

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والثانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 37 : نونبر 2015

✓ مع موازيع العدد 37 : نونبر 2015 :

- المساواة بين الخصوم في مجلس القضاء.
- العلاقة بين البيئة والتنمية المستدامة.
- تقدير القاضي لتعويض الضرر الطبي.
- دور الحوار الاجتماعي في دعم الاستقرار.
- المسؤولية عن التلوث الكهرومغناطيسي.
- القواعد القضائية في أجوبة الوثائقي.
- قراءة في نظام التأمين الإجباري عن المرض.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والثانون

صفحة الرئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الاتصال والبراسات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استغلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخوي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30)... المزيد	كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد	إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والفقه المغربي : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	قراءة في النظام الفكري الموائم (قانون 02/15) : الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط محاميات (2012/10/14)... المزيد
---	---	--	---

المصفاة الرئيسية

- اللجنة الاستشارية
- أهداف المجلة
- أخبار المجلة
- اتصلوا بنا
- المدير المسؤول
- شروط النشر
- مقالات فقهية
- مقالات قانونية
- مقالات مقارنة
- مقالات بفرصية
- حوارات علمية
- تقارير خاصة
- المساهمون بالمجلة
- إعداد المجلة
- تتبعنا بالمجلة

العدد السابع والثلاثون : نونبر 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 السابع والثلاثون : لشهر نونبر 2015

محتويات العدد :

✓ كلمة العدد :

1. كلمة العدد 37 لشهر نونبر 2015 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....04

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. المساواة بين الخصوم في مجلس القضاء " دراسة مقارنة " : من إعداد الأستاذ حسن صابر بابا ، ملجستير قانون

خاص - محاضر ، كلية العودة الجامعية فلسطين - غزة.....06

3. تطور قطاع الوظيفة العامة في الجزائر- دراسة تاريخية وصفية تحليلية : من إعداد الأستاذ الدكتور عمار بوضياف

عميد سابق لكلية الحقوق والعلوم السياسية ، مسؤول تخصص دكتوراه - في القانون الإداري ، كلية الحقوق

والعلوم السياسية جامعة تبسة الجزائر.....20

4. العلاقة بين المسائل الإنسانية البيئية و قضية التنمية المستدامة : علي شريف الزهرة ، أستاذة متعاقدة بالمركز

الجامعي غليزان باحثة دكتوراه ، بجامعة عبد الحميد ابن باديس .كلية الحقوق و العلوم السياسية ، مستغنام

تخصص قانون العلاقات ، الاقتصادية الدولية، عضوة في مخبر القانون الدولي و التنمية المستدامة.....41

5. مصادقة المغرب على البروتوكول الاختياري لاتفاقية سيداو- قراءة في الأسس والرهانات : الدكتور محمد

البكوري باحث في الحكامة ، وحدة علم السياسة و القانون الدستوري جامعة محمد الخامس - الرباط.....53

6. تقدير القاضي لتعويض الضرر الطبي وموقفه من تقارير الخبراء الأطباء : إعداد الأستاذ بوعبد الله مسعود

ملجستير في القانون فرع قانون وصحة ، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس الجزائر ، باحث في صف الدكتوراه

في نفس التخصص بذات الجامعة.....63

7. المسؤولية الجزائية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقة الائتمان : من إعداد الدكتورة محمدي بوزينة أمينة ، أستاذة

محاضرة قسم - ب - كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف.....76

8. دور الحوار الاجتماعي في دعم استقرار العلاقات المهنية داخل المؤسسات في الجزائر : بلعبدون عواد أستاذ محاضر

بكلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مستغنام الجمهورية الجزائرية.....99

9. المسؤولية المدنية المترتبة عن التلوث البيئي الكهرومغناطيسي : من إعداد عنقر خالد طالب الدكتوراه ، تخصص

القانون الخاص ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغنام الجزائر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية.....117

10. تطبيقات القواعد القضائية في أجوبة الونشريسي : من إعداد طارق زوكاغ طالب باحث بمركز دراسات الدكتوراه

بكلية الآداب فاس - سايس.....130

11.دراسة تحليلية نقدية لمقتضيات القانون 116.12 المتعلق بنظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة : إعداد عبد المغيث جراز باحث بماستر القانون المدني المعمق كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكادير، جامعة ابن زهر.....139

✓ تقارير :

12.تقرير حول مناقشة أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة محمد الخامس أكادال ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط حول موضوع : إشكالية العقوبة المبررة - دراسة مقارنة ، من إعداد الطالب الباحث : محمد الحمياني تحت اشراف الدكتورة لطيفة المهدي.....154

13.تقرير حول ندوة المكتب الجهوي لناي قضاة المغرب للدائرة الاستئنافية بالقنيطرة حول موضوع : " التفتيش القضائي ومستلزمات السلطة القضائية " من إعداد الأستاذ أنس سعدون عضو نادي قضاة المغرب عضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية.....159

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

14.La politique étrangère du Maroc vis-à-vis de l'Union du Maghreb arabe : L'interaction entre politique interne et externe : EL Haji Hamid ، Docteur - Chercheur en Sciences juridiques et politiques-maroc.....163

ترتيب المقالات يخضع لاعتراف فنية

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

كلمة العدد السابع و الثلاثين لشهر نونبر 2015



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكداك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، تحية طيبة إلى جميع رواد مجلة الفقه والقانون الدولية وتمنى أن نكون دائما عند حسن ظنكم . نضع بين أيديكم العدد السابع والثلاثين لشهر نونبر 2015 ، وقد شمل العديد من الدراسات والأبحاث الهامة عن العلاقة بين المسائل الإنسانية البيئية وقضية التنمية المستدامة ، وعن دور الحوار الاجتماعي في دعم استقرار العلاقات المهنية داخل المؤسسات في الجزائر ، ثم قراءة في أسس ورهانات مصادقة المغرب على البروتوكول الاختياري لاتفاقية سيداو ، ودراسة تحليلية نقدية لمقتضيات القانون 116.12 المتعلق بنظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة ، بالإضافة إلى دراسة تاريخية وصفية تحليلية لتطور قطاع الوظيفة العامة في الجزائر .

وفي ما يرتبط بالقضاء ناقش العدد الجديد قضية المساواة بين الخصوم في مجلس القضاء ، وتقدير القاضي تعويض الضرر الطبي وموقفه من تقارير الخبراء الأطباء ، ثم تطبيقات القواعد القضائية في أجوبة الونشريسي .

وارتباطا بقضايا المسؤولية ضم العدد بين جنباته موضوع المسؤولية الجزائية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقة الائتمان ، ثم المسؤولية المدنية المترتبة عن التلوث البيئي الكهرومغناطيسي .

هذا من جهة ومن جهة ثانية شمل العدد الجديد تقارير هامة عن مناقشة أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، في موضوع : إشكالية العقوبة المبررة - دراسة مقارنة ، وعن ندوة المكتب الجهوي لنادي قضاة المغرب للدائرة الاستئنافية بالقيظرة في موضوع : " التفتيش القضائي ومستلزمات السلطة القضائية " ، هذا فضلا عن دراسات أخرى باللغة الفرنسية .

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.new.ma

دراسات وأبحاث بالعربية : ✓

المساواة بين الخصوم في مجلس القضاء " دراسة مقارنة "



من إعداد الأستاذ حسن صابر بابا
ماجستير قانون خاص - محاضر
كلية العودة الجامعية فلسطين- غزة

ملخص البحث :

يُعد مبدأ المساواة بين الخصوم في مجلس القضاء من أهم أسس التنظيم القضائي السليم، وقد أقرته الشريعة الإسلامية وأورد فقهاؤها تطبيقاته العملية، وكرسه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وتبناه المشرع الفلسطيني ونص على ضمانات تحقيقه ومنها استقلال القضاء، ومنع القاضي من النظر في الخصومة التي له فيها أو لمن ينحصر مصلحته، وعدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي، وغيرها، كما قرر المشرع عدة إجراءات يتوجب اتخاذها في مجلس القضاء لضمان تحقيق مبدأ المساواة، وأبرزها علانية الجلسات، وشفوية المرافعة، وتسبب الأحكام القضائية، ومبدأ المواجهة بين الخصوم، والدفاع وحرية المرافعة، وصولاً للعدالة المنشودة ونشر العدل بين الناس.

Abstract :

The principle of equality between adversaries in the judicial council is considered as one of the most important foundations of proper judicial organization , its approved by the Islamic law as all of it's practical applications is cited by jurists.

In addition to that, its consecrated by universal declaration for human rights and adopted by the Palestinian legislature that identify it's achievement guarantees such as independence of judiciary , preventing the judge from considering the litigation in which he has an interest, inadmissibility of judge judgment according to his own knowledge and others.

Also the legislature decided several procedures to be taken in the judicial council to guarantee the achievement of equality principle , the most prominent of these procedures is the publicity of hearings , oral pleading , causing judicial rulings , the principle of confrontation between adversaries , defense and freedom of pleading to achieve the desired justice and publishing it among people .

مقدمة :

يولد جميع الناس أحراراً ومتساويين في الكرامة والحقوق، وقد كفلت قواعد الشريعة الإسلامية مبدأ المساواة قال تعالى : (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۗ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ)¹، ونصت عليه المواثيق الدولية وتبعتها في ذلك التشريعات الفلسطينية.

ولا مرء في أن نجاح القاضي في المساواة بين الخصوم أثناء النظر في الدعوى يشكل خطوة أولى وأساسية في نجاحه في مهمته بتوفير العدالة للباحثين عنها بصرف النظر عن جنسيتهم أو أصلهم أو سنهم أو جنسهم أو وضعهم المالي والاجتماعي، حتى أضحى مبدأ المساواة يمثل ضمانه أساسية من ضمانات تحقيق العدالة.

ويهدف البحث إلى بيان مظاهر مبدأ المساواة بين الخصوم وإجراءات التقاضي لتحقيق هذا المبدأ في التشريعات الفلسطينية ذات الصلة أولاً، وثانياً تأكيد حقيقة علمية مفادها أن النظام القضائي الإسلامي كان سباقاً في إقرار هذا المبدأ.

وتكمن مشكلة البحث في بيان مدى كفاية النصوص التي توفرها التشريعات الفلسطينية لتحقيق مبدأ المساواة بين الخصوم ، ومدى نجاعة الإجراءات التي يتبعها القاضي لتحقيق هذا المبدأ، ويسلط الباحث الضوء على بيان انسجام نصوص التشريعات الفلسطينية مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بشأن مبدأ المساواة بين الخصوم أمام القضاء، وتتجلى أهمية البحث في بيان سبل الارتقاء بمبدأ المساواة خصوصاً من الناحية التطبيقية أمام القضاء الفلسطيني.

وفي سبيل بيان ذلك اتبعت المنهج التحليلي المقارن مقسماً البحث الموسوم بالمساواة بين الخصوم في مجلس القضاء إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي :

المبحث الأول : مفهوم مبدأ المساواة بين الخصوم.

المبحث الثاني : ضمانات مبدأ المساواة بين الخصوم في التشريع الفلسطيني.

المبحث الثالث : إجراءات التقاضي لتحقيق مبدأ المساواة بين الخصوم، مختتماً البحث بأهم النتائج والتوصيات، آملاً أن يكون البحث إضافة إلى المكتبة القانونية العربية عموماً والفلسطينية خصوصاً يمكن الاستفادة منه، والله الموفق وهو الهادي إلى سواء السبيل.

¹ - سورة الحجرات : آية 13.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ المساواة بين الخصوم:

يقصد بالمساواة لغة السواء والعدل يقال ساوى الشيء إذا عدل وساويت بين الشيئين إذا عدلت¹، ويُقصد بها قانوناً ممارسة جميع مواطني الدولة لحق التقاضي على قدم المساواة أمام محاكم واحدة، وفق إجراءات تقاض موحدة، فضلاً عن وحدة القانون المطبق على الجميع، وخضوع الكل لمعاملة متساوية، دون أية تفرقة أو تمييز بينهم لأي سبب كان، والمعاملة المتساوية لكل أطراف الخصومة²، وفي هذا المبحث سنتناول بيان مفهوم هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والقانون الأساسي الفلسطيني، وذلك على النحو الآتي:

أولاً/ مبدأ المساواة بين الخصوم في الشريعة الإسلامية:

1. إقرار مبدأ المساواة:

حين نزل الوحي على رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت الحضارات القديمة والحضارات الملازمة لظهور التشريع الإسلامي غارقة في التمييز بين الناس، فميزت بين العبيد والأسياد، والوطنيين والأجانب، وذوي النفوذ والأشخاص العاديين، والرجال والنساء، وكانت هذه الحضارات كلها تبدي كراهية للفرد الذي لا ينتمي إلى الجماعة، بل وتعتبره معزولاً عنها، ولم تتمكن حتى من حقه في المطالبة القضائية، إلى أن جاء الإسلام ففضى على كل مظاهر التمييز وساوى بين البشر جميعاً³، وأقر مبدأ المساواة بين الخصوم في مجلس القضاء وأرسى دعائمه، والأمثلة على ذلك كثيرة، منها قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ)⁴، وها هو الرسول صلى الله عليه وسلم يوصي قاضيه علياً: " يا علي إذا جلس إليك الخصمان فلا تقضي بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنك إن فعلت ذلك تبين لك القضاء"⁵، حيث اشترط النبي عليه الصلاة والسلام على علي التسوية بين الخصوم قبل إصدار الحكم في قضيتهم، وقال صلى الله عليه وسلم: " إذا أبتلي أحدكم بقضاء فليتق الله في مجلسه وفي إشارته"⁶، وعن عائشة رضي الله عنها أن قوماً أهمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت، فقالوا: من يكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ ومن يجترئ عليه إلا أسامة حب رسول الله صلى الله عليه وسلم، فكلمه أسامة فقال: " أتشفع في حد من حدود الله!" ثم قام فخطب وقال: " أيها الناس: إنما أهلك الذين قبلكم إنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها."⁷، وهذا أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه يوصي قاضيه فيقول: "... آس بين الناس في مجلسك ووجهك وقضاءك حتى لا يطمع شريف في حيفك ويأس ضعيف من عدلك."⁸، بل ويلزم القاضي بأن

¹ - ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1997، ص 373.

² - عبد الله خليل الفراء، الوجيز في أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الجزء الأول "القضاء وولايتة"، الطبعة الأولى 2011-2012م.

³ - عمار بوضياف: المحاكمة العادلة في النظام الجنائي الإسلامي والمواثيق الدولية، دار الجسور للنشر والتوزيع، 2010، ص 12.

⁴ - آية 1 من سورة النساء.

⁵ - رواه أحمد أبو داود والترمذي وذكره الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، المجلد الرابع، الجزء السابع، دار الجيل، بيروت، ص 275.

⁶ - ذكره وكيع في أخبار القضاة، ص 31.

⁷ - الإمام محي الدين النووي، صحيح مسلم، باب قطع السارق الشريف وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود، دار المعرفة، بيروت، الجزء الحادي عشر، دون سنة، ص 187.

⁸ - موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، دار إحياء التراث العربي، 1405هـ/ 1985م، الطبعة الأولى، الجزء 11، ص 442.

يساوي بين الخصوم أيا كانت الحالة الدينية، فقد جاء في سراج السالك: " والإصغاء لقول كل منهما ولو يكونا كافرا أو مسلما"¹.

2. تطبيقات مبدأ المساواة بين الخصوم :

فصل فقهاء الشريعة في آداب القاضي بشكل يتناسب وأهمية القضاء لحياة الناس، خاصة أدب المساواة بين الخصوم، وأوردوا له عدة تطبيقات، قال الشافعي رحمه الله: "العدل يجب على القاضي في الحكم، وفي النظر في الحكم فينبغي أن ينصف الخصمين في المدخل عليه، والاستماع منهما، والإنصات لكل واحد منهما حتى تنفذ حجته، وحسن الإقبال عليهما، ولا يخص واحداً منهما بإقبال دون الآخر، ولا يدخل عليه دون الآخر، ولا بزبارة له دون الآخر، ولا ينهره، ولا ينهر الآخر"²؛ وذلك لأن تقديم أحد الخصمين موجب لإيغار صدر الآخر وحقه³، وهذا القاضي أبو يوسف صاحب الخراج ينصح القضاة فيقول: " على القاضي أولاً أن يسألهما أيكما المدعي وهذا أرفق بالناس لأن الخصوم قد تلحقهم مهابة المجلس فيعجزون عن النطق والدفاع عن أنفسهم"⁴، وقال القاضي شريح: "ما شددت على لهوات⁵ خصيم ولا لقنته حجته"⁶، ويكره تلقين الشاهد، ومعناه أن يقول له: أتشهد بكذا وكذا، وهذا لأنه إعانة إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم، واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة؛ لأن الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه إحياء للحق⁷.

ومن تطبيقات المساواة أيضاً، أنه إذا حضرا سوى بينهما في الجلوس ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقيه حجة للتهمة؛ لأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه، ولا يضحك في وجه أحدهما؛ لأنه يجترئ على خصمه، ولا يمازحهم ولا واحدا منهم؛ لأنه يذهب بمهابة القضاء⁸، وجملة ذلك، أن على القاضي العدل بين الخصمين في كل شيء، من المجلس، والخطاب واللحظ واللفظ والدخول عليه، والإنصات إليهما، والاستماع منهما⁹، وكذلك سائر أنواع الإكرام، ويُلاحظ هنا مدى حرص الإسلام على مراعاة الحالة النفسية للخصوم، وحرصه على غرس الثقة في نفوسهم في عدالة القضاء ونزاهته.

¹ - عثمان بن حسين بري الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، الجزء الثاني، مؤسسة المنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، دون سنة، ص.198.

² - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار المعرفة، 1410هـ/1990م، ج 6، ص232.

³ - قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، دار الكتب العلمية، ص72.

⁴ - ابراهيم نجيب محمد عوض، القضاء في الإسلام تاريخه ونظامه، مطبوعات مجمع البحوث الإسلامية، 1975، ص 182.

⁵ - لهاة: اللّخمة المُشْرِفةُ عَلَى الحَلْقِي فِي أَقْصَى سَقْفِ الفِّمِّ .

⁶ - عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، المصنف، دار الفكر، 1414هـ/1994م، ج5، ص356.

⁷ - جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، مرجع سابق، ص56.

⁸ - زين الدين بن إبراهيم (ابن نجيم)، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، ج6، ص 307، وانظر: جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية في تخرير أحاديث الهداية، دار الحديث، 1415هـ/1995م، الطبعة الأولى، ج5، ص56.

⁹ - موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، دار إحياء التراث العربي، 1405هـ/1985م، الطبعة الأولى، ج10، ص121.

ثانياً/ مبدأ المساواة بين الخصوم في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والقانون الأساسي الفلسطيني :

إذا كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان¹ قد كرس جملة من الضمانات وصولاً للعدالة والإنصاف، فإن من أبرز هذه الضمانات " حق مساواة الخصوم في مجلس القضاء"، فجاء في صدر الإعلان في المادة الأولى منه : (يولد جميع الناس أحراراً متساوين في الكرامة والحقوق، وقد وهبوا عقلاً وضميراً وعليهم أن يعامل بعضهم بعضاً بروح الإخاء.)، وتأكدت هذه الضمانة بموجب المادة (7) منه والتي نصت على : (كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة عنه دون أية تفرقة، كما أن لهم جميعاً الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان وضد أي تحريض على تمييز كهذا.)، وتكرس مبدأ المساواة في المادة العاشرة من ذات الإعلان فنصت على : (لكل إنسان الحق، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً علنياً للفصل في حقوقه والتزاماته وأية تهمة جنائية توجه إليه).

