وأطباء الأسنان؛ والمولدات؛ والصيدالدة؛ وكذلك طلبة الطب؛ أو طب الأسنان؛ أو الصيدلة؛ وعمال الصيدليات والعشابون والمضمدون؛ وبائعو الأدوات الجراحية؛ والمرضون؛ والمدلكون؛

والمعالجون بالتسبب؛ والقابلات العرفية الذين يرشدون إلى وسائل تحدث الإجهاض؛ أو ينصحون باستعمالها؛ أو يباشرونها يعاقبون بالعقوبات المقررة في أحد الفصولين 449 و450؛ على حسب الأحوال؛ ويحكم على مرتكب الجريمة علاوة على ذلك بالحرمان من مزاولة المهنة المقررة في الفصل 87 إما بصفة نهائية أو لمدة محددة." (40)

وبالرغم من أن المشرع الجنائي المغربي أحاط ارتكاب جريمة الإجهاض بمجموعة من العقوبات الرادعة؛ فإنه لم يمنع الإجهاض متى ما دعت إليه ضرورة المحافظة على صحة الأم؛ ومتى تم القيام بذلك بشكل علني من طرف طبيب مختص بإذن من الزوج؛ وهذا ما تقرره الفقرة الأولى من الفصل 453.(41).

وهكذا فلا نلاحظ في القانون الجنائي المغربي أي فراغ تشريعي؛ أو قانوني مطلق فيما يتعلق بالإجهاض كما يدعي البعض؛ وإنما هي مجموعة من التدابير والعقوبات التي تحافظ على الحق العام؛ لكن كان أولى بالمشرع الجنائي المغربي إعطاء تعريف واضح للإجهاض؛ وكذا بيان الحالات التي يلجأ فيها إليه بشكل حصري؛ حتى لا يفتح المجال على مصراعيه لبعض القراءات المنحرفة للنصوص القانونية..

وفي ختام هذه الدراسة لا يسعنا إلا أن نقف موقفا وسطا بخصوص الإجهاض؛ ونتبنى وجهة النظر التي تستند إلى النصوص الشرعية الثابتة؛ والآراء الاجتهادية المقاصدية ذات الأفق الواسع؛ والتي تراعي القواعد الكبرى كقاعدة: "درء المفسد مقدم على جلب المصالح" و"الضرورة تقدر بقدرها"؛ بما يسمح باللجوء إلى الإجهاض استثناء في بعض الحالات والتنصيص عليها؛ دونما ترك المجال لمختلف القراءات؛ لأن هذا الأمر عظيم الشأن؛ فلا ينبغي أن يترك فيه المجال لمن هب أو دب ممن لا دراية له بتاريخ المجتمع المغربي ومرجعياته وقيمه العليا(42)؛ كما أن القوانين المجردة لا تكفي وحدها لحل مثل هذه الإشكاليات؛ بل لابد من استحضار البعد القيمي؛ والتوعوي؛ لأجل تحصين المجتمع؛ وأن الباحث عن الحق لا يعدم الحل من صيدليات نصوص الشريعة الإسلامية السمحة؛ التي تتسم بالرونة والشمولية؛ كما أن أهل الاختصاص من فقهاء شريعة؛ و رجال قانون؛ وأطباء؛ وعلماء اجتماع مدعوون في هذا العصر أكثر من أي وقت مضى إلى الإسهام في إغناء الموضوع؛ ومعالجته من مختلف جوانبه؛ وتقديم الإجابات الشافية لأهل العصر؛ حتى لا تخلو الساحة لتأويل المغرضين؛ أو تحريف الجاهلين؛ والله سبحانه ولي التوفيق؛ والهادي إلى سبيل الرشاد.

• الهوامش :

(1) "المصباح المنير" للفيومي؛ ط/1990؛ مكتبة لبنان بيروت لبنان مادة : جهض. "لسان العرب" لابن منظور؛ ط/2003؛ دار الحديث القاهرة؛ ج2 ص245؛ مادة : جهض .

(2) "القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً" لسعدي أبوجيب؛ ط/1988/2؛ دار الفكر دمشق؛ سورية ص72- "الموسوعة الفقهية" للدكتور محمد رواس قلعه جي؛ ط/2000/1؛ دار النفائس؛ بيروت لبنان ج1/61.

(3) سورة النساء: 93.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه؛ كتاب بدء الخلق؛ باب: ذكر الملائكة ح رقم 3208؛ وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب القدر؛ باب: كيفية الخلق الآدمي في بطن أمه وكتابه ورزقه وأجله وعمله وشقاوته وسعادته ح رقم 2643.

- (5) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب القدر؛ باب: كيفية الخلق الآدمي..ح رقم 2645- وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير ح رقم 3044.
- (6) الغرة: العبد نفسه أو الأمة؛ وأصل الغرة: البياض الذي يكون في وجه الفرس؛ وإنما تجب الغرة في الجنين إذا سقط ميتا؛ فإن سقط حيا ثم مات ففيه الدية كاملة؛ انظر "النهاية في غريب الحديث والأثر"؛ تحقيق طاهر الزاوي ومحمود الطناحي؛ دار الفكر؛ بيروت؛ لبنان؛ 3/353؛ مادة: "غرر".
- (7) "أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة" للدكتور محمد نعيم ياسين؛ ط1/1996؛ دار النفائس؛ عمان؛ الأردن؛ ص194.
- (8) "بدائع الصنائع للإمام الكاساني؛ تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود؛ ط1/1997؛ دار الكتب العلمية؛ بيروت؛ لبنان؛ 10/456. سورة الإسراء: 33.)9
- (10) "بدائع الصنائع" 10/456.
- (11) "رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار" لابن عابدين؛ تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض؛ ط1/1994؛ دار الكتب العلمية؛ بيروت؛ لبنان؛ 4/336- "القوانين الفقهية" لابن جزي؛ تحقيق عبد الكريم الفضيلي؛ ط2/2001؛ دار الرشاد الحديثة؛ البيضاء؛ المغرب؛ ص365. المصدر نفسه والصفحة.) 12
- (13) المصدر نفسه 10/255.
- (14) المصدر نفسه 4/336-10/255.
- (15) المصدر نفسه 10/255.
- (16) باستثناء اللخمي من علماء المالكية؛ الذي جوز إفساد الحمل قبل أربعين يوما؛ انظر: "مدونة الفقه المالكي وأدلته" للدكتور الصادق الغرياني؛ ط1/2002؛ مؤسسة الريان؛ بيروت؛ لبنان؛ 2/625.
- (17) "المعيار" للونشريسي؛ إشراف وتحقيق د. محمد حجي؛ ط1/1981؛ نشرة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية؛ 3/370.
- (18) المصدر نفسه والصفحة.
- (19) "أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة" ص201.
- (20) "إحياء علوم الدين" للإمام الغزالي؛ ط1/1986؛ دار الكتب العلمية؛ بيروت؛ لبنان؛ 2/58.
- (21) "أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة" ص203.
- (22) "جامع العلوم والحكم" لابن رجب الحنبلي؛ تحقيق د. وهبة الزحيلي؛ ط1/1993؛ دار الخير؛ بيروت؛ 1/98.
- (23) "أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة" ص195.
- (24) موقع : www.islamweb.net
- (25) المصدر نفسه.

(26) وقد تعرض لأقوال المذاهب الفقهية فقط فيما يتعلق بحكم إجهاض الجنين الشرعي؛ أما إجهاض الجنين غير الشرعي- أي الناشئ عن زنا- فقد أشار إلى أن جمهور الفقهاء يذهبون إلى عدم جوازه مطلقا.. انظر بحث "الإجهاض وحكمه في الشريعة الإسلامية"; مجلة "الإحياء"; العدد: الحادي عشر من السلسلة الجديدة؛ ص 17.

(27) المرجع السابق ص 15.

(28) المرجع السابق ص 16.

(29) "أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة" ص 211-223.

(30) "الموسوعة الفقهية" 1/62.

(31) مقال بعنوان: "تقنين الإجهاض يثير جدلا حادا في المغرب" موقع: عربي 21 على شبكة الأنترنت.

(32) لنا ملحظ على استعمال كلمة "تقنين" الإجهاض؛ ذلك أنها تحمل في طياتها غموضا؛ ولبسا كبيرا؛ فالذي قد يتبادر إلى الأفهام أن الإجهاض لم يرد الحديث عنه في نصوص القانون الجنائي مطلقا؛ والحال أنه تم تخصيص تسعة فصول للحديث عنه؛ وعن العقوبات الواردة بشأنه؛ ويستحسن هنا استبدال كلمة "تقنين" ب كلمة "تعديل" حتى يستقيم المعنى.

(33) مقال بعنوان: "نعم تقنين الإجهاض أولوية" سناء العاجي؛ جريدة "الأحداث المغربية"; 20 فبراير 2015.

(34) تحقيق حول: "الإجهاض السري في المغرب بين الإباحة والتحریم" نعيمة الحرار؛ نشر في "العلم" يوم 13/03/28.

(35) المرجع السابق.

(36) المرجع السابق.

(37) مقال بعنوان: "تقنين الإجهاض يثير جدلا حادا في المغرب" موقع: عربي 21 على شبكة الأنترنت.

(38) المرجع السابق.

(39) "مجموعة القانون الجنائي وفق آخر التعديلات" سلسلة النصوص التشريعية "جيب" ص 3-160.

(40) المرجع السابق ص 160/161.

(41) وقد جاء فيها: "لا عقاب على الإجهاض إذا استوجبه ضرورة المحافظة على صحة الأم؛ متى ما قام به علانية طبيب أو جراح بإذن من الزوج.. انظر مجموعة القانون الجنائي؛ ص 161.

(42) وقد استبشرنا خيرا في الآونة الأخيرة- ونحن بصدد إنجاز هذه الدراسة- بصدد بلاغ عن الديوان الملكي؛ أفاد أن الملك محمد السادس استقبل المصطفى الرميد وزير العدل والحريات؛ وأحمد التوفيق وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية؛ وإدريس اليزمي رئيس المجلس الوطني لحقوق الإنسان. هؤلاء رفعوا نتائج الاستشارات الموسعة التي كلفهم الملك بإجرائها بخصوص إشكالية الإجهاض.. وأكدت هذه الاستشارات على اختلافها أن الأغلبية الساحقة تتجه إلى تجريم الإجهاض غير الشرعي؛ مع استثناء بعض حالاته من العقاب؛ لوجود مبررات قاهرة؛ وذلك لما تسببه من معاناة؛ ولما لها من آثار صحية؛ ونفسية؛ واجتماعية سيئة على المرأة؛ والأسرة؛ والجنين؛ بل والمجتمع؛ لاسيما : أولا :

عندما يشكل الحمل خطرا على حياة الأم أو على صحتها. ثانيا: في حالات الحمل الناتج عن اغتصاب؛ أو زنا المحارم. ثالثا: في حالات التشوهات الخلقية الخطيرة؛ والأمراض الصعبة التي قد يصاب بها الجنين.. وقد أصدر الملك تعليماته إلى كل من وزير العدل والحريات؛ ووزير الصحة قصد التنسيق بينهما؛ وإشراك الأطباء المختصين؛ من أجل بلورة خلاصات هذه المشاورات في مشروع مقتضيات قانونية؛ قصد إدراجها في مدونة القانون الجنائي؛ وعرضها على مسطرة المصادقة؛ وذلك في إطار احترام تعاليم الدين الإسلامي الحنيف.. انظر موقع:

www.maghress.com

الحقوق المكتسبة للمستثمر بين قانون المناجم الجديد والقانون القديم



بقلم الأستاذ سردون محمود باحث بصف الدكتوراه

في قانون الأعمال بكلية الحقوق والعلوم السياسية

بجامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس، أستاذ مساعد "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة حسيبة بن بوعلى بالشلف

Email : serdounhamid@yahoo.fr

ملخص :

لقد منح قانون المناجم الجديد حقوقا وتحفيزات للمستثمر في هذا القطاع، دون تلك التي منحها القانون القديم مما يثير إشكالية الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم، ومدى قدرة هذا القانون لجلب مستثمرين جدد في هذا القطاع، خاصة أن هذا القانون غير في خصائص الرخصة التي تسمح بممارسة النشاط المنجمي.

Résumé :

La nouvelle Lois minière Algerien a crée des droits et avantages aux profits de l'investisseur dans le secteur minier moins que l'ex Lois, sa se pose le probléme des droits acquis, sur tout que cette lois a modifié les critete de permis minier.

مقدمة :

يعتبر الاستثمار المنجمي قطاعا حيويا مهما في الجزائر، نظرا للثروة المنجمية التي تزخر بها والذي يجب استغلالها استغلالا عقلانيا، ولذلك وضع له المشرع قانونا خاصا وهو قانون المناجم الذي صدر تحت رقم 10/01¹ بتاريخ 2001/07/03، والذي منح المستثمر مجموعة من الحقوق والحوافز، غير أن المشرع الجزائري تراجع عن هذا القانون وألغاه وأصدر بدله قانون آخر وهو القانون 05/14² المؤرخ في 2014/02/24، هذا القانون الذي اعتمد آلية أخرى

¹- القانون 10/01 المؤرخ في 2001/07/03 والمتضمن قانون المناجم، الجريدة الرسمية، العدد 35 لسنة 2001.

²- القانون 05/14 المؤرخ في 2014/02/24 يتضمن قانون المناجم، الجريدة الرسمية، العدد 18.

لممارسة النشاط المنجمي والتي يترتب عنها حقوقا وحوافز أخرى قد تكون دون تلك الممنوحة بموجب القانون القديم، وبالتالي فالإشكالية المطروحة هي: هل ضمن المشروع الجزائري للمستثمر الذي اكتسب حقوقا في ظل قانون المناجم القديم، استقرارا لهذه الحقوق في ظل القانون الجديد؟.

للإجابة على هذه الإشكالية قسمت هذا الموضوع إلى قسمين: أتناول في القسم الأول حقوق المستثمر بين قانون المناجم القديم والقانون الجديد وأخصص الثاني للانتقال من السند المنجمي إلى الترخيص المنجمي.

المبحث الأول: حقوق المستثمر بين قانون المناجم القديم والقانون الجديد :

يعتبر النشاط المنجمي نشاطا اقتصاديا مقنن¹ ولذلك لا يمكن ممارسته إلا عن طريق رخصة إدارية، حيث اعتمد المشروع الجزائري نظام السند المنجمي كإحدى آليات ممارسة النشاط المنجمي في ظل قانون المناجم القديم، غير أنه وبصدور قانون المناجم الجديد الذي حل محل هذا القانون أصبحت النشاطات المنجمية تمارس بموجب ترخيص منجمي، حيث يختلف هذا الأخير في طبيعته عن السند المنجمي، كما تختلف الحقوق المترتبة عن كل منهما، وعليه سوف أتطرق إلى ممارسة النشاط المنجمي في كل نظام.

المطلب الأول: ممارسة النشاط المنجمي عن طريق السند المنجمي :

لقد استحدثت المشروع الجزائري نظام السند المنجمي كآلية لممارسة النشاط المنجمي بموجب قانون المناجم لسنة 2001، الذي حل محل الرخصة الإدارية التي كان معمول بها في ظل قانون الأنشطة المنجمية²، والمشروع الجزائري باعتماده لهذا النظام لم يأتي بشيء غير مألوف وإنما حذا حذو مختلف التشريعات المقارنة التي اعتمدت هذا النظام³، ولم يعط المشروع الجزائري تعريفا واضحا للسند المنجمي واكتفى بذكر أنواعه⁴، وهي :

- رخصة التنقيب المنجمي
- الترخيص بالاستكشاف المنجمي.
- الامتياز المنجمي.
- الترخيص بالاستغلال لاستغلال منجمي صغير و/أو متوسط.
- رخصة الاستغلال المنجمي الحرفي.

بالتالي تتحدد طبيعة السند المنجمي من خلال أنواعه، ويرتب السند المنجمي مجموعة من الحقوق لفائدة حامله.

¹ - أنظر في هذا الموضوع رحايمه آسيا، النشاط المنجمي كنشاط اقتصادي مقنن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر 1، الجزائر 2011/2010.

² - القانون 84-06 المؤرخ في المؤرخ في 07/01/1984 والمتعلق بالأنشطة المنجمية، الجريدة الرسمية، العدد 05.

³ - يعتبر نظام السند المنجمي نظام معتمد من طرف معظم القوانين المقارنة من بينها قانون المناجم الفرنسي، قانون المناجم التونسي، قانون المناجم المالي، قانون المناجم الكامرون، قانون المناجم الإفواربي وغيرها من القوانين الإفريقية.

⁴ - عرف المشروع الجزائري السند المنجمي بالعبرة التالية: السند المنجمي يقصد به حسب الحالة إما رخصة للتنقيب أو الترخيص بالاستكشاف أو أحد السندات المشار إليها في المادة (116).

الفرع الأول : طبيعة السند المنجمي :

لقد قسم المشرع الجزائري النشاط المنجمي إلى نوعين هما البحث المنجمي والاستغلال المنجمي، فالبحث المنجمي هو ذلك النشاط الذي يهدف إلى معرفة موقع منجمي، ودراسة مردوديته الاقتصادية وشروط استغلاله، فهو المرحلة التي تسبق عملية الاستغلال المنجمي، ويمر هذا النشاط بمجموعة من المراحل، وبمجرد الانتهاء من كل مرحلة يتم اتخاذ القرارات بناء على النتائج المتوصل إليها، وذلك بإتمام البحث أو توقيفه¹، ويقسم البحث المنجمي إلى مرحلتين هما التنقيب والاستكشاف المنجمي²، فالتنقيب المنجمي هو مجموع العمليات المتعلقة بالفحص الطبوغرافي والجيولوجي والجيوفيزيائي، والتعرف على المواقع والأبحاث الأخرى الأولية للمعادن المتواجدة على سطح الأرض من أجل تحديد الصفات المعدنية والخصائص الجيولوجية، ويبدأ التنقيب المنجمي بدراسة مقومات المنطقة ابتداء من الخريطة الجغرافية، الصور الفوتوغرافية الجوية وكل الوثائق المتوفرة، ثم الأشغال على الأرض من أجل الحصول إلى علامات وجود مواقع منجمية عن طريق أخذ عينات من أجل تحليلها لمعرفة المواد المنجمية المتوفرة³، وأما الاستكشاف المنجمي فيتمثل في إنجاز الدراسات الجيولوجية والجيوفيزيائية المتعلقة بالبنية الجيولوجية الباطنية والأشغال التقييمية، والحفر السطحي والنقب والحفر وتحليل الصفات الفيزيائية والكيميائية للمعادن ودراسة الجدوى الاقتصادية لتطوير المكمن ووضع حيز الإنتاج، أي أن الاستكشاف المنجمي هو البحث الباطني في الصفات الفيزيائية والكيميائية للمواد المعدنية المراد استخراجها.

ويمارس البحث المنجمي حسب نوعه إما بموجب رخصة التنقيب المنجمي أو الترخيص بالاستكشاف المنجمي وهما النوعان الأولان من أنواع السند المنجمي.

وأما الاستغلال المنجمي فيتشكل من مجموع الاحتياطات المستخرجة والمحضرة والمعدن المهدم والهياكل الموجودة على سطح الأرض وباطنها والأشغال على سطح الأرض وباطنها والمنشآت على سطح الأرض وباطنها والبنىات والتجهيزات والمعدات والمخازن، وكذا العناصر غير المادية المرتبطة به⁽⁴⁾.

وقد قسم المشرع الجزائري الاستغلال المنجمي إلى خمسة أنواع وهي: الاستغلال المنجمي الصناعي، الاستغلال المنجمي الصغير والمتوسط، الاستغلال المنجمي الحرفي، أنشطة اللم والجمع للمواد المعدنية، استغلال المناجم ومقالع الحجارة.

ويترتب على هذا أن الاستغلال المنجمي يمارس عن طريق سند منجمي يكون في أحد الأشكال التالية: الامتياز المنجمي، الترخيص بالاستغلال لاستغلال منجمي صغير و/أو متوسط، رخصة الاستغلال المنجمي الحرفي.

ذلك أن المشرع الجزائري أخرج كل من رخصة أنشطة اللم والجمع للمواد المعدنية، ورخصة استغلال المناجم ومقالع الحجارة من صفة السند المنجمي.

¹ - Lettre de IAMP n5, mai 2010,p3.

² - أنظر المادة 18 من القانون 05/14 وهي نفسها المادة 13 من قانون 10/01.

³ - Ibid, p03.

⁴ - أنظر المادة 24 فقرة 11 من القانون 10/01، مرجع سابق.

فمن خلال بسط هذه الأنواع ، وبالنظر إلى أنظمة ممارسة الأنشطة المقننة التي تكون إما في صورة رخصة إدارية أو اعتماد، نجد أن المشرع الجزائري وضع ثلاث أنظمة لممارسة الأنشطة المنجمية وهي الامتياز، الترخيص والرخصة، ومن هنا يطرح السؤال حول المعيار المعتمد في التفرقة بين الرخصة والترخيص ، علما أنهما لا يختلفان اختلافا جوهريا، ولكن بالبحث في خصائص كل نوع من هذه السندات، نجد أن المشرع الجزائري اعتمد معيار مدة السند للتفرقة بين الرخصة والترخيص، فإذا كانت مدة السند طويلة استعمل مصطلح الترخيص وأما إذ كانت مدته قصيرة استعمل مصطلح الرخصة، ففي مجال البحث المنجمي نجد مدة الترخيص بالاستكشاف أطول من رخصة التنقيب، وأما في مجال الاستغلال المنجمي فنجد أن مدة الترخيص بالاستغلال لاستغلال منجمي صغير أو/و متوسط أقل من مدة رخصة الاستغلال المنجمي الحرفي¹، وأما بشأن الامتياز المنجمي فنجد أن المشرع الجزائري خص هذا النوع من السندات المنجمية بنوع استراتيجي من الأنشطة المنجمية وهو الاستغلال المنجمي الصناعي²، ويمنح بموجب مرسوم تنفيذي ولمدة طويلة جدا بالمقارنة مع مدة باقي السندات وهي ثلاثين سنة، غير أن استعمال مصطلح الامتياز يطرح إشكال حول مغزى المشرع الجزائري من هذا المصطلح، أي هل يقصد به عقد امتياز أم مجرد استعمال عرضي للمصطلح.

فإذا كان المشرع الجزائري استعمل مصطلح الرخصة مرة ومرة أخرى مصطلح الترخيص ومرة ثالثة مصطلح الامتياز، فالسؤال المطروح حول الطبيعة القانونية لهذا السند المنجمي بهذه المصطلحات الثلاثة، أي هل السند المنجمي يعتبر قرارا إداريا بناء على استعمال المصطلح الأولان، أم يعتبر عقدا إداريا بناء على استعمال المصطلح الثالث، أم أن السند المنجمي يتأرجح بين القرار والعقد حسب المصطلح المستعمل؟

إن المتفق عليه أن السند المنجمي هو وسيلة لممارسة النشاط المنجمي الذي ينصب على إحدى العمليتين وهما البحث عن المواد المعدنية أو استغلالها، ومعروف أن المواد المعدنية تعتبر أملاكاً عمومية وطنية³، فالسند المنجمي هنا هو رخصة لاستغلال ملكا من الأملاك العمومية ، ومعلوم أن من بين طرق استغلال الأملاك العمومية هو الرخصة الإدارية وعقد الامتياز، حيث هناك من تكيف رخصة استغلال الأملاك العمومية أحيانا على أنها عقد إداري⁴ ، وأما نظام الامتياز فالمعروف أن المشرع الجزائري اعتمده كوسيلة لتجسيد الاستثمار على الأراضي التابعة للأملاك الوطنية الخاصة⁵، وهو عبارة عن عقد إداري يرتب حقا عينيا عقاريا، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن المشرع الجزائري ومن خلال تعديل قانون الأملاك الوطنية سنة 2008 أدخل نظام الامتياز كآلية لاستعمال الأملاك العمومية الوطنية

¹ - حدد المشرع الجزائري مدة رخصة التنقيب المنجمي بسنة كحد أقصى قابلة للتجديد مرتين على الأكثر مدة كل واحدة منها ستة أشهر ، وأما مدة الترخيص بالاستكشاف فحددها بثلاث سنوات كحد أقصى قابلة للتجديد مرة على الأكثر مدة كل واحد منها سنتين، في حين حدد مدة الترخيص المنجمي الحرفي بخمس سنوات قابلة للتجديد عدة مرات، وأما مدة الترخيص المنجمي بالاستغلال لاستغلال منجمي صغير أو متوسط حددها بعشر سنوات قابلة للتجديد.

² - يعتبر الاستغلال المنجمي صناعيا كل استغلال ذو قدرة استخراج تساوي 3000 متر طن في اليوم أو تفوقه، أنظر المادة 18 من القانون 10/01، مرجع سابق.

³ - أنظر المادة 17 من دستور الجزائري لسنة 1996 المؤرخ في 1996/11/28، الجريدة الرسمية، العدد 76.

⁴ - أنظر عزواوي عبد الرحمن، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة الجزائر، جوان 2007، ص 162.

⁵ - أنظر الأمر 04/08 المؤرخ في 2008/09/01 المحدد شروط منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية العدد 49، والمرسوم التنفيذي 152/09 المؤرخ في 2009/05/02 والمتضمن شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية ، العدد 27.

وملحقاتها¹، وهو عقد إداري يرتب حقا عينيا عقاريا، هذا من جهة ثانية، فإذا نظرنا إلى الحقوق التي يرتبها السند المنجمي نجد أن المشرع الجزائري فرق بين السندات الخاصة بالبحث المنجمي والسندات المتعلقة بالاستغلال المنجمي، حيث نجد أن هذه الأخيرة ترتب حقوقا عينية عقارية وهي قابلة للتنازل أو التحويل الكلي أو الجزئي وقابلة للإيجار من الباطن وقابلة للرهن الرسمي أو الامتياز على عقار، وأما سندات البحث المنجمي فهي لا ترتب حقوقا عقارية بل ترتب حقوقا منقولة، وهي قابلة للتنازل أو التحويل الكلي أو الجزئي ولكنها غير قابلة للإيجار من الباطن وغير قابلة للرهن الرسمي ولا للامتياز على عقار، وعليه فإن النتيجة التي يمكن التوصل إليها هي أن سندات البحث المنجمي هي عبارة عن قرارات إدارية، وأما سندات الاستغلال المنجمي فهي عقود إدارية².

الفرع الثاني : حقوق صاحب السند المنجمي :

لقد رتب المشرع الجزائري على صاحب السند المنجمي مجموعة من الحقوق والالتزامات، وسوف أقتصر هنا على الحقوق دون التطرق إلى الالتزامات، لأن موضوعنا مرتبط بالحقوق وليس بالالتزامات، فالحقوق المترتبة على السند المنجمي يمكن إجمالها فيما يلي:

- حق تجديد السند المنجمي.
- حق التصرف في السند المنجمي بالتنازل والإيجار من الباطن والرهن الرسمي والامتياز على عقار.
- حق حيازة القطعة الأرضية المحددة في السند المنجمي.
- حق الارتفاق بالأراضي المجاورة للدخول والمرور والصرف والمسيل.
- حق الاستفادة من الحوافز الجبائية الممنوحة.

المطلب الثاني: ممارسة النشاط المنجمي في إطار الترخيص المنجمي :

إذا كان قانون المناجم لسنة 2001 قد نص على اعتماد نظام السند المنجمي كوسيلة لممارسة النشاط المنجمي، فإنه بإلغاء هذا القانون وصدور قانون جديد ينظم الأنشطة المنجمية وهو قانون المناجم الجديد أصبح السند المنجمي في خبر كان وحل محله الترخيص المنجمي، وقد عرف المشرع الجزائري الترخيص المنجمي بأنه عبارة عن وثيقة تسلم من طرف السلطة الإدارية المختصة، تخول حقوق ممارسة نشاطات البحث أو الاستغلال المنجميين على محيط مساحة يحدد بنظام إحداثيات مستعرض مركاتور العالمي (UTM)³.

وتتمثل أنواع الترخيص المنجمي في:

- الترخيص بالتنقيب المنجمي
- الترخيص بالاستكشاف المنجمي.

¹ - أنظر المادة من 19 من القانون 14/08 المؤرخ في 2008/07/20 المتضمن تعديل القانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 44، والتي أحدثت المادتين 65 مكرر و65 مكرر¹، غير أن عقد الامتياز المنصوص عليه هنا هو عقد تسيير للمرافق العمومية، وهو شرح للمادة 61 من القانون 30/90، التي تضمنت الامتياز كوسيلة لاستغلال الأملاك الوطنية العمومية دون التفصيل في مفهومه وشروطه.

² - أنظر في هذا الموضوع، سردون محمود، التصرفات الواردة على السند المنجمي في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة البليدة، السنة الجامعية 2011/2012، ص 20 وما بعدها.

³ - أنظر الفقرة 13 من المادة 04 من القانون 14/05، مرجع سابق، علما أن المشرع الجزائري هنا عرف الترخيص المنجمي تعريفا شكليا مهمل الجانب الموضوعي وهو فكرة الترخيص الإداري.

- الترخيص لاستغلال منجم.
- الترخيص لاستغلال مقلع.
- الترخيص لاستغلال منجمي حربي.
- الترخيص لممارسة نشاط اللم والجمع أو الجني للمواد المعدنية من نظام المقلع.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن طبيعة الترخيص المنجمي لا تثير أي إشكال لأن المشرع الجزائري وحد المصطلح المستعمل، وتخلّى عن تعدد المصطلحات الذي كان عليه القانون القديم، حيث استعمل مصطلح الترخيص ومعلوم أن الترخيص المنجمي هو ترخيص إداري يتميز بالخصائص التي يتميز بها الترخيص الإداري، كما أن هذا الترخيص المنجمي لا يرتب نفس الحقوق التي كان يرتبها السند المنجمي، فالترخيص المنجمي يتشابه مع السند في أنه يمنح لصاحبه حقوقا شبيهة لتلك التي يمنحها السند المنجمي، والمتمثلة في:

- الشغل المؤقت القطعة الأرضية المحددة في السند المنجمي¹.
- حق الارتفاق بالأراضي المجاورة للدخول والمرور والصرف والمسيل.

ويختلف عنه في أن السند المنجمي يمنح حقوقا وامتيازات أخرى لم يمنحها الترخيص المنجمي، إذ يتميز هذا الأخير بما يلي :

- عدم قابلية الترخيص المنجمي للإيجار والرهن.
- عدم الاختصاص بحوافز جبائية خاصة.
- استرجاع الأوعية الفائضة.

وعليه سوف أتطرق هنا إلى هذه الفوارق.

الفرع الأول : عدم قابلية الترخيص المنجمي للإيجار والرهن :

إذا كان قانون المناجم القديم قد فرق بين سندات البحث المنجمي وسندات الاستغلال المنجمي، حيث جعل النوع الأول قبل للتنازل أو التحويل الكلي أو الجزئي دون الإيجار أو الرهن، وجعل النوع الثاني قابل للتنازل أو التحويل الكلي أو الجزئي وقابل للإيجار من الباطن والرهن الرسمي والامتياز على عقار، فإن قانون المناجم الجديد ألغى فكرتي الإيجار والرهن كليا عن الترخيص المنجمي مهما كان موضوعه وحصر التنازل أو التحويل الكلي أو الجزئي في نوعين من التراخيص فقط وهما الترخيص باستغلال منجم والترخيص لاستغلال مقلع².

¹ - لقد استعمل المشرع الجزائري في القانون الجديد مصطلح الشغل بدل الحيازة الذي كان معتمدا في القانون القديم، غير أنه لم يفرق بين الحقوق الناتجة عنهما.

² - أنظر المادة 66 من القانون 15/14، مرجع سابق.

الفرع الثاني : إمكانية تقليص محيط مساحة الاستغلال المنجمي :

لقد منح قانون المناجم الجديد للسلطة الإدارية المختصة بمنح التراخيص المنجمية¹ الحق في تقليص المساحات المحددة في الترخيص المنجمي، إذا كان نشاط صاحب الترخيص منصب على جزء فقط من حدود المساحة الممنوحة ولا توجد أي أفاق لتطوير وتوسيع الاستغلال على المساحة المتبقية²، فالمشرع الجزائري جعل هذا التقليل في مساحة الاستغلال مرتبط بـ بشرطين هما :

- أن يكون الاستغلال المنجمي منصب على جزء فقط من المساحة الإجمالية المحددة في الترخيص المنجمي.
- أن لا يكون لدى المستغل أي أفاق مستقبلية في تطوير نشاطه وتوسيعه ليشمل الجزء المتبقي من القطعة الأرضية المحددة في الترخيص المنجمي، غير أن المشرع لم يحدد كيفية معرفة الأفاق المستقبلية لتطوير النشاط المنجمي وتوسيعه.

الفرع الثالث : تقليص الحوافز الجبائية :

لقد وضع قانون المناجم القديم نظاما خاصا بالنشاط المنجمي تضمن مجموعة من الحوافز لصاحب السند المنجمي، حيث فرض على الاستغلال المنجمي مجموعة من الحقوق والرسوم والإتاوات³، كما أعفى صاحب السند المنجمي من مجموعة من الضرائب والرسوم والمتمثلة فيما يلي⁴:

- الرسم على النشاط المهني.
- كل ضرائب الاستغلال ما عدا الضرائب على الأرباح المنجمية.
- الضرائب والرسوم العقارية على الملكيات المبنية.
- الرسوم الجمركية على عمليات استيراد معدات التجهيز والمواد والمنتجات الموجهة لأنشطة البحث المنجمي.
- الرسم على القيمة المضافة للمعدات والتجهيزات الخاصة بالنشاط المنجمي.

وفرض ضريبة وحيدة على النشاط المنجمي وهي الضريبة على الأرباح المنجمية، كما أنه فرض تكوين مؤونة مالية سنوية مخصصة لإعادة الأماكن إلى حالتها الأصلية بنسبة 0.5% من رقم الأعمال السنوي خارج الرسوم.

ولما صدر القانون الجديد ألغى جزء من هذا النظام الجبائي وأبقى على الجزء المتعلق بالحقوق والرسوم والإتاوات، وأخضع النشاط المنجمي ولا سيما الاستغلال المنجمي إلى التشريع الجبائي والتشريع المتعلق بالاستثمار⁵، ومن جهة

¹ - تمنح الترخيص المنجمية من طرف الوكالة الوطنية للأنشطة المنجمية بعد أخذ رأي الوالي المختص إقليميا كما يمكن منح تراخيص استغلال بعض المقالع التي تندرج ضمن إنجاز مشاريع الهياكل الأساسية للسكن والتجهيزات المقررة في برامج التنمية للولاية، من طرف الوالي المختص إقليميا بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية للأنشطة المنجمية.

² - أنظر المادة 68 من القانون 15/14، وما تجدر الإشارة إليه إلى أن فكرة استرجاع الأوعية العقارية الفائضة في إطار الاستثمار في التشريع الجزائري ظهرت مع المرسوم التنفيذي 07/122 المؤرخ في 2007/04/23 المحدد شروط وكيفيات تسيير الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية والأصول المتوفرة على مستوى المناطق الصناعية، الجريدة الرسمية، العدد 27.

³ - تتمثل الحقوق والرسوم والإتاوات التي فرضها قانون المناجم على النشاط المنجمي في حق إعداد الوثائق والرسم المساحي وإتاوة الاستخراج.

⁴ - أنظر المواد من 171 إلى 174 من القانون 10/01، مرجع سابق

⁵ - أنظر المادتين 137 و138 من القانون 10/01، مرجع سابق، مع العلم أن المادة 177 كانت تنص صراحة على عدم تطبيق أحكام المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بالاستثمار على النشاط المنجمي.

أخرى أجاز القانون الجديد لصاحب الترخيص المنجمي تشكيل مؤونة سنوية منظمة لتجديد المكامن تصل قيمتها إلى 10% ولمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، وألزمه بتكوين مؤونة سنوية طول مدة النشاط قيمتها 2% مخصصة لإعادة الأماكن إلى حالتها الأصلية والتكفل بالأخطار والاضطرابات والأضرار التي يمكن أن تظهر بعد انتهاء الترخيص¹، أي أنه رفع من نسبة المؤونة الإلزامية من 0.5% إلى 2% وأضاف مؤونة اختيارية تصل إلى حد 10%، وهذا يثقل الكاهل المالي للمستثمر ويزيد في التزاماته المالية.

المبحث الثاني : الانتقال من السند المنجمي إلى الترخيص المنجمي :

بعد أن تخلى المشرع الجزائري عن السند المنجمي المعتمد لممارسة النشاط المنجمي في القانون القديم واعتمد الترخيص المنجمي كآلية جديدة لممارسة هذا النشاط، كان لزاما عليه أن يوحد في الآلية التي تسمح بممارسة النشاط المنجمي، ولذلك وضع مجموعة من الإجراءات تهدف إلى تحويل السندات المنجمية السارية المفعول أثناء صدور القانون الجديد إلى تراخيص منجمية (المطلب الأول)، غير أن المعروف أن هذه السندات رتبت حقوقا مكتسبة لفائدة المستثمر في النشاط المنجمي (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تحويل السندات المنجمية إلى تراخيص منجمية :

قصد ضمان استقرار الأوضاع والمراكز القانونية فقد أبقى قانون المناجم الجديد على سريان مفعول السندات والرخص المنجمية الصادرة في ظل القانون القديم إلى غاية انتهاء أجلها، غير أنه حظر إمكانية تجديدها أو تمديد مفعولها بعد أجل انقضاءها، فصاحب السند المنجمي يبقى محتفظا بهذا السند ويمارس به نشاطه المنجمي إلى غاية انتهاء أجله، غير أنه يمكن له استبداله بترخيص منجمي، ذلك أن السند المنجمي لا يمكن تجديده بعد أن صدر القانون الجديد، فإذا أراد صاحب السند الاستمرار في نشاطه بعد انقضاء السند صار لزاما عليه اختيار النظام الجديد وهو الترخيص المنجمي، ولقد حدد المشرع لذلك أجلا وهو اثنا عشر شهرا من تاريخ نشر القانون في الجريدة الرسمية²، لتحويل كل سند منجمي إلى ترخيص منجمي حسب نوع النشاط والشروط المشتركة بينهما بناء على طلب المستثمر.

الفرع الأول : تحويل سندات البحث المنجمي إلى تراخيص منجمية :

لم يفرق المشرع الجزائري في مفهوم البحث المنجمي وتقسيمه بين القانون القديم والقانون الجديد، فإذا كان البحث المنجمي يمارس في ظل القانون القديم إما عن طريق رخصة التنقيب المنجمي أو عن طريق الترخيص بالاستكشاف المنجمي، فإن هذين السندين يحولان على الترتيب إلى ترخيص بالتنقيب المنجمي وترخيص بالاستكشاف المنجمي.

¹ - أنظر المادتين 140 و141 من القانون 05/14، مرجع سابق.

² - صدر القانون في الجريدة الرسمية بتاريخ 2014/03/30، ومن هذا التاريخ يحسب ثنى عشر كأخر أجل لتقييم طلبات التحويل أي إلى غاية 1015/03/30.

الفرع الثاني : تحويل الامتياز المنجمي إلى ترخيص منجمي :

إذا كان الامتياز المنجمي عبارة عن سند منجمي يمنح صاحبه الحق في ممارسة الاستغلال المنجمي الصناعي، فإن قانون المناجم الجديد قد ألغى التصنيف السابق واعتمد تصنيف جديدا مرتبط بتصنيف المواد المعدنية أو المتحجرة، إذ وضع ستة أصناف لهذه المواد وهي:¹

- المواد المعدنية المشعة.
- المواد الوقودية الصلبة.
- المواد المعدنية الفلزية.
- المواد المعدنية غير الفلزية.
- الفلزات الثمينة والأحجار النفيسة وغير النفيسة.
- المواد المعدنية غير الفلزية الموجهة خاصة للبناء ورصف الطرقات وتهيئة وتصنيف الأراضي.

كما قسم هذه الأنواع إلى نظامين هما : نظام المناجم ونظام المقالع، حيث يشمل النظام الأول الأصناف الخمسة الأولى ويشمل النظام الثاني الصنف الأخير²، وجعل الترخيص باستغلال منجم آلية لممارسة كل استغلال للمواد المعدنية أو المتحجرة من نظام المناجم ، وبالتالي فالاستغلال المنجمي الصناعي بمفهوم القانون القديم يعتبر استغلال لمواد معدنية أو متحجرة من نظام المناجم بمفهوم القانون الجديد، وبالتالي فالامتياز المنجمي يحول إلى ترخيص باستغلال منجم.

الفرع الثالث : تحويل الترخيص بالاستغلال لاستغلال منجمي صغير أو/ومتوسط إلى ترخيص باستغلال منجم أو ترخيص باستغلال مقلع :

يعتبر الترخيص بالاستغلال لاستغلال منجمي صغير أو/ومتوسط سند منجمي لاستغلال المواد المعدنية بطاقة تقل عن 3000 طن متري في اليوم، وبالتالي فإن هذا الاستغلال شامل لجميع المواد المعدنية أو المتحجرة سواء كانت من نظام المناجم أو من نظام المقالع، ولما كان الترخيص باستغلال منجم خاص بنظام المناجم والترخيص باستغلال مقلع خاص بنظام المقالع، فإن تحويل الترخيص بالاستغلال لاستغلال منجمي صغير أو/ومتوسط يخضع إلى تصنيف المواد المعدنية التي صدر بشأنها هذا السند، فإذا كانت مصنفة ضمن نظام المناجم فإن هذا السند يحول إلى ترخيص باستغلال منجم، وأما إذا كانت هذه المواد المعدنية مصنفة ضمن نظام المقالع فإن هذا السند يحول إلى ترخيص باستغلال مقلع.

المطلب الثاني : مصير الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم بعد تحويل السند المنجمي إلى ترخيص منجمي :

رأينا أن السند المنجمي يرتب حقوقا لفائدة المستثمر أكثر من تلك التي يربتها الترخيص المنجمي، وعليه سوف أحدد الحقوق التي اكتسبها المستثمر في ظل قانون المناجم القديم وحرمه منها القانون الجديد وأثر تحويل السند المنجمي إلى ترخيص منجمي، علما أن قانون المناجم سواء الملغى أو الساري المفعول لم يتضمن مبدءاً مهماً في

¹ - أنظر الماتين 8 و9 من القانون 05/14، مرجع سابق.

² - أنظر المادة 7 من القانون 05/14، مرجع سابق.

الاستثمار وهو ضمان الاستقرار التشريعي، الذي يقدم كضمان للمستثمر الأجنبي -غالبا- والذي يقضي بأن التعديلات في الأحكام التشريعية المتعلقة بالاستثمار لا تطبق على الاستثمار التي تمت في ظل القانون القديم.¹

الفرع الأول : تجديد السند المنجمي :

إن المستثمر الذي حصل على سند منجمي ولمدة معينة وهو يعلم أن هذا السند قابل للتجدد ، وقام بصرف أموال ربما لا يستطيع استرجاع قيمتها إلا بعد فترة طويلة، فإذا بالمشروع يخيره بين تحويل سنده المنجمي إلى ترخيص منجمي أو فقدان حق التجديد الذي كان مقررا له وقت اكتساب السند، ليجد نفسه مجبرا على تحويل سنده إلى ترخيص إذا أراد التجديد أو فقدان استثماراته وأمواله إذا أراد الاحتفاظ بالسند ، أي في حالة إذعان.

الفرع الثاني : التعامل في السند المنجمي :

إن التنازل عن السند المنجمي لا يثير إشكالا كبيرا لأن المشروع الجزائري جعل الترخيص المنجمي قابل للتنازل والتحويل الكلي أو الجزئي ولكن بشروط أقصى من تلك المفروضة على التنازل على السند المنجمي وذلك قصد منع المضاربة فيه، غير أن الإشكال الذي يثور بحدة هو المتعلق بالرهن والإيجار، إذ أن المشروع الجزائري جعل سندات الاستغلال المنجمي قابلة للرهن الرسمي والامتياز على عقار، فإذا قام مستثمر برهن سنده المنجمي رهنا رسميا لفائدة مؤسسة مالية، إذ أن الدائن المرتهن يمكن له التنفيذ على الشيء المرهون متى حل أجل الوفاء ولم يرقم الراهن بتسديد الدين المضمون، فإذا قام الدائن المرتهن بتحويل سنده المنجمي المرهون إلى ترخيص منجمي فهل يسري الرهن الرسمي على الترخيص المنجمي، علما أن المشروع الجزائري جعل الترخيص المنجمي غير قابل للرهن، أي أن انتقال الرهن من السند المنجمي إلى الترخيص المنجمي، الذي هو في مصلحة الدائن المرتهن يعتبر غير قانوني، أم أنه يتم التنفيذ على الترخيص المنجمي دون أن ينتقل إليه الرهن، فرغم أن هذا الأمر يعتبر حفظا لحقوق الغير فإن المشروع لم يحدد له حلا قانونية، وكذلك الشأن بالنسبة إلى الامتياز على عقار، فإذا قام صاحب سند منجمي بتحويل سنده إلى شخص آخر عن طريق التنازل دون دفع الثمن كاملا، وضمن دين الثمن بامتياز عقاري على السند المتنازل عنه، وقام المتنازل له بتحويل السند إلى ترخيص تهربا وتخلصا من التنفيذ عليه عند عدم الوفاء، فهل ينتقل الامتياز على عقار إلى الترخيص المنجمي الذي لا يعتبر عقارا، وكيف يمكن للمتنازل عن السند تحصيل حقوقه.

ومن جهة أخرى فإن صاحب السند المنجمي الذي تحصل على سند منجمي وهو يعلم أن القانون منحه إمكانية تمويل نشاطه عن طريق قرض بنكي بعد رهنه فإذا بالقانون الجديد يمنعه من ترتيب هذا الرهن أو يجبره على تحويله إلى ترخيص منجمي، فيكون بذلك قد فقد حقا مكتسبا في ظل القانون القديم فحرمه منه القانون الجديد، فإذا سلمنا أن المركز القانوني الخاص بالرهن لم يكتمل لصالح صاحب السند لأنه لم يرقم برهن السند، بالمفهوم القانوني لتطبيق تنازع القوانين، فإن من مخاطر الاستثمار هو تعديل القوانين بطريقة مفاجئة تؤثر على رغبة المستثمر في ممارسة نشاط لا يعرف أي قانوني سيحكمه.

¹ - أنظر المادة 15 من الأمر 03/01 المؤرخ في 20/08/2001 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 47 والتي نصت على أن (لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة). وأنظر كذلك في الموضوع : لعماري وليد، الحوافز والحواجز القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2010/2011، ص 17 وما بعدها.

وأما بشأن الإيجار من الباطن، فإذا كان المشرع يهدف إلى منع المضاربة في السند المنجمي ويرمي إلى الممارسة الفعلية للنشاط، فإن المستثمر الذي حاز سندا منجميا وهو يعلم أنه يجوز له إيجاره فإذا به يمنع فجأة من هذا الحق فيؤثر على مركزه القانوني.

الفرع الثالث : الامتيازات الجبائية :

تقوم عملية الاستثمار على دراسة اقتصادية ومالية يقدر فيها المستثمر جدوى استثماره من خلال المقارنة بين الالتزامات المالية وما يمكن أن يحققه من عوائد، وتعتبر الضرائب المفروضة على النشاط إحدى الالتزامات المالية، وبالتالي فإن استقرار النظام الجبائي يعتبر من الأمور المحفزة على الاستثمار، فإذا ازدادت قيمة الضرائب بموجب قانون جديد فإنها تخلط حسابات المستثمر وتؤثر سلبا على جلب الاستثمار، فإذا نظرنا إلى التشريع الجزائري الذي كان يفرض ضريبة وحيدة على النشاط المنجمي وهي الضريبة على الأرباح المنجمي، ثم عدل عن هذا الموقف في القانون الجديد، فهذا يؤثر سلبا في الذمة المالية للمستثمر من جهة، ومن جهة أخرى فإن المشرع الجزائري أضاف التزامات على عاتق المستثمر من خلال رفع نسبة المؤونات الإلزامية المخصصة لإعادة الأمان إلى حالتها الأصلية، وهذا يقلص من قيمة العوائد المالية للمستثمر، بالتالي يعتبر من مخاطر جلب الاستثمار.

خاتمة :

إذا كانت فكرة الحقوق المكتسبة التي تعتبر وليدة النظرية التقليدية لحل إشكالية تنازع القوانين والتي فرقت بين الحق المكتسب في ظل القانون القديم ومجرد الأمل في الحصول على حق في ظل هذا القانون، والتي تهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الحقوق المكتسبة، فإن الإشكال المطروح في هذه الدراسة لا ينصب على القانون الواجب التطبيق، إذ أن الأصل أن هذه الحقوق يطبق عليها القانون الجديد لأنها في الحقيقة مجرد آمال للمستثمر بمفهوم النظرية التقليدية، أو أن المراكز القانونية للمستثمر التي تكونت في ظل القانون القديم لم تكتمل قبل صدور القانون الجديد، فإن المتفق عليه أن الاستقرار التشريعي يعتبر أحد الضمانات القانونية للاستثمار، فهذه المراكز سواء تكونت أو لم تتكون لفائدة المستثمر فإن المساس بها يعتبر من المخاطر التي تكبح عملية الاستثمار، فالحقوق التي منحها المشرع الجزائري لصاحب السند المنجمي وقلص منها لصاحب الترخيص المنجمي تأثر تأثيرا كبيرا على الاستثمار في الجزائر، إذ يعتبر هذا الإجراء عامل من عوامل عدم الاستقرار التشريعي الذي يفر منه المستثمر، فالحاسر في التغير ليس المستثمر فقط وإنما الحاسر الحقيقي هو الاستثمار في الجزائر.

أي مسنجات على ضوء مشروع القانون التنظيمي للجهات ؟



إعداد الأستاذ : فيصل بجي
دكتور في القانون الخاص
أستاذ زائر بكلية الحقوق سلا

9



من إعداد : نعمة العلمي
باحثة في سلك الدكتوراه
بكلية الحقوق - بطنجة

مقدمة :

تشهد الساحة الوطنية المغربية أوراها إصلاحية كبرى، تحاول مواكبة طموحات وانتظارات المواطن بما يعقده عليها من آمال وتطلعات، وتطرح مسألة الجهوية المتقدمة كقضية ذات أولوية وجوهريّة وإصلاح يحمل في دلالته وأبعاده أكثر من مغزى وهران، باعتبارها من الأوراش الإصلاحية الكبرى تنزيلا لما تضمنته الوثيقة الدستورية لسنة 2011، فإذا كانت هذه السنة تعد سنة تشريعية بامتياز لكونها تشهد سن مجموعة من القوانين التنظيمية، فإن طرح مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالجهات لازل يسيل مداد العديد من الباحثين والمهتمين وذوي الاختصاص بما يثيره من جدل ويطرحه من إشكالات، بين من يثني على الإيجابيات التي جاء بها، وبين من يوجه مجموعة من الانتقادات ويتحدث عن سلبياته واختلالاته.

إن طرح مسألة الجهوية، يأتي ضمن الأوراش الإصلاحية الكبرى التي أعلن المغرب عن فتحها في سياق بلورة تصوره الحدائي والمتطور للبناء الجهوي وتطوير نموذج المجتمع، ورغبة منه في استكمال مشروعه الديمقراطي وتصوره لبناء دولة الحق والقانون، والتي تركز على معطى أساسي وهو تنمية الإنسان والوطن، هذا الاهتمام المتدرج للجهوية بالمغرب، تؤكد مع تبني دستور جديد للبلاد، والذي تضمن مجموعة من الدعامات القانونية والمؤسسية، التي جاءت كصيورة للإصلاحات والمشاريع الضخمة التي تبناها المغرب منذ تولي الملك محمد السادس الحكم.

ولعل أهم المستجدات التي تضمنها الدستور، تدعيم مكانة اللامركزية الجهوية، ويتضح ذلك من خلال الفقرة الرابعة من الفصل الأول، التي تنص على أن: "التنظيم الترابي للمملكة تنظيم لامركزي، يقوم على الجهوية المتقدمة"، وهي دلالة قوية على مستوى البناء الدستوري من خلال التنصيص على الجهوية المتقدمة من أول فصل،

وهذا يبرهن على جدية تبني الدولة لهذا الإصلاح من حيث الاختصاصات الممنوحة للجهة، وبمقومات ومبادئ تراعي الخصوصية المحلية وتفتح على التجارب المقارنة، كما تدعم هذه الرغبة من خلال عنونة الباب التاسع بالجهات والجماعات الترابية الأخرى، والذي من خلاله أصبح مجلس الجهة ينتخب بالاقتراع العام المباشر¹، وهو ما سيخلق جوا من الديمقراطية التداولية من خلال الاستشعار بأهمية المواطن، وبالتالي السعي لتحسين سبل استفادته من الخدمة العمومية والبحث عن كيفية إدماجه في تنمية ترابه المحلي².

وإعمالا لمبدأ الديمقراطية التشاركية، انطلقت مشاورات حول التصورات التشريعية لهذا الورش الإصلاحية، وطرح من خلاله الحكومة مشروع قانون تنظيمي حول الجهوية، حيث تم مؤخرا المصادقة عليه داخل المجلس الوزاري ليمر لمرحلة المناقشة داخل أروقة البرلمان قبل أن يتم التصويت عليه بغرفتيه، فإلى أي حد يستجيب هذا المشروع للمقتضيات الدستورية وللانتظارات؟

لقد ثمن العديد من المتبعين والمختصين ما تضمنه مشروع القانون التنظيمي للجهات، بالنظر لأهمية النقاط التي جاء بها، غير أنهم انتقدوا ذات المشروع لما اعتبروه من سلبيات شابت بعض مقتضياته، حتى ذهب البعض لاعتبارها إخفاقات وتراجعات عن الوثيقة الدستورية، غير أنه على أهمية هذه النقاط وتعددتها، سيتم الاقتصار على تحليل أبرز المستجدات التي جاء بها المشروع من خلال نقطتين:

- أولا: الاقتراع العام المباشر وتكريس الشرعية الديمقراطية للمجلس الجهوي.
- ثانيا: الاختصاصات الجديدة للجهات بين إقرار مبدأ التدبير الحر والرقابة الإدارية.

أولا: الاقتراع العام المباشر وتكريس الشرعية الديمقراطية للمجلس الجهوي:

إن اعتماد أسلوب الانتخاب المباشر الذي طالبت به أغلب الأحزاب السياسية، وأوصى به الفاعلون السياسيون ونص عليه تقرير اللجنة الاستشارية للجهوية، والذي استجاب له الدستور، لا يعد مسألة تقنية فقط، بل يؤدي إلى منح مصداقية للرهانات السياسية الجهوية، وإلى تكريس سلطة جهوية أصلية، وتقوية شرعية الممثلين السياسيين الجهويين، كما سيدفع إلى تعلق السكان بالمؤسسة الجهوية عبر التظاهرات التي تحيط بانتخاب المستشارين الجهويين والرهانات التي تمثلها، وسيسمح بأن يكون للجهة وظيفة خاصة ورؤية جهوية لمواجهة مشاكلها، وسيمنعها من أن تكون مجرد فيدرالية للمصالح الإقليمية³.

¹ - الفقرة الثالثة من الفصل 135 من الدستور.

² - عبد الغفور اقشيشوا، "الجهوية الموسعة بالمغرب خيار أم إكراه؟"، مقال منشور بالموقع الإخباري العربي الأمريكي تحت المجهز <http://www.almjhar.com>، تاريخ الاطلاع 2015-03-22.

³ - فؤاد أحلوش الكريستي، "آفاق العلاقة بين الجهة والدولة على ضوء الجهوية المتقدمة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2010-2011، ص 24.

هذا ما حاول الدستور المغربي تلافيه، من خلال اعتماده تقنية الاقتراع المباشر كمستجد جاء به ونص عليه في الفصل 135 بتأكيده على الاقتراع العام المباشر لانتخاب مجالس الجهات كآلية ديمقراطية في تدبير الشأن الجهوي¹، وهي نفس التوصية التي كان قد خرج بها تقرير اللجنة الاستشارية للجهوية، من خلال تبني نمط اقتراع يضمن أكثر ما يمكن من الشفافية ودرجة معقولة من قرب المنتخبين الجهويين من الناخبين، وهو مقترح يرمي إلى تقوية التمثيلية وضمان الديمقراطية التشاركية للمجالس الجهوية، حسب ما جاء في توصيات اللجنة المذكورة².

بالرجوع لمشروع القانون التنظيمي للجهات، نجد أنه نص على انتخاب أعضاء مجلس الجهة بالاقتراع العام المباشر، بخلاف ما ذهب إليه قانون الجهات رقم 96-47 عبر تنصيبه على الانتخاب عن طريق الاقتراع العام غير المباشر³، الشيء الذي يجعل المجلس الجهوي محروما من المصادقية الديمقراطية ومعزولا عن الانتظارات الشعبية.

يعد هذا المعطى الجديد تكريسا للشرعية الديمقراطية⁴، وبتبني المشروع لمبدأ الاقتراع المباشر يكون قد أعاد النظر في تركيبة المجالس الجهوية التي كان ينظر إليها على أنها كتل غير متجانسة وغير متضامنة، بالنظر لتركيبها المتنوعة التي تتكون من أعضاء تختلف مصادر انتخابهم⁵.

لكن المشروع على غرار القانون السابق، نص على انتخاب رئيس المجلس الجهوي من بين أعضاء هذا المجلس⁶، وكان الأجدر اختيار المترشح الذي يتصدر اللائحة التي حصلت على الرتبة الأولى رئيسا للمجلس الجهوي، وهو ما سيضفي على هذه الانتخابات مصداقية ديمقراطية، ويضع حدا لتقاليد السمسرة واستعمال المال في انتداب الرؤساء.

¹ - ينص الفصل 135 من الدستور على أن:

"الجماعات الترابية للمملكة هي الجهات والعمالات والأقاليم والجماعات.

الجماعات الترابية أشخاص اعتبارية، خاضعة للقانون العام، تسير شؤونها بكيفية ديمقراطية.

تنتخب مجالس الجهات والجماعات بالاقتراع العام المباشر.

تحدث كل جماعة ترابية أخرى بالقانون، ويمكن أن تحل عند الاقتضاء، محل جماعة ترابية أو أكثر، من تلك المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذا الفصل".

² - جاء في تقرير اللجنة الاستشارية للجهوية المتقدمة أن:

"حث المواطنين على الاهتمام بشؤون جهتهم وجعل المنتخبين مسؤولين مباشرة أمامهم، يقتضي أن يتم انتخاب أعضاء المجلس الجهوي ذوي الصوت التقريري عن طريق الاقتراع العام المباشر، وأن هذه التوصية تنطبق على انتخاب مجالس الجماعات المحلية".

³ - القانون رقم 96-47 المتعلق بتنظيم الجهات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.84 الصادر في 23 من ذي القعدة 1417 (2 أبريل 1997)، الجريدة الرسمية عدد 4470، الصادرة بتاريخ 24 من ذي القعدة 1417 (3 أبريل 1997)، ص 556.

⁴ - تنص الفقرة الأولى من المادة 9 من مشروع القانون التنظيمي للجهات على أنه:

"يدير شؤون الجهة مجلس ينتخبه أعضاؤه بالاقتراع العام المباشر وفق أحكام القانون التنظيمي رقم 11-59 المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.1.173 بتاريخ 24 من ذي الحجة 1432 (21 نونبر 2011)".

⁵ - وفقا للمادة 3 من القانون 96-47:

"يتكون المجلس الجهوي، وفقا للتشريع الجاري به العمل من ممثلين منتخبين للجماعات المحلية والغرف المهنية والمأجورين.

يضم المجلس كذلك أعضاء البرلمان المنتخبين في إطار الجهة وكذا رؤساء مجالس العمالات والأقاليم الواقعة داخل الجهة الذين يحضرون اجتماعاته بصفة استشارية".

⁶ - تنص المادة 13 من مشروع القانون التنظيمي للجهات في فقرتها الثانية وما يليها على أنه:

"يترشح لمنصب رئيس مجلس الجهة الأعضاء المرتبون على رأس لوائح المترشحين التي فازت بمقاعد داخل المجلس.

يقصد برأس اللائحة المترشح الذي يرد اسمه في المرتبة الأولى في لائحة المترشحين حسب الترتيب التسلسلي في هذه اللائحة.

إذا توفي هذا المترشح، أو فقد الأهلية الانتخابية لأي سبب من الأسباب أو استقال أو إذا منعه مانع قانوني آخر، يؤهل بحكم القانون، للترشح لشغل منصب الرئيس، المترشح الذي يليه مباشرة من حيث الترتيب في اللائحة نفسها، أو المترشح الموالي عند الاقتضاء".