أما القانون الأساسي الفلسطيني² فلم يكن بمنأى عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة (30) من القانون الأساسي الفلسطيني: (التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وينظم القانون إجراءات التقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا.)، وتجسد مبدأ المساواة بين الخصوم في هذا القانون فنصت المادة التاسعة منه على: (الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة.)، وجاء في الباب السادس منه المعنون بالسلطة القضائية وفي المادة (97) منه تحديداً : (السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويحدد القانون طريقة تشكيلها واختصاصاتها وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، وتعلن الأحكام وتنفذ باسم الشعب العربي الفلسطيني.)، وفي إطار تعزيز هذا المبدأ تجلت مظاهره في المادة (98) والتي نصت على: (القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة.)، وإمعاناً في حرص المشرع الفلسطيني على تحقيق هذا المبدأ فقد كفل مظهراً من أهم المظاهر الواجبة لضمان تحقق المساواة بين الخصوم ألا وهو علانية الجلسات، فنص في المادة (105) من القانون الأساسي على : (جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحكمة أن تكون سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب وفي جميع الأحوال يتم النطق بالحكم في جلسة علنية.)، وستتناول العلانية تفصيلاً لاحقاً.

وبعد هذه النصوص لم يعد خافياً على أحد مدى رقي نصوص القانون الأساسي الفلسطيني وانسجامها الكبير مع حقوق الإنسان وشمولها لما يضمن تطبيقها والحفاظ عليها، وكذلك اتفاقها مع المواثيق الدولية في هذا الشأن سيما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

¹ - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: وثيقة تُعد معلماً في تاريخ حقوق الإنسان، صاغه ممثلون ذوو خلفيات قانونية وثقافية مختلفة من جميع مناطق العالم، وأصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في باريس في 10 ديسمبر 1948 في قرار الجمعية العامة 217 ألف (د-3)؛ باعتباره معياراً مشتركاً للإنجازات لجميع الشعوب والأمم، الإعلان يتحدث عن رأي الأمم المتحدة عن حقوق الإنسان المحمية لدى كل الناس، ويتألف من 30 مادة ويُعد الإعلان من بين الوثائق الدولية الرئيسية لحقوق الإنسان. ونالت تلك الوثيقة موقعاً هاماً في القانون الدولي، وذلك مع وثيقتي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية من سنة 1966، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من سنة 1966، وتشكل الوثائق الثلاثة معاً ما يسمى "لائحة الحقوق الدولية"، انظر الموقع الإلكتروني العربي لهيئة الأمم المتحدة "المفوضية السامية لحقوق الإنسان"، تمت زيارته بتاريخ 2015/8/13، <http://www.ohchr.org>

² - صدر بمدينة رام الله بتاريخ: 18/مارس/2003 ميلادية الموافق: 15/محرم/1424 هجرية.

جدير بالذكر أن دساتير عربية كثيرة¹ أشارت إلى مبدأ المساواة بين الخصوم ونصت عليه.

المبحث الثاني : ضمانات مبدأ المساواة بين الخصوم في التشريع الفلسطيني :

إذا كان مبدأ المساواة أمام القانون بشكل عام مكرس في مواثيق دولية ونصوص دستورية وقانونية كثيرة، فإن هذا المبدأ يظل مجرد شعار وأحرف ميتة إذا لم يتوج بمظاهر و ضمانات من شأنها أن تجسده في أرض الواقع، وهذه المظاهر هي :

أولاً/ استقلال القضاء :

لاشك أن لاستقلال السلطة القضائية دوراً هاماً في تحقيق المساواة بين الخصوم، إذ لا يكون لشخص من الشخصوس أو هيئة من الهيئات سلطان على القضاء تجبره من خلاله على التمييز بين الخصوم، وقد أكد القانون الأساسي الفلسطيني على هذا المبدأ في المادة (51) منه فنص على : " القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأي سلطة التدخل في القضاء أو شؤون العدالة "، ونص المشرع الفلسطيني في قانون السلطة القضائية² رقم (1) لسنة 2002م في مادته الأولى على : (السلطة القضائية مستقلة، ويحظر التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة.)، وتأكيداً لتبنيه الكامل لمبدأ استقلال القضاء أعقبها بالمادة الثانية من ذات القانون فنص على: (القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون).

وإذا كانت الحقوق والحريات تحفظ وتسان بالقضاء ، والعدل وعمارة المجتمع يتحققان بالقضاء³، واستقرار الأوضاع والمعاملات يكون بالقضاء، فينبغي بالمقابل أن يكون للقضاء مظهر يناسب عظمة رسالته هو مظهر الاستقلال، فماذا نعني باستقلال القضاء؟

يقصد بهذا المبدأ أن يمارس القضاة عملهم بالفصل في الخصومات في ظل سيادة القانون، فلا يخضعون إلا لله وللقانون ولضمايرهم، ولا يجوز التدخل في شؤونهم أو محاولة التأثير عليهم من أي جهة أو سلطة كانت، تشريعية أو تنفيذية أو غيرها؛ بهدف إقامة العدل وحماية الحقوق والحريات للأفراد في المجتمع⁴، ويقتضي مبدأ الاستقلال الإحالة دون تدخل أي جهة مهما كانت طبيعتها في أعمال القضاء لتوجيهه وجهة معينة، أو لتعرقل مسيرته، أو لتعترض على أحكامه، كما يقتضي أن يحاط القضاة بسياس من الضمانات ما يقيهم كل تجاوز أو اعتداء من شأنه أن يحدش المبدأ المذكور ويعدم آثاره، وقد وبات واضحاً اليوم أنه دون وجود قضاء مستقل لن تكون هناك جدوى من إعلان لحقوق الإنسان وحرياته علاوة على التشريعات الداخلية للدول، ولا جدوى من الحديث عن مبدأ المساواة أمام القانون⁵.

¹ - انظر مثلاً: المادة 25 دستور الإمارات، المادة 18 من دستور البحرين، الفصل 6 من دستور تونس، المادة 29 من دستور الجزائر، المادة 3 من دستور الصومال، المادة 17 من النظام الأساسي لسلطة عمان، المادة 9 من النظام الأساسي لدولة قطر، المادة 29 من دستور الكويت، الفصل 5 من دستور المغرب، المادة 40 من دستور اليمن، المادة 7 من دستور لبنان.

² - صدر في مدينة رام الله بتاريخ: 2002/5/14 ميلادية. الموافق: 2/ ربيع الأول/ 1423 هجرية.

³ - قال بن خلدون: "الظلم مؤذن بالخراب...وعلى قدر الاعتداء ونسبته يكون انقباض الرعايا عن السعي في الاكتساب." عبد الرحمان بن خلدون، مقدمة بن خلدون، دار الجيل، بيروت، ص 316.

⁴ - مبادئ ونظام التقاضي في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، مقالة منشورة على موقع وكالة الأنباء والمعلومات الفلسطينية، مركز المعلومات الوطني الفلسطيني "وفا"، تمت زيارة الموقع بتاريخ 2015/8/14، <http://www.wafainfo.ps>

⁵ - عمار بوضياف: مرجع سابق، ص 15.

وعليه وتطبيقاً لهذا المبدأ تعين على كل ذي صفة سياسية أو إدارية أن يتجرد من صفته وهو واقف أمام القضاء، وأن لا يستعمل صفته للتأثير على القاضي؛ لأن هيئة الحكم تتعامل مع أطراف النزاع باعتبارهم خصوماً في منازعة معينة، دون أن تنظر لاعتبار آخر كون أن لأحد أطراف النزاع مركزاً إدارياً سامياً أو أنه يتمتع بوزن سياسي معين¹.

ولضمان تحقيق هذا الاستقلال نص المشرع الفلسطيني في المادة (1/3) من قانون السلطة القضائية على : (تكون للسلطة القضائية موازنتها الخاصة تظهر كفصل مستقل ضمن الموازنة العامة السنوية للسلطة الوطنية الفلسطينية.)، وبالتالي فإن موازنة السلطة القضائية ينبغي أن ترد كفصل مستقل في الموازنة العامة، إلا أن المشرع سرعان ما أفقد النص قيمته ومنع تحقيق غايته حين نص في الفقرة (2) من ذات المادة على : (يتولى مجلس القضاء الأعلى إعداد مشروع الموازنة وإحالة إلى وزير العدل لإجراء المقتضى القانوني وفاق لأحكام قانون تنظيم الموازنة والمالية العامة.)، وكان ينبغي النص على اختصاص رئيس مجلس القضاء الأعلى بموازنة سلطته وإبعاد وزير العدل عنها نفيًا لتداخل السلطات وتحقيقاً لاستقلال القضاء، وبالتالي رسوخ مظهراً من مظاهر تحقيق المساواة بين الخصوم.

ثانياً/ إنهاء القاضي عند تعيينه عضويته بأي حزب أو تنظيم سياسي :

اشترط المشرع الفلسطيني ضمن شروط تعيين القضاة الواردة في المادة (16) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م بأن ينهي القاضي عضويته عند تعيينه بأي حزب أو تنظيم سياسي، كما وحظرت المادة (29) من ذات القانون على القضاة ممارسة العمل السياسي، والترشيح لانتخابات رئاسة السلطة الوطنية أو المجلس التشريعي أو مجالس الهيئات المحلية أو المنظمات السياسية إلا بعد استقالاتهم وقبولها، وليس خافياً أن غاية الشرط ومراده تحقيق استقلال القضاة، وبالتالي ضمان تحقيق المساواة بين الخصوم، وتحقيقاً لطمأنينة القضاة وضمان استقلاليتهم فقد أحاطهم المشرع الفلسطيني بالحماية فنص في المادة (27) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م على (القضاة غير قابلين للعزل إلا في الأحوال المبينة في هذا القانون.)، وبذلك لا يكون مصيرهم الوظيفي مرتبطاً بأهواء البعض وسطوته، ولا يكون أمانهم الوظيفي في خطر.

ثالثاً/ عدم جواز الجمع بين صفتي الحكم و الخصم :

ويقتضي ذلك عدم إتاحة الفرصة للقاضي في أن ينظر في أية دعوى يكون له فيها مصلحة شخصية، ومنعه من النظر في الخصومة² له فيها أو لمن يخصه من أقاربه مصلحة من المصالح لأن عاطفته نحو نفسه أو أقاربه قد تجره إلى ظلم الخصم الآخر، فقد نصت المادة (141) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية ما يلي : (1- يجب على القاضي أن يمتنع عن نظر الدعوى ولو لم يطلب رده أحد الخصوم إذا توافرت إحدى الحالات الآتية :

أ. إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم أو زوجه حتى الدرجة الرابعة.

ب. إذا كان له أو لزوجه خصومة قائمة مع أحد الخصوم أو زوجه في الدعوى.

1. المرجع سابق، ص 25.

2- جاء الباب التاسع من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني بعنوان : "عدم صلاحية القضاة وردهم وتنحيمهم".

ج. إذا كان ممثلاً قانونياً أو شريكاً لأحد الخصوم أو كان وارثاً ظنياً له أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة مع أحد أوصياء الخصوم أو القيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها.

د. إذا كانت الدعوى تنطوي على مصلحة قائمة له أو لزوجه أو لأحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة أو لمن يكون هو ممثلاً قانونياً له.

هـ. إذا كان قبل اشتغاله في القضاء قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب أو أدلى بشهادة فيها.

و. إذا كان قد سبق له نظرها بصفته قاضياً أو خبيراً أو محكماً أو وسيطاً.

ي. إذا كان بينه وبين أحد قضاة الهيئة صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة أو كان بينه وبين الممثل عن أحد الخصوم صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة.

2. يقع باطلاً كل قرار أو حكم أصدره القاضي في إحدى الحالات المتقدمة. (

كما نصت المادة (143) من ذات القانون على: (يجوز لأي من الخصوم طلب رد القاضي لأحد الأسباب الآتية:

1- إذا كان للقاضي أو لزوجه دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها أو إذا وجدت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم أو لزوجه بعد سماع الدعوى المنظورة أمام القاضي ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المنظورة أمامه.

2- إذا كان لمطلقته التي له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجه ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بعد سماع الدعوى المنظورة أمام القاضي بقصد رده.

3- إذا كان أحد الخصوم عاملاً لديه أو كان بينه وبين أحد الخصوم كراهية أو مودة يرجح معها عدم الحيطة في الحكم. (

بل وتكريساً لهذه المظهر من مظاهر تحقيق المساواة بين الخصوم نص المشرع الفلسطيني في المادة (144) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على: (يجوز للقاضي في غير الحالات المذكورة في المادتين (141 و 143) من هذا القانون إذا استشعر الحرج من سماع الدعوى لأي سبب أن يتنحى عن نظرها وإعلام رئيس المحكمة التابع لها)، وكل ذلك ابتغاء تحقيق المساواة ونشر العدل بين الناس.

رابعاً عدم جواز قضاء القاضي بعلمه :

استهل المشرع الفلسطيني قانون البينات في المواد المدنية والتجارية¹ رقم [4] لسنة 2001 م في بابه الأول المعنون بأحكام عامة وفي مادته الأولى بالنص: (لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي)، ويتضح من النص أن المشرع منع القاضي أن يحكم بين الخصوم في الدعاوى المنظورة أمامه بعلمه الشخصي، وذلك سداً لذريعة ميله إلى أحد الخصوم، وسداً لذريعة اتهامه من قبل أحد الخصوم بالمحاباة للطرف الآخر.

خامساً فرض بعض الواجبات على القضاة، وحظر بعض الأعمال والتصرفات عليهم خارج مجلس القضاة :

جاء الفصل الثالث من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م بعنوان " واجبات القضاة " ونصت المادة (28) منه على: (لا يجوز الجمع بين وظيفة القضاة، ومزاولة التجارة، أو أية وظيفة أو أي عمل لا يتفق واستقلال القضاة وكرامته، ويجوز لمجلس القضاة أن يقرر منع القاضي من مباشرة أي عمل يرى أن القيام به يتعارض مع واجبات الوظيفة وحسن أدائها)، ووضح أن المشرع قصد تحصين القاضي، والحفاظة على هيئته، وتحقيق مبادئ التنظيم القضائي السليم، في إطار حرصه على المساواة والعدالة.

المبحث الثالث : إجراءات التقاضي لتحقيق مبدأ المساواة بين الخصوم :

ولضمان تحقق مبدأ المساواة بين الخصوم في مجلس القضاة نص المشرع الفلسطيني على مجموعة من الإجراءات التي يتوجب اتخاذها في هذا المجلس، وبالتالي تتحقق الغاية الكبرى من مبدأ المساواة وهي إحقاق الحق ونشر العدل بين الناس، وفي هذا المبحث نتناول هذه الإجراءات على النحو الآتي :

أولاً/ علانية الجلسات وشفوية المرافعة :

لتحقيق العدالة ينبغي أن تكون جلسات القضاة مفتوحة أمام الجميع فيحضرها الخصوم وغيرهم، ويشهدون فصول المرافعة ويسمعوا أقوال الأطراف وتدخل القاضي وتوضيحات الشهود وأدلة الإثبات، وهو ما من شأنه أن يضفي على العمل القضائي شفافية ووضوحاً، مما يزيد في درجة ثقة المتقاضين في جهاز القضاة.

وبالتالي فالمقصود بعلنية الجلسات فتح أبواب القضاة أو المحاكم أمام جمهور الناس، وإتاحة الفرصة لهمل حضور جلسات المحكمة، والاستماع لمرافعة الخصوم والنيابة العامة والقاضي، ومعرفة كل ما يجري في قاعة المحكمة أثناء نظر القضايا أو الفصل في الخصومات¹، وتعد علانية الجلسات من الضمانات الهامة والأساسية في التقاضي؛ لأنها تخلق نوعاً من الرقابة الشعبية العامة على أعمال الهيئة القضائية، كما تخلق نوعاً من الاطمئنان لدى الناس ولدى الخصوم بعدالة ونزاهة القضاة، وهذا يدفع بهم إلى المزيد من التحري والدقة والأناة لحسن أداء العدالة²، وها هو المشرع الفلسطيني يقر مبدأ الجلسة العلنية، فقد نص في المادة (115) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية³ رقم (2) لسنة 2001م على : (تكون جلسات المحكمة علنية إلا أنه يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم إجرائها سراً محافظة على النظام العام أو مراعاة للأداب أو حرمة الأسرة). وقرر ذات المبدأ فنص في المادة (1/3) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م⁴ على: (تكون جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم عقدها سرية مراعاة للأداب أو للمحافظة على النظام العام، ويكون النطق بالحكم في جميع الأحوال في جلسة علنية). وتطابقها المادة (1/15) من قانون السلطة القضائية.

1- مصطفى عياد، الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، 2003، غزة، ص 88.

2- عبد الله خليل الفراء، مرجع سابق، 73، وانظر في نفس المعنى مبادئ ونظام التقاضي في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، مقالة منشورة على موقع وكالة الأنباء والمعلومات الفلسطينية، مركز المعلومات الوطني الفلسطيني "وفا"، تمت زيارة الموقع بتاريخ 2015/8/14، <http://www.wafainfo.ps>

3- صدر بمدينة غزة بتاريخ 2001/5/12 ميلادية الموافق 18 من صفر 1422 هجرية.

4- صدر بمدينة غزة بتاريخ: 2001/5/12 ميلادية، الموافق: 18/من صفر/1422 هجرية.

ويتضح من النصوص السابقة أن المشرع الفلسطيني قد كفل مبدأ علنية الجلسات ولكنه واستثناء من هذا المبدأ أجاز للمحكمة أن تأمر بجعل الجلسات أو في جزء منها سرية لاعتبارات المصلحة العامة أو الآداب العامة ولو بناء على طلب الخصوم خاصة في قضايا الشرف والزواج، والجدير بالملاحظة أن جلسة النطق بالحكم يجب أن تكون علنية حتى وإن كانت جلسات المرافعة أو المحاكمة سرية، وهذا ما نص عليه المشرع الفلسطيني في المادة (171) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001: (.. ويكون النطق بالحكم في جلسة علنية وإلا كان الحكم باطلاً)، وكذلك نص المشرع الفلسطيني على استثناء آخر على مبدأ علنية الجلسات وذلك في المادة (1/52) من قانون السلطة القضائية: (تكون جلسات المحاكمة التأديبية سرية إلا إذا طلب القاضي المرفوعة عليه الدعوى أن تكون علنية)، وذلك حفاظاً على كرامة القاضي وسمعته.

ولكي يتحقق هدف العلانية لا بد أن تكون المرافعة شفوية، فيتراجع الخصوم أو وكلائهم شفويًا أمام المحكمة، وكذلك الاستماع للبيئة، ولا يتعارض ذلك مع جواز تقديم الخصوم مذكراتهم للمحكمة مكتوبة سيما وأن هذه المذكرات لا تتضمن طلبات أو دفعات جديدة لم يطلع عليها الخصوم، بل هي إيضاح لموقف الخصوم من الناحية الواقعية، أو تبيان سندهم القانوني¹، فشفوية المرافعة تحقق نفس المزايا التي يحققها مبدأ علنية الجلسات، بل إن هذا المبدأ الأخير لا يحقق مزاياه أو الهدف منه إذا لم تكن هناك مرافعة شفوية وأسئلة متبادلة بين الخصوم وأعضاء هيئة المحكمة².