إلى جانب ذلك، فإذا كان مشروع القانون التنظيمي للجهات قد ركز على الترشيح لرئاسة الجهة من بين الأعضاء المرتبين على رأس لوائح المرشحين التي فازت بمقاعد داخل المجلس المعني، فلماذا لا يتم اختيار الرئيس من اللائحة التي حصلت على الرتبة الأولى تأسيا بالفصل 47 من الدستور الذي ينص على أن الملك يعين رئيس الحكومة من الحزب السياسي الذي تصدر الانتخابات، وهو ما سيضفي على هذه الانتخابات مبدأ طالما رده مجموعة من المهتمين في إطار احترام الشرعية الشعبية التي فوض لها الدستور حق الاقتراع المباشر لأعضاء مجلس الجهة¹ ؟

بهذا المقتضى سنتجاوز ذلك المسلسل الانتخابي الذي يستغرقه انتخاب الرئيس ويؤدي إلى اضطرابات بالنسبة للوائح، خاصة التي ستقصى من السباق نظرا لعدم توفرها على الأصوات المرشحة لذلك، لاسيما وأن المرحلة الأخيرة ستحسم بالأغلبية النسبية إذا تعلق الأمر بمرشحين فقط بعد إبعاد الآخرين، وهذا استهتار باختيار الشعب، وغير متناغم مع مبدأ الاقتراع العام المباشر.

وإذا كان قانون 96-47 نص في مادته 10 على أن ينتخب أعضاء مكتب المجلس الجهوي لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، فإن مشروع القانون نص على أن يتم انتخاب الرئيس ونوابه لمدة انتداب المجلس²، وتجدر الإشارة إلى أن ذات المشروع لم يشترط مستوى دراسيا معيناً في الرؤساء أو نوابهم، فهل يشجع القانون انتداب أشخاص ذوي مستوى دراسي جد متدن في مناصب مسؤولية بحجم رئاسة الجهة ؟

من النقاط الإيجابية التي حملها مشروع قانون الجهات، توسيعه لحالات التنافي، حيث نصت المادة 17 على كون مهام رئيس مجلس الجهة تتنافى مع مهام رئيس جماعة ترابية أخرى أو مهام رئاسة غرفة مهنية أو صفة عضو في الحكومة أو في مجلس النواب أو في مجلس المستشارين أو المجلس الاقتصادي الاجتماعي والبيئي، بعدما كانت هذه المهام في القانون 96-47 تتنافى مع مهام رئيس عمالة أو إقليم أو رئيس مجموعة حضرية فقط³.

إذا كانت هذه المقتضيات التي تضمنها المشروع الجديد من النقاط التي تعد إشارات إيجابية سجلت لصالحه، فإن واقع الحال يكشف على أن هذا المقتضى يحمل في طياته إشكالات وتعقيدات يستعصي واقع حال المشهد المغربي عن الإجابة عنها وتقديم حلول إزاءها على الأقل في الوقت الراهن، فإذا كان لتوسيع حالات التنافي على مستوى مؤسسة رئاسة الجهة إيجابيات يمكن تعدادها، كونها تقطع مع الممارسات السلبية الناتجة عن الجمع بين انتدابات ومهام متعددة تفرغ العمل الجهوي من قيمته ومضمونه، فيما يخص النهوض الحقيقي بأعباء المجلس الجهوي وتحمل مسؤولياته، من حيث عدم القدرة على التفرغ لمهام واحدة ومحددة، وفتح المجال للحصول على أكثر من تعويض في أكثر من مستوى،

¹ - د. عبد الله بوانو، رئيس فريق العدالة والتنمية بمجلس النواب، مداخلة خلال يوم دراسي حول موضوع "منظومة القوانين الانتخابية على ضوء مشروع الجهوية: أي إصلاح لانتخابات حرة ونزيهة؟"، منظم من طرف منتدى الكرامة لحقوق الإنسان بشراكة مع مؤسسة هانس سايدل الألمانية، بالمكتبة الوطنية للمملكة المغربية، بتاريخ 25 أكتوبر 2014.

² - تنص المادة 20 من مشروع القانون على أنه:

"يتم انتخاب الرئيس ونوابه لمدة انتداب المجلس، مع مراعاة مقتضيات المادة 72 من هذا القانون التنظيمي".

³ - ينتظر المنتبوعون ألا يتم التراجع عن حالات التنافي هذه في البرلمان كما تراجعت الحكومة في مشاريع القوانين التنظيمية المتعلقة بانتخابات الجهات والجماعات والعمالات والأقاليم عن حالات التنافي بالنسبة لمهام مجلس الجماعة مع مهام رئيس مجلس جماعة ترابية أخرى أو مهام رئيس غرفة مهنية، عبر إجازتها لرئيس الجماعة للترشح بأن يكون عضوا بالجهة أو عضوا بالحكومة أو بمجلس النواب أو بمجلس المستشارين أو عضوا بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي. لمزيد من التوسع أنظر:

- د. ميلود بلقاضي، "اللوبيات الانتخابية تفرض أجندتها على مشاريع القوانين التنظيمية للانتخابات"، مقال منشور بالجريدة الإلكترونية أخبارنا <http://www.akhbarona.com>، بتاريخ 04-02-2015.

وهي التعويضات التي لا تعكس في حقيقتها عدالة وأحقية، لاسيما مع ما يطرحه ذلك من تبذير للمال العام، كما أن هذا المقتضى الجديد من شأنه تكريس وترسيخ مفاهيم ومبادئ الديمقراطية من حيث تداول السلطة وفتح المجال أمام طاقات وأطر جديدة وشابة للاضطلاع بمهام قيادية بعقلية متجددة وواعدة بدل تركيزها في يد نفس الأوجه والأشخاص، غير أنه مع كل هذه المعطيات فإن الإشكال الذي يطرح نفسه بقوة، أن الأبعاد الخلفية لحالات التنافي لرئيس الجهة أعمق بكثير وتطرح أكثر من تساؤل، فهل جهات 2015 وما بعدها، على الأقل في المرحلة القادمة، ومع ما تطرحه الجهوية المتقدمة من تصورات ورهانات، قادرة على إيجاد نخب جهوية في مستوى حجم ومسؤوليات المهام الجديدة التي ستضطلع بها الجهات الجديدة، لاسيما أن النقاش يدور حاليا عن حاجة المغرب بعد الاقتراع القادم إلى أكثر من 1600 منصب على صعيد رئاسة الجماعات الترابية؟ فهل الأحزاب السياسية المغربية بما تعيشه من ظروف ومعطيات وديمقراطية داخلية قادرة على إنتاج نخب جهوية في مستوى التطلعات والرهانات؟

إن واقع الحال وفق ما يطرحه العمل الجهوي من ضرورة توافر كفاءات وأطر في حجم الصلاحيات والمهام الجديدة للجهة، يؤكد أننا أمام قلة نخب وكفاءات، ينتج عنه مرشحون ليسوا بالكفاءة التي يجب أن يتوفر عليها الممارسون للشأن المحلي، ما يرسب ضعفا على مستوى الدفاع عن مصالح الجهات وتمثيلها في مسائل تقنية معقدة أمام ممثلي الجهة والمصالح الخارجية في إطار عدم التركيز، فنجد المستوى الضعيف للنخب في مقابل الكفاءة العالية والمرتفعة لممثلي الدولة، مقابل ذلك نجد أن مشروع القانون لا يشترط سوى مستوى تعليمي متدن وبسيط في رئيس الجهة، فكيف يعقل أن سؤال الكفاءة والخبرة لا يستطيع لا القانون ولا الأحزاب الإجابة عنه وتقديم حلول إزاءه حتى تكون هذه الأخيرة قادرة على الدفع نحو ترسيخ وتحقيق مبدأ المساواة الذي ما فتئت تنادي به مختلف القوى والفعاليات وسعت لإقراره في مشروع القانون؟ وهل بإمكان الأحزاب السياسية المشاركة الفعلية بنخب نسائية مهمة في الشأن المحلي والعام وإفراز أطر ذات كفاءة تجسيدا لمقاربة النوع في الإصلاح الجهوي؟

إن الإشكالات الكثيرة والمعقدة التي تتخلل تطبيق بعض مقتضيات مواد مشروع القانون على الواقع المعاش حاليا، إن لم يتفاعل معها الفاعل القانوني والسياسي بحكمة وتبصر ومزيد من الفعالية والإبداع في إيجاد حلول لها، قد يكون من شأنها إحداث تأثيرات سلبية على الممارسة الجهوية، وهنا تأتي أهمية توفير النخب السياسية في مستوى هذا الورش الإصلاحي الهام والكبير، من خلال انفتاح الأحزاب على الأطر الشابة والفاعلين الاقتصاديين ذوي الخبرات لتقديم نخب في مستوى المشروع.

ثانيا: الاختصاصات الجديدة للجهات بين إقرار مبدأ التدبير الحر والرقابة الإدارية :

ينص الفصل 136 من الدستور، على أن التنظيم الجهوي والترابي يركز على مبدأ التدبير الحر، بمعنى أن تمارس الجماعات الترابية اختصاصاتها في إطار النصوص القانونية، ليبقى للدولة حق المراقبة البعدية، من خلال منح نوع من الحرية للإدارة المحلية في ممارسة اختصاصاتها، ومساءلتها عن النتائج المنجزة، وتمتعها بحرية التصرف في الموارد المتاحة لها قانونا.

بيد أنه على أهمية هذا المقتضى الدستوري الذي أريد له التأسيس لنمط وتصور جديد لاشتغال الجهة، فإن بعض الباحثين ذهبوا إلى اعتباره لفظة غامضة من أي سند مرجعي، وأنه لا يوجد أي تعريف قانوني لهذا المبدأ¹، غير أن ذلك لا يمنع من تقديم فكرة مبسطة حولها، وتتعلق بمنح المجالس الجهوية كامل الصلاحية والحرية في تحديد وبلورة اختياراتها وبرامجها في احترام للمقتضيات القانونية والتنظيمية بمراعاة الإمكانيات التمويلية المتاحة، وهو ما يفهم منه إلغاء الوصاية الممارسة على أعمالها، وكل أشكال الرقابة المتعلقة باختياراتها، على اعتبار انحصار أدوار ممثلي السلطة المركزية في علاقتهم بالجماعات الترابية وعلى رأسها المجالس الجهوية، في مساعدة رؤساء هذه الأخيرة على تنفيذ المخططات والبرامج التنموية، والعمل باسم الحكومة على تأمين تطبيق القانون، وتنفيذ نصوصها التنظيمية ومقرراتها وممارسة المراقبة الإدارية، دون أن تتحول هذه الأخيرة إلى نوع من الوصاية، لأن الدستور عندما نص على مبدأ التدبير الحر لم يقيد بأي شكل من أشكال الوصاية، وبالتالي فحتى في الحالة التي يتم فيها تسجيل ما يمكن اعتباره إخلالا باحترام المقتضيات القانونية في تدبير الجماعات الترابية، فإنه يجب الطعن في ذلك أمام المحاكم الإدارية احتراماً لهذا المبدأ²، وتكريساً لاستقلال السلطة القضائية.

من جانب آخر تنص المادة 4 من مشروع القانون التنظيمي على أن تدبير الجهة لشؤونها يرتكز على مبدأ التدبير الحر الذي يخول بمقتضاه لكل جهة، في حدود اختصاصاتها المنصوص عليها في القسم الثاني من هذا القانون، سلطة التداول بكيفية ديمقراطية، وسلطة تنفيذ مداولاتها طبقاً لأحكام هذا القانون التنظيمي والنصوص التشريعية والتنظيمية المتخذة لتطبيقه³.

إلى جانب ذلك تنص المادة 79 من ذات المشروع، على أنه تناط بالجهة مهام النهوض بالتنمية المندجة والمستدامة داخل دائرتها الترابية، وذلك بتنظيمها وتنسيقها وتتبعها، ولهذا الغاية تمارس الجهة اختصاصات ذاتية واختصاصات مشتركة مع الدولة، وأخرى منقولة إليها من طرف هذه الأخيرة⁴.

إذن تطبيقاً لمقتضيات المادة الرابعة الألفه الذكر، وتجسيدا لمبدأ التدبير الحر، يجب مأسسة ممارسة الجهة لمهامها واختصاصاتها، ومن ثم فإن اضطلاع الجهة بمهامها التنموية يجب أن يتم من خلال ممارسة الجهة وتداولها لشؤونها اعتماداً على مبادئ الديمقراطية، ومنحها سلطة تنفيذ مداولات مجالسها.

إذا كان مبدأ التدبير الحر يعد أحد مقومات الجهوية المتقدمة، يتم عبره الاعتراف بحق الجماعات الترابية في تسيير شؤونها المحلية، من خلال منحها حرية ممارسة اختصاصاتها وإقرار برامج التنمية الجهوية ووضع التدابير اللازمة لتحقيق ذلك، وكونه آلية هامة وفعالة لربح الرهانات المطروحة فيما يتعلق بتنمية الجهات وجعلها أقطاباً حقيقية للتنمية؛ فهل جعلت المقتضيات الجديدة التي تضمنها مشروع القانون التنظيمي من المجلس الجهوي القائد والمخطط الاستراتيجي للتنمية الجهوية تجسيدا لهذا المبدأ، بالنظر إلى الصلاحيات والاختصاصات التي منحها المشرع الدستوري لهذه الهيئات، أم أن حجم هذه الاختصاصات وممارستها تم حصره بطبيعة الرقابة الإدارية ومضمونها؟

¹ - د. حسن الجماعي، "نمط الاقتراع ومسألة التدبير الحر للجماعات الترابية"، مداخلة خلال يوم دراسي حول موضوع "منظومة القوانين الانتخابية على ضوء مشروع الجهوية: أي إصلاح لانتخابات حرة ونزيهة"، منظم من طرف منتدى الكرامة لحقوق الإنسان بشراكة مع مؤسسة هانس سايدل الألمانية، بالمكتبة الوطنية للمملكة المغربية، بتاريخ 25 أكتوبر 2014.

² - الفصل 145 من الدستور.

³ - عبد المجيد احسون، "اختصاصات الجهة حسب مشروع القانون التنظيمي للجهات"، مقال منشور بجريدة الرأي المغربية، بتاريخ 22 يناير 2015.

⁴ - أنظر المادة 79 من مشروع القانون التنظيمي للجهات.

ذهبت بعض التحليلات إلى أن مشروع القانون التنظيمي لا يتضمن في عدد من مقتضياته إعمالاً فعلياً لمبدأ التدبير الحر المنصوص عليه في الفصل 136 من الدستور، بيد أن عدداً من مقتضيات المشروع تحمل توسيعاً لمجال المراقبة الإدارية المنصوص عليها في الفصل 145 من الدستور على حساب مبدأ التدبير الحر¹، كما أن المشروع لم يتخل عن الحذر والتدرج في التعامل مع مشروع الجهوية، كما يرى البعض الآخر بأن مفهوم التدبير الحر تم إفراغه من مضمونه كما يتضح من غياب الدقة في تحديد الصلاحيات، إضافة إلى أن المشروع يقوم على اعتبار المنتخبين في درجة أدنى من بقية الفاعلين².

إذا كان حرص المشرع الدستوري على تنظيم العلاقة بين الجماعات الترابية وممثلي الإدارة المركزية، يظهر من خلال تمكينهم من مهمة مساعدة رؤساء هذه الجماعات، على تنفيذ المخططات والبرامج التنموية في إطار مبادئ التدبير الحر وفقاً لأحكام الفصل 136، فإنه يجب أن يضمن لهذه الجماعات تدبير شؤونها باستقلالية تامة عبر مستويين أساسيين :

- المستوى المؤسساتي المرتبط بحرية اختيار الهياكل واشتغال اللجان وإعداد أنظمة داخلية تمكنها من تدبير شؤونها، وتحمي حرية عملها؛
 - المستوى التديري أو الوظيفي الذي يتجسد في منح الجماعات الترابية وعلى رأسها الجهات، اختصاصات فعلية وواقعية، تمكنها من تدبير شؤونها وتعزز حرية عملها، الأمر الذي يقتضي الاعتراف لها بالتعيين في الوظيفة الجماعية، وحرية التسيير والتقرير، وحرية التعاقد، والتوفر على موارد مالية وتديريها بحرية استناداً إلى ما تقرره في مخططاتها التنموية ووفق ما يحدده المشرع³.
- عمل الدستور على وضع قواعد جديدة تؤسس لتصور جديد في المغرب لنمط العلاقة بين الدولة وامتدادها المحلي، إذ أصبحت الجماعات الترابية وحدات إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية وتقوم بتدبير شؤونها بشكل حر وتضامني ضمن سياق وحدة الدولة غير القابلة للتجزئة، على اعتبار أن التجربة الديمقراطية المحلية التي دشنها المغرب انطلاقاً من منتصف سبعينيات القرن الماضي شهدت تطوراً مضطرباً في أفق تمكين الجماعات الترابية من وسائل تدبيرها الحر المنسجم مع مختلف الاستراتيجيات العمومية للتنمية البشرية والمجالية⁴.

غير أنه يبدو بأن التوجه الحكومي - من خلال مشروع القانون التنظيمي للجهات - لم يستوعب البعد الدستوري للديمقراطية المحلية، ويؤكد استمراره في التعامل مع الجماعات الترابية بالطريقة البيروقراطية التي تجعل منها مجرد كيانات إدارية تابعة للسلطة الحكومية المكلفة بالداخلية، مادام أن مفهوم المراقبة الإدارية الذي عوض نظام الوصاية، يمارس بكيفية تلقائية قبلية وبعديّة دون وجود نص يحددها، كما يشمل كافة أعمال الجماعات الترابية، في الوقت الذي حرص فيه المشرع الدستوري على استعمال مفهوم المساعدة بمنظور شمولي، وما يتطلب ذلك من ضرورة

¹ - علي قاسمي التمساني، "البناء الدستوري الجديد لتوزيع الاختصاص بين الدولة والجهات"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني للعلوم القانونية، بتاريخ 5 غشت 2012، ص 14.

² - سعد الدين العثماني رئيس المجلس الوطني لحزب العدالة والتنمية وعبد اللطيف أعمو عضو الديوان السياسي لحزب التقدم والاشتراكية، مداخلة في ندوة حول الجهوية المتقدمة نظمها شبيبة العدالة والتنمية في 9 من نونبر 2014، لمزيد من التوسع أنظر:

- العثماني وأعمو، "مسودة مشروع الجهوية الموسعة أفرغت التدبير الحر من مضمونه"، مقال منشور في جريدة المساء بتاريخ 11 نونبر 2014.

³ - الحسن بنسائي، "الجماعات الترابية بين الوصاية والتدبير الحر"، مقال منشور بجريدة العلم، بتاريخ 28 شتنبر 2014.

⁴ - محمد الأعرج، مداخلة في ندوة حول موضوع "التنظيم الترابي والحكامة الجيدة"، منظمة من طرف مؤسسة علال الفاسي بمقر المؤسسة، بتاريخ 6 مارس 2015.

إعمال مقارنة الدعم والمواكبة حتى تتمكن الجماعات الترابية من تدبير شؤونها على الوجه الأكمل، بدل عرقلة مهامها من خلال مساطر بيروقراطية لم يعد لها أي مبرر في ظل الدستور الجديد، بعيدا عن منطق الوصاية الذي يفرغ مبدأ التدبير الحر من محتواه.

في نفس الاتجاه، يمكن تسجيل بعض التراجعات في مشروع القانون التنظيمي للجهة، بالنظر لتلك التي أقرها الدستور الذي وعد بنموذج جهوي متقدم، خاصة في ممارسة الرقابة الإدارية من طرف الولاية والعمال التي تعد من خلال الدستور استثناء فقط، وذلك بالنظر إلى الفصل 145 منه الذي ينص على أنه: "يعمل الولاية والعمال، باسم الحكومة، على تأمين تطبيق القانون، وتنفيذ النصوص التنظيمية للحكومة ومقرراتها، كما يمارسون المراقبة الإدارية"، لكن ما جاء به المشروع لم يرق لمستوى الطموحات¹.

في هذا الإطار، يقدم نص المشروع في سياقات مختلفة، نسقا من العلاقة بين مؤسسة رئيس الجهة وسلطة الوصاية، يختل فيها التوازن بشكل يمكن اعتباره مائلا لصالح الأخيرة، وهو ما يظهر حسب هذا الاتجاه بشكل خاص، من خلال معاناة التفاوت في صلاحيات رئيس المجلس الجهوي ووالي الجهة لصالح هذا الأخير في المجالات المتعلقة باتخاذ القرار الجهوي.

إن النزعة نحو إضعاف السلطة التنفيذية لرئيس المجلس، تظهر واضحة عبر اعتماد وصاية مغلقة للوالي، والحال أن الدستور نص على مساعدة الوالي للجهة، وأمام تأويل خاطئ للبند الدستوري أطلق نص المشروع يد الأخير للمراقبة ومنحه سلطة الحل².

حسب هذا التحليل، فإن المشروع الحالي جاء باختصاصات جديدة وتقريرية للجهة، لكنه بالمقابل أبقى على رقابة إدارية يمارسها الوالي تحت مراقبة القاضي الإداري، فمقارنة بالقانون رقم 96-47 المتعلق بالتنظيم الجهوي، يلاحظ أن مشروع القانون التنظيمي للجهات قلص من مجال الوصاية وأبقى على ممارسة الرقابة الإدارية تحت مراقبة

¹ محمد المصلحي، "الجهوية بين مبدأ التدبير الحر والرقابة الإدارية على مقررات المجالس الجهوية"، مداخلة خلال يوم دراسي حول موضوع "منظومة القوانين الانتخابية على ضوء مشروع الجهوية: أي إصلاح لانتخابات حرة ونزيهة؟"، منظم من طرف منتدى الكرامة لحقوق الإنسان بشراكة مع مؤسسة هانس سايدل الألمانية، بالمكتبة الوطنية للمملكة المغربية، بتاريخ 25 أكتوبر 2014.

² تنص المادة 114 من مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالجهات على أنه:

"لا تكون المقررات بعده قابلة للتنفيذ إلا بعد التأشير عليها من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية داخل أجل عشرين يوما (20) من تاريخ التوصل بها:

- المقرر المتعلق ببرنامج التنمية الجهوية؛

- المقرر المتعلق بالتصميم الجهوي لإعداد التراب؛

- المقرر المتعلق بالميزانية؛

- المقرر القاضي بتنظيم إدارة الجهة وتحديد اختصاصاتها؛

- المقررات ذات الوقع المالي على النفقات والمداخيل، ولاسيما الاقتراضات والضمانات وتحديد سعر الرسوم والأتاوى ومختلف الحقوق وتفويت أملاك الجهة وتخصيصها؛

- المقرر المتعلق باتفاقيات التعاون اللامركزي والتوأمة التي تبرمها الجهة مع الجماعات المحلية الأجنبية؛

يعتبر عدم اتخاذ أي قرار من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية في شأن مقرر من المقررات المذكورة بعد انصرام الأجل المنصوص عليه أعلاه، بمثابة تأشيرة".

القاضي الإداري، مع تشديد الرقابة المالية، ورغم أنه لم يذهب إلى درجة إلغاء الوصاية إلا أنه قلص من مجالها ولم يعد يشمل مجالات التنفيذ والتمثيل¹.

فيما يخص التنفيذ، وبخصوص تحويل المادة 55 من قانون 96-47 المتعلق بالتنظيم الجهوي لعامل العمالة أو الإقليم مركز الجهة، صلاحيات تنفيذ القرارات المالية للمجلس الجهوي، وهو ما أصبح يضيق بشكل مححف من قدرة التحرك لدى رئيس الجهة، وبالتالي فإن مشروع القانون التنظيمي للجهات جعل تنفيذ قرارات المجلس من اختصاص رئيس المجلس الجهوي وحده²، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 100 على أنه: "يقوم رئيس مجلس الجهة بتنفيذ مداورات المجلس ومقرراته، ويتخذ جميع التدابير اللازمة لذلك..."، كما تنص نفس المادة في فقرتها الأخيرة على أنه: "يعتبر رئيس المجلس الأمر بقبض مداخل الجهة وصرف نفقاتها..."³.

إذا كان مشروع القانون التنظيمي قد ألغى الوصاية في مجالات التنفيذ والتمثيل، فإنه أبقى على ممارسة الرقابة الإدارية من طرف سلطة الوصاية تحت المراقبة القضائية، وذلك على غرار القانون رقم 96-47 مع بعض التعديلات الطفيفة، ووفقا لمقتضيات الفصل 145 من الدستور، فإن والي الجهة يمارس مهام المراقبة الإدارية على الجوانب المرتبطة بشرعية قرارات ومقررات الجهة، ويتم البت في النزاعات المتعلقة بالمراقبة الإدارية من طرف المحكمة الإدارية المختصة، وهو ما يتضح في المجالات التالية:

- اعتراض الوالي على قرارات المجلس المتعلقة بموضوع خارج عن نطاق اختصاصاته أو المتخذة خرقاً للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل⁴؛
- التصريح ببطالان المداورات من طرف المحكمة الإدارية؛
- سلطة الحلول حيث تبت المحكمة الإدارية في طلب حلول الوالي محل رئيس المجلس الجهوي في القيام بالأعمال التي امتنع هذا الأخير عن القيام بها⁵.

بالمقابل، نجد أن مقتضيات مشروع القانون التنظيمي قد شددت الوصاية على القرارات المالية التي يتخذها المجلس الجهوي، إذ لا تكون المقررات المتعلقة بالميزانية والمقررات ذات الوقع المالي على النفقات والمداخيل، ولا سيما الاقتراضات والضمانات وفرض الرسوم المأذون بها، وتفويت الأملاك الجماعية وتخصيصها، قابلة للتنفيذ إلا بعد التأشير عليها من طرف الوالي، داخل أجل 20 يوماً من تاريخ توصله بالمقرر، حيث نجد في هذا الصدد تشابهاً بين

¹ - بخصوص التمثيل القانوني للجهة فقد أصبح رئيس المجلس الجهوي حسب المادة 100 من مشروع القانون تنظيمي هو الممثل الرسمي للجهة في جميع أعمال الحياة المدنية والإدارية والقضائية، ويسير إدارتها ويسهر على مصالحها، عكس ما تنص عليه المادة 56 من القانون المنظم للجهة رقم 96-47 على أن ممثل الدولة يمارس اختصاص التمثيل القانوني للجهة أمام القضاء، إذ يحق له أن يدافع عن مصالح الجهة في الدعاوى المقامة ضدها، وأن يستأنف مسطرة المنازعات، ويتابعها إلى نهايتها دون الحاجة إلى الموافقة القبلية للمجلس الجهوي، كما يحق له أن يتابع من تلقاء نفسه مسطرة إقامة واستئناف الدعاوى لصالح الجهة إذا كان الأمر يتعلق بدعاوى الحيازة والأعمال التحفظية أو الموقفة لسقوط الحق والدعاوى الاستعجالية. لمزيد من التوسع أنظر:
- الميلود بوطريكي، "مقارنة بين قانون 96-47 المتعلق بالتنظيم الجهوي ومسودة مشروع القانون حول الجهة، وأد الجهورية المتقدمة؟"، مقال منشور على موقع العلوم القانونية، ص 10.

² - تنص المادة 9 من مشروع القانون التنظيمي في فقرتها الأخيرة على أنه:

"يتولى الرئيس تنفيذ مقررات المجلس".

³ - أنظر المادة 100 من مشروع القانون التنظيمي للجهات.

⁴ - أنظر المادة 113 من نفس المشروع.

⁵ - أنظر المادة 78 من نفس المشروع.

المادة 41 من القانون رقم 96-47 والمادة 195 من مشروع القانون التنظيمي التي تحدد المقررات التي لا تكون قابلة للتنفيذ، إلا بعد التأشير عليها من طرف والي الجهة، وهي كلها قرارات تتعلق بالجانب المالي، وهو ما يمكن اعتباره من النقاط السلبية في المشروع.

في نفس الإطار، يمكن تسجيل جانب سلبي آخر يتعلق بالمراقبة المشددة على القرارات المرتبطة بمالية الجهة من اقتراصات وضمانات وأملاك جماعية¹، حيث كانت المادة 182 من مسودة مشروع القانون التنظيمي للجهات تنص على أنه: "تخضع عمليات الاقتراصات التي تقوم بها الجهة لقواعد تحدد بنص تنظيمي يتخذ باقتراح من السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية والسلطة الحكومية المكلفة بالمالية"، وهو حسب هذا الجانب يضرب في العمق مفهوم التدبير الحر الذي تم إقراره، إلا أن الحكومة وبعد سلسلة من الحوارات والنقاشات عملت على تدارك هذه النقطة الخلافية بتراجعها في مشروع القانون التنظيمي الذي أحالته على البرلمان، عن حصر وتحديد الجهة المختصة بوضع وتحديد النص التنظيمي²، لتترك المجال مفتوحاً أمامها لممارسة هذا الاختصاص³.

وارتباطاً بنفس السياق، فإن الباب الثالث من القسم الخامس المخصص للتأشير على الميزانية، يتعارض في مضمونه مع مبدأ التدبير الحر والمحاسبة على النتائج، الذي أبرزته المادة الأولى من المشروع الذي يحدد أيضاً قواعد الحكامة المتعلقة بحسن تطبيق مبدأ التدبير الحر ومراقبة تدبير الصناديق والبرامج وتقييم الأعمال وإجراءات المحاسبة، فمنطق تعارضه على سبيل المثال، أن المادة 195 من مشروع القانون تنص على أنه: "تصبح الميزانية قابلة للتنفيذ بعد التأشير عليها من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية"، وتحيل المادة ذاتها على المادة 114 التي تنص على أنه: "لا تكون المقررات بعده قابلة للتنفيذ إلا بعد التأشير عليها من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية..."⁴، وهنا يسير هذا الجانب إلى تأكيد أن تفعيل التدبير الحر في إطار ربط المسؤولية بالمحاسبة يقتضي إعادة النظر جذرياً في المقتضيات التي جاء بها المشروع في ما يتعلق بآليات المراقبة الإدارية خاصة القبلية منها، ومنح الاختصاص للإشراف والمواكبة للجهات المعنية، بما في ذلك المحكمة الإدارية ووزارة المالية والخزينة الجهوية، في أفق تعزيز دولة الحق والقانون التي يشكل فيها القضاء الدعامة الأساسية فيما يخص مراقبة تدبير الشأن العام⁵.

خاتمة :

إذا كانت هذه المقتضيات وغيرها من المواد، توضح أن مشروع القانون التنظيمي قد شدد أكثر من الرقابة الإدارية على تدخلات واختصاصات الجهة ذات الجوانب المالية، إلى حد إثارة تساؤلات حول تقييم الاختصاصات الممنوحة للجهة، وعن قدرة هذه الأخيرة على تجسيد وتمثيل البعد والتصور الحقيقي والأمثل لتدبير الجهة لمهامها وشؤونها

¹ - الشريف الهليلي، مداخلة في لقاء دراسي عقده الفريق الاستقلالي للوحدة والتعادلية بالبرلمان حول موضوع: "أي نموذج للجهوية في ضوء مسودة مشروع القانون التنظيمي للجهة؟"، جريدة العلم، بتاريخ 7 نونبر 2014.

² - تنص المادة 181 من مشروع القانون التنظيمي للجهات على أنه :

"تخضع عمليات الاقتراصات التي تقوم بها الجهة لقواعد تحدد بنص تنظيمي".

³ - يعد النص التنظيمي ذلك النص الصادر عن السلطة التنفيذية لتبيان كيفية إجراءات تطبيق النصوص التشريعية وهو في مرتبة أدنى من النص التشريعي.

⁴ - الشريف الهليلي، مداخلة في لقاء دراسي حول "أي نموذج للجهوية في ضوء مسودة مشروع القانون التنظيمي للجهة؟"، مرجع سابق.

⁵ - تجدر الإشارة هنا إلى ذلك يعد نفس التوجه الذي عملت مقتضيات المشروع على بلورته من خلال تعزيز الرقابة البعدية في العديد من المجالات والمتمثلة في الرقابة القضائية للمحكمة الإدارية المختصة كما رأينا.

بطريقة حرة وديمقراطية؛ فإن أبعاد المراقبة الإدارية لشرعية المقررات والقرارات التي تتخذها المجالس الجهوية التي تطرح عدة تساؤلات، لم يتم الإجابة عنها بوضوح، كعلاقة الدولة بالجهة كجماعة ترابية، وصاية أم رقابة أم مصاحبة، لاسيما في الجوانب المالية ذات الأهمية القصوى في تحديد اختيارات الجهة وأولوياتها.

بيد أنه في ظل الظرفية الواقعية للجهات، وفي ما يخص الجوانب المالية، يصعب الرهان على المجالس الجهوية - في ظل معطياتها الحالية - لتكون لها الصلاحيات الكاملة للتقرير في المسائل ذات الطابع المالي، دون حتمية وجود تدخلات للجهات المعنية الممثلة في الدولة وأجهزتها.

لائحة المراجع المعتمدة :

- الحسن بنساسي، "الجماعات الترابية بين الوصاية والتدبير الحر"، مقال منشور بجريدة العلم، بتاريخ 28 شتنبر 2014.

- الشريف الهيلالي، مداخلة في لقاء دراسي عقده الفريق الاستقلالي للوحدة والتعادلية بالبرلمان حول موضوع: "أبي نموذج للجهوية في ضوء مسودة مشروع القانون التنظيمي للجهة؟"، جريدة العلم، بتاريخ 7 نونبر 2014.

- "العثماني وأعمو، مسودة مشروع الجهوية الموسعة أفرغت التدبير الحر من مضمونه"، مقال منشور في جريدة المساء بتاريخ 11 نونبر 2014.

- الميلود بوطريكي، "مقارنة بين قانون 47-96 المتعلق بالتنظيم الجهوي ومسودة مشروع القانون حول الجهة، وأد الجهوية المتقدمة؟"، مقال منشور على موقع العلوم القانونية.

- حسن الجماعي، "نمط الاقتراع ومسألة التدبير الحر للجماعات الترابية"، مداخلة خلال يوم دراسي حول موضوع "منظومة القوانين الانتخابية على ضوء مشروع الجهوية: أي إصلاح لانتخابات حرة ونزيهة؟"، منظم من طرف منتدى الكرامة لحقوق الإنسان بشراكة مع مؤسسة هانس سايدل الألمانية، بالمكتبة الوطنية للمملكة المغربية، بتاريخ 25 أكتوبر 2014.

- سعد الدين العثماني (رئيس المجلس الوطني لحزب العدالة والتنمية) وعبد اللطيف أعمو (عضو الديوان السياسي لحزب التقدم والاشتراكية)، مداخلة في ندوة حول الجهوية المتقدمة نظمتها شبيبة العدالة والتنمية في 9 من نونبر 2014.

- عبد الغفور اقشيشوا، "الجهوية الموسعة بالمغرب خيار أم إكراه؟"، مقال منشور بالموقع الإخباري العربي الأمريكي تحت الجهر <http://www.almjhar.com>، تاريخ الاطلاع 22-03-2015.

- عبد الله بـووانو (رئيس فريق العدالة والتنمية بمجلس النواب)، مداخلة خلال يوم دراسي حول موضوع "منظومة القوانين الانتخابية على ضوء مشروع الجهوية: أي إصلاح لانتخابات حرة ونزيهة؟"، منظم من طرف منتدى الكرامة لحقوق الإنسان بشراكة مع مؤسسة هانس سايدل الألمانية، بالمكتبة الوطنية للمملكة المغربية، بتاريخ 25 أكتوبر 2014.

- عبد المجيد احسون، "اختصاصات الجهة حسب مشروع القانون التنظيمي للجهات"، مقال منشور بجريدة الرأي المغربية، بتاريخ 22 يناير 2015.

- علي قاسمي التسماني، "البناء الدستوري الجديد لتوزيع الاختصاص بين الدولة والجهات"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني للعلوم القانونية، بتاريخ 5 غشت 2012.

- فؤاد أحلوش الكريستي، "آفاق العلاقة بين الجهة والدولة على ضوء الجهوية المتقدمة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2010-2011.

- محمد الأعرج، مداخلة في ندوة حول موضوع "التنظيم الترابي والحكامة الجيدة"، منظمة من طرف مؤسسة علال الفاسي بمقر المؤسسة، بتاريخ 6 مارس 2015.

- محمد المصلوحي، "الجهوية بين مبدأ التدبير الحر والرقابة الإدارية على مقررات المجالس الجهوية"، مداخلة خلال يوم دراسي حول موضوع "منظومة القوانين الانتخابية على ضوء مشروع الجهوية: أي إصلاح لانتخابات حرة ونزيهة؟"، منظم من طرف منتدى الكرامة لحقوق الإنسان بشراكة مع مؤسسة هانس سايدل الألمانية، بالمكتبة الوطنية للمملكة المغربية، بتاريخ 25 أكتوبر 2014.

- ميلود بلقاضي، "اللوبيات الانتخابية تفرض أجندتها على مشاريع القوانين التنظيمية للانتخابات"، مقال منشور بالجريدة الإلكترونية أخبارنا <http://www.akhbarona.com> بتاريخ 04-02-2015.

✓ تقاریر جامعیة :

نقرير أطروحة لنيل الدكتوراه حول موضوع النخبة الإدارية ودورها في التنمية الإدارية -دراسة مقارنة-



إعداد: الطالبة الباحثة سميرة البريري - كلية الحقوق بطنجة

شهدت رحاب كلية الحقوق بطنجة مؤخرًا مناقشة أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، تقدمت بها الطالبة الباحثة سميرة البريري حول موضوع: "النخبة الإدارية ودورها في التنمية الإدارية -دراسة مقارنة-"، وقد كانت هيئة المناقشة متكونة من الأساتذة الأفاضل الدكتور محمد يحيى عميد كلية الحقوق بطنجة بصفته رئيسًا ومشرفًا، الدكتور محمد العمراني بوخبزة، الدكتور حميد أبو لاس والدكتور علي الحنودي بصفته أعضاء. وقد قررت اللجنة قبول الأطروحة ومنح هذا العمل ميزة مشرف جدًا.

إن هذا الجهد هو بحث متواصل عن ضرورة تحديد مفهوم دقيق للنخبة الإدارية ودورها في التنمية الإدارية.

مقدمة :

لن يجادل أحد في أن موضوع النخبة الإدارية ودورها في التنمية الإدارية -دراسة مقارنة-، هو موضع هام ومستجد، والبحث فيه محفوف بالعديد من الصعوبات والعراقيل نظرًا للغموض الذي يشوبه وقلة الدراسات التي تناولته. والدافع للقيام بهذا البحث هو معرفة مدى مساهمة النخبة الإدارية في تنمية البلاد.

فلا شك أن الموضوع أكبر مما نتصور، وأوسع مما نظن، والحقيقة التي نريد طرحها من خلاله هي إبراز ماهية النخبة ودورها في تحديث الإدارة وتكريس القيم الديمقراطية، خاصة في الظرفية الحالية والتي تعرف مسلسل إصلاحات سياسية وإدارية في إطار مفهوم جديد للسلطة.

إن الظاهرة النخبوية من الظواهر الملازمة لكل المجتمعات البشرية، وذلك كيفما كان مستوى تطورها، وكيفما كان نظامها الاجتماعي والاقتصادي والسياسي. إن جل المجتمعات البشرية التي عرفها التاريخ، لحد الآن، قد عرفت أقلية محدودة العدد، لها من الخصائص والمميزات والموارد ما يميزها عن باقي أفراد المجتمع، ويؤهلها، بالتالي، إلى إدارة الشؤون الاجتماعية والسياسية والاقتصادية للمجتمع. وتلك الأقلية هي التي تحتكر عادة، أدوار الزعامة والريادة، وتقود المجتمع روحياً وفكرياً وسياسياً، وتؤثر بشكل خاص على مسيرته وأحداثه، بل وتطبعه بطابعها الخاص، ورغم الانتقادات التي توجه للنظريات النخبوية، وتأخذ عليها عادة ما تنطوي عليه من خلفيات إيديولوجية، وما يترتب عن منطقتها من نتائج سياسية، فإنه لا أحد يجادل في وجود الظاهرة النخبوية نفسها، أي في وجود أقلية فاعلة، تقوم بالأدوار والوظائف الحيوية بالنسبة للمجتمع، وتفرض نفسها على باقي مكوناته، وتتمتع بمكانة وامتيازات خاصة لا يتمتع بها باقي أفراد المجتمع.

إن تحديث الإدارة وتطورها وتنميتها، حتى تكون ملائمة للمستجدات الداخلية والخارجية، المعيار الأنسب والأمثل لتقدم وتطور البلد.

فالرفع من مستوى الإدارة وتحسين مردوديتها هدف لا مناص منه. ولكي يتم ذلك لا بد من الاهتمام بعناصر عمل الإدارة وهي: العنصر القانوني والعنصر المادي وأخيراً العنصر البشري. الذي يعد أهم عنصر في عمل الجهاز الإداري، لأنه وسيلة وغاية كل تغيير وتجديد من أجل الأفضل والأحسن، لذا وجب معالجة موضوع النخبة الإدارية باعتبارها أهم عنصر بشري في تحقيق التنمية الإدارية.

إن غموض مفهوم النخبة الإدارية، يجعل مسألة عدم فهمها لأول وهلة أمر وارد، إضافة إلى إمكانية واحتمال خلطها بمؤسسات وتنظيمات أخرى قد تبدو مشتبهة، ولدفع هذا اللبس عملنا على تحديد مفاهيمي عام للموضوع.

أولاً: التعريف ببعض المفاهيم:

جرت العادة بين الباحثين، التعرض لمضمون بعض المفاهيم التي تدخل في صلب الموضوع والتي ستستعمل أثناء البحث، خاصة إذا كان الموضوع مستجد ويحمل مصطلحات غير مألوفة، فإذا استطعنا شرح المصطلح بشكل دقيق سنتمكن من استنتاج مجموعة من العناصر التي تمنع خليط أصيل لفهم الموضوع.

1- مفهوم الإدارة:

الإدارة كالدولة، فقبل أن تكون مفهوماً قانونياً فهي فكرة سياسية، إذ تعد المحرك الأساسي للدولة ومحقق غاياتها وأهدافها، إلى حد اعتبرت الإدارة سلطة رابعة إضافة إلى السلطات الثلاث التقليدية للدولة.

2- مفهوم التنمية الإدارية:

أما عن التنمية الإدارية فإن مضمونها ينصب على جميع عناصر العمل الإدارية عموماً بما في ذلك الإداريين والأجهزة، التنظيمات، القوانين والأنظمة.

وتتصف التنمية الإدارية بأنها:

- شاملة لجميع جوانب المسألة الإدارية؛
- هي عملية مستمرة باستمرار المجتمع، ومواكبة لظروفه وتطوراتها؛

■ هي متكاملة في أجزائها ومكوناتها ومتوازنة بحيث لا يكون هناك تركيز في نواحي، وإهمال أو تقصير في نواحي أخرى؛

■ هي مرتبطة ارتباطا عضويا بالتنمية السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية وغيرها بل وسابقة لها إذ تؤمن لها إدارة كفءة تساعدها على تحقيق أهدافها بكفاءة عالية.

إن البحث في دور النخبة الإدارية يعتبر في الواقع بحثا عن وسائل ومكونات هذه التنمية بكل أبعادها السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

إن التنمية الإدارية بالمفهوم الحالي تعني بكل بساطة تحقيق التقدم الإداري في سياق تطورات المجتمع ككل، أي الانتقال من وضعية سيئة إلى وضعية أكثر ملائمة ومسيرة لمستجدات هذا المجتمع. ولعل همها هو الانتقال من إدارة تحكيمية (مخزنية) إلى إدارة خدمات ومشروعات تعني بالتغيير والتجديد.

وهذا يتطلب تغييرا شبيه جذري على عدة مستويات أهمها تحديث الإطار القانوني والاستفادة من تجارب الدول الناجحة من أجل تحسين وضع ودور النخبة الإدارية، وبالتالي إمكانية قيادة مختلف المجالات السياسية والاقتصادية والإدارية. لهذا فالإشكالية الرئيسية التي يدور حولها موضوع بحثنا، تتمثل في معالجة مدى إسهام النخبة الإدارية في التنمية الإدارية قياسا لمدى إسهام النخبة الإدارية في التنمية الإدارية العربية والغربية وذلك في مختلف المجالات الإدارية والسياسية والاقتصادية، بغية الوصول إلى معرفة معيقات النخبة الإدارية المغربية، ومحاولة منا تقديم اقتراحات لتجاوز هذه المعوقات، وذلك من أجل تحقيق التنمية والتطور على مختلف المستويات.

إن محاولة الإجابة على هذه الإشكالية تتطلب بالضرورة الإجابة عن تساؤلات فرعية أساسية أخرى من قبيل: ماذا يقصد بالنخبة الإدارية؟ ما هي الفئة التي تمثل نخبة المجتمع الإداري والسياسي؟ وإلى أي حد يمكن الاعتماد على هذه النخبة في إعطاء النشاط الحكومي الفعالية، بعبارة أخرى هل غياب فعاليتها هي السبب في التخلف الإداري وإعاقة التنمية الإدارية؟

إن الفائدة من تتبع هذه الإشكاليات يمكن أن يساعد في إثراء الكتابات المهمة بقضايا النخبة الإدارية، مما قد يساعد مستقبلا في التفكير في خلق مادة جديدة على مستوى الأكاديمية تعنى البحث في مجال النخبة الإدارية والتنمية الإدارية، كذلك قد يساعد الغوص في هذه الإشكالية في تبيان أسباب قصور عمل النخبة الإدارية عن تحقيق أهدافها ألا وهو التنمية الإدارية مما يستدعي بالضرورة تجاوز هذه العوائق وذلك في أفق تطوير مستقبلي لها.

ثانيا: أهمية موضوع الدراسة:

إن دراسة النخبة الإدارية في المغرب ومقارنتها ببعض النماذج العربية والغربية، تكتسب أهمية كبيرة لأنها تساهم في فهم أعمق للتغيير الاجتماعي والتحويلات الإدارية والسياسية والاقتصادية التي طرأت على الدولة والمجتمع، وتبين مدى نجاح عمليات التحديث في ظل هذه النخب من خلال التعرف على خصائصها الاجتماعية وأدوارها الإدارية والسياسية وعلاقتها ببعضها وبمختلف النخب والصراعات التي جرت فيما بينها.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع :

لقد دفعتنا عدة أسباب لاختيار موضوع هذه الدراسة وتتجلى أهم أسبابنا في أسباب ذاتية وأخرى موضوعية :

1- الأسباب الذاتية :

- أ- تكملة لموضوع الدراسات العليا المعمقة الذي يحمل عنوان المرأة و التنمية الإدارية بالمغرب؛
- ب- التعيين المزاجي و الغير مدروس لبعض النماذج من الموظفين قي مناصب القيادة الإدارية وجعلها نخبة المجتمع الإداري مما ينعكس ذلك سلبا على الإدارة المغربية؛
- ت- توضيح صورة النخبة الادارية الحقيقية من حيث منافذ الوصول إلى دائرة النخبة.
- ث- دراسة بعض النماذج العربية والغربية من أجل المقارنة والاختذ بالنماذج الناجحة بما يتناسب مع وضيعة بلدنا المغرب.

2- الأسباب الموضوعية :

أ- إغناء البحث العلمي من خلال مناقشتنا للنقط التي يثيرها موضوع النخبة الإدارية ودورها في التنمية الإدارية -دراسة مقارنة-؛

ب- دراسة البنية الاجتماعية والبنية القبلية للمجتمع المغربي، تمكن من خلالها معرفة الخصائص الاجتماعية والسياسية لمختلف النخب الإدارية وعلاقة كل ذلك بأدوارها التنموية.

رابعا: تحديد المشكلة البحثية :

تحديد المشكلة البحثية يعد من أهم عناصر الإطار المنهجي لأي دراسة علمية، لأنها تسهل عملية تحديد الافتراضات العلمية بدقة ومن ثم تحديد بقية خطوات ومراحل إعداد الدراسة والوصول إلى نتائج علمية صحيحة.

وبناء على ذلك فإن الإشكالية البحثية لهذه الدراسة تتمثل في أن البنية الثقافية والاجتماعية المغربية اللتان كانتا هما العاملان الأساسيان في تكوين الخصائص الاجتماعية والسياسية وفي التأثير على أدوار مختلف النخب الإدارية، وقد انعكست تلك الخصائص على وسائل ظهور النخبة الإدارية واستمرارها وتغييرها وعلى مختلف الصراعات التي جرت فيما بينها ومن ثم على بناء الدولة ومؤسساتها الحديثة وتشكيل نظامها الإداري والسياسي.

خامسا: أهداف الدراسة :

تتمثل في :

- 1- التعرف على الخصائص الاجتماعية للنخبة الإدارية من حيث أصولها الاجتماعية وعوامل ظهورها واستمرارها وتغييرها ودور المؤسسات والبنى التقليدية والحديثة في التأثير على تلك الخصائص؛
- 2- التعرف على الأدوار الإدارية والسياسية لتلك النخب والكشف عن أسباب الصراعات التي حدثت فيما بينها في مختلف مراحل هذه الدراسة.

2- التعرف على علاقة النخبة الإدارية الحاكمة ببعضها وعلاقتها بالنخب السياسية المعارضة وتأثير تلك العلاقة في بناء مؤسسات الدولة.

سادسا: الفروض التي تقوم عليها الدراسة:

يمكن وضع الافتراضات الآتية:

- 1- النخبة الإدارية والسياسية الحاكمة في المغرب شكلت العامل الأهم في حركة التاريخ المغربي الحديث وكانت الفاعل الأساسي إن لم يكن الوحيد في قيام الدولة وتشكيل نظامها السياسي، وكان لأصلها الاجتماعي والقبلي تأثيرا قويا على ظهورها وتبديدها واستمرارها وعلاقتها ببعضها؛
- 2- النخبة الإدارية والسياسية الحاكمة في معظم فترات هذه الدراسة كانت تنقسم إلى فريقين أو جناحين متصارعين داخل أجهزة الدولة نفسها، الأول يمسك بالمفاصل الأساسية للسلطة ويسعى للبقاء فيها أطول مدة ممكنة ويحاول تحجيم أو تهميش الطرف الثاني الذي هو أيضا يحاول البقاء في أجهزة السلطة أو الامسك ببعضها، وكانت البلاد تشهد صراعات سياسية بين هذين الجناحين تؤدي إلى إزاحة أحدهما ومن ثم استمرار التعثر في بناء مؤسسات الدولة
- 3- النخبة الإدارية والسياسية المعارضة ظلت في موقع هامشي وغائب إلى حد كبير في مختلف مراحل هذه الدراسة، ولم يتح لها فرصة التحرك السياسي والتأثير في الدولة وفي المجتمع بشكل رسمي وقانوني إلا بعد الانفتاح السياسي الذي نتج عن قيام الوحدة الترابية المستقلة.

سابعا: حدود الدراسة:

حدود الدراسة تعني الحدود المكانية والزمانية والمتمثلة فيما يلي:

- 1- الحدود المكانية: وهي المغرب وبعض الدول الغربية مثل فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية... وبعض الدول العربية مثل تونس ومصر...؛
- 2- الحدود الزمانية: وهي الفترة الزمنية الواقعة في النصف الأول من القرن العشرين، منذ التوقيع على وثيقة فرض الحماية سنة 1912 على الحكم الملكي إلى غاية استقلال الجنوب من الاستعمار الفرنسي والشمال من الاستعمار الإسباني، مرورا بقيام الوحدة في سنة 1956 إلى أواخر حكومة السيد عباس الفاسي؛
- 3- سبب اختيار هذه المرحلة: لقد تم اختيار هذا الحد الزمني للدراسة لأن عام 1956 يعد تاريخا فاصلا بالنسبة للمغرب بين مرحلتين مختلفتين: الأولى قبل هذا التاريخ وهي مرحلة العزلة والظلم بسبب الاستعمار وركود البنية الاجتماعية، أما المرحلة الثانية فهي بعد هذا التاريخ والتي تمثل بداية الانفتاح السياسي والاقتصادي في المغرب.

ثامنا: الدراسات السابقة:

على الرغم من الأهمية الكبيرة لدراسة النخب الإدارية إلا أن الدراسات العلمية الموثقة والمرتبطة بالمجتمع المغربي إداريا وسياسيا واجتماعيا مازالت نادرة جدا ولا يتجاوز عددها أصابع اليد الواحدة.

تاسعا: مصادر جمع المعلومات :

البعض من المعلومات والبيانات عن هذه الدراسة متناثرة في بطون الكتب التي مازالت نادرة حتى الآن، وبعضها الآخر مازالت حبيسة العقول نظرا لحساسيتها وحرص أو خوف أصحابها ومن لهم علاقة بها من نشرها، ومع ذلك فقد تم جمع المعلومات لهذه الدراسة من عدة مصادر وهي :

1- المصادر المكتبية : حيث تم الرجوع إلى الكتب والوثائق التاريخية والاجتماعية والسياسية والدستورية والقانونية والدوريات والمجلات والصحف المتاحة والتي حصلت عليها من العديد من المؤسسات الرسمية والحزبية ومراكز الأبحاث والمكتبات العامة والخاصة؛

2- الملاحظات الشخصية : وهي أداة أساسية في البحوث الاجتماعية، وقد قمت بتسجيل كل ما يتعلق بالبنية الاجتماعية والنخبة الإدارية في المغرب عن طريق المقابلة حيث قمت بمقابلة العديد من الشخصيات والنخب الإدارية والسياسية كالكتاب العامون وعمداء الجمعيات، أعضاء مجلس النواب بعض الشخصيات الحزبية والنقابية والاقتصادية والاجتماعية والإعلامية سواء مقابلة مباشرة أو من خلال استمارة استبيان أو تقديم ملاحظات مكتوبة على بعض فصول الدراسة.

عاشرا : صعوبات الموضوع :

تتجلى فيما يلي :

1- قلة الكتابات الإدارية والأكاديمية سواء المتخصصة أو العامة في تناول موضوع "النخبة الادارية و دورها في تحقيق التنمية الإدارية" -دراسة مقارنة- ؛

2- صعوبة الحصول على الوثائق من الديوان الملكي وديوان الوزير الأول ومن بعض الوزارات.

حادي عشر: المناهج المستخدمة في الدراسة :

على العموم، رغم المعوقات التي اعترضت تشكيل هذه الإشكالية أهمها ندوة المراجع المتخصصة فيما يتعلق بالنخبة الإدارية والتنمية الإدارية فقد تمكنا من ملامسة النقط التي يثيرها هذا الموضوع معتمدين في تناول إشكاليته على توظيف المنهج المختلط أي الجمع بين مختلف مناهج البحث العلمي، التي يعتمد عليها علم الإدارة في تحليل الظواهر الإدارية حتى لا يشوب هذه الدراسة نوع من القصور. وهكذا ثم توظيف المنهج السوسولوجي لمقاربة وضعية النخبة الإدارية بحيطها الاجتماعي، بحيث لا يمكن فهم الظواهر الإدارية إلا في ظروفها السياسية والاقتصادية والحضارية والاجتماعية. كما تم التركيز على المنهج النفسي أو السيكولوجي الذي يهتم بتنمية الموارد البشرية وكيفية التعامل معها في معالجة بعض الظواهر الإدارية كالتحفيز والتكوين والاتصال والعلاقات الإنسانية، التي تتطلب معرفة سلوكيات الموظفين والعوامل المتحركة فيها. كما أن المقرب الوظيفي يساعد على إبراز الوظائف والأدوار المنوطة بالنخبة بمختلف مستوياتها. هذا إلى جانب المنهج الوصفي أي دراسات آليات عمل هذه النخبة وكيف يتم التنسيق وعملية التواصل فيما بين مكونات المنظمة الإدارية. وعلى المنهج المقارن، أي مقارنة بعض النماذج العربية والغربية للنخبة الإدارية بالنموذج المغربي. وبطبيعة الحال المقرب القانوني من خلال النظام القانوني الذي تخضع له الإدارة العمومية المغربية وموظفوها. كما يمكن الاعتماد على المنهج أو المقرب التدبيري الذي يهدف إلى البحث عن شروط التدبير المعقلن والفعال للموارد البشرية لتحقيق التنمية. وأخيرا سنعمل على توظيف ما يسمى بمنهج تحليل النظم باعتباره اتجاها حديثا -نسبيا- في الفكر الإداري حيث يتم بمقتضاه التفاعل

والتنسيق والتكامل بين مختلف العوامل التي تؤثر على العمل الإداري عموماً وعمل النخبة الإدارية على وجه الخصوص.

إثنى عشر: التقسيم المنهجي للدراسة :

وباستعمال هذه المناهج تمكنا من تفكيك عناصر إشكالية هذا البحث، متبعين في تناولها تقسيماً ثنائياً، يتضمن كل باب قسمين، إذ يعالج الباب الأول النخبة الإدارية بين النظرية والمفهوم حيث يختص القسم الأول منه بإبراز المقاربات النظرية لمفهوم النخبة الإدارية، في حين يستعرض القسم الثاني مفهوم النخبة الإدارية.

أما الباب الثاني فينصب على دراسة النخبة الإدارية: النظام القانوني والدور التنموي إذ يعالج القسم الأول منه النظام القانوني للنخبة الإدارية، والقسم الثاني دور النخبة الإدارية في التنمية الإدارية.

الباب الأول : الباب الأول : النخبة الإدارية بين النظرية والمفهوم :

تسهيلاً لدراسة الباب الأول من البحث قمنا بتقسيمه إلى قسمين أساسيين: حيث تناولنا في القسم الأول: المقاربات النظرية لمفهوم النخبة الإدارية والقسم الثاني: مفهوم النخبة الإدارية في الفكر الإداري المعاصر.

بالنسبة للقسم الأول قمنا بتقسيمه إلى فصلين أساسيين: الفصل الأول: المقاربة السوسيو-سياسية لمفهوم النخبة الإدارية: نموذج التحليل النخبوي. والفصل الثاني: المقاربة السوسولوجية والتدبيرية لمفهوم النخبة الإدارية. فكانت النتائج من خلال دراستنا للاتجاهات الحديثة في علم الإدارة التي تهتم بظاهرة "النخبة الإدارية" ما يلي :

- أن المقاربتين التدبيرية والسوسولوجية تقومان بربط الظاهرة المدروسة بالواقع المحيط بها. ذلك أن هذين الاتجاهين يشتركان في عدم عزل النخبة الإدارية عن التغييرات الداخلية والخارجية المؤثرة على سيرورتهم. إلا أنهم يختلفان في أولويات اهتمامهما. فالمقاربة التدبيرية تركز في مقاربتها للنخبة على وجودها الراهن، أي فترة مزاولتها للمهام القيادية داخل المنظمات، في حين يهتم الاتجاه السوسولوجي أساساً بمنافذ و مآل النخب الإدارية كمدخلات ومخرجات للنسق العام.
- ويملي اهتمام المنظمة براهنية القيادة الإدارية "المفهوم الذي تستخدمه هذه المقاربة"، النزعة البراغمية التي اكتف ظهور هذا الاتجاه ذو الأصول الانجلوسكسونية. وتتجلى هذه النزعة الذرائعية في هاجس الرفع من مردودية النخبة وزيادة إنتاجهم، وكذا في ضرورة التكيف مع التحولات المحيط بالمنظمات، بغض النظر عن الشروط الموضوعية التي تم فيها توظيف هؤلاء ودون البحث في محددات انتقائهم ومآلهم المهني بعد مغادرة مناصبهم العليا.
- وهنا نرى صعوبة الاقتصار على هذه المقاربة في دراسة "النخبة الإدارية" في الدول النامية. ذلك أنه بخلاف الدول الانجلوسكسونية التي أنتجت هذا النمط المنهجي، نجد أن الدول النامية لم تحسم بعد في طرق وخلفيات توظيف نخبها الإدارية سواء داخل الإدارة العمومية أو بعد مغادرتها، ورغم الأهمية العلمية والنفعية، فإن الحاجة لمعرفة أصول ومنافذ النخبة الإدارية يدفعنا للاستعانة باتجاهات أخرى أكثر شمولية. مما يقود إلى استعراض الاتجاه السوسولوجي.

- هذا الأخير الذي نميز في إطاره، ارتباطا بإشكالية " النخبة الإدارية " بين التيار المهتم بالسوسيولوجيا السياسية "من خلال جهاز مفاهيمي: مفهوم النخب، وإطار تحليلي ومنهجي ثري"، والتيار المهتم بسوسيولوجيا المنظمات " كذلك بجهاز مفاهيمي خاص: مفهوم البيروقراطية، ودراسات متميزة حول البيروقراطية".
- ورغم هذا التميز والتنوع الذي يطبع الاتجاه السوسيولوجي، إلا أن ربط تحليل ظاهرة " النخبة الإدارية " بالنسق العام، في مختلف مستوياته السياسية، التاريخية، الاجتماعية، الاقتصادية والإدارية، يجعل تطبيقه في حقل العلوم الإدارية أمراً غير سليم من الناحية المنهجية.
- فعلم الإدارة يهتم بدراسة " النخبة الإدارية"، كظاهرة علمية مستقلة نسبياً، عن دراسة أهداف الدولة من حيث توظيفها وتشغيلها. إن دراستنا لا تغفل ارتباط أفراد النخبة الإدارية بالتأثيرات السوسيولوجية والسياسية التي تعرفها الدولة، لكننا نهتم كذلك بدراسة النخبة كفاعلين مؤثرين في مسار النسق العام وهنا تكمن أهمية دراسة كروزيه وفريدبيرغ التي أشرنا إليهما سابقاً.
- والأكثر من كل هذا أن تحديدنا لمفهوم " النخبة الإدارية " الذي حاولنا فهمه من خلال المقاربات النظرية: المقاربة السوسيو-سياسية، المقاربة التدبيرية والتنظيمية فإن الأكثر من هذا كله، أن توضيح فئة النخبة الإدارية التي تحتل المراكز القيادية في المغرب وفرنسا بالإضافة إلى بعض أوجه المقارنة مع بعض الدول الغربية والعربية، يكمن في دراستنا لهذا المفهوم من خلال دراستنا لكيفية اختيار الحكومة للفئة التي تمثل نخبة المجتمع باحتلالها للمناصب السامية " مؤشرات قانونية"، وكذا تحليل الأصول الاجتماعية للنخبة الإدارية وتكوينهم التفافى "مؤشرات غير قانونية".