ثانياً/ تسبب الأحكام القضائية :

يقصد بتسبب الأحكام مجموعة الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي استندت عليها المحكمة في تكوين قناعتها بالحل الذي تضمنه حكمها، وكذلك الإشارة إلى النصوص القانونية التي أثارها النزاع، فقبل أن يشير القاضي إلى منطوق حكمه، يتعين عليه أولاً أن يسرد جملة العلة والأدلة التي تدفعه للاقتناع بضمون هذا الحكم دون غيره، وينبغي أن يؤسس ذلك على أدلة ثابتة في الملف، وأن يذكر النصوص القانونية التي طبقها على النزاع المعروض عليه، وهذا ما نص عليه المشرع الفلسطيني في المادة (171) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001: (ينطق القاضي بالحكم، بتلاوة منطوقة، أو بتلاوة منطوقة مع أسبابه، ويكون النطق بالحكم في جلسة علنية وإلا كان الحكم باطلاً)، ونص في المادة (172) من ذات القانون على: (تودع مسودة الحكم في ملف الدعوى عند النطق به مشتملة على منطوقه وأسبابه وموقعة من هيئة المحكمة)، وقد جعل مشرعنا الوطني أسباب الحكم من البيانات الإلزامية الواجب ذكرها في حكم القاضي، فنص في المادة (174) من ذات القانون أيضاً على: (يجب أن يشتمل الحكم على اسم المحكمة التي أصدرته ورقم الدعوى وتاريخ إصدار الحكم وأسماء القضاة الذين اشتركوا في إصداره وحضروا النطق به وأسماء الخصوم بالكامل وحضورهم أو غيابهم وأن يشتمل على عرض مجمل لوقائع الدعوى وخلاصة موجزة لطلبات الخصوم ومستنداتهم ودفعوهم ودفاعهم الجوهري مع بيان أسباب الحكم ومنطوقه)، بل وأكثر من ذلك فقد جعل القصور في التسبب سبباً لبطلان الحكم، فنص في المادة (175) من ذات القانون على: (القصور في أسباب الحكم الواقعية، والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم وعدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه البطلان).

1- عبد الله خليل الفراء، مرجع سابق، ص74.

2- مبادئ ونظام التقاضي في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، مقالة منشورة على موقع وكالة الأنباء والمعلومات الفلسطينية، مركز المعلومات الوطني الفلسطيني "وفا"، تمت زيارة الموقع بتاريخ 2015/8/14، <http://www.wafainfo.ps>

وقد أظهرت التجربة القضائية والممارسة العملية لأداء العمل القضائي الأهمية التي يحتلها مبدأ تسبيب الأحكام، فعدالة الأحكام تفرض هذا التسبيب، وبانعدامه تزول شرعيتها؛ لذا فإن التسبيب هو الوسيلة المؤثرة في إقناع الخصوم، والدليل الذي يبرهن على سلامة الأحكام وموافقته للقانون والعدالة، ولا يكون التسبيب إلا بطريق التحقيق والدراسة المعمقة والتمحيص، وهو ما يدفع القاضي لأن يبذل الجهد لاطلاع الغير على نتائج التحقيق الذي قام به والدراسة التي انتهى إليها¹، ولا شك أن فرض التسبيب في الأحكام القضائية تعود فائدته أيضاً على المتقاضين فيعرف أطراف النزاع وذوي المصلحة جملة الأسباب التي دفعت القاضي للنطق بالحكم، ويتأكدون من تحقق مبدأ المساواة بين الخصوم، ففائدة التسبيب تكمن في دفع أي شبهة ترد على الأحكام والتنبيه لخلوها من التعسف والجور، ولا شك أن ذلك يبعث الاطمئنان في نفوس المتقاضين².

وإن القاضي بتسبيب حكمه يحصنه ويحميه، فهو إن رجح دليلاً على آخر، أو اقتنع بطلب، أو أسقط دعواً، وجب عليه في جميع هذه الحالات ذكر الأسباب التي دفعته لذلك، أي أن يحلل كيف وصل إلى هذه النتيجة ولا يكون ذلك طبعاً إلا بعد مناقشة كافة المسائل التي أثارها الخصوم إن تأييداً أو معارضة، وأن يؤسس حكمه على نصوص من القانون، أو أن يستند إلى اجتهاد معمول به صادر عن المحكمة العليا في موضوع النزاع³.

ثالثاً/ مبدأ المواجهة بين الخصوم :

يقصد بمبدأ المواجهة حق الخصم في أن يُبلغ بالأوراق والطلبات والدفع التي يقدمها خصمه للمحكمة، وأن تتخذ جميع الإجراءات في مواجهته⁴، ويُعد هذا المبدأ من أهم مبادئ التقاضي وضمانات تحقيق المساواة والدفاع والعدالة، وعنصراً من عناصرها، بحيث يلزم أن يتم كل إجراء قضائي سواء في مرحلة التحضير أو في غيرها من مراحل سير الدعوى في مواجهة الطرف الآخر ومناقشة ما يقدمه أطراف الدعوى من أدلة للإثبات، وعلى هذا الأساس فإن مبدأ المواجهة يتعلق بسير إجراءات الدعوى، وتتحصل حقوق الدفاع من أن القاضي لا يستطيع الفصل في الدعوى على أساس مستند لم يتيسر لأحد الطرفين فرصة الاطلاع عليه، وأخذ الوقت اللازم لمناقشته وتقديم ملاحظاته⁵؛ ولذلك تضمن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني نصوصاً أمرت بقررة ضرورة المواجهة بين الخصوم وتجعلها واجبة يترتب على مخالفتها بطلان الأحكام وبطلان الإجراءات، ومن هذه النصوص ما ورد في المادة (174) التي نصت على: (يجب أن يشتمل الحكم على اسم المحكمة التي أصدرته ورقم الدعوى وتاريخ إصدار الحكم وأسماء القضاة الذين اشتركوا في إصداره وحضروا النطق به وأسماء الخصوم بالكامل وحضورهم أو غيابهم وأن يشتمل على عرض مجمل لوقائع الدعوى وخلاصة موجزة لطلبات الخصوم ومستنداتهم ودفعهم ودفاعهم الجوهرية مع بيان أسباب الحكم ومنطوقه)، حيث أفاد هذا النص أن إغفال القاضي ذكر طلبات الخصوم ودفعهم ودفاعهم في الحكم يترتب عليه البطلان.

1 - عمار بوضياف: مرجع سابق، ص 35.

2 - انظر في هذا المعنى محمد أحمد أبو زيد، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وضوابط صياغة بيانات الحكم الجنائي، مطابع روز اليوسف الجديدة، القاهرة، 2000، ص 6. مشاراً إليه لدى عمار بوضياف: مرجع سابق، ص 36.

3 - عمار بوضياف: مرجع سابق، ص 37.

4 - عبد الله خليل الفراء، مرجع سابق، ص 67.

5 - مبدأ حق الدفاع في مجال المحاكمة: مقالة منشورة على موقع جورسبيديا القانون المشارك، تمت زيارته بتاريخ 2015/8/14، <http://ar.jurispedia.org>

وفي المادة (4/85) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية نص المشرع على : (لا يجوز للمدعي أن يبيدي في الجلسة التي تخلف فيها خصمه طلبات جديدة أو أن يعدل أو يزيد أو ينقص في الطلبات الأولى إلا إذا كان المدعى عليه قد تبلغ بهذه الطلبات).

ويتضح من النص السابق أن تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم يحتم على القاضي أن لا يقبل أية مذكرات أو أدلة أو السماع لأي أقوال من الخصم إلا بحضور خصمه وفي جلسة محاكمة علنية.

وللمواجهة بين الخصوم فوائد وعوائد كثيرة من أهمها أن القاضي يستطيع أن يستبين الحق والمبطل في أثناء سجال الخصوم والمواجهة بينهم كما أنه يوفر الثقة والاطمئنان بالقضاء والقاضي، وأن لا مصدر ولا سبيل لقناعة القاضي وعقيدته إلا ما يقال في جلسات المحاكمة وما يقدم فيها، كما أن المواجهة وسيلة ناجعة لحماية القاضي من كيد وتلبيس الخصوم وتدليسهم وتغريهم على القاضي، فإذا انعدمت المواجهة كان القاضي فريسة سهلة للتغريب والتدليس والتلبيس عليه¹، ناهيك عن دور المواجهة والدفاع في تحقق المساواة بين الخصوم.

والواقع أن هذا المبدأ - وهو المواجهة بين الخصوم - من مقتضيات مبدأ المساواة بين الخصوم؛ لأن في السماع من أحدهما في غيبة الآخر تفضيلاً له عليه، وحرماناً للآخر من سماع أقوال خصمه والرد عليها والدفاع عن رأيه، غير أنه في كل مرة يتعنت أحد الخصمين يجرم من مقتضيات هذا المبدأ، فيسمع من خصمه في غيابه، إذ لا يجوز أن يكون هذا المبدأ سلاح يستعمله أهل الباطل لأكل أموال الناس وحقوقهم.

وبعد أن تعرفنا على مبدأ المواجهة بين الخصوم نتناول مبدأ الدفاع والذي يتداخل معه ويؤيدان في مجملهما إلى تحقيق المساواة بين الخصوم في مجلس القضاء.

رابعاً/ الدفاع وحرية المرافعة :

يرتبط الدفاع أشد الارتباط بوجود الإنسان، فكلما تعرض لهجوم على نفسه أو ماله أو عرضه، هبَّ - هذا الإنسان - مدافعاً عن نفسه راداً الاعتداء، مواجهاً الهجوم بهجوم مضاد معتبراً ذلك وسيلته لضمان استمرارية وجوده، وهو ما يعني أن رد الفعل الدفاعي غريزة إنسانية، ومن هنا نشأ الدفاع كمفهوم عام، ومع مرور الزمن انصب الدفاع على جوانب لا يستطيع الشخص المعني بالدفاع أن يدركها ولن تمكنه مداركه المحدودة ومعرفته غير المتخصصة أن يصل إليها، وذلك عندما يكون في حاجة إلى دفاع - هذه المرة - بالنصوص القانونية بالدفع الشكلية والموضوعية وغيرها، ومن خلال تبيان المخالفات القانونية، بتحليل وسائل الإثبات، وكذا مدى مطابقة النص للوقائع، فهنا يأخذ الدفاع بعده الحضاري والإنساني، وهنا فقط يتحول الدفاع من واجب إلى حق تعمل كل الدساتير على تكريسه وضمان احترامه، وهذا ما نجد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ينص عليه، وإذا وصلنا إلى أن حق الدفاع حق مقدس، مضمون دستورياً ودولياً فإن أدواته ووسيلته هي المرافعة، وفي التعريف بمهنة المحاماة نص المشرع الفلسطيني في المادة (2) من قانون رقم (3) لسنة 1999م بشأن تنظيم مهنة المحاماة على : (المحاماة مهنة حرة تعاون السلطة القضائية في تحقيق العدالة وتأكيد سيادة القانون وفي كفالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين وحررياتهم. ويزاول المحامون وخدمهم مهنة المحاماة، ولا سلطان عليهم في مزاولتهم إلا لضمائرهم وأحكام القانون).

1 - عبد المؤمن شجاع الدين، مقتضيات المواجهة بين الخصوم، مقالة منشورة على موقع الصحيفة القضائية " القضائية نت " بتاريخ 2011/5/3، وتمت زيارة الموقع بتاريخ 2015/8/12، <http://www.alqdhahieh.net>.

ويتضح من النص السابق أن المحامي تقع على عاتقه كثير من المهام أثناء ممارسته لعمله، ومن أبرز هذه المهام " الدفاع " عن الخصم الذي يمثله، وبهذا نحتتم أبرز الإجراءات القانونية التي نص عليها المشرع الفلسطيني لضمان تحقق مبدأ المساواة بين الخصوم في مجلس القضاء.

الخاتمة :

أما وقد انتهيت بفضل الله تعالى وعونه من دراسة المساواة بين الخصوم في مجلس القضاء، ويقيني بأن لكل عمل إذا ما تم نقصان، وقبل أن ألقى القلم منتهياً من هذا العمل، ينبغي أن أثبت النتائج التي توصلت إليها، وأضيف التوصيات التي آمل أن تخرج إلى النور يوماً تشرق فيه الحياة بنور العدالة والحياة والأمل.

أولاً: النتائج :

تتلخص نتائج هذا البحث فيما يلي :

أولاً/ أظهر البحث مدى رقي نصوص القانون الأساسي الفلسطيني، وانسجامها الكبير مع حقوق الإنسان، وشمولها لما يضمن تطبيقها والحفاظ عليها، وكذلك اتفاقها مع المواثيق الدولية في هذا الشأن سيما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

ثانياً/ أوضح البحث السبق الحضاري للشريعة الإسلامية في وضع أحكام حقوق الإنسان، وأسس التنظيم القضائي السليم، والتي من أبرزها مبدأ المساواة بين الخصوم في مجلس القضاء، وشمول الشريعة لتطبيقات عديدة لتجسيد المساواة واقعياً وعملياً في مجلس القضاء.

ثالثاً/ كرس المشرع الفلسطيني مبدأ المساواة بين الخصوم، وعززه بتبنيه لأهم ضمانات تحقيقه ومنها استقلال القضاء، وإنهاء القاضي عند تعيينه عضويته بأي حزب أو تنظيم سياسي، ومنع القاضي من النظر في الخصومة التي له فيها أو لمن يخصه من أقاربه مصلحة من المصالح، وكذلك عدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي، وفرض بعض الواجبات على القضاة، وحظر بعض الأعمال والتصرفات عليهم خارج مجلس القضاء.

رابعاً/ قرر المشرع الفلسطيني مجموعة من الإجراءات الواجب اتخاذها في مجلس القضاء لضمان تحقق المساواة وبالتالي تتحقق الغاية الكبرى من مبدأ المساواة وهي إحقاق الحق ونشر العدل بين الناس وأبرز هذه الإجراءات علانية الجلسات وشفوية المرافعة، وتسبيب الأحكام القضائية، ومبدأ المواجهة بين الخصوم، والدفاع وحرية المرافعة.

خامساً/ إن مبدأ المساواة بين الخصوم شأن يتجاوز بكثير حدود القضاة والخصوم أنفسهم إذ أنه في جوهره وثيق الصلة بقيمتي العدل والحرية في المجتمع، وفي العالم المتحضر فإنهما تتأثران سلباً وإيجاباً بمقدار ما هو متوافر من مساواة بين الخصوم في كل بلد، لذا فإننا حين ندافع عن هذا المبدأ ونتشبه به، إنما ندافع عن أنفسنا في حقيقة الأمر، وحين يستشعر القضاة قلقاً من جراء نقصان استقلالهم والخصوم خلاً في تطبيق مبدأ المساواة بينهم، فإن ذلك القلق ينبغي أن ينسحب علينا تلقائياً.

ثانياً/ التوصيات :

أولاً/ لسنا بحاجة للدفاع عن النظام القضائي الإسلامي وما اشتمل عليه من مبادئ وأسس قومية سبقت فيها الحضارة الإسلامية كل الحضارات، بقدر حاجتنا لإيصال نور هذه الحضارة للآخرين، وقطع الطريق على المتربصين والمسيئين لهذا الدين المؤدين لتشويهه بأفعالهم الشنيعة وجرائمهم البشعة، وواجب المسلمين أن يعيدوا الفقه الإسلامي إلى نصابه الحقيقي؛ لتحقيق هوية الأمة، وعدم تبعيتها للآخرين؛ لذا نوصي بتشكيل لجان مختصة دائمة تصل الماضي بالحاضر، وفاعلة تواكب التطورات، وتلبي الحاجات، وتقرر المصالح ومقاصد الشريعة، وتفعيل التشريعات الموحدة بين بلاد المسلمين.

ثانياً/ النظام القضائي الفلسطيني بحاجة ملحة لتطبيق وتفعيل النصوص القانونية المعنية بأسس التنظيم القضائي، والتي من أبرزها مبدأ المساواة بين الخصوم، أكثر من حاجته لمزيد من مثل هذه النصوص، فليس المهم أن نضمن هذا المبدأ قوانيننا فحسب بل الأكثر أهمية أن نجد التطبيق الصحيح لهذا المبدأ، وهو أمر تقع مسؤوليته على كل من السلطة والشعب، فالمواطن نفسه يجب أن يطالب بالحماية القانونية لحقوقه وحرياته ومساواته مع غيره، وعليه أن يؤدي واجباته التي يفرضها عليه القانون وانتماؤه لوطنه، وفي المقابل يجب أن تعمل السلطة العامة على ترسيخ العمل بهذا المبدأ في الحياة العملية، ففي ذلك مصلحة للوطن والمواطن.

ثالثاً/ لضمان تحقيق استقلال القضاء نص المشرع الفلسطيني في المادة (1/3) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م على: (تكون للسلطة القضائية موازنتها الخاصة تظهر كفصل مستقل ضمن الموازنة العامة السنوية للسلطة الوطنية الفلسطينية.)، إلا أن المشرع سرعان ما أفقد النص قيمته ومنع تحقيق غايته حين نص في الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه على: (يتولى مجلس القضاء الأعلى إعداد مشروع الموازنة وإحالته إلى وزير العدل لإجراء المقتضى القانوني وفاق لأحكام قانون تنظيم الموازنة والمالية العامة.)، وكان ينبغي النص على اختصاص رئيس مجلس القضاء الأعلى بموازنة سلطته، وإبعاد وزير العدل عنها؛ نفيًا لتداخل السلطات وتحقيقاً لاستقلال القضاء، وبالتالي رسوخ مظهرًا من مظاهر تحقيق المساواة بين الخصوم، وهو ما نوصي به هنا.

رابعاً/ نوصي بإنشاء معهد وطني للدراسات القانونية في فلسطين، يختص بدراسة وتحليل القوانين المطبقة، ومدى ملائمتها للواقع، ومواكبتها للتطور الحاصل في القوانين المقارنة.

نظور قطاع الوظيفة العامة في الجزائر - دراسة تاريخية وصفية تحليلية



من إعداد الأستاذ الدكتور عمار بوضياف

عميد سابق لكلية الحقوق والعلوم السياسية

مسؤول تخصص دكتوراه - في القانون الإداري

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تبسة الجزائر

مقدمة :

• التعريف بالموضوع وأهمية :

تجمع دراسات القانون الإداري وكذلك دراسات علم الإدارة العامة أن مصطلح الوظيفة العامة "la fonction publique" من المصطلحات الحديثة. وعادة يستعمل للدلالة على الموظفين وكل ما يت إلهم بصلة. وهذا المصطلح سائد في النظام اللاتيني كالنظام الفرنسي. وسائد أيضا في الدول ذات التأثير بهذا النظام كالجائر والمغرب وتونس والدول الإفريقية. أما مصطلح الخدمة المدنية "Civil Service" فهو شائع الاستعمال في الدول ذات التأثير بالنظام الانجلوسكسوني كالكويت والسعودية والامارات والأردن وقطر والبحرين.

ويقصد بالوظيفة العامة من زاوية عضوية أو هيكلية مجموعة من الموظفين يشغلون مهاما داخل الإدارة العمومية. ولها أهمية كبرى بالنظر أنها توفر خدمة عامة. وتوثق الوظيفة العامة في كل الدول العلاقة بين الحاكم والمحكوم، أي بين الدولة ككيان سياسي من جهة، والجمهور من جهة أخرى. ولا يتم تلبية هذه الخدمة العامة إلا بتدخل من الموظف العام باعتباره يد الدولة في القيام بواجب عبء أداء الخدمة العمومية.

وتمثل الوظيفة العامة اليوم أحد أهم حلقات ودوائر القانون الإداري. ولها أبعاد سياسية وأخرى اجتماعية واقتصادية وثقافية لا يمكن انكارها. ومن هنا لا غرابة إذا كانت السلطات العمومية في كل الدول تصدر من القوانين ما يحكم قطاع الوظيفة العامة. وتنشئ من الهياكل المركزية والمحلية لضمان رقابة ذات فعالية للمسار المهني للموظف العام، وتخصص سنويا مناصب مالية للإدارات العمومية على اختلاف أنواعها مما ساهم بحق في اتساع وعاء الموظفين العموميين.

وتتميز الوظيفة العامة، عن باقي قطاعات النشاط المختلفة، المالية والتجارية، والاقتصادية وغيرها أنه ينظمها قانون خاص ومميز، أطلق عليه في الجزائر "القانون الأساسي العام للوظيفة العامة". ويحكم بشكل عام كل

العمليات التي تهم عالم الوظيفة العامة، ومسار الموظف العام بدءا بالتعيين والتثبيت إلى الترقية والانتداب والاستيداع والتكوين و حقوق الموظف وواجباته والاستقالة والتأديب والتقاعد وغيرها من الوضعيات المختلفة. وتنظم الوظيفة العامة إلى جانب النص العام، بنصوص خاصة قطاعية تختلف حسب طبيعة النشاط. فقطاع الصحة يحتاج لنصوص خاصة، وقطاع التربية أيضا، وقطاع التكوين المهني، وقطاع التعليم العالي وغيرها من قطاعات النشاط. مما يجعل البحث في مجال الوظيفة العمومية واسعا ممتدا يشمل كما معتبرا من النصوص القانونية والتنظيمية.

ومما لا شك فيه أن تطور أي مجتمع مرهون بتطور قطاع الوظيفة العامة. فلا يمكن التسليم بتقدم نسبة النمو داخل أي مجتمع بعيدا عن مساهمة قطاع الوظيفة العامة وما يحتويه من أعداد هائلة للموظفين العموميين موزعين على أجهزة مركزية كالوزارات وإدارات محلية وأخرى جهوية ومرافق عامة ذات أنشطة مختلفة. من أجل ذلك احتل قطاع الوظيفة العامة في الجزائر منذ الاستقلال إلى اليوم مكانة مميزة سواء من حيث المنظومة القانونية والتنظيمية، أو من حيث الهياكل، أو من حيث الميزانيات السنوية وغيرها. وهو ما جعله يتصدر ملف الإصلاحات الإدارية في كل مرحلة من مراحل تطور المجتمع الجزائري والتي سنتناولها بالدراسة.

• إشكالية الدراسة :

لما كان قطاع الوظيفة العامة من أهم دوائر ومجالات الإصلاح الإداري، تعين علينا طرح تساؤل في غاية من الأهمية مفاده إلى أي مدى ساهمت قوانين الوظيفة العامة في الجزائر في تفعيل هذا القطاع ورفع مستوى أداءه في مختلف المراحل؟ وهل شكل قطاع الوظيفة العامة من خلال منظومته القانونية وبواسطة هياكله الرقابية عامل تطور وتنمية إدارية، أم عامل تأخر وإعاقة ومساهمة في انتشار ظاهرة البروقراطية والروتين الإداري الثقيل؟

• أهداف الدراسة :

نسعى من خلال هذه الدراسة تحقيق أهداف علمية يمكن اجمالها فيما يلي :

1- إبراز أهم المراحل التاريخية التي مر بها قطاع الوظيفة العامة بدءا بالمرحلة التالية لفجر الاستقلال وانتهاء بالمرحلة الحالية.

2- تقييم مراحل الإصلاح الإداري في مجال الوظيفة العامة منذ 1962 إلى غاية المرحلة الحالية.

• المنهج المتبع :

اعتمدنا لإعداد هذه الدراسة على مناهج علمية مختلفة فرضتها طبيعة الموضوع:

• المنهج التاريخي : سلطنا هذا المنهج لدواعي تتعلق بتطور المنظومة القانونية لقطاع الوظيفة العامة منذ الاستقلال وإلى اليوم.

• المنهج الوصفي : لأن الدراسة تنصب على هياكل رقابة إدارية في مجال الوظيفة العامة، تعين وصفها والتعريف بها.

• المنهج التحليلي : استعملنا من خلال هذه الدراسة عديد النصوص الخاصة بالقطاع وقمنا بتحليلها مستعينين في ذلك ببعض الدراسات الفقهية.

• خطة الدراسة :

اعتمدنا من أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة على الخطة التالية :

المبحث الأول : أهمية الوظيفة العامة والموظف العام.

المبحث الثاني : تطور قطاع الوظيفة العامة من حيث المنظومة القانونية.

المبحث الثالث : علاقة قانون الوظيفة العامة بالقوانين والتنظيمات ذات الصلة.

المبحث الرابع : تطور هياكل الوظيفة العامة.

المبحث الخامس : تغيير نمط رقابة مفتشية الوظيفة العامة.

الخاتمة .

المبحث الأول : أهمية الوظيفة العامة والموظف العام.

مما لا شك فيه أن وظائف الدولة في هذا الزمن تشهد تطورا وتوسعا كبيرا من حيث المجال. ولا غرابة في ذلك طالما تشعبت وظائف الدولة وتنوعت عن ذي قبل. فلم تعد الدولة في عالمنا المعاصر ملزمة بتوفير خدمة الدفاع والأمن والقضاء فقط كما كان في السابق، بل بات لزاما عليها، لتوفير حاجات أفرادها، القيام بالعديد من النشاطات والخدمات كخدمة الصحة والتعليم والنقل والاتصالات وغيرها. حتى أنه على صعيد المصطلحات المستعملة في القانون الإداري وفي علم الإدارة شهدنا تنوعا واختلافا في المصطلح. حيث استعمل الكثير في البداية مصطلح الدولة الراعية أو الحارسة والذي تميزت به الدولة القديمة، وصار المصطلح الجديد الذي حل محله هو مصطلح الدولة التنموية، وهي دولة بالطبع متدخلة في عديد النشاطات بهدف خدمة الأفراد ورعاية مصالحهم.¹ ومن المؤكد أنه لازم تطور وظائف الدولة تطورا آخر يتعلق بالوظيفة العامة فشهدت هي الأخرى توسعا وانتشارا، وهو ما زاد من نطاق الاستعانة بالموظفين العموميين من أجل تلبية هذا الكم الهائل من الخدمات والنشاطات في شتى الميادين. فلو أخذنا على سبيل المثال لا الحصر خدمة تسجيل المواليد والوفيات على مستوى البلديات، خدمة تقع لا شك على عاتق الدولة، وأنيط القيام بها من قبل عون البلدية، وهو موظف عام، فلا يتصور انتفاع الفرد من هذه الخدمة دون تدخل من موظف عام. ومثل ذلك بالنسبة لجواز السفر وبطاقة التعريف ورخصة البناء ورخصة الهدم وتسجيل طالب في الجامعة وتسجيل تلميذ في مدرسة ودخول المريض لمستشفى عام وغيرها من النشاطات كثير، كلها تستوجب تدخل الموظف العام باعتباره يد الدولة للقيام بهذه الخدمة.

لذلك ذهب الباحثون في علم الإدارة للقول أن الأداء الوظيفي يعتمد على الإنسان. فمهما توافرت الإمكانيات والوسائل بين يدي الإدارة، تظل حاجتها ماسة لخدمات وتدخل الموظف العام.

فالموظف العام هو أحد العوامل والوسائل الرئيسة لنجاح النشاط الحكومي بمختلف قطاعاته ورفع أدائه في كل الدول. وهو أيضا يمثل من ناحية سلبية أحد العوامل الرئيسة لفشل الخطط التنموية وضعف مردود القطاع العام وإخفاقه وتدهوره.²

ويكفي للتدليل على أهمية الوظيفة العامة الاستشهاد بما أقره غالبية الفقه في فرنسا أن مفهوم الوظيفة العامة يترجم مفهوم الدولة في حد ذاتها كأهم أشخاص القانون العام. وأن الموظف العام يستمد أهميته من أهمية الوظيفة التي جعلت أساسا لخدمة الجمهور وتحقيق المصلحة العامة.³

وهاهو الدكتور سليمان محمد الطماوي يؤكد أنه إذا كان القانون الإداري لا يهتم أساسا إلا بالأشخاص

¹ - أنظر: الدكتور عبد الله موله، التحكم في التبادل الحر والتنمية من الدولة الراعية إلى الدولة التنموية، مجلة تواصل، صادرة عن جامعة عنابة، الجزائر، العدد 24، السنة 2009، ص 45.

² - أنظر: الدكتور حسن أبشر الطيب، محاور حول النموذج المتكامل لتنمية الموارد البشرية، مجلة الإداري، معهد الإدارة العامة، مسقط، سلطنة عمان، العدد 55، السنة 1993، ص 22.

³ - OLIVIER DORD. DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE. PRESSES UNIVERSITAIRE DE FRANCE. 2012. p1.

المعنوية. فإن الشخص المعنوي بطبيعته لا يمكن أن يؤدي رسالته إلا عن طريق شخص آدمي يكون المعبر عن إرادته. وهذا الشخص الأدمي هو الموظف العام. لذلك تردد القول وشاع أن الإدارة لا تساوي أكثر مما يساويه الموظف العام.¹

إن أهمية الوظيفة العامة في الجزائر تتجلى لنا من خلال اعتبارها أحد أهم الحلقات والمحاور بمناسبة تنصيب لجنة إصلاح هيكل الدولة التي أشرف على تنصيبها رئيس الجمهورية بتاريخ 25 نوفمبر 2000 والذي اعترف في كلمة التنصيب أن منظومة الوظيف العمومي ليست سوى انعكاسا لتصورنا للدولة.²

ولا عجب أن تحتل الوظيفة العامة أحد أبرز معالم الإصلاح الإداري في الجزائر في كل مرحلة خاصة بعد إقرار التعددية السياسية. وبرز موقعها أكثر فأكثر بعد ظهور معايير الحكم الراشد والتي تغيرت من خلالها فكرة الخدمة العمومية، وأداء المرفق العام، كما تركزت من خلالها الدعوة إلى تبسيط الخدمة العمومية، وحياد الموظف العام، وفعالية قطاع الإدارة، والمساءلة الإدارية، وشفافية التسيير العمومي وغيرها من مقتضيات الحوكمة.

وتزداد أهمية الوظيفة العامة بتزايد تعداد الموظفين العموميين باعتبارهم المؤتمنين على القيام بالخدمة العامة. فقد بات هؤلاء في كل الدول يمثلون دائرة واسعة، وشريحة مهمة لها مكانتها و ثقلها ووزنها واعتبارها، ومتواجدة على جميع الأصعدة المركزية والجهوية والمحلية والمرفقية. ففي الجزائر مثلا حتى موفى سنة 2012 بلغ تعداد العاملين في قطاع الوظيفة العامة: 1.913.958 عون عمومي. منهم 1.533.106 موظف دائم. أي ما يمثل نسبة مئوية 80.1. وبلغ عدد المتعاقدين 380.852 متعاقد أي بما يمثل نسبة مئوية 19.9.³ وعند نهاية سنة 2013 بلغ عدد الموظفين والأعوان العموميين 1.951.078. منهم 1552.097 موظف. و398.981 متعاقد.⁴

المبحث الثاني: تطور قطاع الوظيفة العامة من حيث المنظومة القانونية:

مر قطاع الوظيفة العامة من حيث المنظومة القانونية بمراحل عدة يمكن حصرها في ثلاثة مراحل أساسية:

- المرحلة الانتقالية من 1962 إلى 1966.

- مرحلة أول قانون أساسي للوظيفة وما تبعه من نصوص.

- مرحلة القانون الأساسي الثاني للوظيفة العامة.

وسنخصص لكل مرحلة مطلقا خاصا.

المطلب الأول: المرحلة الانتقالية - 1962-1966:

عندما حصلت الدولة على استقلالها كان من غير الممكن ولأسباب موضوعية التخلي كليا ومرحلة واحدة عن التشريع الفرنسي باعتباره التشريع الذي حكم الإدارة الجزائرية خلال الفترة الاستعمارية. المتمثل في الأمر المؤرخ في 4 فيفري 1959 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة الفرنسي والذي كان يسري على الموظفين الجزائريين.⁵

¹ - أنظر: الدكتور سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص 211.

² - أنظر: الموقع الرسمي لرئاسة الجمهورية الجزائرية، خطاب الرئيس.

³ - أنظر: الموقع الرسمي للمديرية العامة للتوظيف العمومي، تاريخ الزيارة نوفمبر 2014.

⁴ - أنظر: الموقع الرسمي للمديرية العامة للتوظيف العمومي، تاريخ الزيارة أكتوبر 2015.

⁵ لتفصيل أكثر بخصوص المرحلة الاستعمارية راجع:

لذا بات لازما الاعتراف بمد سريان تطبيق القانون الفرنسي في المرحلة التالية للاستقلال وهو ما حمله القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962. وقد برر هذا القانون في بيان أسباب مقتضبه أنه إن كان من جهة وفي ظل الدولة المستقلة ينبغي إصدار تشريعات تلائم طموحات الشعب، إلا أنه من جهة أخرى لا يمكن ترك الدولة دون منظومة قانونية، لذا تحتم الاحتفاظ بتشريع الدولة الاستعمارية إلى حين التفكير في إعداد نصوص تلائم فلسفة وتوجه الدولة الجزائرية.

وجاءت المادة الأولى من القانون أعلاه لتعلن مد سريان كل التشريعات السارية المفعول في الفترة قبل 31-12-1962 لتظل سارية المفعول في مرحلة الاستقلال باستثناء ما تعلق بالسيادة الوطنية. وفصلت المادة 2 المقصود بالسيادة في المجال الداخلي والخارجي.¹

وتشير عديد الدراسات المتخصصة أن الوظيفة العامة في هذه المرحلة عاشت أسوأ فتراتهما بحكم ندرة المؤطرين على إثر الهجرة المكثفة للموظفين الفرنسيين، مما سبب فراغا كبيرا على مستوى جميع الإدارات لم يكن من السهل تجاوزه والقضاء عليه. فالأرقام تؤكد أن عدد الموظفين الفرنسيين والأجانب في شهر 1964 بلغ 16.292 تم الاستعانة بهم بغرض التكوين والتأطير وضمان حد أدنى للخدمة العمومية.² وبرز خلال هذه المرحلة ظاهرتين متناقضتين هما تعداد القوانين والنظم الاستثنائية المطبقة على الموظفين " أكثر من 800 قانون أساسي خاص " من جهة، وقلة عدد الموظفين الجزائريين الأمر الذي كاد أن يؤدي إلى انحلال الكثير من المرافق العامة.³

ولا يمكن في ظل هذه المرحلة التي ميزها الضعف الكبير المسجل على مستوى الموارد البشرية لقطاع الوظيفة العمومية أن نقيم أداء ومردودية هذا القطاع المميز، لسبب بسيط أن الدولة لازلت في أولى مراحل البناء، والتأسيس، وإعداد الهياكل، وتوفير الإمكانيات اللازمة، والتفكير في وضع نصوص جديدة تلائم فلسفة الدولة المستقلة وتساير توجهها، وهذا حتى يتم شيئا فشيئا الانفصال التام عن تشريع وتنظيم الإدارة الاستعمارية.

المطلب الثاني: مرحلة أول قانون للوظيفة العامة وما تبعه من نصوص:

لقد صدر أول تشريع للوظيفة العامة في الجزائر المستقلة بموجب الأمر 66-133 المؤرخ في 2 جوان 1966.⁴ وتضمن هذا الأمر 79 مادة. وحدد تاريخ سريانه يوم أول يناير 1967. وتبع صدور هذا الأمر 19 مرسوما نشرت كلها في ذات الجريدة الرسمية التي نشر فيها الأمر 66-133. إلى جانب صدور قرار وزاري مشترك وتعليمة في العدد ذاته.⁵

ولقد اعتبر البعض أن صدور القانون الأساسي للوظيفة العامة يمثل أهم حدث في تاريخ المؤسسات الإدارية في الجزائر. ثم أن فئة الموظفين بالذات كثيرا ما انتظرت صدور هذا القانون على الأقل لتحديد مجال الحقوق الوظيفية والواجبات. 1966.⁶

¹ - أنظر: الجريدة الرسمية رقم 2 بتاريخ 11 يناير 1962.

² - أنظر: الدكتور سعيد مقدم، الوظيفة العمومية بين التطور والتحول من منظور تسيير الموارد البشرية وأخلاقيات المهنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 112.

³ - أنظر: هاشمي خرفي، المرجع السابق، ص 40.

⁴ - أنظر: الجريدة الرسمية رقم 46 لسنة 1966.

⁵ - أنظر: الجريدة الرسمية رقم 46 لسنة 1966 الصفحات من 554 إلى 580.

⁶ - أنظر: MISSOUM SBIH .LE Statut General de la fonction publique. Revue Algérienne des sciences juridiques politiques et économiques .Mars 1967. N 1.p 5.

واعترف بيان الأسباب أن الوظيفة العمومية مرت بمرحلة جد صعبة طوال المرحلة الاستعمارية حيث كانت الوظيفة مفتوحة إلا للفرنسيين. وكان التوظيف على أساس المسابقات من بين المرشحين الذين يحملون مؤهلات مطلوبة لشغل الوظيفة. أما بعد الاستقلال وفي ظل الأمر 66-133 لم يعد بالإمكان اعتماد نظام المسابقات نظرا لعدم وجود الوقت، كما أنه لم يكن بالإمكان المحافظة على مستوى التعليم اللازم وذلك لعدم وجود مرشحين.¹ وعن مجال تطبيق هذا الأمر جاء بيان الأسباب واضحا في استبعاد رجال القضاء وأعضاء الجيش الوطني الشعبي والقائمون بشعائر الدين. وهو ما تؤكد في المادة الأولى من الأمر. أما بخصوص المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري فقد اعترف البيان بأن هناك ضرر لحق بالدولة، و ثبت في المرحلة الانتقالية، و تمثل في ترك تباين كبير في مجال الرواتب والتقاعد والفوائد الاجتماعية بين طبقتين من المصالح العمومية.

وإذا كانت الدولة الجزائرية في المرحلة الانتقالية قد شهدت تباينا كبيرا فيما خص الرواتب والأجور بين قطاع الوظيفة العمومية وكانت رواتبه ضعيفة، والقطاع الصناعي والتجاري وكانت أجوره مرتفعة، فهذا أمر يشكل خلافا كبيرا ولا يمكن أن يحدث في دولة اشتراكية التوجه وترمي بقوانينها ومؤسساتها إلى تحقيق العدالة الاجتماعية. ولقد اعتبر بيان الأسباب أن الأجور في القطاع الاقتصادي هو بمثابة مزايده تحدث في عالم الشغل ضد الإدارات العمومية.² وأنشأ الأمر 66-133 هيئات استشارية في مجال الوظيفة العمومية كالمجلس الأعلى للوظيفة العمومية وأعلن عن صدور مرسوم مستقبلا يضبط أحكامه. كما أنشأ اللجان المتساوية الأعضاء واللجان التقنية . ومن هنا جاء الأمر المذكور لارساء جملة من المبادئ في مجال الوظيفة العامة على الأقل منها :
- مساواة المواطنين في الالتحاق بالوظائف العامة.

- حق الموظف في المشاركة في التسيير من خلال الهياكل المختصة المتمثلة في اللجان الإدارية واللجان التقنية. وهو ما جعل الوظيفة العامة تعرف خصوصيات اختلفت عن المرحلة السابقة أهمها:

1- الاستقرار الوظيفي الناتج عن ضمان المسار المهني للموظف.

2- جزأة الوظيفة العامة من حيث المنظومة القانونية وصدور قانون منفصل عن الإدارة الفرنسية.