إلى هنا نكون قد انهينا القسم الأول من الباب الأول، لنتقل إلى القسم الثاني من الباب الأول. والإشكال الذي يمكننا طرحه هنا هل المؤشرات القانونية "معيار شغل منصب سامي، معيار المشاركة في النشاط الحكومي"، والمؤشرات غير القانونية "الأصول الاجتماعية للنخبة الإدارية، التكوين الثقافي لهم" هي مؤشرات استطاعت تحديد فئة النخبة الإدارية المغربية بدقة وهل هذه المؤشرات هي نفس المؤشرات المعتمد عليها في الدول الغربية والعربية، حيث تطرقنا إلى الدراسة المقارنة لأن موضوعنا هو بحث قائم على الدراسة المقارنة؟

إن الإجابة على هذا الإشكال شكلت موضوع القسم الثاني، والذي حمل عنوان مفهوم النخبة الإدارية في الفكر الإداري المعاصر، الذي بدوره تناولناه في فصلين الفصل الأول: المؤشرات القانونية والفصل الثاني: المؤشرات غير القانونية. فمن خلال دراستنا لتحديد مفهوم النخبة الإدارية، بالاعتماد على المؤشرات القانونية المتمثلة في تحديد تعريف لمفهوم الموظف العمومي في التشريع والفقه والقضاء المقارن، وكذا تحديد هذا المفهوم في القانون المغربي للخروج بتقييم للمعايير القانونية في تحديد مفهوم للنخبة الإدارية، هذا التقييم الذي شمل تقييماً لمعيار التعيين بظهير شريف، معيار الأجر، معيار شغل منصب سامي، ومعيار طبيعة الاختصاص: المشاركة في النشاط الحكومي.

أما المؤشرات غير القانونية، فتتمثل في مؤشر الأصول الاجتماعية للنخبة الإدارية ومؤشر تكوينها الثقافي.

يمكننا بعد الدراسة والتحليل هذه المعايير الخروج بخلاصة مهمة تزيل اللبس والغموض الذي يعرفه تحديد مفهوم النخبة الإدارية. وبالتالي فإن النخبة الإدارية هي بصفة عامة الأشخاص الذين تختارهم الحكومة من بين الفئات الاجتماعية المسورة لشغل مناصب سامية بهدف المشاركة معها في النشاط الحكومي.

وبناء على هذا التعريف يمكن حصر فئة النخبة الإدارية في الأصناف التالية :

- السفراء؛
- رؤساء الجامعات؛
- الولاية وعمال العمالات الأقاليم.المدوبون السامون؛
- الكتاب العامون للوزارات؛
- مديرو الإدارات المركزية؛
- أعضاء الدواوين الوزارية؛
- الامانة العامة للحكومة.

في نهاية هذا الباب الذي خصصناه لتعريف "النخبة الإدارية"، والتي تم تحديد أصنافها، نتساءل عما إذا كانت الأصناف المشار إليها أعلاه هي وحدها التي تندرج ضمن فئة "النخبة الإدارية" أم أن هناك نخب يمكن أن تندرج أيضا ضمن هذه الفئة؟

فإذا نظرنا إلى الوضعية التي يتمتع بها كل من الأمين العام للحكومة والأمين العام المساعد للحكومة ومستشاروا جلالة الملك هي نفس الوضعية التي يتمتع بها كل من الكاتب العام للحكومة في فرنسا وكذا مستشاروا رئيس الجمهورية الفرنسية باعتبارهم موظفين سامين.

وخلاصة القول إن التعريف الذي حاولنا إعطائه "للنخبة الإدارية"، ومن خلال تحديد أصنافها - المشار إليهم سابقا- يمكننا القول أن هناك تشابه بين رجل الادارة ورجل السياسة سواء من حيث أصولهم الاجتماعية أو تكوينهم الثقافي وهذا يضحد النظرية التقليدية التي تزعم أن هناك قطيعة بين الموظفين الإداريين والموظفين السياسيين وبالتالي يثبت أن هناك صعوبة الفصل بين ما هو إداري وسياسي، حيث كلما كان هناك ترقى في مستوى الهرم الإداري كلما أصبح الجانب السياسي يطغى على الجانب الإداري.

هذا يؤكد لنا النتيجة التالية :

★ صعوبة التمييز بين التنمية الإدارية والتنمية السياسية :

إن التنمية الإدارية مرتبطة ارتباطا عضويا بالتنمية السياسية والاقتصادية والاجتماعية للمجتمع نفسه ، إذ أنه من غير الممكن التخطيط للتنمية السياسية والاقتصادية والاجتماعية بدون وجود جهاز إداري فعال وقيادة إدارية كفئة ومؤهلة. فالواقع السياسي والاقتصادي لا ينفصل عن مسار التنمية الإدارية سلبا أو إيجابا.

كما يقول أستاذنا الدكتور "محمد يحيا" أن أعمال الحكومة أو أعمال السيادة هي الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية لا بصفتها سلطة إدارية، ولكن بصفتها سلطة سياسية، وغالبا ما تخضع لمقتضيات القانون الدستوري والقانون الدولي مثل :

- دعوة البرلمان للانعقاد في جلسة طارئة؛
- قطع العلاقة مع الدولة الخارجية؛
- بعض إجراءات الأمن الداخلي والخارجي.

لقد حاولنا من خلال الباب الأول : النخبة الإدارية بين النظرية والمفهوم القيام بدراسة شولية لظاهرة النخبة الإدارية: ترصد ظهورها، تحدد مسارها، وتتابع تطورها من خلال بناء نموذج يمكن اعتماده في دراستنا " للنخبة الإدارية".

يمكن القول أن هاجس الرصد الشمولي لظاهرة النخبة الإدارية سيدفعنا إلى اعتماد مقاربة تعددية تكاملية كمنهج تحليلي، رغم المزالق والانحرافات التي يمكن أن تقود إليها، خصوصا المتعلقة منها بالتشتت المفرط للفرضيات والإشكالات التي تثيرها الإشكالية العامة للبحث. لذلك سنقدم الخلاصات التالية :

➤ حاول بعض الكتاب من بينهم الاستناد " رضوان بوجمعة " في مؤلفه *«Le fonctionnaire Marocain»*، استبعاد الأعوان الذين يشغلون المناصب العليا المنصوص عليها في الفصل السادس من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية من دائرة الموظفين العموميين. وباستبعادهم لشاغلي المناصب العليا من دائرة الموظفين العموميين فإنهم يستبعدون ضمنا الموظفين العموميين السامين من هذه الدائرة، ذلك أن شغل منصب سامي يعتبر أحد المعايير التي يتم الاعتماد عليها في تعريف " النخبة الإدارية ". ويستند هؤلاء الكتاب في رأيهم هذا على تخلف شرط الدوام والاستمرار في المنصب، فالشخص لا يعتبر موظفا عموميا حسب هؤلاء الكتاب إلا إذا توافرت فيه ثلاث شروط :

الشرط الاول : التعيين في وظيفة عمومية؛
الشرط الثاني : الترسيم في إحدى درجات السلم الإداري؛
الشرط الثالث : دوام المنصب.

وبما أن الشخص المعين في إحدى المناصب العليا المنصوص عليها في الفصل السادس من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية يكون خاضعا للسلطة التقديرية للحكومة متى شاءت عينته ومتى شاءت عزلته فإن تعيينه في هذا المنصب يفقده شرط الدوام فيه وبالتالي تسقط عنه صفة الموظف العمومي.

إلا أننا نعتقد أن أصحاب المناصب العليا يحافظون على صفة الموظف العمومي التي كانوا يتصفون بها قبل شغل هذه المناصب. فالفصل السادس المتعلق بالمنصب العليا يدل على أن الأعوان الذين يشغلون هذه المناصب يعتبرون فئة من فئات الموظفين العموميين، ولو لم يكن الأمر كذلك لما ورد هذا الفصل ضمن فصول النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية.

وإذا ما تفحصنا النصوص القانونية المنظمة للنخبة الإدارية (السفراء، عمال العمالات والأقاليم، الكتاب العامون للوزارات، ومديرو الإدارات المركزية...)، لوجدناها كلها تحيل على النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية وهذا ما يؤكد أن شاغلي المناصب العليا المنصوص عليها في الفصل السادس من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية يعتبرون موظفين عموميين.

ثم إن الطابع المؤقت الذي يتسم به التعيين في المناصب العليا يرتبط بالطبيعة الخاصة لهذه المناصب ومتطلباتها " فهذه المناصب تعتبر على قدر كبير من الأهمية لذلك فإن شاغليها يجب أن يتحلوا بالصفة إلى الضمانات الموضوعية بثقة الحكومة الكاملة بهم سيما وأنهم يعتبرون المساعدين المباشرين للحكومة وأنهم مطالبون بإنجاح سياسة الحكومة وإعطائها أقصى ما يمكن من الفعالية. لذلك يخشى أن تؤدي الاستمرارية والدوام في هذه

المناصب إلى خلق مجموعة من المسيرين الدائمين وقد تؤدي التجربة التي قد تتوفر عليها هذه المجموعة والشعور بالمستوى العالي الذي توجد فيه إلى فرض وجهة نظرها بل يمكن أن يصل ذلك في بعض الأحيان إلى معاكسة العمل الوزاري".

إن هذا الأمر لا ينسجم مع المبادئ الديمقراطية ذلك أن الحكومة في الدول الديمقراطية تعتبر انعكاسا للأغلبية الموجودة في البرلمان والتي تمثل الشعب، فكيف يمكن والحالة هذه لمجموعة من المسيرين الذين لا يعتبرون لا منتخبيين ولا مسؤولين أن تتحكم في الحكومة التي اختارها الشعب بواسطة نوابه؟ ولهذا السبب تم الاعتراف للحكومة بسلطة تقديرية في اختيار وعزل أصحاب المناصب العليا، وهذا جعل التعيين في هذه المناصب لا يتسم بالدوام والاستمرار، وهذا لا ينال شيء من صفة الموظف العمومي التي يحملها شاغلوا المناصب العليا خصوصا وأن هذه المناصب هي مناصب عمومية يتحمل أصحابها مسؤوليات جسيمة في سبيل استمرار سير المرافق العمومية بانتظام واضطراد، في سبيل ذلك يتحملون التزامات وواجبات أكثر من غيرهم من الموظفين العموميين الآخرين.

إن التعريف الذي حاولنا إعطائه "للنخبة الإدارية" في المغرب، كشف لنا عن حقيقة مهمة، وهي أن هناك تشابه بين النخبة الإدارية ورجال السياسة سواء من حيث أصولهم الاجتماعية أو تكوينهم الثقافي، وهذا ما يضحده النظرية التقليدية التي تزعم أن هناك قطيعة بين النخبة الإدارية ورجال السياسة. وبالتالي يثبت أن هناك علاقة بين الإدارة والسياسة في المغرب.

ويبقى الإشكال المطروح هنا، عن الوضع القانوني الذي تحضى به النخبة الإدارية المغربية وعن مدى مساهمتها في التنمية الإدارية؟ مع أوجه المقارنة مع بعض النماذج الغربية والعربية. إن الإجابة على هذه التساؤلات شكلت موضوع الباب الثاني من هذا البحث. والذي حمل عنوان

الباب الثاني : النخبة الإدارية :النظام القانوني والدور التنموي :

حاولنا في هذا الباب تسليط الأضواء على "الوضع القانوني للنخبة الإدارية": السفراء، مديرو الإدارات المركزية، رؤساء الجامعات، الولاة وعمال العمالات والأقاليم، المندوبون السامون، الكتاب العامون للوزارات، أعضاء الدواوين الوزارية، الأمانة العامة للحكومة، وذلك في "القسم الأول". أما "القسم الثاني" فقد تطرقنا فيه إلى دور هذه النخبة في التنمية الإدارية.

فالبنسبة للقسم الأول : الذي حمل عنوان النظام القانوني للنخبة الإدارية، والذي تم تقسيمه إلى فصلين : الفصل الأول: تعيين النخبة الإدارية وعزلها و الفصل الثاني: حقوق النخبة الإدارية والتزاماتها :

إن الاعتراف للسلطة التنفيذية بالسلطة التقديرية في تعيين نخبتها الإدارية وعزلهم، إن كان يسمح لها بأن تستعين بأعوان تثق فيهم وتعتبر أنهم هم الأجدر على تطبيق سياستها بفعالية ونجاح، فإنه يشكل الأساس لنظام الغنائم الذي يركز على الزبونية والصداقات وعلاقات الدم والقرابة. ولعل هذا ما يفتح الباب على مصراعيه أمام تسييس الوظيفة العمومية العليا، وظاهرة تسييس الوظيفة العمومية في المغرب وما ينجم عنها من خضوع الموظف للسلطة السياسية تعتبر الخط المميز للإدارة المغربية. ويمكن تفسير هذه الظاهرة بعدة أسباب¹:

¹ -R. Boujmea : *Le Fonctionnaire marocain, op.cit, p : 182 et suite.*

➤ فمن جهة بما أن الإدارة كانت تعتبر وسيلة بين يدي السلطان، فلا يمكن أن يكون لها استقلال على المستوى الإيديولوجي، فالموظف خدام للسلطة السياسية لا يمكنه بأي حال أن يعتنق أفكارا عن أفكار السلطة التي هو في خدمتها.

➤ ثم أن سلطات الحماية لم تكن تتصور العون العمومي على أنه مستقل عن السلطة، بل على العكس من ذلك، فلن يتم تعيين هذا العون كان عليه أن تكون له إيديولوجية مطابقة لإيديولوجية الإدارة الحامية.

وقد تقوى هذا الاتجاه عندما حصل المغرب على الاستقلال. فمن أجل تعويض رحيل الأجانب فقد تمت المناداة على أطر الأحزاب السياسية الذين ولجوا الإدارة واحتلوا المناصب العليا فيها. والواقع أنه في هذه المرحلة لم يكن بالإمكان إيجاد العاملين المؤهلين لخدمة الدولة في مستوياتها العليا إلا داخل النخبة السياسية.

ورغم تراجع دور الأحزاب السياسية في الحياة العامة وأبعادها عن الإدارة¹، فإن ظاهرة تسييس الوظيفة العمومية العليا في المغرب لم تختفي. فالسلطة السياسية تختار دوماً من يظهر قرابة سياسية تجاهها، فعدم اختيار السياسيين لا يستبعد اختياراً سياسياً².

ولا غرور أن تسييس الوظيفة العمومية العليا في المغرب يجعل مبدأ حياد النخبة الإدارية تجاه السلطة السياسية الذي تدعيه النظرية التقليدية مجرد وهم وخيال ولا علاقة له بالحقائق الواقعية. كما أن هذا التسييس يؤثر بشكل كبير على حقوق النخبة الإدارية والتزاماتها، وهذا ما بيناه في الفصل الثاني من هذا القسم.

نجد أن النخبة الإدارية تتمتع بمجموعة من الحقوق والامتيازات والمنافع المادية والمعنوية.

وتتمثل هذه الحقوق والامتيازات والمنافع الخاصة بالنخبة الإدارية في حق الأجرة، الإجازات الإدارية، الترقية والتقاعد، وفي التعويض عن التمثيل، التعويض عن القيام بالمهام والمسؤولية سواء داخل البلد أو خارجه، التعويض عن المنصب، التعويض عن الزبي والتعويض التمثيلي عن السكنى، إضافة إلى هذه الحقوق والامتيازات الخاصة نجد بالنخبة الإدارية مؤسسة الحسن الثاني للأعمال الاجتماعية لفائدة رجال السلطة، لكن بالرغم من ذلك فإنها تبقى حقوقاً ضيقة.

وفي مقابل هذه الحقوق والامتيازات المادية والمعنوية والمنافع المخولة للنخبة الإدارية وذلك من خلال موقعها الاجتماعي ومكانتها الإدارية، فإنها يجب عليها الالتزام بمجموعة من الواجبات المهنية سواء في حياتها العملية أو في حياتها الخاصة.

ففي الحياة المهنية يجب على النخبة الإدارية الالتزام بالروءة والاستقامة والالتزام بواجب كتمان السر المهني والتفرغ الكلي للعمل الوظيفي، والالتزام بواجب الطاعة الرئاسية للسلطة السياسية وبواجب التحفظ.

¹ - J.Deleau : *Administration marocaine, exemple des problèmes administratifs d'un pays en voie de développement*, B.I.I A.P n° 27, Juillet-septembre 1976, p : 476.

² -R.Boujmeaa : *Le Fonctionnaire marocain*, op.cit, p : 186.

كما أن هناك مجموعة من الالتزامات المفروضة على النخبة الإدارية حتى في حياتها الخاصة، فهي ملزمة بالالتزام بواجب الاستقامة والكرامة والمروءة حتى خارج نطاق عملها، باعتبارها ممثلة الحكومة وبالتالي فهي ممثلة الدولة أمام المجتمع سواء الوطني أو الدولي.

ولهذا فإن أعمالها تخضع لرقابة المشرع والقضاء، حيث نجد المشرع يقوم بصياغة وترتيب مجموعة العقوبات التأديبية والجنائية للنخبة الإدارية عن الأخطاء الصادرة عنها، في حين يلعب القضاء دورا مهما في الرقابة على القرارات الإدارية الصادرة عنها، وذلك إما بإلغائها لعدم احترامها لمبدأ الشرعية أو تأييدها لكون القرارات الإدارية هي قرارات جانب الصواب في احترامها للقاعدة القانونية.

من خلال دراستنا للوضع القانوني للنخبة الإدارية، قد بينت لنا أنها ليست محايدة تجاه السلطة السياسية. وهذا ما يؤكد أنه لا يوجد فصل وتمييز وقطعية بين الإدارة والسياسة بل على العكس من ذلك توجد علاقة بينهما. ولتأكيد هذه العلاقة يبقى علينا أن نعرف ما إذا كانت النخبة الإدارية تعتبر مجرد أدوات في يد السلطة السياسية أم أنها تشارك في تنسيق وإعطاء الفعالية للنشاط الحكومي؟

هذا ما حاولنا التعرف عليه من خلال دراستنا لدور النخبة الإدارية في النشاط الحكومي في القسم الثاني من هذا البحث الذي عملنا على تقسيمه إلى فصلين: أسباب مشاركة النخبة الإدارية في النشاط الحكومي في الفصل الأول والفصل الثاني: مظاهر مشاركة النخبة الإدارية في التنمية الإدارية:

توجد ثلاثة أسباب مباشرة مهمة جعلت النخبة الإدارية تشارك في النشاط الحكومي هي :

دوام النخبة الإدارية واستمرارها في مناصبها لمدة طويلة؛ الكفاية التقنية التي تتمتع بها النخبة الإدارية؛ امتلاك النخبة الإدارية لبعد تمثيلي.

وبصفة عامة يمكن القول أنه تبين لنا من خلال دراستنا لأسباب مشاركة النخبة الإدارية في النشاط الحكومي عدم صحة النظرية التقليدية من جهتين :

➤ فمن جهة أولى إذا كانت النظرية التقليدية تدعي أن هناك فصلا وتمييزا بين الإدارة والسياسة، فإن اكتساح الموظفين السامين في المغرب للمجال السياسي يذيب هذا الفصل ويجعله مجرد وهم وخيال؛
➤ ومن جهة أخرى فإذا كانت النظرية التقليدية تزعم أن النخبة الإدارية تعتبر مجرد أداة في يد السلطة السياسية لا حول لها ولا قوة، فإن الكفاية التقنية التي تتمتع بها والخبرة والتجربة التي اكتسبتها خلال شغل مناصبها ولمدة طويلة مكنتها من أن يكونا على اطلاع واسع بالملفات وعلى علم بالمشاكل والقدرة على إيجاد الحلول الملائمة، وهذا ما يجعلها في نهاية المطاف لا تكتفي بتنفيذ قرارات الحكومة فحسب كما تدعي النظرية التقليدية ذلك، بل تتدخل في وضع واتخاذ هذه القرارات. وهذا ما سيتبين لنا بشكل أوضح عند دراستنا لدور النخبة الإدارية في النشاط الحكومي.

أما عن مشاركة النخبة الإدارية في عملية اتخاذ القرارات السياسية تجد أصلها ونموذجها في الدواوين الوزارية. وتعتبر الدواوين الوزارية أصل ما أصبح يعرف بإدارة القيادة *Administration d'état major* التي انتشرت اليوم في قمم الدولة والتي تكمن إحدى خصوصياتها في تشغيل رجال السياسة والنخبة الإدارية بكيفية مشتركة بغية تنسيق العمل الحكومي.

ومكونات إدارة القيادة كثيرة ومتنوعة، ومنها ما يغلب عليه الطابع السياسي كالديوان الملكي وديوان الوزير الأول، ومنها ما يغلب عليه الطابع الإداري كالأمانة العامة للحكومة. وتكون مشاركة النخبة الإدارية في هذا الإطار مشاركة دائمة ومستمرة غير أن إدارة القيادة امتدت على المستوى الوزاري أيضاً، حيث يتم من حين لآخر إحداث قيادات وزارية وهي عبارة عن بنيات سياسية إدارية تعرف باسم الاجتماعات الوزارية (مجالس وزارية، لجان وزارية، واجتماعات وزارية). وتكون مشاركة النخبة الإدارية فيها مشاركة متقطعة، فهي لا تشارك في هذه الاجتماعات إلا عند النظر في القرارات التي تعود إلى إدارتها الأصلية.

خلاصة القول إن أبرز الخصوصيات التي تنفرد بها النخبة الإدارية، هذه الفئة التي تمثل نخبة المجتمع الإداري والسياسي في مختلف دول العالم سواء الغربية أو العربية. فعلى عكس الغالبية الساحقة من الموظفين العموميين، فإن النخبة الإدارية تنحدر بصفة عامة من الفئات الاجتماعية الميسورة في المجتمع وتخضع للسلطة التقديرية التي تتمتع بها السلطة التنفيذية سواء في تعيينها أو في ترقيتها أو في عزلها وتشارك في وضع قرارات السلطة التنفيذية واتخاذها.

وتدفعنا هذه الخلاصة إلى طرح تساؤل هل بالإمكان الحديث عن نظام أساسي خاص بالنخبة الإدارية على غرار الأنظمة الخصوصية المعترف بها لبعض الفئات من الموظفين العموميين؟

يرى *P.Lalumière* أن الوضعية القانونية للنخبة الإدارية وضعية غامضة لأنها ناتجة عن الأساليب التي تتبعها الحكومات في تعيين هؤلاء الموظفين. ويضيف الكاتب بأن هذه الوضعية محددة بعنصرين هما: شغل منصب سامي يترك لتقدير الحكومة سواء فيما يتعلق بالتعيين أو بالعزل، وحياسة درجة في هيئة إدارية ينظمها في الأصل النظام العام للموظفين والتي تسمح له بالاستمرار في الاستفادة من حقوقه في الترقية والتقاعد.

ويخلص الكاتب من ذلك إلى أن النخبة الإدارية لها نظام حقيقي ينبثق من المنصب ونظام شخصي ينبع من الدرجة¹. وما يمكن أن يلاحظ على رأي *P.Lalumière* أنه يتحدث عن النظام الأساسي الخاص بالنخبة الإدارية التي تنحدر من الوظيفة العمومية فقط، ولا يشير إلى النظام الأساسي للنخبة الإدارية التي لا تنحدر من الوظيفة العمومية. ورغم أن الواقع يثبت أن جل النخب الإدارية ينحدرون في الأصل من الوظيفة العمومية وهذا ما أشار إليه *P.Lalumière* نفسه، فإنه لا ينبغي أن نغفل أولئك الذين لا ينتسبون إلى الوظيفة العمومية أيا كان عددهم. ذلك أن المشرع اعترف للسلطة التنفيذية بتعيين نخبها سواء من بين الموظفين أو من غير الموظفين لذا ينبغي أن يؤخذ هذا المعطى بعين الاعتبار عند الحديث عن نظام أساسي خاص بالنخبة الإدارية.

ونعتقد أنه من الصعب الحديث عن نظام أساسي خاص بالنخبة الإدارية وذلك لعدة أسباب :

1- تعدد أصناف النخبة الإدارية : فالنخبة الإدارية إذا كانت توجد في قمة الهرم الإداري، فإنها لا تشكل لا إطاراً ولا هيئة، بل إن كل صنف منها ينتمي إلى إطار أو هيئة معينة. فالولاة وعمال العملات والأقاليم ينتمون إلى هيئة المتصرفين التابعة لوزارة الداخلية، والسفراء يندرجون ضمن هيئة أعوان وزارة الشؤون الخارجية العاملين بالخارج...

¹ -*P.Lalumière :Les hauts fonctionnaires, op.cit., p :243 et suite.*

2- تنوع المهام التي تقوم بها النخبة الإدارية : إذا كانت النخبة الإدارية تشارك في النشاط الحكومي فإنها لا تزاول نفس المهام. فمهام السفير يختلف عن مهام الوالي أو العامل. ومهام رئيس الجامعة يختلف عن مهام المندوب السامي...

فتعدد أصناف النخبة الإدارية وتنوع المهام التي تزاولها يفرز بعض الاختلاف والتباين في الأحكام والقواعد التي تخضع لها. صحيح أن الوضعية القانونية للنخبة الإدارية تتقارب سواء فيما يتعلق بتعيينها أو عزلها، أو فيما يخص حقوقها وواجباتها، غير أنها لا تتماثل وتتطابق تطابقا تاما.

وهذا ما حاولنا أن نبينه ، فهناك اختلاف بين أصناف النخبة الإدارية سواء فيما يتعلق بترتيب أرقامها الاستدلالية. فهي لا تتوفر مثلا على شبكة موحدة للأرقام الاستدلالية، أو بالتعويضات المخولة لها. فهناك تعويضات خاصة بالولاية وعمال العمالات والأقاليم التي لا نجد لها نظير بالنسبة للسفراء...

وهذه الاختلافات لا تقتصر على مجرد الاختلاف في مقدار الأجور والتعويضات الممنوحة للنخبة الإدارية، وإنما تتجاوز ذلك بكثير. فمن النخبة الإدارية من يتوفر على نظام للترقية ومنها من لا يتوفر عليه. كما أن النخبة الإدارية لا تتوفر على نظام للتقاعد خاص بها. إضافة إلى أن وضع نظام أساسي خاص بالنخبة الإدارية يتضمن قواعد مضبوطة ومحددة يجب على الحكومة أن تلتزم بها على أنه سيثقل يد الحكومة في اختيار نخبتها، وسيفقد حريتها في تعيينهم وعزلهم، والحال أن الكل أصبح الآن يسلم بأن الحكومة تتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال.

خاتمة عامة :

ما يمكن أن نختتم به من خلال هذه الدراسة البحثية المتواضعة هو أن موضوع النخبة الإدارية موضوع حديث متشعب وعميق، ولقد حاولت هذه الدراسة على امتداد صفحات هذا البحث الإجابة على مجموعة من الأسئلة التي تتعلق بمفهوم النخبة الإدارية، وأهم النظريات التي تناولت هذا المفهوم بالدرس والتحليل، والوقوف عند كل نظرية واتجاه، ثم الانتقال بعد ذلك للتركيز على النظام القانوني والدور التنموي للنخبة الإدارية مع دراسة بعض النماذج الغربية والعربية من أجل الاستفادة وتطبيق ما يصلح منها لمجتمعنا.

فمن خلال دراستنا لهذا الموضوع حاولنا أن نبرز الخصوصيات التي تتميز بها النخبة الإدارية عن بقية الموظفين العموميين في الدولة تثبت لنا أن هناك علاقة بين الإدارة والسياسة في المغرب، وتبدو هذه العلاقة سواء في التشابه الموجود بين النخبة الإدارية ورجال السياسة في الأصول الاجتماعية وفي التكوين الثقافي، أو في تسييس النخبة الإدارية أو في مشاركتها في النشاط الحكومي.