المطلب الثالث : مرحلة القانون الأساسي العام للعامل 1978³.

لقد صدر القانون الأساسي العام للعامل بموجب القانون 78-12 بتاريخ 5 غشت 1978. وتضمن 217 مادة⁴. وجاءت المادة الأولى منه لتعرف العامل بأنه : " كل من يعيش من حاصل عمله اليدوي أو الفكري ولا يستخدم غيره من العمال أثناء ممارسة نشاطه المهني". بما يفهم منه أن المشرع أراد لهذا النص أن يكون بمثابة قانون إطار، ونصا مرجعيا وأساسيا ذو طابع توحيدي بين جميع القطاعات⁵. والدليل أن القانون 78-12 حمل عنوان "...أساسي عام...". ثم أعطى تعريفا واسعا للعامل مستمد من الميثاق الوطني ينطبق على العاملين في القطاع الصناعي والتجاري وأيضا العاملين في القطاع الإداري أو مجال الوظيفة العمومية. لأن الموظف في هذا القطاع يعيش هو الآخر من حاصل عمله اليدوي أو الفكري. ثم أن القانون الأساسي العام للعامل صدر في عز أوج المرحلة

¹ - أنظر: بيان الأسباب للأمر 66-133 المنشور في العدد 46 من الجريدة الرسمية لسنة 1966.

² - أنظر: بيان الأسباب الصفحة 544 من العدد ذاته.

³ - لتفصيل أكثر بخصوص ظروف تحضير هذا القانون ومناقشته في المجلس الشعبي الوطني وأبعاده التوحيدية راجع :

Mostefa BOUTEFNOUCHET. LES TRAVALLEURS EN ALGERIE .imprimerie KHEMESTI. ALGER.1984.p 207

⁴ - أنظر: الجريدة الرسمية رقم 32 لسنة 1978.

⁵ أنظر: Mohamed Brahimi. Le S.G.T et les administrations publiques Des fonctionnaires sans fonction publique . Revue Algérienne des sciences juridiques politiques et économiques . 1987 N 1.p28

الاشتراكية وبعد قرابة ثمانية سنوات من صدور الأوامر المتعلقة بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات. فالنبرة التوحيدية في هذا القانون واضحة لأسباب ايدولوجية صرفة. فطلما كانت الدولة في توجهها اشتراكية حسب دستور 1976، كان عليها أن توحد الإطار القانوني لجميع العاملين أيا كان مجال النشاط وقطاع العمل وهو ما جاء به قانون 1978.

وكان هدف السلطات العمومية ساعة اقرار هذا النص التوحيدي المتعلق بعالم الشغل هو ترسيخ الفكرة السائدة آنذاك من أن الوظيفة العامة لا يمكنها القيام بدور المحرك للتنمية، إلا إذا كانت وظيفة عمومية وطنية بمعنى ادماجها في مجموع النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي للبلاد.¹

غير أن الدارس لقواعد هذا القانون فيما خص أحكام الإلغاء يلاحظ أن المشرع لم يصرح بإلغاء الأمر 66-133 سالف الذكر والمتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية، بل جاءت المادة 216 منه بصياغة عامة مفادها " تلغى النصوص المخالفة لهذا القانون...". وليس هناك أي إلغاء صريح للأمر 66-133.

ولقد طرح الدكتور مسعود منتري سؤالا جوهريا بعد صدور القانون الأساسي العام للعامل مفاده مجال تطبيق هذا النص على الموظفين العموميين والذين ارتبطوا أساسا بالقانون الأساسي العام للوظيفة العامة الصادر في 2 جوان 1966. وهو ما جعلنا على حد قوله أمام عدم إمكانية الجمع بين نص ذو طابع ليبرالي مستمد أساسا من التشريع الفرنسي، وبين نص ذو طابع اشتراكي هو القانون الأساسي العام للعامل الصادر سنة 1978.²

ولا ينبغي أن نصرف النظر عن أمر آخر أن تعميم تطبيق القانون 78-12 عرف عديد العوائق في قطاع الوظيفة العامة، هذا الأخير الذي تميز بخصوصياته المميزة عن القطاع الاقتصادي التي حملها الأمر 66-133 ونصوص تطبيقية أخرى. فصار من غير المعقول التضحية بهذا الكم الهائل من النصوص والصادرة في سنوات عديدة ومحوها لترك المجال فقط للقانون 78-12. ومن هنا تعين التصريح بفسل الوحدة بين جميع العاملين في منظومة قانونية واحدة نظرا لاختلاف كل قطاع عن الآخر.

ثم أن المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي كانت تدار بسلسلة الأوامر المتعلقة بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، هذا التسيير الذي منح العمال مكانة مميزة تطبيقا لفكرة العامل المنتج والمسير. فأصبح تواجد العمال في كل خلايا التسيير الخاصة بالمؤسسة العمومية الاقتصادية³. ويتعذر تطبيق هذه الفكرة في قطاع الوظيفة العامة.

المطلب الرابع: مرحلة القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العامة 1985:

تميزت سنة 1985 بصدور المرسوم 85-59 المؤرخ في 23 مارس 1985 المتعلق بالقانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العامة⁴. وتضمن هذا المرسوم 150 مادة. والشيء اللافت للنظر بالنسبة لها النص الجديد:

¹ - أنظر: الدكتور سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 137.

² - أنظر:

Messaoud MENTRI. ESSAI D'ALYSE DE LA LEGISLATION ET DE LA REGLEMENTATION DU TRAVAIL EN ALGERIE. O.P.U. ALGER. 1986. p 11.

³ - أنظر:

Mahfoud GHEZALI. LA PARTICIPATION DES TRAVALLEURS A LA GESTION SOCIALISTE DES ENTREPRISES O.P.U. ALGER. 1981. p 13 et s.

وايضا: الدكتور محمد الصغير بعلي، المؤسسات العمومية الاقتصادية في التشريع الجزائري، سلسلة كتب المعهد الوطني للدراسات والبحوث النقابية، الجزائر، ص 23 وما بعدها.

⁴ - أنظر: الجريدة الرسمية رقم 13 لسنة 1985.

- أنه اعتمد أساسا على المادة 2 من القانون 78-12 بما يعني أن المشرع جعل من القانون الأساسي العام للعامل نصا مرجعيا. وهو ما يؤكد الطابع الوحدوي لهذا القانون. فأراد المشرع تعميمه بموجب مرسوم يطبق في مجال الإدارات العمومية والمؤسسات الإدارية.

- حمل هذا المرسوم عنوان "الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات." صيغة العمومية واضحة جلية في النص.

- استعمل المرسوم مصطلح "العامل" بدل "الموظف" بما يؤكد نية التوحيد على الأقل من حيث المصطلح. فهما اختلف قطاع النشاط فثمة عامل يعيش من حاصل عمله اليدوي أو الفكري ولا يهم إن كان المرفق العام ذو طابع إداري أو اقتصادي.

- جاء مرسوم 1985 ليعلن صراحة عن إلغاء كم هائل من المراسيم التي صدرت لتطبيق مقتضيات الأمر 66-133 المتعلق بالوظيفة العمومية من ذلك المرسوم 66-134 والمرسوم 66-135 والمرسوم 66-138 والمرسوم 66-139 والمرسوم 66-142. والمرسوم 66-150 والمرسوم 66-151 وكلها مراسيم صدرت لتجسيد وتوضيح كفاءات تطبيق نصوص جاء بها الأمر 66-133.

- من اللافت للنظر أن المرسوم 85-59 وضمن مقتضيات النص نجده اعتمد على الأمر 66-133 والقانون 78-12 معا.

وقد حمل المرسوم المذكور حسب ما طرحه الدكتور سعيد مقدم إشكالية كبيرة تمثلت هل جاء مرسوم 1985 بديلا عن أمر 66-133، وإذا كان الأمر كذلك فلماذا لم يتم التصريح بإلغاء أمر 66-133؟

ظلت هذه الإشكالية مطروحة على الصعيد الإداري والقضائي أيضا.¹

وباعتقادنا الخاص تعد هذه المرحلة من أغمض وأعقد المراحل التي مر بها قطاع الوظيفة العامة لا لشيء إلا بسبب التساؤلات التي تم طرحها على الصعيد القانوني وعلى صعيد المنازعات الإدارية و يأتي على رأسها كيف يرسوم وهو نص تنظيمي أن يفرغ أمرا من محتواه وهو نص ذو طابع تنظيمي و صدر عن السلطة التنفيذية منفردة، رغم أن سنة 1985 السلطة التشريعية ممثلة المجلس الشعبي الوطني كانت تعمل بشكل عادي ومنتظم. فعلى مستوى المصطلحات مثلا تم الاستغناء عن مصطلح "الموظف" والمكرس بموجب الأمر 66-133 بمصطلح "العامل" المعتمد في مرسوم 1985. كما تم الاستغناء عن مصطلح "الترسيم" وتم استبداله بمصطلح "التثبيت". وأحدث المرسوم تغييرا في أحكام الترقية أقل ما يمكن أن يقال عنه أنه تغيير جذري مما عمق في درجة الإشكاليات المطروحة وعلاقة مرسوم 85 بامر 66.

المطلب الخامس : مرحلة القانون الأساسي للوظيفة العامة الأخير الأمر 06-03 المطبق حاليا :

إن أول ما يسترعي الانتباه أن المشرع استعمل في تسمية النص عبارة "الأساسي العام" بما يؤكد أن قانون الوظيفة العمومية هو بمثابة قانون إطار.² وحمل الأمر 06-03 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية 224 مادة موزعة على عناوين مختلفة:³

¹ - أنظر: الدكتور سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 139.

² - أنظر: الدكتور عبد الجليل مفتاح، نظرة على القانون الأساسي للوظيفة العمومية، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، العدد السابع، أبريل 2010، ص 11. وأيضا الدكتور سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 172.

³ - أنظر: الجريدة الرسمية رقم 46 لسنة 2006.

الباب الأول : وتضمن الأحكام العامة والتي شملت مجال التطبيق والعلاقة القانونية الأساسية. والمناصب العليا والوظائف العليا للدولة. والأنظمة القانونية الأخرى للعمل.

الباب الثاني : واحتوى على الضمانات، وحقوق الموظف وواجباته.

الباب الثالث : ونظم الهيكل المركزي وهيكل الوظيفة العمومية.

الباب الرابع : واحتوى على التوظيف والتسيير الإداري للمسار المهني للموظف. وتقييم الموظف والتكوين والترقية .

الباب الخامس : وتضمن التصنيف والراتب.

الباب السادس : فصل في الوضعيات القانونية للموظف كالقيام بالخدمة والانتداب والوضعية خارج الاطار والإحالة على الاستيداع والخدمة الوطنية وحركات تنقل الموظفين. والنظام التأديبي.

الباب الثامن : وحكم المدة القانونية للعمل.

الباب التاسع : وتضمن العطل والغيابات.

الباب العاشر : وفصل في قواعد إنهاء الخدمة.

الباب الحادي عشر: تضمن أحكام انتقالية ونهائية.

ومن المفيد التذكير أن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية لسنة 2006 صدر في ظل ظروف تميزت عن المرحلة السابقة ألا وهي التعددية السياسية واقتصاد السوق. وقد جاء بخاصية التوحيد بين صفوف موظفين التابعين لسلك الوظيفة العمومية وهذا لضمان احترافية الإدارة¹. واستبدل مصطلح العامل السائد في المرحلة الاشتراكية خاصة في ظل القانون الأساسي العام للعامل بمصطلح الموظف. وهو المصطلح السائد والمستعمل في كثير من النظم الوظيفية في العالم. ولقد أدخل البعض القانون الأساسي العام للوظيفة العامة لسنة 2006 ضمن الإصلاح الإداري وخدمة الإدارة والرفع من المستوى المعيشي للموظفين لمواجهة متطلبات الحياة الاجتماعية.²

المبحث الثالث : علاقة قانون الوظيفة العامة بالقوانين والتنظيمات ذات الصلة :

إذا كان القانون الأساسي العام للوظيفة العامة نص يحكم بالأساس مجموع العاملين في قطاع الوظيفة العامة وأن مجاله واسع، فإنه ينجم عن ذلك أن تشريع الوظيفة له وثيق الصلة بتشريعات أخرى، كما أن له علاقة بتنظيمات كثيرة. نبين ذلك في المطالبين التاليين :

المطلب الأول : علاقة قانون الوظيفة العامة بالقوانين ذات الصلة :

إذا كانت الوظيفة العامة في الجزائر منظمة أساسا بالقانون الأساسي العام للوظيفة العامة الصادر بموجب الأمر 06-03 مؤرخ في 15 يوليو 2006، إلا أن لهذا القانون وثيق الصلة بقوانين وأوامر تمس مجالات لها علاقة بالوظيفة العامة. كالقانون المتعلق بالتقاعد، والقانون المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، والقانون المتعلق بجوادث العمل والأمراض المهنية. والقانون المتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي. والقانون المتعلق بالوقاية من المنازعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب. والقانون المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي. والقانون المتعلق بالمدة القانونية للعمل. وقانون الخدمة الوطنية وغيرها من المنظومات القانونية.

وفيما يلي البيانات الأساسية لهذه القوانين :

- القانون 14-06 المؤرخ في 9 أغسطس 2014 المتضمن قانون الخدمة الوطنية.

¹ - أنظر: الدكتور بوزيان مكلل، القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الجديد كآلية قانونية لإصلاح الإدارة في الجزائر، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 37، لسنة 2009، ص 9.

² - أنظر: الدكتور بوزيان مكلل، الموظفون والإصلاحات الإدارية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعباس، العدد 5، أبريل 2009، ص 85.

-القانون 83-11 مؤرخ في 02 يوليو 1983 المعدل والمتمم يتعلق بالتأمينات الاجتماعية.
 -القانون رقم 83-12 مؤرخ في 02 يوليو 1983 المعدل والمتمم يتعلق بالتقاعد.
 -- القانون رقم 83-13 مؤرخ في 02 يوليو 1983 المعدل والمتمم يتعلق بمحوادث العمل والأمراض المهنية.
 -- القانون رقم 83-14 مؤرخ في 02 يوليو 1983 المعدل والمتمم يتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي.

-القانون رقم 88-07 مؤرخ في 26 يناير 1988 يتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل.
 القانون رقم 90-02 المؤرخ في 06 فبراير 1990 المعدل والمتمم يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب.

-القانون 90-14 المؤرخ في 02 يونيو 1990 المعدل والمتمم يتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي.
 -أمر 97 03 مؤرخ في 11 يناير 1997 يحدد المدة القانونية للعمل.

المطلب الثاني : علاقة قانون الوظيفة العامة بالتنظيمات ذات الصلة " القوانين الأساسية لمختلف قطاعات النشاط " :

من الثابت أن لقانون الوظيفة العامة علاقة وطيدة بقوانين أساسية كثيرة صدرت بموجب مراسيم تنفيذية تتعلق بقطاعات مختلفة كقطاع التربية والتكوين والتعليم المهنيين والتعليم العالي والبحث العلمي وقطاع الشباب والرياضة والتجارة وترقية الاستثمار وقطاع البيئة والإدارة المحلية والنقل والصحة والموارد المائية. وهذا ما يؤكد استعانة كل الإدارات المركزية والإقليمية والمرفقية بالموظف العام.

ورجوعا لهذه المراسيم التنفيذية نجدها تشير صراحة ضمن مقتضياتها للأمر 06-03. كما تشير إليه في مختلف الأحكام المتعلقة بالتوظيف أو التربص والترسيم أو التقييم أو الانتداب أو التأديب وغيرها من الأحكام ، بما يجعل للقانون الأساسي العام للوظيفة العامة مكانة خاصة باعتباره نصا مرجعيا امتدت أحكامه لقطاعات شتى.

فهذه المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 08-130 المؤرخ في 3 مايو 2008 المتضمن القانون الخاص بالأستاذ الباحث استندت صراحة للأمر 06-03. وكذلك المادة 3 فيما خص الحقوق والواجبات.¹

وها هو المرسوم التنفيذي 08-129 المؤرخ في 3 مايو 2008 يتضمن القانون الاساسي الخاص بالأستاذ الباحث الاستشفائي استند في المادة 4 منه فيما خص الحقوق والواجبات للأمر 06-03.² وفيما يلي بيان بعض الأمثلة بخصوص القوانين الأساسية:

-المرسوم التنفيذي 08-04 المؤرخ في 19 يناير 2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال المهنيين وسائقي السيارات والحجاب.

-المرسوم التنفيذي 08-05 المؤرخ في 19 يناير 2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك المشتركة في المؤسسات والإدارات العمومية.

-المرسوم 08-129 المؤرخ في 03 مايو 2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي.

-المرسوم 08-130 المؤرخ في 03 مايو 2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالأستاذ الباحث .

¹ - أنظر:الجريدة الرسمية رقم 23 لسنة 2008.

² - أنظر:الجريدة الرسمية رقم 23 لسنة 2008.

- المرسوم 08-131 المؤرخ في 03 مايو 2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالباحث الدائم.
- المرسوم التنفيذي 08-198 المؤرخ في 06 يوليو 2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بسلطة الصحة النباتية.
- المرسوم التنفيذي 08-199 المؤرخ في 06 يوليو 2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين إلى السلك الخاص بالإدارة المكلفة بالصناعة التقليدية.
- المرسوم التنفيذي 08-232 المؤرخ في 22 يوليو 2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين إلى الأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالبيئة وتهيئة الإقليم.
- المرسوم التنفيذي 08-286 المؤرخ في 17 سبتمبر 2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين إلى الأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالفلاحة.
- المرسوم التنفيذي 08-302 المؤرخ في 24 سبتمبر 2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين إلى سلك مفتشي السياحة.
- المرسوم التنفيذي 08-315 المؤرخ في 11 أكتوبر 2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين إلى الأسلاك الخاصة بالتربية الوطنية.
- المرسوم التنفيذي 08-361 المؤرخ في 08 نوفمبر 2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين إلى الأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالوارد المائية.
- المرسوم التنفيذي 08-383 المؤرخ في 26 نوفمبر 2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين إلى الأسلاك الخاصة بالثقافة.
- المرسوم التنفيذي 08-411 المؤرخ في 24 ديسمبر 2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين إلى الأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالشؤون الدينية والأوقاف.
- المرسوم التنفيذي 09--093 المؤرخ في 22 فبراير 2009 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين إلى الأسلاك الخاصة بالتكوين والتعليم المهنيين.
- المرسوم التنفيذي 09--161 المؤرخ في 02 مايو 2009 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين إلى سلك متصرفي مصالح الصحة.
- المرسوم التنفيذي 09--238 المؤرخ في 22 يوليو 2009 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالمديرية العامة للوظيفة العمومية.
- المرسوم التنفيذي 09--240 المؤرخ في 22 يوليو 2009 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك التقنية الخاصة بالإدارة المكلفة بالسكن والعمران.
- المرسوم التنفيذي 09--308 المؤرخ في 23 سبتمبر 2009 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالصناعة وترقية الاستثمار.
- المرسوم التنفيذي 09--415 المؤرخ في 16 ديسمبر 2009 يتضمن القانون الأساسي المطبق على الموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالتجارة.
- المرسوم التنفيذي 10-133 المؤرخ في 5 مايو 2010 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالتعليم العالي.