نستنتج من خلال ما تم تناوله في هذا البحث ما يلي :

✧ ينقسم المجتمع إلى فئة حاكمة وفئة محكومة تسمى الفئة الحاكمة منها بالنخبة التي تمتلك من العناصر والمؤهلات التي تمكنها من السيطرة على شؤون المجتمع والدولة وإدارته والتحكم بموارده المختلفة، ولا يستطيع حتى الحاكم الفرد من ممارسة السلطة بمفرده دون مشاركة النخب له في ممارسة هذه السلطة؛

✧ تخضع النخبة بشكل عام إلى قوانين التبدل والتغيير حسب المتغيرات داخل البيئة الاجتماعية العامة التي تتواجد فيها، وتختلف هذه النخب حسب طبيعة الدور الذي تمارسه وطبيعتها التكوينية، فتظهر هناك نخب اجتماعية تهتم وتعمل في إطار البنى الاجتماعية. وهناك الاقتصادية وكذا الثقافية وتعد النخبة الإدارية

- والسياسية هي النخبة المسيطرة والمتحكمة بشكل كبير نسبيا في حركة النخب الأخرى والجماهير عموما بسبب سيطرتها على النظام الإداري والسياسي الذي تمثل قمة الهرم فيه عادة؛
- ✦ يشار إلى النخبة الإدارية عادة بدلالة الفئة الحاكمة التي تحفظ توازن المجتمع وتمسك بزمام الأمور فيه، وتحقق عملية التوازن الاجتماعي داخل المجتمع عن طريق ما تمتلكه من وسائل التأثير والضغط على مختلف القوى والشرائح الاجتماعية، وتمارس في الوقت ذاته مجموعة من الوظائف التي تعبر عن أهداف المجتمع؛
- ✦ إن الوصول إلى دائرة النخبة الإدارية لم يعد مقصورا على الجماعات ذات المقام الموصوف والإمميزات المعينة بوصفها دائرة مغلقة بل توسعت لتشمل الأشخاص المالكين لرأس المال الثقافي؛
- ✦ تمثل التنمية حركة شاملة للمجتمع باتجاه تحقيق أهدافه عن طريق استثمار موارد الدولة التي يتواجد فيها هذا المجتمع، وبوجود جهة مخططة ومنفذة وموجهة لهذه الحركة الشاملة التي تندرج في إطارها تنميات فرعية ذات أبعاد مختلفة اقتصادية واجتماعية وثقافية وإدارية، وتعد الإدارية منها المحور الأساس الذي تنبني عليه التنمية الشاملة، إذ تعبر التنمية الشاملة عن وجود السلطة داخل المجتمع في تحديد الأهداف العامة ووضع الخطط اللازمة لتحقيق هذه الخطط؛
- ✦ إن نجاح أي تنمية إدارية يستلزم وجود رغبة في ذلك مع وجود تخطيط تسبقه تعبئة جماهيرية باتجاه تحقيقها، وهو ما يتطلب من القوى السلطوية الأخذ بزمام المبادرة لتحقيق ذلك وتقع النخبة الإدارية في صميم هذه القوى؛
- ✦ يركز الدور أو الوظيفة التنموية للنخبة الإدارية على تمتعها بالقوة السلطوية التي تمكنها من تنظيم النشاط الإداري والتنسيق في عمل البنى المختلفة داخل المجتمع في إطار التنمية الإدارية، وكذلك على نزعها البنيوية نحو التغيير المستمر، والذي يجسد حقيقة التنمية ذاتها المرتبطة بالتغير من وضع سلبي إلى وضع إيجابي وذلك عن طريق التعبئة لموارد المجتمع البشرية نحو تحقيق هذه الأهداف وهو المرتكز المضاف للدور التنموي للنخبة الإدارية؛
- ✦ تنطلق النخبة في أداء دورها النخبوي من اندماجها في إطار المجتمع لتأخذ على عاتقها بصفتها القوة الرئيسة المترتبة على هرم السلطة الإدارية، أداء الدور التنموي في تحديد الأهداف ووضع الخطط وتنفيذها والرقابة عليها؛
- ✦ يستند نجاح أو فشل النخبة الإدارية في أداء وظيفتها أو دورها التنموي على مجموعة من العوامل، أهمها درجة النضوج الإداري والسياسي لهذه النخبة وتماسكها وإدراكها لأهمية دورها في تحقيق التنمية من خلال توحيد الرؤى الإدارية والسياسية داخل المجتمع باتجاه تبني موقف محدد، ويستند هذا الدور على قوة الدولة ذاتها وإمكاناتها واستغلال هذه الإمكانيات لتحقيق التنمية مثل التماسك القومي والوحدة الوطنية، ويرتبط الدور كذلك بعامل المرونة التي تبديها النخبة الإدارية في الانفتاح والتعامل مع أنماط النخب الأخرى (الاقتصادية، الثقافية والعسكرية وغيرها)، واستيعابها وتوحيد الفعل باتجاه إحداث التغيير التنموي المطلوب، كما يستند الدور التنموي على عوامل أخرى داخلية وخارجية منها اقتصادية واجتماعية وأمنية قد تساعد أو تعيق هذا الدور؛
- ✦ في إطار تفاعلها مع مؤسسات النظام الإداري والسياسي من جهة، و دورها في التأثير على الظروف المجتمعية من جهة أخرى، تقوم النخبة الإدارية بأداء دور تفعيل أو عرقلة تجاوز النظام والمجتمع أزمات التنمية الإدارية والسياسية المتعلقة بالهوية والشرعية والتغلغل والاندماج و المشاركة والتوزيع، وذلك تبعا لطبيعة النخبة التكوينية وكفاءتها ومرونتها وانفتاحها على المجتمع وإرادتها في تحقيق التنمية الإدارية.

إن النخبة الإدارية في المغرب تعتبر جزءا لا يتجزأ من الطبقة السياسية، فهي مثلها مثل رجال السياسة تنحدر من الفئات الميسورة في المجتمع كما أن تكوينها الثقافي يشبه التكوين الثقافي لرجال السياسة.

والنخبة الإدارية نظرا لتجربتها وكفايتها ونظرا لدوامها في مناصبها لمدة أطول من المدة التي يقضيها الوزراء، تتمكن من التعرف جيدا على الملفات، وتستطيع التعمق في القضايا التي تواجه الإدارة، لذا فإن بإمكانها ليس فقط تنوير الوزراء ومداهم بما يحتاجون إليه من معلومات ومعطيات، بل كذلك اقتراح الحلول الملائمة وإبداء الملاحظات والتصورات والآراء التي غالبا ما تجدد قبول واستحسان السلطة التنفيذية. وبذلك فإن النخبة الإدارية لا تكتفي بإعداد وتنفيذ قرارات الحكومة فحسب، بل تشارك أيضا في عملية اتخاذها وذلك إما من خلال اتصالها المباشر والوثيق بالسلطة التنفيذية أو من خلال حضورها في مختلف الاجتماعات الوزارية التي يتم فيها بلورة هذه القرارات.

ولعل تنوع مظاهر هذه العلاقة وتعدد أوجهها يسمح لنا بالقول أن العلاقة بين الإدارة والسياسة في المغرب علاقة وثيقة وقوية ومتينة، وأن هذه العلاقة لا تضحد النظرية التقليدية بجميع مقولاتها فحسب وإنما ولدت لدينا اقتناعا بفكرة مهمة لا بد أن نلفت إليها انتباه الباحثين خاصة أولئك الذين يعنون بدراسة النظام السياسي المغربي وهي أنه لن يتأتى لنا دراسة هذا النظام دراسة كاملة وإعطاء صورة حقيقية وصحيحة عنه من غير أن نقوم بدراسة الإدارة ولا سيما الإدارة العليا كمكون أساسي من مكونات هذا النظام.

فالملاحظ أن جميع المؤلفات التي تهتم بدراسة النظام السياسي المغربي تشير بإشارات خاطفة وخفيفة للإدارة، وهذه المسألة ليس لها في نظرنا إلا تفسيرا واحدا هو أن هؤلاء الباحثين لازالوا متشبثين عن قصد أو عن غير قصد بالنظرية التقليدية التي تجعل الإدارة مجرد أداة تتصرف فيها السلطة التنفيذية، لذلك فقد حان الوقت في نظرنا تجاوز هذه الفكرة، ولأن يعطي الدارسون للنظام السياسي المغربي في أبحاثهم ومؤلفاتهم للإدارة نفس العناية والاهتمام الذي يولونه للعناصر الأخرى المكونة للنظام من حكومة وبرلمان وغيرهما. إن هذه الفكرة في حاجة ماسة إلى أن تتأكد من أجل ذلك فإننا نقترح أن تنصب الأبحاث التي ستنجز في المستقبل في موضوع النخبة الإدارية على تميم وتعميق المعطيات الواردة في هذا البحث من جهة وعلى دراسة أبعاد وتأثير النخبة الإدارية على التنمية الإدارية من جهة أخرى.

من باب تحصيل حاصل، إذا كانت النخبة الإدارية تتمتع بوضعية خاصة، فإن هذه الوضعية لا ترقى في نظرنا إلى حد وجود نظام خاص بها.

وتستدعي منا هذه الوضعية المتميزة التي تحظى بها النخبة الإدارية تقديم الاقتراحات التالية بشأنها:

- تعميم الضمانات الممنوحة للنخبة الإدارية التي تنتمي أصلا إلى الوظيفة العمومية لتشمل أولئك الذين لا ينتمون إلى الوظيفة العمومية، ويكفي أن نشير هنا إلى مثل واحد وهو الحق في التقاعد الذي لا يعترف به للنخبة الإدارية التي تأتي من خارج الإدارة، والغاية من هذا الإجراء هو تشجيع الأطر العليا التي تعمل خارج الإدارة للالتحاق بالإدارة وقبول العمل مع السلطة التنفيذية.
- ضبط السلطة التقديرية التي تتمتع بها السلطة التنفيذية في اختيار نخبها وتعيينهم: إذا كان القانون يعترف للسلطة التنفيذية بسلطة تقديرية في اختيار نخبها وعزلهم، فإن السلطة التنفيذية يجب في نظرنا أن تستعمل سلطتها التقديرية في الحدود التي تسمح لها بالاستعانة بالأشخاص الذين تثق فيهم وتعتقد أنهم الأجدر على

إنجاح سياستها، ولا ينبغي لها أن تتعد بأي حال عن هذا الهدف وذلك حتى يتم الحد ما أمكن من ظاهرة تسييس الإدارة. فإذا كان تسييس النخبة الإدارية أمرا مقبولا، فإن المبالغة في التسييس ستكون له ولا شك آثارا سلبية على فعالية العمل الإداري وعلى مردودية الإدارة.

• **إصلاح نظام الأجور والترقية والتقاعد الخاص بالنخبة الإدارية:** بالنسبة للأجور يجب في نظرنا جعل العلاقة بين الأجر والعمل علاقة ملموسة، فعوض الزيادات في المبالغ الممنوحة للنخبة الإدارية والتي تعوض الجمود المفرط في نظام المرتبات الخاص بالنخبة الإدارية يجب إعادة النظر في شبكة الأرقام الاستدلالية الخاصة بالنخبة الإدارية، كما يجب ربط التعويضات التي تستفيد منها بالمردودية. كل ذلك من شأنه أن يؤدي إلى تحفيز النخبة الإدارية على العمل الجاد وبذل المزيد من الجهد، كما أنه من شأن ذلك أيضا أن ينمي مفهوما أكثر تنافسية لمهنة موظف سامي.

• **وبالنسبة للترقية:** باستثناء عمال العمالات والأقاليم ومديرو الإدارات المركزية، فإننا لا نجد أي شيء يذكر بالنسبة لترقية الأصناف الأخرى من النخبة الإدارية، لذا نقترح تعميم نظام الترقية ليشمل جميع أصناف النخبة الإدارية، كما نقترح أن تكون مدة الترقية من رتبة إلى أخرى قصيرة لا تتجاوز سنة، وأن تكون الزيادة الناتجة عن الترقية شاملة على الزيادة في المرتب والزيادة في التعويضات وذلك حتى تكون الترقية عاملا آخر من عوامل تحفيز النخبة الإدارية، وأخيرا أن تكون الترقية تلقائية وغير خاضعة للسلطة التقديرية التي تتمتع بها السلطة التنفيذية.

• **أما بالنسبة للتقاعد:** في نظرنا يجب وضع نظام للتقاعد خاص بالنخبة الإدارية يطبق عليها جميعا، وذلك على غرار ما هو موجود بالنسبة لأعضاء مجلس النواب.

• **تقنين إعادة ترتيب النخبة الإدارية:** تقوم السلطة التنفيذية بتعيين النخبة الإدارية التي أنهت عملها معها على رأس المؤسسات العمومية والمقاولات الكبرى، غير أن هذه العملية لا تستند على أية معايير موضوعية، لذا فإننا نقترح القيام بتقنين هذه العملية وتحديد قواعدها بكيفية دقيقة وواضحة وذلك حتى تكون الاستفادة منها متاحة للنخبة الإدارية بشكل موضوعي.

تبقى رغبات الأمانى في تحقيق التنمية الإدارية ببلادنا أملا في يد النخبة الإدارية والنخبة السياسية المتواجدة والتي ستوجد في ظل الولاية الجديدة. ويبقى التساؤل مطروحا عن مدى تطبيق الدستور الجديد على أرض الواقع؟ ومدى مسؤولية الحكومة الجديدة في تحقيق التنمية الإدارية...؟ فهل هي حكومة تتكون من نخب ذات تكوين علمي وكفاءة عالية، نخب ذات أخلاق جيدة، نخب ذات ضمير حي تقدر مدى المسؤولية الملقاة على عاتقها، نخب تجعل مصلحة الوطن والمواطن أولى اهتماماتها...؟

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

L'intérêt de l'enfant vue à travers la législation maghrébine en matière de garde « hadhana »



Siham EL RHAYAMINE (tunisie)

Doctorat en Droit privé, Université de Perpignan/

Université de Fès, France/Maroc

Introduction :

Dans le cadre de cette étude, il n'y aura pas de jugement de valeur sur les orientations prises par les trois législateurs, mais seulement un souci de mieux comprendre le sens et l'ampleur de certaines dispositions relatives au droit de garde ou la *hdhana* tout en attirant l'attention sur la notion de l'intérêt de l'enfant vecteur d'évolution et de dynamisation de ce droit.

L'intérêt de l'enfant est resté longtemps ignoré des juristes. Aujourd'hui, il est devenu une notion qui fait figure de « formule magique »¹ et la plupart des textes concernant le mineur ont été érigés autour de cette notion².

¹ Jean CARBONNIER, Droit civil, La famille, l'enfant, le couple, tome 2. Paris. PUF, 21^{ème} éd. 2002, p. 85.

² En droit interne, l'intérêt de l'enfant apparut dans le droit des obligations et des contrats (souvent le législateur emploie des expressions d'utilité et d'intérêt du mineur), puis dans la procédure pénale (comme par exemple dans le décret du 30 juin 1955 relatif au statut de l'enfance délinquante devant les juridictions tunisiennes, notamment les articles : 7, 9 et 14), cette notion a envahi le droit de la famille. Sur le plan international, l'intérêt de l'enfant a été évoqué par la convention relative aux droits de l'enfant en stipulant que cet intérêt doit primer toute autre considération c'est ce qu'elle entend par : l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour plus de détails sur l'émergence de cette notion : voir par exemple : François BOULANGER, droit civil de la famille T.2, Aspects comparatifs et internationaux, Economica, 1994 n° 228, p 253 et s ; Claire Neirinck, Le droit de l'enfance après la convention des Nations Unies, col. Delmas, Paris 1993, n° 21, p. 17 et s.

Il est utilisé comme critère de solution en cas de conflit des droits concernant l'enfant¹.

Cet intérêt va être préféré à celui des parents dans de nombreux cas. Cette tendance, certains l'expliquent par le fait que l'enfant est plus faible alors que d'autres pensent que l'enfant a plus besoin d'air et d'autonomie que de protection. Ces deux conceptions se rejoignent dans l'esprit de la législation actuelle. En effet, parce que l'enfant a de plus en plus besoin d'autonomie, le législateur contemporain a tendance à augmenter le nombre de textes donnant des droits aux enfants, sans l'intervention des parents. Mais c'est parce qu'il est fragile et qu'il a besoin d'une protection particulière que ces mêmes textes prévoient que l'enfant, lors de l'exercice de ses droits, devra obligatoirement être représenté ou accompagné d'une personne majeure.

Cette personne, lorsqu'elle exercera son autorité parentale, son rôle de représentant, de protecteur ou encore de gardien, devra agir dans l'intérêt de l'enfant.

En règle générale, le législateur précise quelles sont ces personnes. Il pourrait donc s'agir des parents, des proches sous certaines conditions exigées par la loi.

Certes que les codes familiaux partent le plus souvent du schéma du Droit Musulman fondé sur un cloisonnement étanche entre la *wilaya* paternelle et la *hadana* maternelle ainsi que de l'ordre de dévolution tant de la garde que de la tutelle.

On ne peut cependant guère nier l'influence sur ces législations de la Convention des Nations Unies relatives aux Droits de l'Enfant de 1989. Cette influence varie selon les changements sociaux qu'a connu chaque pays et l'ouverture des législateurs à ces changements.

L'intégration de cette notion par son adoption comme critère fondamental qui déforme les notions classiques de *hadana* et *wilaya*, et jette les bases d'une nouvelle approche des rapports parents enfants tant en droit international privé qu'en droit interne.

I-L'intérêt de l'enfant conditionne l'attribution de la garde :

C'est le concept d'intérêt de l'enfant qui fait évoluer la garde d'un droit rigide vers une prérogative parentale de plus en plus contrôlée.

1- Les titulaires de la garde :

Il convient, en effet, de raisonner sur l'hypothèse la plus fréquente, pour ne pas dire la seule qui se présente en pratique, qui est celle où la mère exerce la *hadhana*. Si la représentation légale (*wilâya*) ne peut être exercée, en principe, que par les hommes alors que la *hadhana* est presque toujours dévolue à une femme. Il en résulte une différence importante entre la garde du petit enfant et celle que comporte la *wilâya* exercée sur l'enfant plus âgé.

¹ Myriam HUNTER-HENIN, pour une redéfinition du statut personnel, Presses universitaires d'Aix-Marseille 2004, p. 241.

Si, en droit musulman, la garde ou *hadhana*, dite aussi *hidhana*, est une institution connue de toutes les écoles sunnites et chiïtes, en vertu de laquelle la mère ou, éventuellement, une parente plus éloignée se voit confier la garde d'un enfant en bas âge, garde comportant soins et charges, notamment la première éducation et l'entretien. C'est une prérogative féminine avant tout, elle est confiée en premier lieu à la mère de l'enfant, puis à sa grand-mère maternelle, sa bisaïeule maternelle, sa tante maternelle, sa grand-tante maternelle, ensuite à sa grand-mère paternelle, sa sœur germaine, sa sœur utérine...etc.... La mère ou la parente maternelle qui se chargera de la garde des enfants conservera sa fonction, tant qu'elle n'est pas déclarée déchue, jusqu'à ce que le garçon ait atteint l'âge de la puberté, et jusqu'au mariage de la fille¹.

Il n'en est pas de même dans la codification contemporaine. Durant le mariage, la garde de l'enfant incombe au père et à la mère tant que les liens conjugaux subsistent (art. 164 du code marocain de la famille). Même règle dans le droit tunisien (art. 57 du Code de SP).

En cas de divorce, et en application des nouvelles dispositions insérées dans les Codes algérien et marocain, les dévolutaires de la garde de l'enfant sont désormais, dans l'ordre suivant : la mère, puis le père, ensuite la grand-mère maternelle (art. 171 du C. marocain. fam; art. 64 du C. algérien. fam.). D'après ces nouvelles règles, le père est donc appelé après la mère, à l'exercice de la garde, fonction traditionnellement féminine, comme nous l'avons vu, dans le droit musulman.

En revanche, en droit français, la garde n'est plus envisagée comme un attribut de l'autorité parentale, la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a en effet supprimé toute référence expresse à cet égard. Des lors, la garde est perçue comme un moyen de protection de l'enfant². Cette perception de la garde permet de la rapprocher de la *hadhana*.

La garde est établie dans l'intérêt exclusif de l'enfant. Cet intérêt doit seul être pris en considération ; le juge devra retenir celui des parents qui offre le maximum d'avantage pour l'enfant³, le juge doit souverainement apprécier où se trouve l'intérêt de l'enfant et ensuite confier la garde au plus apte à l'assumer parmi les proches de l'enfant.

Ainsi, l'article 62 alinéa. 2 du Code de la famille algérien prévoit que : « *Le titulaire de ce droit doit être apte à en assurer la charge* ». Plus explicitement, le législateur marocain prévoit dans l'article 173 du Code de la famille, qu'à l'exception des parents assurant la garde de leur enfant, le dévolutaire doit satisfaire à la majorité légale (18 ans révolus).

Egalement, il est indispensable que la personne chargée de la garde d'un enfant soit digne de confiance et soit apte à élever l'enfant sous sa garde.

¹ Borhan ATALLAH, Le droit de la famille dans les pays de l'Afrique du Nord, CNRS Paris 1975, p. 301.

² Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, Droit civil, La famille, Paris, Defrénois, 2004, para. 1230.

³ Myriam HUNTER-HENIN, ouvr. cité, p. 241.

Naturellement, s'assurer du respect de l'ensemble de ces conditions passe par la justice, celle-ci a l'obligation de s'assurer des obstacles qui rendent le dévolutaire de la garde inapte à assumer la responsabilité inhérente à cette mission, et ce en sus des investigations que le tribunal doit mener pour s'assurer que le gardien est intègre, digne de confiance et apte à élever l'enfant et à en prendre soin.

On comprend que la moralité de la personne gardienne est exigée, car la mission de la garde impose cette condition afin de garantir la formation et la préparation de l'enfant en bas âge.

Un autre point important est relatif à l'éducation religieuse : il est vrai que les textes ne font pas allusion à la religion de la mère, mais, précisent que le droit de garde consiste en l'entretien, la scolarisation, et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père (article 62 du Code algérien. Fam).

Dans le même sens, le législateur tunisien par l'article 59 du Code du Statut personnel décide que : « *Le titulaire du droit de garde d'une confession autre que celle du père de l'enfant ne pourra exercer ce droit qu'autant que l'enfant n'aura pas cinq ans révolus et qu'il n'y aura sujet de craindre qu'il ne soit élevé dans une autre religion que celle de son père* ». Ici on peut affirmer que la Tunisie qui a le système juridique le plus acculturé en matière de statut personnel n'a pas complètement renié le droit musulman¹.

Quant à l'art. 173, alinéa. 3 du Code marocain de la famille, il prévoit que : l'attribution de la garde est liée à la capacité d'élever l'enfant gardé, assurer sa sauvegarde et sa protection sur les plans religieux..... Ici, encore on constate la différence la plus importante avec la tutelle qui ne peut être confiée qu'à un musulman.

Le choix de l'éducation religieuse échappe donc à la personne gardienne, la confession musulmane étant d'ordre public et le choix de la religion pour l'enfant est une liberté inconcevable par les musulmans². Cette prise de position est compréhensible en droit matériel maghrébin³. Elle correspond particulièrement aux réserves émises par le Maroc et l'Algérie au regard de l'art. 14 (relatif à la liberté de la religion) de la Convention internationale de New York sur les Droits des enfants.

¹ Certes, la Tunisie a prohibé la polygamie et a introduit l'adoption, mais son code du statut personnel conserve les concepts et les catégories traditionnels chers à l'école malékite. Ainsi la règle malékite qui fait de la dot une condition de validité du mariage est encore en vigueur en Tunisie. Il en est de même de la règle prohibant le mariage entre les parents de lait. Beaucoup plus important encore, la règle coranique accordant à la fille la moitié de la part revenant à son frère dans la succession est incorporée dans le code tunisien du statut personnel.

² Abd Rezek MOULAY R'chid, « Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans, Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye », (RCADI), 1997, t. 268, p. 200.

³ Il s'agit d'une méfiance à l'égard des instruments internationaux, voir par exemple : Hamid RBII, « *L'application des conventions multilatérales par le juge marocain* », REMALD, n° 21, 2001, p. 143-162.

Cette limite de religion apparaît dans la liberté pour tout enfant, garçon comme fille, ayant atteint l'âge de quinze ans, de choisir le parent avec lequel il veut vivre. Cependant ce choix est conditionné : l'enfant né de père musulman est nécessairement limité dans son choix, l'éducation doit se faire dans la religion du père.

L'enfant marocain de plus de quinze ans ne peut pas être confié à la garde du parent qui n'assurerait pas une éducation musulmane.

En général, il est permis de dire que le législateur maghrébin a fait un choix conforme aux règles du droit musulman en matière de garde.

En France, les règles de dévolution de la garde des enfants ne se distinguent plus entre l'exercice de l'autorité parentale par le père et par la mère de l'enfant : l'autorité parentale reste conjointe, elle appartient aux deux parents de l'enfant, même après une séparation. Et, à la différence du droit maghrébin, l'appartenance religieuse et le sexe n'ont désormais plus d'incidence sur le choix du parent gardien ou détenteur de l'autorité parentale.

Les réformes touchant l'ordre de priorité dans l'attribution du droit de garde ne peuvent aller jusqu'à remise en question des règles du droit musulman en la matière : pour préserver les intérêts de l'enfant, la dévolution de la garde se fera sur la base des critères, qui doivent être obligatoirement remplis par la personne gardienne.

Par ailleurs, il est admis que le domicile du titulaire de la garde doit être assez proche de celui du père ou du tuteur pour que celui-ci puisse exercer le droit de surveillance qui lui est reconnu sur l'enfant : or, ce droit serait tenu en échec, si le domicile choisi par la gardienne était trop éloigné. C'est pourquoi il appartient au juge d'apprécier souverainement le litige relatif au droit de garde, compte tenu de l'intérêt de l'enfant.

2- Le cas du remariage de la mère gardienne ou de son voyage avec l'enfant à l'étranger :

S'inspirant du droit international, le législateur contemporain a certes introduit de nouvelles dispositions relatives à l'attribution de la garde. Mais cette démarche ne s'est pas fait sans restriction. Le remariage et le voyage à l'étranger ont toujours des incidences sur le choix du parent gardien.

S'agissant du remariage de la mère gardienne, il demeure une cause de déchéance de son droit de garde. Toutefois, le principe est assoupli afin de préserver l'intérêt de l'enfant. Les cas de perte de la garde par la mère après son remariage ont ainsi été réduits.

En d'autres termes, le remariage de la mère gardienne n'est plus une cause de déchéance automatique. L'art. 58 du Code de SP tunisien précise que : « *le titulaire du droit de garde de*

sexe féminin doit être non marié, sauf si le juge estime le contraire dans l'intérêt de l'enfant, ou si le mari est parent à un degré prohibé de l'enfant ou tuteur de celui-ci ».

Ainsi, l'art. 175 du C. marocain de la famille prévoit que la mère remariée ne perd pas son droit de garde avant que l'enfant ait atteint l'âge de sept (7) ans. Elle restera la mère gardienne même lorsque l'enfant aura atteint cet âge, à la condition de s'être remariée avec une personne qui est « *un parent de l'enfant avec lequel il a un empêchement à mariage¹ ou s'il est son représentant légal* » (art. 175 du même Code).

Cependant, l'art. 175 soulève certaines questions dont une de droit transitoire. Les mères dévolutaires ont, sous le régime de l'ancienne loi, été déchues du droit de garde du fait de s'être remariées alors que les enfants n'avaient pas encore atteint l'âge de sept (7) ans à la date de l'entrée en vigueur du nouveau Code de la famille en 2004.

On peut s'interroger sur le point de savoir si ces mères déchues du droit de garde vont recouvrer ce droit ?

Le législateur ne s'est pas prononcé sur la question.

En revanche, il est plus explicite sur le délai de l'action en déchéance du droit de garde de la mère en cas de son remariage. Ainsi l'art. 176 du C. marocain de la famille décide que celui qui veut invoquer la déchéance du droit de garde à la suite du remariage de la gardienne ne peut le faire valablement que dans l'année qui suit ce remariage. Le père devra donc introduire une action. La même position a été adoptée par les législateurs algérien (art. 68 du C. de la famille) et tunisien (art. 58 du C. de SP).

S'agissant du déménagement de la dévolutaire ou du tuteur légal d'un endroit à l'autre. Cela ne provoque pas la déchéance de la garde. Mais, Il n'en est pas de même en cas de voyage à l'étranger : le législateur marocain est ferme sur ce point ; en limitant le droit de la mère gardienne de voyager avec ses enfants, notamment à l'étranger.

Selon le commentaire du Guide pratique du Code de la famille marocain, en raison de « *la facilité de déplacement et de communication à l'intérieur de Royaume ainsi que des distances à parcourir* », le Code laisse la garde au dévolutaire en cas de déménagement à l'intérieur du pays, « *contrairement au cas de déplacement de l'enfant hors du Maroc, en raison des complications administratives et des obstacles qui rendent difficiles les visites et la connaissance des conditions de vie de l'enfant* ».

¹ Les parents prohibés sont identifiés aux articles 36, 37 et 38. Pour la mère, ils sont définis en trois groupes : un premier groupe concerne les ascendants et les descendants du mari. Un second groupe constitue les descendants au premier degré de ses ascendants. Un troisième groupe enfin, concerne les descendants au premier degré de chaque ascendant à l'infini. L'allaitement entraîne les mêmes empêchements que la filiation et la parenté par alliance.

La même position a été adoptée par le législateur tunisien : « *Si celui qui a la garde de l'enfant change de résidence et s'installe à une distance qui empêche le tuteur d'accomplir ses devoirs envers son pupille, il est déchu de son droit* » (art. 68 du C. de SP). On peut légitimement parler d'une méfiance législative des chevauchements entre la garde et la tutelle notamment lorsque ces chevauchements surgissent dans le cadre d'un rapport international.

Aux termes de l'art. 179 du Code marocain, la mère dévolutive peut, donc, se voir interdire, à la demande du ministère public ou du tuteur légal, dans la décision lui attribuant la garde ou par une décision ultérieure, le droit de voyager avec l'enfant à l'étranger sans l'autorisation du tuteur légal. Autrement, le ministère public ou le tuteur peuvent exiger et obtenir, au moment de l'attribution de la garde, l'interdiction pour la mère de voyager avec les enfants à l'étranger. On peut imaginer que cette déchéance ne peut naturellement se produire qu'à la suite d'une action introduite contre la mère gardienne.

Mais, assez curieusement, la Cour suprême marocaine en a décidé autrement, dans un arrêt rendu le 28 juillet 2004, elle a estimé que le tuteur légal peut reprendre l'enfant sans intenter une action judiciaire en se basant sur une thèse du grand érudit malékite Khalil selon laquelle « *tout un chacun qui a un droit reconnu par la charria peut le récupérer, sans passer par la jurisprudence* »¹.

Certes, la loi prévoit que la mère peut saisir le juge de référés, mais ce dernier, n'accorde l'autorisation qu'après s'être assuré du retour de l'enfant au Maroc (art. 179 du C. de la marocain de la famille).

Si le législateur marocain apparaît moins favorable à l'égard de la mère gardienne en cas de voyage ou d'un déménagement à l'étranger, sa position est assez satisfaisante pour certains aspects qui touchent à la protection de l'enfant dont le droit au logement en cas de divorce des parents.

3- Le droit au logement :

Ainsi la personne investie de la garde qui ne peut prétendre nullement à un salaire pour la fonction qu'elle assume, a droit aux frais de logement, de nourriture, et de vêtements de l'enfant.

L'entretien de l'enfant est à la charge du père ou du tuteur. C'est aussi au père qu'incombe l'obligation naturelle de pourvoir à la subsistance et à l'entretien de l'enfant. A défaut, il encourt les sanctions de la loi pénale.

¹ Cour suprême, chambre du statut personnel et des successions, arrêt n° 408 du 28 juillet 2004, *Revue de la jurisprudence de la cour suprême*, n° 62, p. 123 à 126.

Cependant la mère gardienne aura le droit au logement selon les possibilités du mari. L'art. 72, al. 2 du C. algérien de la famille dispose à cet égard que : « *La femme ayant la garde est maintenue dans le domicile conjugal jusqu'à l'exécution par le père de la décision judiciaire relative au logement* ».

De son côté, le législateur marocain prévoit dans l'art. 168 du C. de la famille marocain, dispose qu'en cas de divorce des parents « *...les frais de logement de l'enfant soumis à la garde sont distincts de la pension alimentaire, de la rémunération due au titre de la garde et des autres frais* ».

L'art. 168 précise encore que : « *l'enfant soumis à la garde ne peut être astreint de quitter le domicile conjugal qu'après exécution par le père du jugement relatif à son logement* ». Cette protection d'un côté, traduit la volonté du législateur contemporain de renforcer la protection des droits de l'enfant en cas de divorce de ses parents. Et d'un autre côté, elle cherche à porter remède aux problèmes liés à l'insuffisance de la pension alimentaire allouée.

Pour sa part le législateur tunisien attentif aux évolutions de la société, a intervenu par la loi du 4 mars 2008 qui est venue consolider les droits des enfants mineurs au logement par la consécration du droit au maintien dans les lieux de la mère gardienne. Cette loi a introduit des mesures importantes telles que l'inscription du droit au maintien à la conservation foncière et la règle selon laquelle le non paiement de l'indemnité de logement ouvre droit à des poursuites pénales.

Cette position législative maghrébine pourrait servir de modèle aux politiques législatives à envisager en Europe par rapport à la protection du logement des enfants de couples dissous¹.

S'agissant de la fixation d'un âge de cessation de la garde, l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à son application ; rien ne s'oppose à ce que cette durée soit allongée ou abrégée si l'intérêt de l'enfant l'exige. Ainsi, le législateur algérien précise dans l'article 65 du C. de la famille algérien que : « *La garde de l'enfant de sexe masculin cesse à dix ans et celle de l'enfant de sexe féminin à l'âge de capacité de mariage.*

Le juge prolonge cette période jusqu'à seize ans révolus pour l'enfant de sexe masculin placé sous la garde de sa mère, si celle-ci n'est pas remariée.

Toutefois, il sera tenu compte dans le jugement mettant fin à la garde de l'intérêt de l'enfant ».

Les conceptions différentes en droit interne vont avoir des répercussions en droit international privé. Les différences dans la manière d'envisager les rapports entre parents et enfants dans les

¹ Marie-Claire FOLBET et Jean Yves CARLIER, Le code marocain de la famille : Incidences au regard du droit international privé en Europe, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 93.

pays occidentaux et dans les pays musulmans vont déboucher sur des difficultés de coordination des systèmes plus accrues dans les relations internationales.

II- Répercussions en droit international privé :

Il faut bien le dire la matière de la garde et du droit de visite est, en elle-même, délicate dans les relations internationales et ceci en dehors de tout conflit de cultures. L'élément d'extranéité n'est pas une simple complication d'un conflit d'intérêt privé, il le transforme. En droit interne, si le divorce entre les époux n'imposera pas de rupture entre l'enfant et le parent non gardien. En droit international, il en va autrement.

1-L'intérêt de l'enfant, notion difficile à appréhender juridiquement :

Cette notion de l'intérêt de l'enfant occupe désormais une place centrale dans le droit international comme dans notre droit interne. En effet, le simple rappel des textes internationaux et nationaux permet de mettre en évidence l'importance du critère de l'intérêt de l'enfant dans toute décision le concernant ; il est considéré comme un principe général de droit et pour certains auteurs, un standard juridique¹.

Et si les textes nationaux et internationaux² qui fondent l'intérêt de l'enfant, ils ne prévoient pas expressément les critères propres à en apprécier précisément les contours.

Cela entraîne deux constats opposés : d'une part, dans une acception positive, ce flou permet de s'éloigner d'une application rigide de la loi par l'adoption des solutions humanisées; d'autre part, dans une acception plus négative, l'absence de définition objective de l'intérêt de l'enfant apparaît critiquable puisque chacun peut l'appréhender à sa manière, selon ses propres convictions personnelles. En effet, la subjectivité de chacun peut conduire à autant de réponses différentes que de juges ayant à se prononcer. Si chaque juge peut aboutir à une décision différente de celle d'un autre, l'arbitraire et l'insécurité juridique sont présents pour les enfants concernés par la dite décision.

¹ Abderrazak ESSANHOURI, Le standard juridique, in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, t. II : Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1934, pp. 144 et s.

² Le principal texte international est la convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1987, a été signée par tous les Etats du monde et ratifiée par 192 Etats.

Cette crainte n'est pas nouvelle : ce risque a été dénoncé depuis longtemps par d'éminents juristes. Parmi eux, on peut citer en tout premier lieu le doyen Jean Carbonnier, qui dès 1960 écrivait: «*C'est la notion magique*»¹, à «*contenu variable*»², «*insaisissable, fuyante, changeante*»³, l'intérêt de l'enfant ressemble à une «*boîte où chacun met ce qu'il souhaite trouver*»⁴, ou encore «*l'intérêt de l'enfant est dans la loi, mais ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui. A la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions du droit familial*»⁵.

C'est pourtant cette notion, que la loi elle-même a renoncé à définir, qui sous-tend désormais la logique de l'exercice des prérogatives parentales dont la garde. Le Doyen Carbonnier avait à ce titre souligné le danger de l'utilisation d'une notion si difficile à cerner : «*Rien de plus fuyant, de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire*»⁶. Selon lui, l'intérêt de l'enfant est une notion à contenu variable en raison de la diversité des interprètes de cette notion : les parents, le juge aux affaires familiales, le législateur et, dans une moindre mesure, les grands-parents et les enfants eux-mêmes.

La prédominance d'une appréciation concrète, au cas par cas, de l'intérêt de l'enfant montre que le juge aux affaires familiales est toutefois souverain. Il peut notamment rejeter toute demande contraire à l'intérêt de l'enfant, notamment et, en ce qui nous concerne, en matière de garde, et décide que le choix de la personne gardienne implique uniquement la satisfaction de l'intérêt de l'enfant, car celui-ci est très jeune et a besoin de repères stables et sécurisants⁷.

Grâce, alors, à son appréciation souveraine de l'intérêt supérieur de l'enfant, le juge va en assurer la sauvegarde. Et cela ne reflète en réalité que sa volonté de mieux accomplir sa mission de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, dans le cadre d'une société en perpétuelle évolution qui lui commande d'agir ainsi, notamment dans les demandes de garde à caractère international.

¹ Jean Carbonnier, note sous cour d'appel de Paris, 30 avril 1959. Dalloz, 1960, p. 675.

² Jean Carbonnier, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in C. Perelman et R. Vander Elst, les notions à contenu variable en droit, Bruxelles, travaux du centre national de recherche de logique Bruxelles, 1984, p. 99.

³ Odile Bourguignon, Jean-Louis Rallu, Irène Théry, Du divorce et des enfants, INED (Institut national d'études démographiques), 1985, p.34.

⁴ Françoise Dekeuwer-Défossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », Revue Trimestrielle de droit civil, 1995, p. 249.

⁵ Jean Carbonnier, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », ouv. Cité, p. 99 et s.

⁶ Jean Carbonnier, note sous cour d'appel de Paris, 30 avril 1959, D. 1960, p. 673.

⁷ CA Douai, 18 avril 2002, Juris-Data, n° 179312.

2-Applications jurisprudentielles en droit international privé :

Le juge magrébin en statuant sur la garde semble se tenir à la position définie par son propre droit.

Pour les deux législateurs marocain et algérien, la loi du for sera applicable sans passer par la règle de conflit. Quelles que soit la nationalité des parents ; ils peuvent être tous les deux marocains, la loi du for s'applique, ils peuvent être de nationalité différentes, la loi du for s'appliquera également soit en raison d'un privilège de nationalité soit en raison d'un privilège de religion, ici, les parents sont marocains et musulmans ou simplement sont de nationalité étrangère mais de confession musulmane, le juge appliquera sa propre loi.

Le droit algérien connaît le privilège de nationalité, le droit marocain y ajoute encore un privilège de religion. L'article 12 du Code civil algérien prévoit que les effets personnels et patrimoniaux du mariage sont soumis à la loi nationale du mari au moment de la conclusion du mariage, alors que la dissolution du mariage et la séparation de corps sont soumises à la loi nationale de l'époux, au moment de l'acte introductif d'instance.

L'article 13 apporte une exception à ces rattachements, « *Si l'un ou l'autre des deux conjoints est algérien, au moment de la conclusion du mariage, la loi algérienne est seule applicable, sauf en ce qui concerne la capacité de se marier* ». Si l'on retient la qualification effet du mariage ou effet du divorce pour la garde, la loi algérienne s'appliquera pour les algériens et pour tous les couples mixtes.

La même règle se retrouve en droit marocain mais la règle est alors d'application générale.

L'article 2 du Code de la famille précise que les dispositions du Code s'appliquent selon l'alinéa 3, « *à toute relation entre deux personnes lorsque l'une d'elles est marocaine* ».

L'article 2 est muet concernant le privilège de religion, les auteurs sont divisés. Certains estiment que « *tout porte à croire que la règle de conflit explicitée à l'article 2 n'empêchera pas que continue à jouer en droit international privé marocain le privilège de religion* », d'autres estiment qu'il revient à la jurisprudence de préciser cela¹.

S'agissant de l'approche tunisienne conflictualiste : la jurisprudence avait instauré sous l'empire du décret du 12 juillet 1956, un privilège de nationalité ; fortement critiqué par la doctrine, il a été écarté par le code de droit international privé, on ne retrouve donc depuis, que la démarche conflictualiste.

¹ Le privilège de la religion était consacré par le dahir du 24 avril 1959 soumettant les musulmans, mêmes étrangers à la compétence des tribunaux du Cadi, il s'agit là d'une règle de compétence juridictionnelle. Et c'est en extrapolant que le juge a appliqué aux musulmans résidant au Maroc les dispositions de la *modawana*. Les juridictions religieuses ont été supprimées et remplacées par les tribunaux de première instance, juridiction du droit commun n'a pas fait disparaître pour autant la solution héritée du dahir du 24 avril 1959. La cour suprême l'a invoqué et à sa suite les juridictions du fond.

Cette démarche conflictualiste et le passage par la règle de conflit aboutissent le plus souvent à l'application de la loi du for, celle-ci est en effet dans les cas les plus nombreux, désignée par la règle de conflit.

La question ne se pose pas au Maroc puisque le privilège de nationalité généralisé est législatif. En Algérie, si l'on écarte la qualification de la garde comme étant un effet du mariage ou du divorce, s'appliquera alors l'article 15 du Code civil¹ relatif à la protection des mineurs. Cet article retient la loi nationale de la personne à protéger, or selon l'article 5 du code de la nationalité algérienne, est algérien, l'enfant né de père ou de mère algérienne, de sorte que la loi algérienne est applicable s'il s'agit d'algériens résidant à l'étranger, elle est applicable aux relations mixtes, l'enfant étant toujours algérien.

En Tunisie, le Code de droit international privé met en œuvre une règle de conflit à critères alternatifs. « *La garde, selon l'article 50, est soumise soit à la loi en vertu de laquelle le lien matrimonial a été dissous, soit à la loi nationale de l'enfant ou de son domicile.*

Le juge appliquera la loi la plus favorable à l'enfant ».

Le juge tunisien, dans les relations avec les pays occidentaux estime que les lois en conflit sont équivalentes en ce qu'elles retiennent toutes comme critère d'attribution de la garde l'intérêt de l'enfant, il applique alors le droit tunisien.

Ainsi chacun des juges maghrébins va appliquer sa propre loi s'agissant de nationaux ou de relations mixtes. Tous se montrent vigilants concernant le lieu de résidence de la mère gardienne par rapport à celle du père-tuteur et concernant la religion de l'enfant.

Concernant la résidence, le législateur algérien adopte une règle matérielle, l'article 69 du Code de la famille prévoit en effet : « *Si le titulaire du droit de garde désire élire domicile dans un pays étranger, le juge peut lui maintenir ce droit de garde ou l'en déchoir en tenant compte de l'intérêt de l'enfant* ». Cette règle d'apparence mesurée est, semble loin d'être retenue en pratique, l'intérêt de l'enfant est d'être sous la surveillance et la direction du père.

Le législateur marocain se montre, quant à lui, plus méfiant, « *Le tribunal peut, à la demande du ministère public ou du représentant légal de l'enfant soumis à la garde, prévoir dans la décision accordant la garde, ou par une décision ultérieure, l'interdiction que l'enfant soit emmené en voyage à l'extérieur du Maroc sans l'accord de son représentant légal...* ».

Le juge tunisien enfin, dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, tient compte des prérogatives du père tuteur, aussi la résidence de la mère gardienne doit-elle être proche de celle du père, elle ne peut donc être fixée à l'étranger si le père réside en Tunisie.

¹ Les conditions de fond en matière de tutelle, de tutelle testamentaire, de curatelle et autres institutions de protection des mineurs, des incapables et des absents, sont déterminés par la loi nationale de la personne à protéger.

Dans les trois pays, il en est ainsi même s'il s'agit de deux nationaux qui résidaient à l'étranger et qui entament une procédure de dissolution du mariage dans leur pays. Le père décidant de demeurer dans son pays, la mère ne peut avoir la garde de ses enfants si elle décide de repartir, ceci alors que le domicile conjugal était établi à l'étranger et que c'est le père qui s'est déplacé et non la mère.

Le juge dans les trois pays fait intervenir la religion musulmane, l'enfant doit être élevé dans la religion de son père. La mère peut être gardienne si elle réside dans le même pays que le père-tuteur mais elle doit élever l'enfant dans la religion de son père. On voit ainsi, le juge tunisien accorde la garde au père tunisien et non à la mère italienne résidente en Tunisie parce que celle-ci selon l'enquête qui a été faite, élevait l'enfant dans la religion catholique¹.

On peut dire que le raisonnement du juge est tel que la loi du for est toujours applicable et que l'on n'a pas besoin de faire intervenir l'exception de l'ordre public pour rendre des décisions en matière de garde, en revanche l'ordre public interviendra, lors de la reconnaissance des décisions étrangères.

3-La réception des jugements étrangers en matière de garde :

Des problèmes juridiques surgissent également lorsque les parents ne résident pas ou ne résident plus dans le même pays et que la décision obtenue est appelée à produire des effets dans un autre pays que celui où elle a été rendue. Toute décision étrangère se heurte aux conditions retenues dans le pays d'exécution. Ces conditions sont souvent de caractère impératif. Néanmoins, des assouplissements parfois dus à l'existence des conventions bilatérales ou multilatérales permettent de faire faciliter la reconnaissance des décisions. Il n'en demeure pas moins qu'en matière de droit de garde et de droit de visite, l'exception de l'ordre public intervient dans les relations entre pays occidentaux et pays musulmans pour rejeter les décisions étrangères. Pour ce faire, le juge se fonde sur les prérogatives, notamment la tutelle du père en faisant appel à l'ordre public.

Il en est ainsi dans une affaire dont les faits concernant, le mari est tunisien, la femme est étrangère. Un divorce est prononcé à l'étranger et la garde est attribuée à la mère, le père rentre en Tunisie avec les enfants, la mère demande alors l'exequatur de la décision étrangère devant les juridictions tunisiennes afin de pouvoir récupérer les enfants. Un refus y est opposé en raison de l'ordre public.

¹ Cour de cassation, 4 janvier 1999, n° 69523.

Dans une espèce¹ ou le conflit oppose un tunisien à son ex-épouse de nationalité allemande, celle-ci a demandé l'exequatur de la décision rendue par la juridiction de Cologne et qui lui a accordé la garde de deux enfants issus de son mariage avec le plaideur tunisien. Ayant obtenu gain de cause devant les juges du fond, le père se pourvoit en cassation pour violation de l'ordre public, la cour de cassation a précisé dans un premier temps que les enfants sont inscrits dans les écoles tunisiennes, qu'ils ont passé une partie de leur vie en Tunisie, que leur remise à leur mère pour aller vivre en Allemagne est contraire à leur intérêt. Ici, le juge a fait intervenir l'ordre public et a estimé que le fait pour le père de ne pas pouvoir remplir sa mission de surveillance et d'éducation est contraire à l'intérêt de l'enfant et partant contraire à l'ordre public.

La Cour de cassation, dans une autre affaire ajoute un élément religieux. Pour elle, la question de savoir si un jugement est ou non contraire à l'ordre public du pays où son exécution est demandée, doit être étudiée sous l'angle de sa non contrariété avec ce qu'exige la Constitution comme attributs fondamentaux de la famille et de la société et dans la formation desquels s'intègrent les choix de l'éducation, notamment de la culture et de la religion musulmane ainsi que tout ce qui favorise l'amour de la patrie qui est dans l'Islam un élément fondamental de la foi².

Dans une autre affaire également, la Cour précise que le déracinement de l'enfant du milieu dans lequel il a grandi et dont il parle et écrit la langue, de ses habitudes et traditions, de même que son détachement de son milieu social arabe et musulman sont de nature à faire de lui un exilé permanent coupé de sa religion et donc un apostat.

Ces solutions sont celles-là même que l'on retrouve au Maroc et en Algérie, on aurait pu s'attendre à une solution différente de la part du juge tunisien.

Pour le juge maghrébin l'intérêt de l'enfant est d'être surveillé par son père, de recevoir l'éducation que ce dernier désire et d'être intégré dans son milieu.

Une décision de la Cour de cassation tunisienne du 2 mars 2001³ amorce cependant un changement. La Cour de cassation affirme dans cet arrêt : *«Lors de l'attribution de la garde, l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération en premier lieu, sans égard à toutes autres considérations, le jugement belge accordant la garde de l'enfant d'un tunisien et d'une danoise à la mère résidente en Belgique ne heurte en rien l'ordre public et n'est pas contraire à la politique législative»*. C'est la première fois que la Cour de cassation adopte une autre position

¹ TPI Grombalia 7 mars 1977, RTD 1978, 1, 95 note Kalthoum MEZIOU.

² Civ. 15 mai 1979, RJL. 1980, n° 10, p. 79.

³ RTD 2001, note Mohammed GHAZOUANI, p. 187.

que celle classique liée au facteur de la religion. Une autre acception de l'intérêt de l'enfant qui vient d'être tracé.

Au terme, on peut affirmer que les pays magrébins veillent avec un soin jaloux à la sauvegarde de leur conception des relations familiales et de l'identité arabo-musulmane à travers le règlement du contentieux relatif au droit de garde. Il convient cependant d'être nuancé. Les difficultés de coordination existent aussi entre systèmes relevant d'une même culture et ayant une même conception des relations entre parents et enfants, elles sont seulement plus accentuées dans les relations entre systèmes juridiques relevant de cultures différentes.

En réalité, il existe dans tous les systèmes, laïque, religieux ou en transition des mécanismes permettant une approche nationaliste de la question et permettant à chacun des parents de trouver, dans le système juridique de son pays, les mesures juridiques propres à établir une situation en sa faveur ou à renverser celle établie au profit de son ex-conjoint.

Pour conclure :

L'intérêt supérieur de l'enfant apparaît non seulement à travers le dispositif juridique mais aussi à travers les décisions jurisprudentielles ; les juridictions ont affirmé l'attachement à cette notion en dehors et au-delà des cas exprimés par la loi s'agissant de la *hadhana*.

Et, si le droit n'a pas vocation à régir l'ensemble de situations particulières, il apparaît indispensable de faire appel au pouvoir discrétionnaire des juges.

Il serait donc, souhaitable que les juridictions puissent apporter à leurs décisions la souplesse. Il y va de l'intérêt concret des enfants concernés, qui ne peuvent se satisfaire d'un texte de loi trop rigide et qui dessert véritablement leur intérêt. Le respect de notre ordre public ne sera pas mis à mal par la possibilité pour des enfants d'être mieux protégés.

Quant à la réception par notre droit de jugements étrangers en matière de garde, devrait amener le législateur à assouplir sa position en la matière, pour que l'intérêt supérieur des enfants ne soit pas bafoué au seul motif de la préservation de l'ordre public.

Il est tout à fait compréhensible dans l'absolu que le droit international privé dans les trois pays du grand Maghreb soit respectueux de toute législation étrangère; cela s'entend moins lorsqu'un enfant issu d'un mariage mixte est remis à un parent étranger non musulman en vue de sa garde. Celle-ci est toujours considérée un point de départ de la construction arabo-musulmane de la personnalité de l'enfant.

Bibliographie :

- Abderrazak ESSANHOURI, Le standard juridique, *in* Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, t. II : Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1934.
- Borhan ATALLAH, Le droit de la famille dans les pays de l'Afrique du Nord, CNRS Paris 1975, p. 301.
- Claire Neirinck, Le droit de l'enfance après la convention des Nations Unies, col. Delmas, Paris 1993, n° 21.
- François BOULANGER, droit civil de la famille T.2, Aspects comparatifs et internationaux, *Economica*, 1994 n° 228.
- Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1995.
- Jean CARBONNIER, Droit civil, La famille, l'enfant, le couple, tome 2. Paris. PUF, 21^{ème} éd. 2002.
- Jean CARBONNIER, note sous cour d'appel de Paris, 30 avril 1959. Dalloz 1960.
- Jean CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *in* C. Perelman et R. Vander Elst, les notions à contenu variable en droit, Bruxelles, travaux du centre national de recherche de logique Bruxelles, 1984.
(Institut national d'études démographiques), 1985.
- Hamid RBII, « L'application des conventions multilatérales par le juge marocain », *REMALD*, n° 21, 2001.
- Kalthoum MEZIOU, *RTD*, n° 1, 1978.
- Marie-Claire FOLBET et Jean-Yves CARLIER, Le code marocain de la famille : incidences au regard du droit international privé en Europe, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- Mohammed GHAZOUANI, *RTD* 2001.
- MOULAY R'CHID (A), « Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans, Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye », (*RCADI*), 1997, t. 268.
- Myriam HUNTER-HENIN, pour une redéfinition du statut personnel, Presses universitaires d'Aix-Marseille 2004.
- Odile BOURGUIGNON (O), Jean-Louis Rallu, Irène Théry, Du divorce et des enfants, PUF. INED 1985.
- Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, Droit civil, La famille, Paris, Defrénois, 2004.
- CA de Paris, 30 avril 1959, note Jean CARBONNIER, Dalloz. 1960.
- CA Douai, 18 avril 2002, *Juris-Data*, n° 179312.
- Civ. 15 mai 1979, *RJL*. 1980, n° 10.
- Cour suprême, chambre du statut personnel et des successions, arrêt n° 408 du 28 juillet 2004, *Revue de la jurisprudence de la cour suprême*, n° 62.
- Cour de cassation, 4 janvier 1999, n° 69523
- TPI Grombalia 7 mars 1977, *RTD* 1978, 1, p. 95 note Kalthoum MEZIOU.
- Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, 25 octobre 1980.

Le gouvernement d'entreprise en droit de société anonyme



M. said Essakali doctorant chercheur

en droit des affaires à la FSJES

Hassan 2 de Mohammedia

Le gouvernement d'entreprise se réfère à l'ensemble « *des mécanismes organisationnels qui ont pour effet de délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants, autrement dit, qui « gouvernent » leur conduite et définissent leur espace discrétionnaire* »¹. La notion du gouvernement d'entreprise se rapproche du système par lequel les entreprises sont dirigées et contrôlées². Il s'agit d'une nouvelle démarche managérielle qui englobe aussi bien le fonctionnement et le contrôle interne d'une entreprise, que ses liens et rapports avec toutes les autres différentes parties prenantes³.

Le gouvernement d'entreprise⁴, traduction approximative de l'expression américaine "*corporate governance*", est une notion d'origine anglo-saxonne qui était née du marché et des actionnaires, et qui a été internationalisée par la suite progressivement. Ce système, basé sur la transparence et des règles inspirées de la démocratie telle qu'elle a été conçue dans le domaine politique, réunit un ensemble de pratiques visant à assurer d'une part, une meilleure direction et gestion des sociétés, et d'autre part un contrôle efficace aussi bien au niveau interne qu'externe. Ces pratiques sont essentiellement axées autour des objectifs d'intégrité, de

¹ G.CHARREAUX, *Le gouvernement des entreprises*, Paris, Economica, 1997, p 1.

² P. BISSARA, *Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement d'entreprise*, Rev. soc, janvier-mars 1998, p 87 et 95.

³ Fournisseurs, clients, banques, créancier, Etat, salariés ...etc.

⁴ Pour plus de détails sur la notion du gouvernement d'entreprise et sa relation avec l'intérêt social, voir *la gouvernance des sociétés cotées face à la crise : pour une meilleure protection de l'intérêt social*, sous la direction de Véronique MAGNIER, LGDJ – Alpha, 2011.

transparence, d'une répartition des pouvoirs, d'une implication effective dans les affaires sociales. Elles portent généralement sur une redéfinition équilibrée des rôles et tâches, et d'un meilleur encadrement des responsabilités des oranges aussi bien de décision que du contrôle, dans le but d'optimiser l'organisation du processus de fonctionnement l'entreprise¹. Ces objectifs constituent, en effet, la garantie de pouvoir assurer l'équilibre, parfois précaire entre les intérêts divergents, tels que l'indépendance des dirigeants dans leur prise de décision, et la garantie des associés de pouvoir assurer leur contrôle, en rendant plus efficace leur droit de vote et leur droit de censure.

Le gouvernement d'entreprise recouvre donc une sorte de code de bonne conduite et de bonnes pratiques de gestion des entreprises, qui vise à assurer la sécurité et la transparence à ses différentes composantes. Ce code s'articule essentiellement autour de trois points essentiels, à savoir : d'abord **l'instauration de diverses structures internes de travail** (création des comités indépendantes et autonomes), ensuite, **la transparence financière**, et enfin la **définition des fonctions de direction et de contrôle**. Cette dernière consiste en une répartition du pouvoir au sein du conseil d'administration² dans les grandes sociétés au moyen d'une certaine déconcentration de ce pouvoir entre les mains des présidents des conseils d'administration³.

De sa part, le Maroc, influencé par l'évolution de l'environnement économique international, n'est pas resté à l'abri de tel vent de changement. De même, au niveau des institutions économiques internationales, l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) a émis, en s'inspirant des principes du gouvernement d'entreprise, tels quels ont été conçus par la version anglo-saxonne connue sous le nom du *Code of best practices*⁴, des orientations générales relatives au gouvernement d'entreprise. La publication de ces principes constitue pour l'OCDE un moyen de susciter la confiance des marchés et de favoriser l'établissement du flux d'investissements internationaux à long terme d'une manière plus stables.

¹ D. NECHELIS, *Le gouvernement d'entreprise*, Droit des sociétés, novembre 2000, p.6,

² P. Le Cannu, *Légitimité du pouvoir et efficacité de contrôle dans les sociétés par actions*, Bulletin Joly sociétés, 1995, p. 637 et s.

³ R.GEORGES, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J 1951, réédition L.G.D.J, 1992, n. 42, p. 98 à 101.

⁴ Principes du gouvernement d'entreprise de l'OCDE, 1999, Les éditions de l'OCDE, www. Ocde. fr

Pour bien appréhender le régime du gouvernement d'entreprise et mesurer son impacte sur l'environnement entrepreneurial marocain, il convient, tout d'abord, de s'interroger sur le régime du gouvernement d'entreprise (A), avant de voir, ensuite, l'appréciation de ses règles à la lumière de la nouvelle loi modificative sur société anonyme n° 20/05 (B).

A- détermination du régime du gouvernement d'entreprise :

Le gouvernement d'entreprise est considéré comme le fruit d'un long processus d'une coordination institutionnelle axée sur une politique économique dégagée d'un partenariat public-privé dont l'objectif est la promotion et le développement de la structure économique (a). De tel processus a donné lieu à un ensemble d'accords et de principes directeurs formant un système d'administration des entreprises (b).

a- le cadre plotique institutionnel du gouvernement d'entreprise :

Commençant d'abord par le volet international, le Maroc, membre à part entière du Centre de Développement de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) depuis 2009, a été reconduit en tant que membre du bureau du Centre lors de la réunion de son comité directeur qui s'est tenue à Paris. Pour rappel, le bureau du centre de développement de l'OCDE est une structure exécutive composée de 8 pays dont 4 membres de l'OCDE –Turquie, Suisse, Corée du sud et Grèce- et 4 non membres –Maroc, Brésil, Indonésie et de l'Afrique du sud. Le Centre de Développement est une structure qui réalise des recherches comparatives en matière de développement et des dialogues politiques sur la gouvernance mondiale entre les pays membres de l'OCDE et les pays émergents ou en développement. Au niveau des institutionnel, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE)¹ a pour objectif de promouvoir des politiques visant à réaliser la plus forte expansion de l'économie et de l'emploi, avec une progression du niveau de vie dans les pays membres. Aussi, parmi ses objectifs le maintien de la stabilité financière de ces pays et la contribution au développement de l'économie mondiale.

¹ En vertu de l'article premier de la convention signée le 14 décembre 1960 à Paris, mise en en vigueur le 30 septembre 1961.

Sur le plan interne ensuite, en assumant ses engagements internationaux et en s'inspirant des principes élaborés par l'OCDE, le gouvernement marocain a lancé le 21 mars 2012 à Rabat la mise en application du Code Marocain de Bonnes Pratiques de Gouvernance des Entreprises et Etablissements Publics (CMBPGEEP). Ce code est le fruit d'une longue démarche qui a été initiée par les travaux entamés depuis 2007 par la Commission Nationale de la Gouvernance d'Entreprise (CNGE). En effet, cette commission a publié en mars 2008 un code général de bonnes pratiques de gouvernance, suivi par les annexes spécifiques aux petites et moyennes entreprises et aux établissements de crédit en décembre 2008 et en avril 2010, avant d'arriver, en collaborant avec les différentes parties prenantes, à la version finale du code de bonnes pratique de gouvernance des entreprise et des établissements publics en 2012. Les recommandations du code s'articulent autour de cinq (5) principes directeurs : le rôle de l'Etat (stratège, contrôleur, actionnaire), le rôle et les responsabilités de l'organe de gouvernance, le droit des actionnaires et leur traitement équitable, la transparence et la diffusion de l'information, et enfin les relations avec les parties prenantes et leur traitement équitable.

Cette initiative politique entreprise par le Maroc, à travers la création de la commission nationale du gouvernement d'entreprise, s'inscrit dans le cadre d'un partenariat publique-privée ayant pour objectif la moralisation du milieu des affaires, et l'assainissement du climat d'investissement. Cette commission fédère l'ensemble des acteurs-clés de la gouvernance d'entreprise du pays. Il s'agit notamment de la CGEM¹ chargée de la présidence, du Ministère délégué (par le chef du gouvernement) chargé des affaires économique qui en assure le secrétariat), du CDVM², de Bank Al Maghreb, de la Bourse de Casablanca, du GPBM³, de l'ANPME⁴, du CJD⁵, de l'Ordre des experts comptables, du DEPP⁶, du Ministère de la justice, du Ministère de l'économie et des finances, du Ministère de la modernisation des services publics. Tous ces acteurs effectuent leurs missions avec l'assistance du « *Global corporate governance forum* », émanation de l'OCDE et de la Banque Mondiale. Ce sont d'ailleurs les travaux entamés par la dite commission qui ont donné naissance à ce fameux CMBPGEEP.

¹ La confédération générale des entreprises marocaines.

² Le conseil déontologique des valeurs mobilières

³ Groupement professionnel des banques du Maroc

⁴ L'agence nationale des petites et moyennes entreprises.