- المرسوم التنفيذي 10-299 المؤرخ في 529 نوفمبر 2010 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة الجبائية.
- المرسوم التنفيذي 11-127 المؤرخ في 22 مارس 2011 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بإدارة الغابات.
- المرسوم التنفيذي 11-256 المؤرخ في 30 يوليو 2011 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالمواصلات السلكية واللاسلكية الوطنية.
- وهناك مراسيم أخرى كثيرة تتعلق بإدارة النقل ومجلس المحاسبة وإدارة الجماعات الإقليمية والحماية المدنية وإدارة الجمارك والشباب والرياضة والخزينة وغيرها من المصالح العمومية. بما يؤكد أهمية القانون الأساسي للوظيفة العامة، وتواجد الموظف العام في عديد الإدارات العمومية.
- المبحث الرابع: تطور هياكل الوظيفة العام :**
- لقد تم إنشاء المديرية العامة للوظيفة العمومية بموجب المرسوم رقم 62-526 المؤرخ في 18 سبتمبر 1962. وشهدت منذ نشأتها تذبذبا من حيث سلطة الوصاية حملته المراسيم التالية:
- المرسوم رقم 64-344 المؤرخ في 02 ديسمبر 1962 المتعلق بصلاحيات وزير الإصلاح الإداري والوظيف العمومي.
- المرسوم رقم 64-362 المؤرخ في 21 ديسمبر 1962 المتعلق بالتنظيم الداخلي لوزارة الإصلاح الإداري والوظيف العمومي.
- المرسوم رقم 65-168 المؤرخ في 01 يونيو 1965 المحدد لصلاحيات وزير الإصلاح الإداري والوظيف العمومي.
- المرسوم رقم 65-197 المؤرخ في 29 يوليو 1965 المتعلق باختصاصات وزير الداخلية في مجال الوظيف العمومي.
- المرسوم رقم 65-201 المؤرخ في 11 غشت 1965 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة الداخلية.
- المرسوم رقم 66-238 المؤرخ في 5 غشت 1966 المتضمن إعادة تنظيم الإدارة المركزية لوزارة الداخلية.
- المرسوم رقم 76-39 المؤرخ في 20 فبراير 1976 المتضمن إعادة تنظيم الإدارة المركزية لوزارة الداخلية.
- المرسوم رقم 77-130 مؤرخ في 10 سبتمبر 1977 يتضمن إلحاق المديرية العامة للوظيفة العامة برئاسة الجمهورية.
- المرسوم رقم 82-42 المؤرخ في 23 يناير 1982 المحدد لصلاحيات كاتب الدولة للوظيف العمومي والإصلاح الإداري.
- المرسوم رقم 82-199 المؤرخ في 05 يونيو 1982 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لكاتبته الدولة للوظيف العمومي والإصلاح الإداري.
- المرسوم رقم 84-34 المؤرخ في 18 فبراير 1984 المتضمن إلحاق المديرية العامة للوظيفة العمومية بالوزارة الأولى.

- المرسوم التنفيذي رقم 95-123 المؤرخ في 29 أبريل 1995 المحدد لصلاحيات المدير العام للتوظيف العمومي.

- المرسوم التنفيذي رقم 95-124 المؤرخ في 29 أبريل 1995 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية للمديرية العامة للتوظيف العمومي.

- المرسوم التنفيذي رقم 95-125 المؤرخ في 29 أبريل 1995 المتعلق بمفتشيات الوظيفة العمومية.

- المرسوم التنفيذي رقم 96-212 المؤرخ في 15 يونيو 1996 المحدد لصلاحيات الوزارة المنتدبة لدى رئيس الحكومة المكلفة بالإصلاح الإداري والتوظيف العمومي.

- المرسوم التنفيذي رقم 96-213 المؤرخ في 15 يونيو 1996 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية للوزارة المنتدبة لدى رئيس الحكومة المكلفة بالإصلاح الإداري والتوظيف العمومي.

- المرسوم الرئاسي رقم 06-177 المؤرخ في 31 مايو 2006 المتضمن الحاق المديرية العامة للتوظيف العمومية برئاسة الجمهورية (الأمانة العامة للحكومة).

المطلب الأول : الهيكل المركزي المديرية العامة للتوظيف العمومي.

مهام المديرية :

بموجب المرسوم التنفيذي رقم 03-190 المؤرخ في 28 أبريل 2003، تقترح المديرية العامة للتوظيف العمومية في إطار السياسة العامة للحكومة وبرنامج عملها، الإجراءات التي من شأنها ضمان تسيير متناسق للموارد البشرية في الإدارة العمومية، وذلك لاسيما عبر تحديد للقواعد القانونية الأساسية الخاصة ونظام دفع الرواتب والتسيير التوقعي لمناصب الشغل والتعدادات والكفاءات وكذا عمليات التكوين والأنظمة المعلوماتية. وفي هذا الإطار، تتولى المهام الآتية :

- تقترح عناصر السياسة العامة في مجال الوظيفة العمومية.
- تسهر على تطبيق كل النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالوظيفة العامة.
- تتولى المديرية ضمان الربط بين مختلف القوانين الأساسية للقطاعات مع القانون الأساسي للوظيفة العامة.
- وتتولى أيضا إعداد الاطار القانوني المتعلق بالمسار المهني للموظف العام.
- تساهم المديرية في وضع نظام المرتبات والتعويضات بالمشاركة مع الأطراف المعنية. كما تساهم في تصنيف الوظائف ووضع نظام للمسابقات والامتحانات والقواعد المتعلقة بكيفية الالتحاق بالوظائف العامة.
- تشارك المديرية في ترقية نظام تسيير الموارد البشرية لقطاع الوظيفة العامة وتسعى لثمينه وتحسين قدرات الموظفين العموميين.

- تتولى تفسير النصوص ذات العلاقة بمجال الوظيفة العامة.

- إعداد التدابير المختلفة المتعلقة بالوظائف العليا للدولة.

- المساهمة في سن مختلف الإجراءات المتعلقة بتسوية منازعات الوظيفة العامة الفردية والجماعية.
المطلب الثاني: مفتشية الوظيف العمومي على مستوى الولاية.

تتوزع مفتشيات الوظيفة العامة باعتبارها هياكل رقابة قاعدية على مستوى 48 ولاية عبر الوطن فتتولى:

- مهمة السهر على تطبيق كل النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بمجال الوظيفة العامة.
- تمارس مهمة الرقابة البعدية على مختلف المقررات المتعلقة بوضعيات الموظفين العموميين.
- تتولى مساعدة الإدارات العمومية في حل مختلف الاشكالات والنزاعات المتعلقة بوضعيات الموظفين العموميين.

- تكلف بمراجعة أي قرار فردي غير مطابق للقوانين والتنظيمات.

- تتولى متابعة تطور تعداد الموظفين العموميين للتحكم في قدرات التوظيف وبرمجته.

- تساهم في الوقاية من منازعات العمل في الإدارات والمؤسسات الخاضعة للتوظيف العمومي.

- تتولى تقديم المساعدة للإدارات بغرض تنظيم المسابقات والامتحانات المهنية.

المبحث الخامس: تغيير نمط رقابة مفتشية الوظيفة العامة "الانتقال من نظام الرقابة السابقة إلى الرقابة البعدية."

إن الدارس لنظام الرقابة الإدارية على المسار المهني للموظف العام يلاحظ تغيير نمط الرقابة التي تمارسها مصالح الوظيف العمومي بين مرحلة أولى عرفت نظام الرقابة السابقة، ومرحلة ثانية شهدت تطبيق نظام الرقابة البعدية. وستتولى من خلال المطالب التالية إبراز أهمية الرقابة التي تمارسها مفتشية الوظيف العمومي. وسنعقبها بتعريف الرقابة الإدارية. ثم الوقوف عند مرحلة الرقابة السابقة وأخير الرقابة البعدية. وهو ما سنفصله فيما يلي:

المطلب الأول: أهمية رقابة مفتشية الوظيفة العامة.

ويمكن إجمالها فيما يلي:

1- إن رقابة مفتشية الوظيفة العمومية تنصب بالأساس على المسار الوظيفي للموظف العام بما ينجم عن أهمية خاصة بالنظر لمكانة الموظف العام في حد ذاته فهو يد الدولة، ويتحدث باسمها، ويمارس سلطتها، ويصدر القرارات نيابة عنها، ويحمل ختمها. لذلك قيل أن الدولة لا تساوي أكثر مما يساويه الموظف العام.

ثم أن أهمية الموظف العام تعود أيضا لعلاقة الفرد بالإدارة، هذه العلاقة الدائمة والمستمرة، فهي تبدأ بشهادة الميلاد وتنتهي برخصة الدفن، وبين الوثيقة الأولى والأخيرة هناك وثائق ووثائق ما كانت لترى النور لولا تدخل الموظف العام..

إن أهمية رقابة جهاز مفتشية الوظيفة العمومية تزداد درجتها بمجرد التوقف عند بعض الأرقام التي سبق ذكرها والتي تشير أن قطاع الوظيفة العمومية هو في تزايد من حيث الموارد البشرية نظرا لتعدد الهياكل الإدارية من جهة وتنوع قطاعات النشاط والخدمات من جهة أخرى كخدمة الصحة العمومية والتربية والتعليم العالي والتكوين المهني وغيرها.

فهذه الأرقام الضخمة تدل أن إلغاء مجال الرقابة التي تباشرها مفتشية الوظيفة العمومية سيجعلنا أمام مخالفات كثيرة من قبل القطاعات المستخدمة سواء في مجال التوظيف أو التثبيت أو الترقية أو الانتداب ألخ حتى ولو كانت الأخطاء في أدنى مستوياتها.

2- إن الغرض الأساس من رقابة جهاز مفتشية الوظيفة العمومية هو حماية مبدأ المشروعية والمحافظة على قوانين الجمهورية وأنظمتها المختلفة. فكأنما يناط بهذا الجهاز إرساء دولة القانون والمؤسسات. فالوظيفة، وكل وظيفة، تخضع لشروط وإجراءات، سواء فيما خص الالتحاق بها، أو التثبيت في أحد درجاتها، أو الترقية في سلمها، وهو ما يفرض وجود جهاز رقيب على أداء كل هذه العمليات الإدارية.

3- إن قطاع الوظيفة العمومية قطاع حساس وذو مكانة خاصة فوظائف الدولة ليست مكفولة لأي كان للالتحاق بها، بما يفرض أن يمارس جهاز الرقابة دوره لحماية هذه المكانة المرموقة والمحافظة أيضا على خصوصية هذا القطاع.

4- ما يضفي على هذه الرقابة أهمية خاصة أن قطاع الوظيفة العمومية قطاع متنوع يضم أسلاكاً متنوعة وقطاعات نشاط متباينة بنسب مئوية مختلفة كما هو محدد حتى نهاية 2013. نذكر منها¹:

* قطاع الداخلية والجماعات المحلية: 588.247 عون.

* قطاع التربية الوطنية: 565.929 عون.

* قطاع الصحة العمومية: 257.987 عون.

* قطاع التعليم العالي: 162.188 عون.

* قطاع المالية: 78.841 عون.

ومن الطبيعي القول أن لكل قطاع قانونه الأساسي، وهو ما يعطي أهمية خاصة للرقابة التي يمارسها جهاز مفتشية الوظيفة العمومية.

5- إن رقابة مفتشية العمومية قديمة في تاريخها فهي رقابة مكرسة منذ صدور المرسوم 62-526 المؤرخ في 18 سبتمبر 1962 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 1962. وهو ما يعني أن جهاز مفتشية الوظيفة العمومية نشأ قبل صدور القانون الأساسي الأول للوظيفة العامة أي قبل 2 جوان 1966. ولا زال جهاز المفتشية موجودا وعاش تطور المنظومة القانونية الجزائرية في كل المراحل.

المطلب الثاني: تعريف الرقابة الإدارية.

تدخل رقابة مفتشية الوظيفة العامة من حيث الطبيعة والنوع في مجال الرقابة الإدارية. وهو ما يفرض إعطاء تعريف لهذه الأخيرة. مبدئياً نؤكد أن هناك تعريفات كثيرة قدمها فقه القانون الإداري. ويمكن تعريف الرقابة الإدارية عموماً بأنها وظيفة تقوم بها السلطة المختصة بقصد التحقق من أن العمل يسير وفقاً للقوانين والأنظمة وضمن أطر الأهداف المحددة. وعن طريق الرقابة الإدارية نتأكد من مدى انسجام العمل الذي يقوم به القطاع الذي خضع للرقابة مع القوانين والأنظمة. وهذا بغرض رصد مواطن الضعف وحصر الأخطاء.

¹ - أنظر: الموقع الرسمي للمديرية العامة للتوظيف العمومي، تاريخ الزيارة أكتوبر 2015.

ومن هنا صارت الرقابة الإدارية بمثابة حصن يحمي مبدأ مشروعية الأعمال الإدارية. ولما كانت الأعمال الإدارية تنقسم إلى إنفرادية تتجسد في القرارات الإدارية، وأعمال تعاقدية تتجلى في العقود المختلفة والصفقات، كان لزاما وحماية لمبدأ المشروعية أن تخضع كل هذه الأعمال لأنواع شتى من الرقابة من بينها الرقابة الإدارية.

و طبقا للنصوص الجاري بها العمل هناك أجهزة كثيرة تمارس الرقابة الإدارية كالوزارات ولجان التحقيق والمفتشيات المختلفة. وسنسلط الضوء على رقابة مفتشية الوظيفة العمومية موضوع دراستنا.

وينبغي أن نضع نصب أعيننا أن كل نوع من الرقابة حتى يكون فعالا وناجعا يجب يتصف بما يلي :

- 1- أن تكون الرقابة مرنة وبسيطة خاصة في ظل فلسفة حوكمة جهاز الإدارة العامة.
- 2- أن تكون الرقابة قليلة التكاليف فلا فعالية في رقابة ينتج عنها نفقات كثيرة تثقل كاهل الخزينة العمومية.
- 3- وجب أن توفر لهذه الرقابة الوسائل اللازمة والكافية بما يجعلها ذات فعالية وأداء .
- 4- ينبغي أن تمارس الرقابة في الوقت المناسب لما للزمن من أهمية بالغة في علم التسيير وفي علم الإدارة وكذلك في القانون الإداري.
- 5- ينبغي أن يكون الهدف من الرقابة هو إصلاح مواطن الضعف والتصدي للأخطاء. وأن لا تحيد عن هذا الهدف.

اختلاف مجال رقابة جهاز مفتشية الوظيفة العمومية :

إن الدارس لأطر ومجال رقابة جهاز مفتشية الوظيفة العمومية يلاحظ تغير نمط الرقابة بين مرحلة وأخرى، فمن مجال الرقابة السابقة المقررة منذ الاستقلال إلى غاية جويلية 1995، إلى مجال الرقابة اللاحقة المقرر منذ جويلية 1995 إلى اليوم. ولا شك أن تغيير مجال الرقابة يطرح عديد الأسئلة لماذا غير المشرع نمط الرقابة الإدارية لهذا الجهاز المهم؟ وما هي دواعي هذا الإصلاح الإداري وأبعاده؟. وإلى أي مدى يمكن المفاضلة بين نظام وآخر في ظل ما نلاحظه من تطور في مجال علم الإدارة وعلم التسيير وفي ظل حوكمة الإدارة؟.

سنتولى الإجابة على هذه الأسئلة جميعها فيما يلي :

المطلب الثالث : مرحلة الرقابة السابقة سبتمبر 1962 إلى غاية جويلية 1995 :

- تعريف الرقابة السابقة :

هي الرقابة التي تمارس حيال مقررات فردية تتعلق بتنظيم المسار المهني للموظف العام قبل أن يستكمل القرار لمقومات إصداره ووجوده النهائي. وبالتالي فهي مرحلة يمر بها القرار قبل أن يصبح نافذا. فيكون القرار الإداري القاضي بالتعيين أو التثبيت أو التحويل لاغيا أي عديم الأثر إذا لم يتضمن تأشيرة سابقة لجهاز الوظيفة العمومية.

فالأممر بالصرف سواء كان وزيرا أو واليا أو رئيس مجلس شعبي بلدي أو مدير مؤسسة ذات طابع إداري لا يستطيع توقيع قرار تعيين أو تثبيت أو ترقية أو أي قرار آخر يمس المسار الوظيفي للموظف العام ما لم يؤشر هذا القرار مسبقا من قبل جهاز مفتشية الوظيفة العمومية.

من أجل ذلك جاءت المادة 30 من الأمر 66-133 المؤرخ في 2 جوان 1966 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية لتكرس مبدأ خضوع القرارات الفردية للموظف العام لرقابة مسبقة وحصولها على التأشيرات القانونية.

وتطبيقا للمادة 30 أعلاه صدر بهذا الخصوص المرسوم رقم 66-145 المؤرخ في 2 جوان 1966 يتعلق بتحرير ونشر بعض القرارات ذات الطابع التنظيمي أو الفردي التي تهم وضعية الموظفين. حيث جاءت المادة 6 منه لتؤكد مبدأ الرقابة السابقة على مقررات التعيين أو الترسيم أو الترقية أو الإيقاف وفرضت خضوعها جميعا للتأشيرة المسبقة للجهات المخولة ومنها مفتشية الوظيفة العمومية.

- تقدير نظام الرقابة السابقة :

مما لا شك أن اعتماد نظام الرقابة السابقة على القرارات الفردية التي تخص المسار المهني للموظف العام ينجم عنه تحقيق جملة من المزايا التي لا يمكن إنكارها. وكذلك يخلف بعض العيوب بحسب ما سنبينه فيما يلي :

مزايا نظام الرقابة السابقة :

يحقق نظام الرقابة السابقة جملة من المزايا يمكن تلخيصها فيما يلي :

1- يؤدي نظام الرقابة السابقة إلى المحافظة على مبدأ المشروعية، وبالتالي المساهمة في إرساء دولة القانون. فلا يبرز للوجود إلا القرار المشروع سواء حمل في مضمونه تعيينا أو تثبيتا أو انتدابا أو تحويلا وغيرها من العمليات الإدارية. ومن ثم فإن هذا النظام يحصن مبدأ مشروعية الأعمال الإدارية.

2- يضمن نظام الرقابة السابقة للموظف العام حماية خاصة ومركزا قانونيا سليما ومشروعا. دل على هذه المشروعية التأشيرة المسبقة لجهاز الوظيفة العمومية. وهذا الأمر غير مكفول في نظام الرقابة اللاحقة كما سيأتي البيان.

3- يحمي نظام الرقابة السابقة الأمر بالصرف وزيرا كان أم واليا أو رئيس مجلس شعبي بلدي أو مدير مؤسسة إدارية على أساس أن الملف المتعلق بالمسار الوظيفي للموظف العام خضع في كل عملية فردية لرقابة مسبقة. وتوقيع الأمر بالصرف على وثيقة التعيين أو الترقية وغيرها تكون لاحقة لتأشيرة جهاز الوظيفة العمومية وليست سابقة لها.

4- يكفل نظام الرقابة السابقة توحيد تطبيق سائر الأحكام المتعلقة بقطاع الوظيفة العمومية في مختلف الإدارات طالما كان الجهاز المراقب واحدا.

- عيوب نظام الرقابة السابقة :

ينتج عن نظام الرقابة السابقة بروز عديد العيوب أخصها ذكرا :

1- إن الرقابة السابقة ينتج عنها انتشار ظاهرة البيروقراطية بمفهومها السلبي أمام كثرة الملفات الفردية التي تم إحالتها على جهاز الوظيفة العمومية من ملفات التعيين والتثبيت والترقية والانتداب والتحويل وغيرها. مما يستغرق زمنا طويلا لدراسة هذه الملفات وإضفاء التأشيرة عليها أو رفضها أو طلب وثيقة أخرى حسب الوضعية. وما يجعل عنصر الزمن يطول أكثر هي الاعتبارات التالية:

أ- تعدد الجهات الخاضعة للرقابة من إدارة التربية إلى الإدارة المحلية إلى التعليم العالي إلى الصحة العمومية إلى التكوين المهني وغير ذلك من القطاعات.

ب- تعدد عمليات الرقابة فهي تشمل كل قرار إداري يمس المسار الوظيفي للموظف العام.

ج- ضعف الوسائل اللازمة للجهة القائمة بالرقابة أي جهاز مفتشية الوظيفة العمومية خاصة ما تعلق منها بالجانب البشري المتمثل في قلة المراقبين. بما يجعل في النهاية وضعية الموظف معلقة إلى حين استيفاء إجراءات الرقابة.

2- إن الرقابة السابقة لا تقوم على التنبؤ والتخطيط الاستراتيجي للموارد البشرية وهو من أهم آليات التسيير والتحكم. وبالتالي فهو نظام لا شك بعيد عن مقاصد الحوكمة التي تقوم على معيار مهم هو تبسيط الإجراءات لا تعقيدها. فكأنما إجراءات الرقابة السابقة صارت عملية روتينية لإتمام إجراءات التوظيف أو التثبيت أو التحويل وغيرها.

ولعل هذه العيوب اقتنع بها المشرع فبادر إلى إصدار المرسوم رقم 81-114 بتاريخ 6-6-1981 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 46 لسنة 1966 وتم تعديل المادة 6 من المرسوم 66-145 المذكور. وضيقت المرسوم الجديد من مجال الرقابة السابقة فصارت تشمل فقط التعيين والانتداب خارج القطاع وإنهاء المهام. وألزمت المادة 2 من مرسوم 81-114 إرسال نسخة من القرارات المعفاة من التأشيرة المسبقة إلى السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية أو ممثلها على المستوى المحلي. وفي هذه الحالة تتولى هذه السلطة ممارسة الرقابة اللاحقة على القرارات المتخذة خلال الشهرين المواليين لتسلم القرار. ويحل القرار الجديد محل القرار الأول بما يعني إمكانية تصويب الخطأ في حال وجوده وبعد كشفه من قبل مفتشية الوظيفة العمومية. وهو ما يؤكد أن فكرة الرقابة اللاحقة لجهاز الوظيفة العامة تم في مرحلة مبكرة وهو ما حمله المرسوم 81-114.

غير أن هذه المرحلة لم تدم طويلا إذ سرعان ما بسط نظام الرقابة السابقة نفوذه من جديد بعد صدور المرسوم 85-59 بتاريخ 23 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية سابق الذكر. فبالعودة للمادة 39 الفقرة الأخيرة أوجب المرسوم الجديد إخضاع مقررات التعيين لتأشيرة الرقابة القانونية. كما أوجبت المادة 49 الفقرة 2 من مرسوم 85-59 خضوع مقررات التثبيت لتأشيرة أجهزة الرقابة قبل صدورها أو توقيعها من قبل الأمر بالصرف.

إن نظام التأشيرة السابقة وإن خلف مزايا سبقت الإشارة إليها ولا يمكن انكارها، إلا أنه يؤاخذ عليه أنه اتصف بالجمود ولم يعد يتماشى ومقتضيات التنمية الإدارية. هذا فضلا أنه سجل على نظام الرقابة السابقة أن أدى بعض الشيء إلى انحراف أجهزة الوظيف العمومي ومحاولة تدخلها في التسيير بفرض بعض الاجراءات.¹

المطلب الرابع: مرحلة الرقابة اللاحقة منذ جويلية 1995 إلى غاية المرحلة الحالية.

لقد حكم الكثير على نظام الرقابة السابقة أنه نظام يؤدي إلى انتشار ظاهرة البيروقراطية وأنه يعيق الإدارات في نشاطاتها وعملياتها الإدارية المختلفة. ويدفع بالأمر بالصرف أن يكثر فقط بملفات الموظفين التابعين له، ما خرج من جهاز الرقابة وحظي بتأشيرة، وما لم ينل التأشيرة، وتكون هذه الملفات هي شغله الشاغل، وتستنزف كل قدراته

¹ - انظر: سعيد مقدم، إعادة تكييف نظام مراقبة المشروعية في قطاع الوظيف العمومي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 34، رقم 2، 1996، ص 340.

وإمكاناته العملية دون أن يكون لديه كقائد إداري القدر الكافي من الوقت ليهتم باستراتيجية تنمية إدارته ورسم رؤية مستقبلية لها.

وتأسيسا على ذلك صار نظام الرقابة السابقة في قفص الاتهام، بأنه نظام غير مجدي، وغير نافع، ويتعين استبداله خاصة أمام تزايد عدد الموظفين وتنوع الجهات الإدارية الخاضعة للرقابة. ولعل مثل هذه الأطروحات أقنعت المشرع الذي تبنى منذ 01 جويلية 1995 نمطا جديدا للرقابة عن طريق مفتشية الوظيفة العمومية هو نمط الرقابة اللاحقة.

واستحدث المشرع بموجب الإصلاح الإداري الجديد وثيقة سميت بـ "مخطط التسيير" حملها المرسوم التنفيذي 95-126 المؤرخ في 29 أبريل 1995 والذي جاء معدلا ومتمما للمرسوم رقم 66-145 المذكور. فنصت المادة 6 مكرر "في إطار تسيير مسار الحياة المهنية للموظفين والأعوان العموميين في الدولة المنصوص عليهم في المادة 6 أعلاه يتعين على المؤسسات والإدارات العمومية أن تعد مخططا سنويا لتسيير الموارد البشرية تبعا للمناصب المالية المتوفرة ووفقا للأحكام القانونية الأساسية والتنظيمية المعمول بها".

وأفصحت الفقرة 2 من ذات المادة عن الغرض من وضع هذا المخطط أنه يكمن في ضبط العمليات الإدارية المختلفة وخاصة من جانب التوظيف والترقية والتكوين وتحسين المستوى والإحالة على التقاعد. ويتم إعداد مخطط التسيير بالنسبة للقطاعات الخاضعة للوظيفة العمومية بتنسيق مشترك بين المؤسسة المعنية أو الإدارة مع مصالح السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية وهذا بعد تحديد المناصب المالية.

وطبقا للمادة 6 مكرر 2 تمارس المصالح المكلفة بالوظيفة العمومية في إطار صلاحياتها الرقابة البعدية على تنفيذ مخطط التسيير، وعلى قانونية القرارات الفردية المتخذة من جانب القطاعات المعنية بالخضوع لرقابة مفتشية الوظيفة العمومية.

وتتم الرقابة البعدية بشكل مفاجيء ومباغت على كل القطاعات التابعة للوظيفة العامة. وتتولى مصالح الوظيفة العمومية إرسال تقريرها إلى كل الأطراف المعنية لاسيما السلطة التي لها صلاحية التعيين والمصالح المختصة لدى الوزير المكلف بالميزانية. وألزمت المادة 6 مكرر 3 إرسال المقررات المتعلقة بتسيير المسار الوظيفي للموظف خلال 10 أيام من تاريخ توقيعه للسلطة المكلفة بالوظيفة العمومية.

ولم يعد منذ ذلك التاريخ وإلى اليوم من اللزوم خضوع العمليات الإدارية الفردية من تعيين وتثبيت وترقية وتحويل وانتداب وغيرها لتأشيرة مسبقة لجهاز الوظيفة العمومية. مما خفف العبء على هذا الجهاز. وأكسب القطاع المستخدم قدرا كبيرا من الوقت. إلى جانب أنه بسط في الجوانب الإجرائية. وبت في ظل الإصلاح الجديد من السهل الحصول على قرار توظيف أو تثبيت وغيره من القرارات في زمن معقول.

وجسد الإصلاح الإداري الجديد فكرة التنبؤ والتنظيم وسد ثغرة ميزت نظام الرقابة السابقة. ولا أدل على ذلك أن مخطط التسيير عبارة عن جداول تدرج فيها البيانات الخاصة بكل إدارة خاضعة لقطاع الوظيفة العمومية وتشمل هذه الجداول عمليات مختلفة. وهو ما يجعلنا نحكم مبدئيا على هذا النظام أنه خطوة ذات فعالية في مسار الحوكمة الرشيدة لقطاع ذو أهمية ومكانة خاصة ومميزة هو قطاع الوظيفة العامة.

وينبغي التصريح أن نظام الرقابة اللاحقة هو الآخر ينتج عنه بعض العيوب يمكن إرجاعها إلى ما يلي :

1- أن يظل هذا النظام مجسدا لظاهرة البيروقراطية. غير أنه بدل قناعه، فعوض ممارسة الرقابة على الحالات الفردية، تستبدل بالرقابة المسطرة على مخطط التسيير أي الرقابة على الحالات الجماعية. وما يكرس من درجة هذا العيب ما لاحظناه من طول مدة تطلبها مفتشية الوظيفة العمومية للتأشير على مخطط التسيير خاصة في المرحلة الأولى من سنوات تطبيقه.

2- إن نظام الرقابة اللاحقة يفتح مجالا للقطاع المستخدم لارتكاب أخطاء فيما خص وضعيات الموظفين. فطالما صار بالإمكان توقيع القرار من قبل الأمر بالصرف دون حاجة لخضوعه لتأشير، فقد يحمل القرار بين طياته خطأ ما، مما يعرضه للإلغاء الإداري بعد كشف الخطأ من قبل مفتشية الوظيفة العمومية. وهو ما يجعل في النهاية وضع الموظف قابل لإعادة النظر فيه ولو بعد مدة. ولا يمكنه أن يحتج بفكرة الحق المكتسب لأن الخطأ لا يولد حقا. وهذا خلافا لنظام الرقابة السابقة الذي لا يظهر القرار في ظله إلا مشروعا بما يجعل الموظف المعني في وضعية ارتياح وطمأنينة.

ولقد سجلت المديرية العامة للوظيفة العامة بعض الملاحظات على الإدارات العمومية حملها المنشور 10 ك خ بتاريخ 08 جوان 2014 المتعلق بالمصادقة على المخططات السنوية لتسيير الموارد البشرية بعنوان السنة المالية 2014. ومما جاء فيه ما يلي :

- الإيداع المتأخر لمشاريع مخططات تسيير الموارد البشرية للدراسة والمصادقة عليها أو تعديلها على مستوى مصالح الوظيفة العامة.

- التأخر في ترسيم بعض المترشحين بعد انقضاء فترة التجربة.

- عدم مباشرة عملية توثيق الشهادات والمؤهلات للموظفين الجدد.

- التأخر في تنصيب الناجحين في المسابقات.

الخلاصة :

تبين لنا مما سبق ذكره أن قطاع الوظيفة العامة في الجزائر عرف تطورا سواء من حيث المنظومة القانونية أو من حيث الهياكل. فعاش القطاع مرحلة حرجية في الفترة الممتدة من 1962 إلى غاية 1966 بحكم عاملين على الأقل، الأول يتعلق بعدم وجود منظومة قانونية صادرة عن السلطة الجزائرية. وثانيا في ضعف قدرات التأطير بحكم خصوصية المرحلة و عودة الفرنسيين إلى وطنهم.

وفي سنة 1966 تم جزأة المنظومة القانونية بصدور أول تشريع يحكمها تمثل في القانون الأساسي للوظيفة العمومية بتاريخ 02 يونيو 1966. وعرف تطبيق هذا القانون في مراحل مختلفة إشكاليات عدة أبرزها أنه قانون ذو التأثير الواضح بالمنظومة الفرنسية، في حين نجد أن التوجه الايديولوجي للدولة خاصة منذ 1971 هو الخط الاشتراكي. ورأينا كيف فشل المشرع في رسم معالم الوحدة في عالم الشغل بين القطاع الإداري والقطاع الاقتصادي.

وحاول المشرع أن يفرض الوحدة مجددا بين القطاع الإداري والقطاع الاقتصادي مرة أخرى سنة 1978 بمناسبة صدور القانون الأساسي العام للعامل وفشل أيضا في تحقيق هذا الهدف لسبب بسيط أن آليات التسيير تختلف بين القطاعين ولا يمكن مد النصوص المتعلقة بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات لتحكم القطاع الإداري، وأن ما صلح من نظام لقطاع قد لا يصلح بالضرورة لقطاع آخر.

واستمر المشرع في محاولات الوحدة فأصدر في شهر مارس 1985 مرسوما يتعلق بالقانون الأساسي لعمال المؤسسات والإدارات العامة. وجاء هذا المرسوم بمصطلحات جديدة في مجال الوظيفة لم يعرفها القطاع من قبل، من ذلك مصطلح العامل، ومصطلح التثبيت وغيرها. وطرح المرسوم المذكور عمليا إشكالية تمثلت في علاقته بالأمر 66-133 كما رأينا.

وشهد قطاع الوظيفة العامة على صعيد نظام الرقابة الإدارية وأجهزتها تطورا بين مرحلة أولى امتدت من 1962 إلى 1995 عرفت فيها البلاد نمط الرقابة السابقة على القرارات الفردية المختلفة التي تمس المسار المهني للموظف العام. وأفرزت هذه المرحلة عمليا عديد العيوب مما أجبر السلطات العمومية لتغيير نمط الرقابة وتطبيق إجراءات التدخل اللاحق لمفتشية الوظيفة العامة. وهو ما نتج عنه تبسيط الإجراءات كخطوة ذات فعالية في مرحلة حوكمة قطاع الوظيفة العامة.

العلاقة بين المسائل الإنسانية البيئية و قضية التنمية المسندامة



علي شريف الزهرة : أستاذة متعاقدة

بالمركز الجامعي غليزان ، باحثة دكتوراه

بجامعة عبد الحميد ابن باديس .كلية الحقوق

والعلوم السياسية مستغانم، الجمهورية الجزائرية

مقدمة :

كانت علاقة الإنسان في فجر تاريخه متوازنة مع بيئته ، لأن أعداده و معدلات استهلاكه و ما يستخدمه من وسائل تقنية كانت في حدود قدرة البيئة على العطاء.

فمشكلة البيئة تندرج ضمن إطار المسائل الإنسانية الشاملة ، فالقدرة على الاستدامة تضع حدودا للطموح الإنسان و أحلام الإنسان المادية لأنها تحتم ألا يسبب الإنتاج إلا أقل القليل من الضرر للمنظومة العالمية . و ما هو متعارف عليه أنه حيث وجد الإنسان وجدت التنمية و حيث غاب الإنسان تغيب بالضرورة التنمية فهذه الأخيرة تعتبر إحدى الوسائل للارتقاء بالإنسان و ذلك لأن التنمية بوصفها مشروعات و آليات و توجيهات هي من خصائص الإنسان وحده ، أي أن الأنساق التي تتجه إلى تعظيم الإمكانيات أو تنمية القدرات لا يقوم بها إلا الإنسان.¹

و إن أي مشروع يسقط من حساباته إنسانية الإنسان أو لا يعمل على تعزيز حقوقه ، فان هذا المشروع مهما أوتي من إمكانيات و قدرات فانه لن يستطيع بناء تنمية مستدامة و متوازنة .

فالتنمية لا يحققها إلا الإنسان الذي يشعر بعمق حريته و حقوقه و يمارس إنسانيته ، هذا هو الإنسان القادر على تنمية القدرات و تعظيم الطاقات والإمكانيات فإبداع البدائل الصناعية و المخططات التنموية و الأنشطة الاقتصادية الموالية للبيئة يظل قاصرا دون تحقيق مصلحة بين الإنسان و البيئة فمشاكل هذه الأخيرة لا يعرف الحدود و هذا العصر يشهد تحديات بيئية مختلفة أخذت تهدد الأجيال بسبب قيم و مثل و أعراف و أخلاقيات توصل في النفس

¹ - خالد مصطفى قاسم ، إدارة البيئة و التنمية المستدامة في ظل العولمة المعاصرة ، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية ، 2007، ص 19.

أهمية التقدم الاقتصادي و الإثراء المادي على حساب الاستغلال السليم للموارد الطبيعية ، فان التحسين في مستويات المعيشة الذي تجلبه التنمية قد يضيع بسبب التكاليف التي قد يفرضها التردّي البيئي على الصحة و نوعية الحياة فمن واجب كل فرد المحافظة على البيئة و تحسينها لمصلحة عامة الناس ز في إطار التنمية المستدامة حتى يتحقق له العيش في بيئة تتفق مع حقوقه و كرامته الإنسانية .فلا بد من العمل على تحقيق الانسجام بين تحقيق الأهداف التنموية من جهة و حماية البيئة و استدامتها من جهة أخرى¹.

و على ضوء ما تقدم ما العلاقة بين الطابع الإنساني للبيئة و قضية التنمية المستدامة؟

من خلال الإشكالية يمكن التركيز على النقاط التالية :

أولا : استعراض مفهوم الحدّثة و النتائج السلبية المترتبة على تبنيه في مجال البيئة .

كان ينظر إلى البيئة على مر التاريخ بأنها كيان منفصل متميز عن الجنس البشري ، و هذه النظرة الانفصالية مسؤولة - جزئيا - عن الحالة المتدهورة لكوكب الأرض.

إلا أن الإنسان بدأ يتنبه إلى أن الجنس البشري لا يمثل سوى جزء صغير جدا من المنظومة البيئية العملاقة على وجه الكرة الأرضية. فبالرغم أن الإنسان قد وظف قدراته الفائقة في تسخير البيئة ، إلا أنه بدأ يدرك أن كل أثر يحدثه في البيئة له أيضا أثر عليه ، و أن البيئة عنوان شخصيته و عطاء حضارته.

كما أن المعتقدات القديمة بأن إلقاء النفايات المشعة في المحيطات أو دفنها في الأرض أو إلقاء أطنان من الملوثات في المياه أو على الأرض ، أو بيع المبيدات إلى الدول الأجنبية لن يؤثر على الإنسان بأي حال قد بدأت تتلاشى و أصبحت المحافظة على سلامة البيئة هي المعيار الذي يقاس به تقدم الدول.²

فالبيئة لا تكون سليمة في بلد بدون البلدان الأخرى ، فالتضامن و الترابط هنا لا مفر منهما ، فسلامة البيئة شرط يقع في جملة شروط استمرار العالم المتقدم -عالم الشمال - و في جملة شروط تنمية عالم الجنوب اللاهث على درب الخروج من التخلف و الفقر و الجهل و المرض.

و ان حماية البيئة تطرح تحديات في طليعتها الملائمة بين الإبداع التكنولوجي و إنجازاته التي لا رجوع عن مواصلتها و الحد من التلوث.

فالإنسان القديم كان كائنا ضعيفا اتجاه الطبيعة ، كانت معارفه أولية و إمكانياته محدودة ، و كانت متطلباته بسيطة ، ولم يكن تأثيره واضحا أو ذا أثر في البيئة المحيطة به ، حيث يمكن القول أن الإنسان كان خاضعا للبيئة الطبيعية.

غير ان التقدم العلمي و التقني الذي حققه الإنسان ، و مع توسع معارفه ، تعدد إمكانياته ، و ازدياد متطلباته ، فقد أخذ الإنسان يحاول السيطرة على الطبيعة و يحاول تسخير كافة إمكانياتها لخدمته³.

¹ - محمد منير حجاب ، الإعلام و التنمية الشاملة ، دار الفجر للنشر ، مصر ، 1998 ، ص 58.

² - عبد القادر محمد عطية ، اتجاهات جديدة في التنمية ، الدار الجامعية للنشر ، الإسكندرية ، 2000.ص 25.

³ - مروان يوسف صباغ ، البيئة و حقوق الإنسان ، كومبيو نشر للنشر ، بيروت ، ط1، 2000 ، ص 36.