⁵ Centre des jeunes dirigeants

⁶ La Direction des Entreprises Publiques et de la Privatisation

Ce code regroupe un ensemble de recommandations, sous forme de recueil de lignes directrices de conduite à caractère complémentaire¹ (par rapport aux textes en vigueur), et dont la mise en œuvre est flexible en fonction de la structure juridique des entreprises, leur taille, leur actionnariat, leurs activités, leur exposition aux risques, et de leur mode de gestion. Toutefois, son application reste volontaire, et chaque entreprise aura à se positionner par rapport à ce code et à expliquer dans quelle mesure elle en applique les recommandations². Il importe, à présent, d'en vulgariser l'esprit et la lettre auprès des entreprises pour la mise en conformité des pratiques avec la lettre du droit et l'alignement sur les « *benchmarks* » internationaux de gouvernance d'entreprise. Il est à noter en fin que ce code de bonnes pratiques de gouvernance d'entreprise a été complété par deux autres codes spécifiques dont le premier s'adresse aux PME et entreprises familiales, et le deuxième s'adresse aux établissements de crédit.

b- les principes directeurs du gouvernement d'entreprise :

Le régime du gouvernement d'entreprise doit concourir à la transparence et à l'efficacité des marchés, et être compatible avec l'état de droit et clairement définir la répartition des compétences entre les organes de gestion d'une part, et les instances chargées de la surveillance de la réglementation et de l'application des textes, d'autre part. Il doit être élaboré en tenant compte de ses effets sur les performances globales de l'économie, de l'intégrité des marchés et promouvant leur transparence et leur efficacité, ainsi que des incitations qu'il crée pour les praticiens du marché. Mais, d'une manière générale, les principes du gouvernement d'entreprise, tels ont été élaborés par l'OCDE³ peuvent être résumés comme ce qui suit :

- La protection des droits des actionnaires ;
- L'implication des différentes parties prenantes⁴ dans les affaires de l'entreprise ;
- *La transparence et la diffusion de l'information ;*
- Le renforcement de la responsabilité du conseil d'administration et de l'équipe dirigeante ;

¹ Complétant des dispositions légales et statutaires.

² Ce système est basé sur le principe « *comply or explain* » (se conformer ou s'en expliquer).

³ Les éditions de l'OCDE, [www. Ocde. fr](http://www.Ocde.fr)

⁴ Il s'agit de toutes les parties concernées par l'entreprise : les associés, les salariés, les banques, les clients et fournisseurs, les créanciers, l'Etat, organismes professionnels ...etc.

- La séparation entre la propriété et le pouvoir ;
- La répartition équilibrée du pouvoir au sein de l'entreprise ;

Les principes *du gouvernement d'entreprise* dégagés par l'OCDE ont été, par la suite, approuvés en 1999 par les ministres des pays de l'OCDE, dont la Maroc est membre, et se sont depuis lors imposés comme une référence à l'échelon international pour les responsables de l'action gouvernementale, les investisseurs, les sociétés et autres parties prenantes. Le gouvernement d'entreprise a été appréhendé, en juin 1999 par L'OCDE, comme étant « une série de rapports entre la direction d'une société, son conseil d'administration, ses actionnaires et ses autres créanciers. Le gouvernement d'entreprise fournit une structure par laquelle les objectifs de la société sont fixés ainsi que les moyens de parvenir à ces objectifs et de surveiller la performance. Le gouvernement d'entreprise doit fournir les moyens au conseil d'administration et la direction de poursuivre les objectifs qui sont dans l'intérêt de la société et des actionnaires et doit faciliter la surveillance effective en encourageant de ce fait les entreprises à utiliser les ressources d'une manière plus efficace »¹.

Toute société est fondamentalement une structure de partage du pouvoir et du profit ; le pouvoir est partagé verticalement entre les dirigeants et les actionnaires, alors que le profit est partagé horizontalement entre les actionnaires eux même. Or, si de pareille structure tire sa force de l'intérêt général de tous ses membres, considéré comme étant sa raison d'être, sa faiblesse réside, par contre, dans les conflits d'intérêts qui peuvent avoir lieu entre les différents protagonistes². Pour rappel, ce conflit d'intérêts prend naissance lorsqu'une même personne poursuit deux ou plusieurs intérêts qui se trouvent dans le même temps contradictoires. Néanmoins, les principes du gouvernement d'entreprise ne peuvent que contribuer d'avantage à la prévention des conflits d'intérêts au sein de la société, dans la mesure où ils déterminent le système par lequel une société est dirigée et contrôlée. Ainsi, et rien plus que ça, le principe du partage et l'organisation du pouvoir au sein de la société permet de délimiter les fonctions de chaque intervenant dans le processus décisionnel d'une

1 Houda ELBOUCHTAOUI, Les enjeux du gouvernement d'entreprises au Maroc, mémoire pour l'obtention d'un Master en droit des affaires 2004 -2005, Université Pierre Mendès-France de Grenoble délocalisé à IMADE (l'institut marocain du droit d'entreprises).

2 D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, éd. JOLY (Pratique des affaires), 1999, p. 20 et s.

part, et trace le champ de la mise en œuvre de la responsabilité de chacun d'eux d'autre part. En effet, Il y a d'un coté le pouvoir de direction incarné par celui du conseil d'administration, le directoire ou le gérant, et d'autre part, le pouvoir des associés incarné par l'assemblée générale. Or, les dysfonctionnements apparaissent lorsque les dirigeants sociaux utilisent leurs pouvoirs, non pour satisfaire l'intérêt social, mais un autre intérêt personnel. Ils peuvent résulter également bien lorsque le vote majoritaire rompt, au seul bénéfice de certains, la communauté d'intérêt entre les actionnaires. Ces dysfonctionnements ont, le plus souvent, pour origine un conflit d'intérêts.

Partant de ce principe du partage de pouvoir, considéré comme l'un des piliers fondamentaux du régime du gouvernement d'entreprise, la loi et la jurisprudence ont hiérarchisé la répartition des attributions entre l'assemblée générale et le conseil d'administration. Mais, c'est l'assemblée des associés qui est considéré comme l'organe souverain dans l'élaboration des grandes décisions de la société. En effet, dans la société anonyme, c'est l'assemblée des actionnaires qui nomme le conseil d'administration et lui délègue les pouvoirs de gestion¹. En plus, c'est elle qui autorise aussi le conseil à effectuer certaines opérations lourdes concernant la vie de la société². Néanmoins, si elle se justifie par des considérations d'ordre pratique³, la délégation du pouvoir peut paraître comme un couteau à double tranchants. En effet, c'est à partir du moment où le conseil d'administration bénéficie d'une très forte délégation des pouvoirs de l'assemblée qu'il devient comme le véritable organe à la fois de direction et de contrôle de la société. C'est pour cette unique raison, et pour qu'elle soit efficace, que la délégation du pouvoir doit avoir au moins une contrepartie ; le conseil d'administration est obligé d'assurer une information parfaite, claire, et surtout rapide des actionnaires. Aussi bien la loi que la jurisprudence a acté le principe selon lequel le conseil et les administrateurs doivent agir dans l'intérêt de la personne morale dont ils sont les mandataires sociaux. Les administrateurs sont censés représenter l'ensemble des actionnaires et non pas être les mandataires de certains groupes d'entre eux à l'intérieur de la société.

¹ L'art. 186 de la loi n° 17-95, alg.2

² Y. Guyon, *Droit des affaires*, Tome 1, 11e éd. Economica, p. 287 et s.

³ En matière de la société anonyme, certains pouvoirs sont délégués au conseil (ex. résolutions concernant les émissions des titres divers) en raison des délais de convocation qui s'avèrent parfois très longues par rapport à l'urgence dégagée par l'opération, des coûts inutiles qu'elle peut générer, de sa technicité, ou enfin de son caractère confidentiel ...etc.

Pour ce qui est du pouvoir des assemblées d'un autre côté, si les actionnaires ne participent pas à la gestion, laquelle ne relève ni de leurs pouvoirs ni de leurs compétences, et ils n'accèdent pas à l'information sur les actes de gestion, dont ils ne connaissent que la synthèse annuelle par le bilan, le compte de résultat et l'annexe, ils s'expriment par contre en assemblée générale. Les voix sont comptées non par tête mais par action, et les décisions sont prises à la majorité des voix exprimées¹. Bien évidemment, les actionnaires détenant le plus grand nombre d'actions en assemblée imposent leur volonté aux autres actionnaires et à la personne morale. Cette règle majoritaire a pour conséquence que les majoritaires, qui possèdent une partie des actions, détiennent tout le pouvoir de décision, et que les minoritaires n'ont aucun pouvoir de décision. Or, ce mode de gouvernement n'est admissible et souhaitable que parce qu'il a pour fondement, pour fonction et pour limite l'intérêt social².

Les principes du gouvernement d'entreprise tendent à la une répartition équilibrée des pouvoirs dans la société, avec une définition claire des rôles et tâches des différents organes, et un encadrement strict de leurs responsabilités. En effet, le gouvernement d'entreprise fait référence donc aux relations entre la direction d'une entreprise et ses associés, c'est-à-dire à une nouvelle conception du rôle de l'organe de direction dans les sociétés et à une considération plus grande accordée aux associés. Le régime détermine, également d'une manière claire, les objectifs d'une entreprise conformément aux intérêts de la société et aux aspirations des associés, ainsi que les moyens pour y atteindre, en assurant une surveillance effective des résultats obtenus³.

Le régime du gouvernement d'entreprise sert également à assurer une certaine prévention des mésententes et des conflits d'intérêts au sein de l'entreprise par deux moyens essentiels : d'abord, par **sa finalité** en ce sens que tous les pouvoirs au sein de la société (qu'il soit de direction ou des assemblées) doivent être exercés dans le seul intérêt social. Ensuite, par **le contrôle cette finalité** en ce sens que les actionnaires (notamment les minoritaires) sont considérés comme des acteurs légitimes du gouvernement d'entreprise lorsqu'ils contrôlent le

¹ C. Goyet, *Les limites du pouvoir majoritaire dans les sociétés*, RJ com, nov. 1990, numéro spécial, *La loi de la majorité*, p 58.

² D.Schmidt, *les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey 1970, p 39 ; Poisson (M-D), *La protection des actionnaires minoritaires dans les sociétés de capitaux (en droit français et en droit anglais comparé)*, Thèse, Clermont 1, 1984, p 156.

³ OCDE : les principes de gouvernement d'entreprise, édition 2004, www. Ocde. Fr.

respect de finalité du gouvernement de la société par les différents moyens dont ils disposent en vertu de la loi. A cette fin, ils disposent de plusieurs moyens d'action, parmi lesquels on relève les actions en nullité pour abus de majorité ou pour rupture de l'intérêt commun, des actions en responsabilité civile ou pénale (contre les dirigeants sociaux). Comme ils disposent également des moyens d'information ; consultation des documents sociaux, expertise de gestion, et expertise préventive (*in finitum*). Enfin, ces règles doivent assurer l'exercice équilibré des pouvoirs sans dépasser les limites des attributions d'un côté, et faciliter le contrôle sans freiner la liberté d'entreprendre, de l'autre. Mais, ces règles ne suffisent pas : encore faut-il qu'elles soient bien appliquées conformément à leur esprit et à leur finalité. En effet, selon **P.MARINI** : « l'efficacité du système reste tributaire d'une application responsable par chacun des ses différents pouvoirs »¹.

B- l'appréciation des règles du gouvernement d'entreprise à la lumière de la nouvelle loi sur la SA n° 20/05 :

Le régime du gouvernement d'entreprise peut s'analyser, d'abord, comme étant un mode de gestion et de contrôle de la société (a), et ensuite, comme un système juridique visant le renforcement des droits des actionnaires au sein de la société (b).

a- le gouvernement d'entreprise en tant que mode de gestion et de contrôle de la société :

Au niveau purement juridique, il faut commencer par dire que la nouvelle loi n° 20/05 portant modification de la loi 17-95 sur la société anonyme, a consolidé les principes du gouvernement d'entreprise dans la législation marocaine, tels qu'ils sont conçus par les instances internationales². Cette consolidation a été réalisée à travers l'introduction des nouvelles conceptions du fonctionnement de l'appareil managérial, avec une nouvelle redéfinition du rôle du conseil d'administration, qui a vu ses pouvoirs s'élargir, en se dotant de nouvelles prérogatives et des attributions de son président, des directeurs généraux,

¹ P. Marini (ex rapporteur général de la commission des finances du Senat en France), préface de *la gouvernance des sociétés cotées face à la crise : pour une meilleure protection de l'intérêt social*, sous la direction de Véronique MAGNIER, LGDJ – Alpha, 2011, p 4.

² OCDE

et des directeurs généraux délégués, des administrateurs indépendants¹. Font partie également de cet ensemble de principes : la dissociation des fonctions du président conseil d'administration et celles du directeur général, la possibilité de créer des comités d'études spécialisés de travail au sein du conseil², l'introduction de la charte de l'administrateur dans le règlement intérieur³, une forte responsabilisation des administrateurs, et le renforcement des droits du contrôle des actionnaires⁴.

Par l'adoption des principes du gouvernement d'entreprise en matière du droit de la société anonyme, le législateur a voulu rompre avec la conception classique du conseil d'administration, qui était autrefois « *investi des pouvoirs les plus étendus pour prendre en toutes circonstances toutes décisions nécessaires à la réalisation de l'objet social au nom de la société* » (l'ancien article 69. Loi 17-95). L'ancienne conception, axée sur le système moniste du pouvoir, est devenue dépassée par l'évolution de l'environnement des affaires, et son inadéquation avec les nouveaux standards internationaux de gestion des grandes structures des capitaux. Bien plus, par ces amendements tirés des principes de *corporate governance* tels qu'ils ont été conçus par le model anglo-saxonne, législateur a marqué une évolution positive dans l'incitation à l'investissement, et une avancée considérable dans la transparence de la gestion des sociétés et la protection des droits des associés. Ces amendements sont axés sur des

¹ Il s'agit de nouveaux postes que la nouvelle loi vient de créer. Ce sont des administrateurs externes non exécutifs ne disposant pas de fonctions exécutives, et qui sont chargés d'une mission de contrôle, en évaluant objectivement les acte de gestion, et en contribuant, à l'aide de leur expériences, leur liberté, leur indépendance, et leur savoir faire, à l'enrichissement de la réflexion portant sur la prise de décision. L'article 67 de la loi 20-05 stipule que « les administrateurs qui ne sont ni président, ni directeur général, ni directeur général délégué, ni salarié de la société exerçant des fonctions de direction doivent être plus nombreux que les administrateurs ayant l'une de ces qualités ». Voir Bernard BOULOC, La place de l'administrateur indépendant dans une société cotée- un aspect vécu-, *la gouvernance des sociétés cotées face à la crise : pour une meilleure protection de l'intérêt social*, sous la direction de Véronique MAGNIER, LGDJ – Alpha, 2011, p 107 et s.

² Le code des bonnes pratiques recommande la constitution des comités d'études spécialisés par des administrateurs non dirigeants, dans le but de travailler sur une question spécifique. Il s'agit entre autres du comité d'audit, du comité de nomination, de rémunération des dirigeants, auxquels le conseil peut ajouter d'autres comité comme celui des d'investissements. Voir Bernard BOULOC, « La place de l'administrateur indépendant dans une société cotée- un aspect vécu », *la gouvernance des sociétés cotées face à la crise : pour une meilleure protection de l'intérêt social*, sous la direction de Véronique MAGNIER, LGDJ – Alpha, 2011, p 102 et s.

³ Parmi les recommandations du code l'insertion d'une charte de l'administrateur au règlement intérieur de l'entreprise. Elle vise l'éclaircissement du rôle, des droits, et de ses devoirs de l'administrateur, en portant sur un bon nombre de points comme la défense de l'intérêt social, le respect de l'engagement de loyauté, l'assiduité, confidentialité et professionnalisme... etc.

⁴ La relation entre les actionnaires et les dirigeants est basée sur la théorie du mandat. Or, le contrôle des dirigeants représente pour les actionnaires une contrepartie de ce mandat, dans la mesure où ce mandat est conditionné par l'agissement du mandataire dans l'intérêt du mandant. Pour plus de détails sur ce point voir A.Couret, *les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés*, rev soc 1984, p 234.

orientations de la démocratie, d'indépendance, de transparence, et ils tiennent notamment à des règles de base, portant à la fois sur le fonctionnement et le contrôle de la société. Il s'agit, entre autres, de règles de la séparation de la propriété et du pouvoir¹, de la séparation des fonctions de direction et de contrôle, du renforcement de la transparence, de la consolidation de l'audit légal, et de l'amélioration de l'exercice des droits de vote des actionnaires et la protection des minoritaires.

Avec ces amendements de la nouvelle loi, les fonctions du conseil ont donc été recentrées à la fois sur la stratégie et le contrôle². En effet, l'article 69 de la loi 17-95 tel qu'il a été modifié par la loi n° 20-05, stipule que : «*le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent. Le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns*». Or, si cette conception du rôle du conseil d'administration semble plus modeste, elle est en tout cas plus réaliste, dans la mesure où le conseil d'administration doit «*faire moins, mais mieux*»³, en apportant de la valeur ajoutée réelle à l'entreprise en termes de réflexion stratégique et de contrôle. La fonction exécutive relève dorénavant du management qui est assuré par la direction générale et non pas par le conseil d'administration. Désormais, la direction (le management au quotidien de la société) relève des attributions du directeur générale et le directeur général délégué, qui sont tous les deux de nouveaux organes que la nouvelle loi vient de créer, tandis que la surveillance de la gestion de la société dans l'intérêt social sera effectuée par le conseil d'administration. Ce dernier aura pour mission l'élaboration de la stratégie de la société et les grandes orientations de la politique générale d'investissement, la fixation du programme d'activité, la détermination des plans d'actions et des moyens d'exécution du programme, y compris le budget nécessaire à son exécution, la gestion de la marche générale de la société, et enfin le suivi et le contrôle.

¹ Antoine REBERIOUX, « *Gouvernance d'entreprise et contrôle des dirigeants : 1932-2008, d'une crise à l'autre* » la gouvernance des sociétés cotées face à la crise : pour une meilleure protection de l'intérêt social, sous la direction de Véronique MAGNIER, LGDJ – Alpha, 2011, p 5 et s.

² OUHENNOU, *Réflexion sur la loi n°20.05 modifiant et complétant la loi n°17.95 relative aux sociétés anonymes*, Rev. T. M, n°128-129, p 104.

³ Mémento pratique Francis Lefebvre, *les sociétés commerciales*, éd. 2007, n°8210, p518 et s.

Cette nouvelle configuration du pouvoir, tenant à la séparation des attributions de direction et du conseil d'administration, ne peut que favoriser la clarté des missions et la précision du champ d'intervention de chacun. Il n'est plus question aujourd'hui, de confondre les missions et les pouvoirs des organes de gestion. En plus, elle contribue à une évaluation de la performance des dirigeants de la part du conseil d'administration, et à une prévention des conflits d'intérêt, dans la mesure où ce conseil sera chargé de surveiller et de gérer les conflits d'intérêt entre la direction, les membres du conseil et les actionnaires, tout en veillant au respect des dispositions légales relatives aux abus des biens sociaux, et aux abus commis dans le cadre des conventions réglementées. Ajoutant à cela, cet élargissement des pouvoirs au profit du conseil d'administration, qui est devenu largement indépendant¹ en tirant ses compétences de la loi², s'explique par une certaine diminution du monopole du pouvoir de l'assemblée générale pour ce qui est de l'activité de la société, dans la mesure où une partie des pouvoirs de l'assemblée ont été déléguée au conseil d'administration³.

Pour ce qui est de la dissociation des pouvoirs du président du conseil d'administration et du directeur général, le législateur a consacré pour la première fois la possibilité pour le conseil d'administration d'opter pour soit le cumul⁴ soit la dissociation⁵ entre les fonctions de Président du conseil d'administration et celles de Directeur Général, dans le but de garantir une certaine indépendance aussi bien dans la direction que dans le contrôle⁶. La direction générale de la société peut être assumée donc soit par le Président du conseil d'administration, qui aura pour titre Président Directeur, soit par une autre personne physique, nommé par le conseil ayant le titre de Directeur Général.

Ce nouveau mode de gouvernance⁷ axé sur la distinction entre l'actionnariat (la propriété) et le management (le pouvoir) est en mesure de contribuer effectivement à la prévention des

¹ عزيز اطو بان، الأسس الجديدة لتسيير شركة المساهمة ذات مجلس الإدارة، مجلة رحاب المحاكم' العدد 9 دجنبر 2010، ص 39.

² L'article 69 de la loi 17-95 modifié par la loi 20.05.

³ عزيز اطو بان، الأسس الجديدة لتسيير شركة المساهمة ذات مجلس الإدارة، مجلة رحاب المحاكم' العدد 9 دجنبر 2010، ص 40.

⁴ P. Le Cannu, *droit des sociétés*, 2ème edit. Montchrestien n°753, p 477 et s.

⁵ L'art. 67 de la loi 17-95 (6 eme ali.) tel qu'il a été modifié et complété par la loi n° 20.05.

⁵ Pour plus de détails sur la dissociation des fonctions du président du C.A et du Directeur Général voir P. Merle, *faut-il vraiment créer un 3ème type de direction des SA en France ?*, Bull Joly, mai 2000, p 473 ; Y. Guyon, *faut-il dissocier la présidence du conseil d'administration de la direction générale des SA ?*, rev Lamy droit des affaires, avril 1999, p 3.

⁶ L'art. 67 de la loi 17-95 (6 eme ali.) tel qu'il a été modifié et complété par la loi n° 20.05.

⁷ Ce nouveau mode est proche de la formule de gestion collégiale (dualiste) de la société basée sur l'existence d'un directoire et d'un conseil de surveillance.

conflits d'intérêts, étant donné que la dissociation entre les fonctions du président du conseil d'administration et celle de la direction générale présente plusieurs avantages dont notamment :

- Une plus grande clarté dans la répartition des rôles ; d'un coté, il y a un Président qui anime le conseil et prend en charge les relations des administrateurs avec les directeurs et les actionnaires, tout en gérant les conflits qui peuvent surgir entre eux. Ce président oriente également le management dans le sens de l'intérêt social, et veille au respect des bonnes pratiques de gouvernance. D'autre coté, un Directeur Général qui se concentre sur la définition de la stratégie soumise à l'approbation du conseil, la gestion au quotidien de la société, la recherche de l'efficacité dans les moyens d'action, et la performance dans les résultats sociaux. De telle mesure contribue efficacement à la déconcentration des pouvoirs entre les mains d'une seule et même personne, et renforce le suivi et le contrôle.

- Une définition transparente des fonctions et rôles, ce qui facilite l'identification du responsable en cas de dysfonctionnement.

- Une plus grande souplesse et élasticité dans une entité qui devient de plus en plus complexe, et où il est difficile à un seule personne d'assumer simultanément les exigences de la fonction institutionnelle du Président avec la fonction opérationnelle du Directeur Général.

- Une approche participative dans la gestion de la société, rompant avec cet isolement du dirigeant qui ne serait plus seul à affronter les exigences de la mission de direction. En effet, une gestion associant la technicité et la fonctionnalité d'un Directeur Général à l'arbitrage d'un Président du conseil ainsi que la collaboration des ses membres, au soutien des administrateurs généraux et des administrateurs délégués, à l'assistance des administrateurs indépendants (les comités spécialisés) d'une part, et définissant le champs d'intervention de chaque acteur dans la chaine managériale d'autre part, ne peut être que efficacement fructueuse dans un sens d'intérêt général.

- Une protection contre la rupture dans la gestion de la société, en ce sens que la disparition du dirigeant dans la forme non dissociée peut être source de déstabilisation pour la société. Ainsi, la double présence d'un Président et d'un Directeur Général permet d'assurer la continuité si l'un d'entre eux s'absente ou disparaît.

- Un contrôle plus efficace et plus indépendant des travaux de direction par le conseil, dans la mesure où ce dernier effectue, en toute indépendance, l'évaluation de la performance du Directeur Général et de toute son équipe exécutive.

b- le gouvernement d'entreprise en tant que système visant le renforcement des droits des actionnaires au sein de la société :

A côté des dispositions visant la réorganisation des pouvoirs de gestion et du contrôle, la nouvelle loi n° 20-05 a été porteuse d'améliorations significatives en matière des droits des actionnaires. Ces améliorations touchent notamment l'égalité des actionnaires, et surtout le renforcement de leur droits de participation active dans le processus décisionnel d'un côté, et ceux du contrôle de gestion de l'autre. Ce renforcement se manifeste dans la mise en place de plusieurs prérogatives que les actionnaires peuvent en bénéficier et les garanties de leur exercice, et des nouveaux mécanismes de transparence et d'indépendance.

- prérogatives visant l'amélioration de la participation des actionnaires dans la démarche sociale de l'entreprise :

Pour ce qui est des droits de participation active, l'article 131 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05, donne à l'actionnaire, à défaut d'assister personnellement à l'assemblée, la possibilité de choisir entre l'une des solutions suivantes : ou bien, donner une procuration à un autre actionnaire, à son conjoint, à un ascendant ou un descendant, sinon, adresser une procuration à la société sans indication de mandataire¹. Cette disposition permet à l'actionnaire de participer aux travaux de l'assemblée même s'il est physiquement absent, ce qui lui permet d'exercer ses droits de participation dans la dynamique de la décision sociale, tout en évitant les conséquences négatives d'une procuration en blanc valant carte blanche.

A cette nouvelle prérogative, on peut ajouter également la possibilité de la participation aux réunions du conseil d'administration, du conseil de surveillance, et des assemblées générales à distance, grâce aux techniques des nouvelles technologies d'information et de communication

¹ L'art 131 dispose que : « pour toute procuration d'un actionnaire à la société sans indication de mandataire, le président de l'assemblée générale émet un vote favorable à l'adoption des projets de résolutions présentés ou agréés par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, et un vote défavorable à l'adoption de tous les autres projets de résolution ».

(NTIC)¹. C'est ainsi qu'une interprétation combinée des articles 50, 110 et 111 de la loi 17-95, tels qu'ils ont été complétés et modifiés par la loi 20-05, permet de noter que désormais la participation des membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance, et des actionnaires dans les travaux de réunion, chacun en ce le concerne, peut être assurée par la technique de la visioconférence ou tout autre moyen équivalent. Cependant, cette forme de participation à distance est soumise à certaines conditions : d'une part, il faut que le moyen technique utilisé soit en mesure de permettre l'identification des participants. D'autre part, il faut que les paramètres de la neutralisation et de la personnalisation qui sont fixés par la loi soient respectés². En plus, les statuts de la société peuvent prévoir que seront réputés présents aux réunions du conseil d'administration et des assemblées générales les personnes qui participent aux dites réunions par des moyens de visioconférence³.

- mécanismes visant la transparence et l'indépendance au sein de l'entreprise :

En plus de ces prérogatives qui facilitent la participation des actionnaires, de nouvelles dispositions visant le renforcement de la transparence, et l'indépendance dans le contrôle de la société, et qui ne manquent pas d'ailleurs d'intérêt pour le gouvernement d'entreprise, ont été introduites dans la nouvelle législation sur la société anonyme. Ainsi, pour ce qui est de la transparence, ces dispositions touchent notamment à la qualité et la transparence accrue de l'information financière⁴, à la protection des actionnaires⁵, et à un nouvel encadrement juridique en matière des conventions réglementées⁶ et des conventions interdites⁷. En effet, la nouvelle législation a élargit le champ de la réglementation sur les conventions réglementées et les conventions interdites, pour qu'elle puisse s'appliquer également aux actionnaires, lorsque ces derniers détiennent un pourcentage égale ou supérieur à 5% du capital social ou des droits de vote. Bien plus, et dans la même logique, il est désormais interdit aux administrateurs, membres du directoire, et membres du conseil de surveillance, autres que les personnes morales, de

¹ L'art.50 de la loi n° 17-95 tel qu'il a été modifié et complété par la loi n° 20.05.

² L'art. 50 bis de la loi n° 17-95 tel qu'il a été modifié et complété par la loi n° 20.05.

³ Les arts 50,110 et 111 de la loi n° 17-95.

⁴ Les articles 154 et 232 de la loi n° 17-95.

⁵ Les articles 116, 158, 164 et 179.

⁶ Les articles 56, 58 et 95 de la loi n° 17-95.

⁷ Les articles 62 et 100 de la loi n° 17-95.

conclure des emprunts non seulement auprès de la société, mais aussi auprès de ses filiales et des sociétés contrôlées par elle au sens de l'article 144 de la loi 17-95.

Pour ce qui est du renforcement de l'indépendance dans le contrôle de la société, certaines dispositions visant le renforcement du rôle et de l'efficacité de l'institution des commissaires aux comptes ont été consacrées par la nouvelle législation sur la société anonyme. Ainsi, selon les dispositions de l'article 161 de la loi 17-95, les fonctions des dirigeants de la société, des filiales de la société mère, et de toute autre personne percevant une rémunération de la société qui pourraient porter atteinte à son indépendance, sont incompatibles avec la fonction du commissaire aux comptes de la société. En plus, ce dernier est désormais récusable par le ou les actionnaire (s) représentant seulement 5 % du capital social, et non plus 10 % comme c'était le cas avant l'amendement¹.

Les commissaires aux comptes jouent un rôle prépondérant dans la prévention et la gestion des conflits d'intérêt, à travers la mission dont ils sont chargés d'accomplir. Cette mission consiste, à l'exclusion de toute immixtion dans gestion, dans le contrôle des comptes de la société, le respect de l'égalité entre les actionnaires, et la sincérité de l'information financière destinée à refléter la situation financière de la situation². Les commissaires aux comptes seront amenés à faire des vérifications portant sur des valeurs, des livres, et des documents comptables, et s'assurer de leur conformité aux règles en vigueur. Cette importance du rôle des commissaires aux comptes nécessite une certaine indépendance leur permettant de bien mener dans leur mission. De leur part également, la doctrine et la jurisprudence ont déterminé les cas et les situations dans les quelles la demande de récusation peut être présentée au juge. En effet, la demande se trouve légalement fondée chaque fois que le commissaire aux compte fasse un acte portant atteinte à la fiabilité et impartialité de ses rapports, ou omette de déclarer un fait quelconque de nature à mettre en cause sa mission du contrôle et de défense des droits des associés, dans le respect du principe de l'égalité. C'est ainsi que par un arrêt du 23 février 1983³, la Cour de Colmar a précisé que : « *l'occupation de la fonction du commissaire aux compte, antérieurement à sa fonction du conseiller de la société, ainsi que son intervention à*

¹ L'article 164 de la loi n°17.95 modifié par la loi n° 20.05

² L'art. 166 de la loi 17-95.

³ Colmar, 23 fev.1983, Rev.soc 1983, p 583.

résolution du conflits qui a réunit l'un des actionnaire minoritaire et le président de cette société, ne peut constituer une cause suffisante pour sa récusation, du moment qu'il n'a pas été prouvé ce qui peut faire suspecter son impartialité et son indépendance, ou qu'il n'as pas respecté le principe de l'égalité entre les associés... ». Egalement, si la société fait appel public à l'épargne, le commissaire aux comptes est habilité à porter à la connaissance du CDVM les irrégularités et les inexactitudes qu'il a relevées à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. Cette disposition a pour objectif de protéger l'épargne investie en actions, et de garantir l'équilibre et la transparence dans le fonctionnement des sociétés par actions, en assurant la sérénité des marchés financiers.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615