فأخذ يتعامل مع البيئة بشكل قاس، وربما يمكن القول بصورة عدوانية و طائشة، فأصبح يستنزف خيرات و موارد الطبيعة بكافة الوسائل و أسرعها ساعده في ذلك شعارات التنمية الضاغطة، و امتلاكه التقنية الحديثة ووقوعه تحت تأثير نمط الحياة الاستهلاكي.

فالبيئة ليست مجالا معزولا عن الأفعال و الطموحات و الحاجات البشرية، فهي المجموع الكلي و محصلة كامل العوامل الخارجية التي تؤثر في حياة الكائن الحي.

فالتدهور البيئي الذي حدث معظمه خلال القرن الماضي يشير إلى أن النموذج الاقتصادي المهيمن (الليبرالية الرأسمالية) هو "اقتصاد استخلاصي" يستنفذ الموارد غير المتجددة، ويستغل الموارد المتجددة بدرجة أكبر من قدرتها على البقاء، ويتسبب في تغيير كيميائية الأرض وتشويه النظم البيئية عليها متسببا في حدوث أضرار لا يمكن إصلاحها لكل من الأرض والماء والهواء. ولذا يمكن القول أن الاستغلال المفرط والتدمير المصاحب للتنمية هما نتاج للمجتمع الصناعي الحديث، وبخاصة منظومة قيمه ومعتقداته وبناءه السياسي. فبرغم أن لهذا النسق الاعتقادي "الحداثة" إنجازات عديدة إلا أن له جانبه المظلم أيضا متمثلا في الظلم الاجتماعي وإفساد البيئة، إلا أن معظم الناس منغمسون جدا في نموذج الحداثة هذا إلى درجة أنهم غير قادرين على إدراك أن "البناءات والعمليات التي تقوم عليها الحياة اليومية هي السبب في الدمار البيئي والظلم الاجتماعي"¹.

ويبدو أن الأسباب الرئيسة وراء قلة الاهتمام أو التصرف تنبع من ترسخ مجموعة معينة من القيم والمعتقدات والافتراضات القوية جدا ضمن نموذج الحداثة المهيمن والتي تحدد وتوجه الفعل الفردي والعام وتقف في طريق تطوير الناس والحكومات، وخاصة في الدول المتقدمة لاستجابات فعالة لتعزيز العدالة الاجتماعية والسلامة البيئية والانخراط فيهما. حيث يضع هذا النسق الاعتقادي المعروف "بالحداثة" ثقة مطلقة في التقنية والعلم، ولديه ثقة لا تتزحزح في النمو الاستهلاكي واقتصاد السوق. وقد عبر بول هاوكن Hawken عن هذا الأمر جيدا عندما صرح بأن الحداثة قد "أنتجت و بشكل طبيعي ثقافة تجارية مهيمنة تعتقد بأن كل حالات انعدام المساواة سواء الاجتماعية أو في الموارد يمكن حلها من خلال التنمية، والابتكار، والتمويل والنمو - النمو دائما".

وفي هذا السياق قدمت شارلين سبرتناك Spretnak وصفا لخصائص هذه الحداثة يتضمن ما يلي:

- 1- Homo Economicus / أي أن الأولوية فيه تكون للرفاهية الاقتصادية التي ستقود إلى تحقيق الرفاهية في مجالات الحياة الأخرى.
- 2- النزعة التقدمية/ أي أن التقنية ستجد حولا لكل المشاكل وأن الحالة الإنسانية سوف تتحسن بالتدريج من خلال الوفرة.
- 3- النزعة التصنيعية/ أي أن الإنتاج على نطاق واسع سيؤدي إلى تحقق الوفرة والتي بدورها ستؤدي إلى خلق نزعة استهلاكية.
- 4- النزعة الاستهلاكية/ أي أن استهلاك السلع المادية هو مصدر السعادة البشرية.
- 5- النزعة الفردية/ التي تشير إلى التنافس على المنفعة الفردية وإعطاء المصالح الفردية أولوية على المصالح العامة.²

¹ - مروان يوسف صباغ، نفس المرجع السابق، ص 39.

² - أحمد محمد مندور، اقتصاديات الموارد والبيئة، الدار الجامعية للنشر، مصر 1998، ص 137.

ويعكس هذا التحيز المتأصل المعتقدات التي دفعت نحو الاستعمار، والتنمية الصناعية والاقتصادية، فضلا عن طريقة الاستجابة للمشاكل الاجتماعية والبيئية الناتجة عن ممارساتها. وضمن هذا النموذج المتمركز حول الإنسان (الأوربي غالبا) نظر إلى الأرض على أنها مجرد مصدر وافر وغير ناضب للسلع، وركزت عملية التقدم بشكل أعمى على تحويل الموارد الطبيعية (بوساطة التقنية) إلى سلع استهلاكية تتحول بشكل سريع جدا إلى نفايات. وبالفعل فإنه ينظر للاقتصاد المزدهر على أنه "اقتصاد متوسع" ينتج سلع مادية كثيرة لتستهلك ومن ثم يتخلص منها. وأعتبر الإبداع الإنساني من خلال التقنية قادرا على حل كل المشاكل مما يمكن التقدم من الاستمرار بدون توقف.¹

وقد هيمن هذا التركيز على دور الاقتصاد والنمو الاقتصادي على صناعة القرار الاقتصادي والسياسي، حيث أصبح الاقتصاد أساس المعنى والعلاقة في المجتمع الحديث. فالنزعة الاقتصادية قوية جدا إلى حد النظر للاقتصاد كحقيقة ثابتة بدلا من أن يكون وسيلة لتحقيق حال أفضل. وضمن هذا النسق الإعتقادي تصبح النقود ومالكيها هي السلعة الأسمى، وتطغى معايير الحياة المترفة المسرفة المدفوعة بالنزعة الاستهلاكية الواسعة على كل الاعتبارات الأخرى، ويصبح السوق هو المحدد الأساسي لما يحدث في المجتمع، ويتعزز الاعتقاد بأن الوفرة (من خلال الإنتاج والاستهلاك الواسعين) ستحل كل المشاكل. ومن جانبها ساهمت وسائل الإعلام، وبخاصة التلفاز، الذي أصبح الأداة الرئيسة للتنشئة الاجتماعية في المجتمع الصناعي الحديث في التأكيد على أولوية الثروة والنقود في تحديد مكانة الفرد في المجتمع. ونتيجة لهذا الوهم المضلل الذي نشأ من خلال هذا الاعتقاد في التقدم والتنمية وخرافة التطور الإنساني يؤكد رسل Russell "أننا نستهلك الآن في سنة واحدة أكثر مما أستهلكه الإنسان في كل الفترة الممتدة منذ ميلاد المسيح وحتى فجر الثورة الصناعية".

وبالرغم من حدة وكثافة الانتقادات لذلك النموذج وتنامي الاهتمام الشعبي بالقضايا البيئية إلا أن الناس بشكل عام وكذلك الشركات والحكومات مازالوا يفتقرون لأي دافع لأخذ تلك القضايا على محمل الجد ومن ثم لم ينخرطوا في عمل فعال باتجاه ممارسات مستدامة. وفي ظل غياب رؤية بديلة فإن الاعتقاد في التميز والتقدم والإبداع التقني الإنساني يسهم في خلق مجتمع راض عن/ أو يقبل بالاستغلال البيئي والاجتماعي.

ولذا فمن الضروري الاعتراف بأن القضايا البيئية هي قضايا اجتماعية وثقافية وأنه في ظل غياب التحليل النقدي للمعتقدات الأساسية والأطر السياسية الاجتماعية للمجتمعات الصناعية لن يكون هناك مبادرات ناجحة تجاه العدالة الاجتماعية والبيئية، ولن يصبح المجتمع الحديث في وضع يسمح له بالتكيف مع رؤية علمية بديلة وبناء سياسي وثقافي واجتماعي قادر على دعم بروز مجتمع مستدام بيئيا وتنمويا.²

ومن الواضح أنه لا يمكن إيجاد مجتمع عادل بيئيا واجتماعيا عندما تكون الحياة الاجتماعية فيه واقعة تحت هيمنة وتأثير قوى السوق، والربح، والنمو الاقتصادي، ومعايير الرفاهية المتنامية، كما أن النزعة الاستهلاكية غير المقيدة تؤدي إلى استغلال غير مقيد. وبناء عليه فإن معالجة تلك القضايا يتطلب تفكيراً جديداً يعترف بالعلاقة المتداخلة بين الإنسان والبيئة في ظل التنمية المستدامة التي توازن بين التغيير الإبداعي والتقدمي، والحفاظة على البيئة، وتحقيق العدالة الاجتماعية، وتعزيز سعادة الأفراد، والمجتمع، وتستطيع المعايير والمؤسسات العامة فيها الحفاظ على نوع من التضامن الاجتماعي الذي يمكن من خلاله المساهمة في سعادة وخير الجميع.

¹ - عبد القادر محمد عطية ، نفس المرجع السابق ، ص 30.

² - مروان يوسف الصباغ ، مرجع سابق ، ص 41.

باختصار يمكن القول أن الاهتمام المتنامي بتلك التحديات لنموذج الحداثة التنموي قد أدى إلى قبول واسع النطاق لمفهوم جديد - التنمية المستدامة- يؤكد على حماية البيئة وتحقيق مزيد من العدالة الاجتماعية مما حدا بالكثير من المشتغلين بالفكر التنموي إلى عده بمثابة نموذج إرشادي جديد **new paradigm** للتنمية. ولكن ما المقصود بمصطلح التنمية المستدامة؟

ثانيا : التعريف بمفهوم التنمية المستدامة.

ان التنمية عملية اقتصادية و اجتماعية و سياسية شاملة ، تستهدف التحسين المستمر لرفاهية الشعوب ، و هي عملية متكاملة ، لذا فان الإسهام في إيجاد ظروف مواتية لتنمية جزء كبير من الإنسانية .

فيبدو أن التنمية المستدامة هي التي تصبغ اليوم الجزء الأكبر من السياسة البيئية المعاصرة وقد كان للعمومية التي تصف بها المفهوم دورا في جعله شعارا شائعا وبراقا مما جعل كل الحكومات تقريبا تتبنى التنمية المستدامة كأجندة سياسية حتى لو عكست تلك الأجندات التزامات سياسية مختلفة جدا تجاه الاستدامة، حيث تم استخدام المبدأ لدعم وجهات نظر متناقضة كليا حيال قضايا بيئية مثل التغير المناخي والتدهور البيئي اعتمادا على زاوية التفسير، فالاستدامة يمكن أن تعني أشياء مختلفة، بل متناقضة أحيانا، للاقتصاديين وأنصار البيئة، والحميين، والفلاسفة. ولذا يبدو أن التوافق بين وجهات النظر تلك بعيد المنال.¹

لا تقتصر التنمية المستدامة على الوعي البيئي، و لكن تهدف إلى إقامة أفضل توازن بين الأبعاد الاقتصادية، الاجتماعية و البيئية.

أ- مفهوم التنمية :

هو توفير عمل منتج و نوعية من الحياة الأفضل لجميع الشعوب و هو ما يحتاج إلى نمو كبير في الإنتاجية و الدخل و تطوير للمقدرة البشرية، و حسب هذه الرؤيا فان هدف التنمية ليس مجرد زيادة الإنتاج بل تمكين الناس من توسيع نطاق خياراتهم و هكذا تصبح عملية التنمية هي عملية تطوير القدرات و ليست عملية تعظيم المنفعة أو الرفاهية الاقتصادية فقط بل الارتفاع بالمستوى الثقافي و الاجتماعي و الاقتصادي، و يبين ذلك أن حاجات الإنسان كفرد ليست كلها مادية و لكن تحتوي أيضا على العلم و الثقافة و حق التعبير و الحفاظ على البيئة و ممارسة الأنشطة و حق المشاركة في تقرير شؤون الأفراد بين الأجيال الحالية و المقبلة.²

لكن تعريف التنمية يظل مرتبطا دائما بالخلفية العلمية و الإستراتيجية النظرية، فعلماء الاقتصاد مثلا يعرفونها بأنها الزيادة السريعة في مستوى الإنتاج الاقتصادي عبر الرفع من مؤشرات الناتج الداخلي الخام. في حين عرفها علماء الاجتماع على أنها تغييرا اجتماعي يستهدف الممارسات و المواقف بشكل أساسي، و هذا ما يسير على دربه المتخصصون في التربية السكانية، وبذلك فانه لا يوجد تعريف موحد للتنمية و هذا الاختلاف الذي يبصم مفهومها هو الذي سيدفع بعدئذ إلى عملية استدراج مفاهيمي يلح على أن التنمية هي كل متداخل و منسجم و انه تكون

¹ - خالد مصطفى قاسم ، نفس المرجع السابق ، ص 42.

² - مروان يوسف الصباغ ، نفس المرجع السابق، ص 51.

ناجعة وفعالة عندما تتوجه في تعاطيها مع الأسئلة المجتمعية إلى كل الفعاليات المعبرة عن الإنسان و المجتمع عبر مختلف النواحي الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية...الخ.¹

ب- مفهوم الاستدامة :

يعود أصل مصطلح الاستدامة في علم الايكولوجي و في المفهوم التنموي استخدم مصطلح الاستدامة للتعبير عن طبيعة العلاقة بين علم الاقتصاد وعلم الايكولوجي على اعتبار أن العاملين مشتقين من نفس الأصل الإغريقي، حيث يبدأ كل منهما بالجذر Eco الذي يعني في العربية البيت أو المنزل و المعنى العام للمصطلح ecology هو دراسة مكونات البيت، أما في المفهوم اللغوي للاستدامة تعني ديمومة الشيء أي تأني الشيء و طلب دوامة

و بذلك فالاستدامة هو ضمان ألا يقل الاستهلاك مع مرور الزمن و لكن ماذا يلزم لتحقيق ذلك؟ تبين أن قدرة بلد ما على الاستدامة بمعنى أن تدفق الاستهلاك و المنفعة يتوقف على التغيير في رصد الموارد أو الثروة و ارتفاع الرفاهية بين الأجيال يأتي مع ازدياد الثروة مع مرور الوقت و في ظل وجود بدائل و إحلال محتمل بين الموارد على مر الزمن.²

ج- مفهوم التنمية المستدامة :

إن الذي يتحدث عن التنمية المستدامة كمفهوم فإنه يعود الفضل في نحتة إلى الباحث الباكستاني "محبوب الحق" و الباحث الهندي "أمرياس" و ذلك من خلال فترة عملهما في إطار البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة، فالتنمية المستدامة بالنسبة إليهما تنمية اقتصادية اجتماعية وليست تنمية اقتصادية فحسب تجعل الإنسان منطلقها و غايتها، و نتعامل مع الأبعاد البشرية أو الاجتماعية للتنمية باعتبارها العنصر المهيمن و ننظر للطاقت المادية كشرط من شروط تحقيق التنمية المستدامة. كما أن الوزير النرويجي كروهارلم برينتلاندر GRO HARLEM BRUNTLAND لعب دورا هاما في ترسيخ هذا المفهوم و تحديد ملامحه الكبرى، ففي سنة 1987 يصدر تقرير الأمم المتحدة حاملا اسم برونتلاندر يلح على أن التنمية يفترض فيها تلبية الحاجات الملحة الحالية دون التفريط في الحاجات المستقبلية وهذا كله يقضي بنا إلى التأكيد على أن التنمية المستدامة تمثل التنمية استنادا إلى منطق التوزيع العادل للثروات وتحسين الخدمات و مناخ الحريات و الحقوق، و ذلك في توازن تام مع التطوير دونما اضطراب بالمعطيات و الموارد الطبيعية و السياسية بشكل عام. إنها بهذه الصيغة تنمية موجهة لفائدة المجتمع بشكل عام، حيث تعطي الاعتبار إلى حاجيات المجتمع الحالي مع الأخذ بعين الاعتبار حق الأجيال القادمة و هذا ما يبصمها بطابع الاستدامة.³

د- أبعاد التنمية المستدامة :

➤ **البعد الاقتصادي :** للتنمية المستدامة أبعاد اقتصادية نذكر منها :

- تحقيق نمو اقتصادي مستدام.
- تحسين و رفع مستوى المعيشة و تغيير أنماط الإنتاج و الاستهلاك غير المستدامين.
- إيقاف تبديد الموارد الطبيعية و المساواة في توزيعها.

¹ - محمد منير حجاب ، نفس المرجع السابق ، ص 61.

² - فيصل حسونة ، ادارة الموارد البشرية ، دار أسامة للنشر ، عمان ، ط 1، 2008، ص 137.

³ - محمد منير حجاب ، نفس المرجع السابق ، ص 60.

- التقليل من تبعية الدول النامية وضرورة تبني هذه الأخيرة برامج تنموية تقوم على الاعتماد على القدرات الذاتية و تأمين الاكتفاء الذاتي.
 - التقليل من الإنفاق العسكري وتحويله إلى الإنفاق على احتياجات التنمية.
 - مسؤولية البلدان المتقدمة عن التلوث نتيجة استهلاكها المتراكم من الموارد الطبيعية مثل البترول و الفحم و العمل على معالجته باستخدام التكنولوجيا النظيفة.¹
 - **البعد الاجتماعي :** من بين الأبعاد الاجتماعية للتنمية المستدامة نذكر :
 - تثبيت النمو الديمغرافي وجعله يتوازن مع النمو الاقتصادي.
 - تحقيق المساواة في التوزيع (كالدخل الوطني مثلا).
 - المشاركة الشعبية و تفعيل دور المرأة و الاستخدام الكامل للموارد البشرية.
 - توفير الحاجات الأساسية للسكان و ضمان استمراريتها للأجيال المقبلة و من بينها :الغذاء،السكن،التعليم و الصحة،محرابة البطالة...الخ.
 - مكافحة الفقر.
 - **البعد البيئي :**
 - الإدارة المتوازنة للموارد الطبيعية.
 - حماية الغلاف الجوي و العمل على التحول من نظام عالمي مرتكز على الوقود الأحفوري إلى نظام مرتكز على طاقة أكثر نظافة و استدامة.
 - حماية المناخ من الاحتباس الحراري.
 - إدارة المخلفات الخطرة و النفايات الصلبة و المياه المستخدمة.
 - مكافحة التصحر و الجفاف.
 - حماية وإدارة المياه العذبة.
 - المحافظة على التنوع البيولوجي.
 - مكافحة القطع الجائر للغابات و تحقيق تنمية مستدامة.
 - **البعد التقني و الإداري :**
 - استخدام تكنولوجيا أنظف.
 - الحد من انبعاث الغازات .
 - استخدام قوانين البيئة للحد من التدهور البيئي.
 - إيجاد وسائل بديلة أو طاقة بديلة للمحروقات مثل الطاقة الشمسية و غيرها.
 - الحيلولة دون تدهور طبقة الأوزون.²
- و يمكن اعتبار التطور التكنولوجي في صالح البيئة و الاقتصاد بشكل دائم إذا :

1- العمل على خفض تكاليف التلوث البيئي بشكل كبير.

2- إحراز تقدم تقني هام يعمل على تقليل النفايات الناتجة.

¹ - فيصل حسونة ، نفس المرجع السابق ، ص 139.

² - محمد منير حجاب ، نفس المرجع السابق ، 61.

3- أن تكون التكنولوجيا قابلة للتطبيق في المرحلة التي تسبق المنافسة.

4- أن تسفر الابتكارات التكنولوجية عن فوائد اقتصادية واجتماعية.¹

ثالثا: الاهتمام الدولي بالبيئة و تبني أجندة التنمية المستدامة :

يعتبر مؤتمر الحكومات حول البيئة الإنسانية الذي انعقد في مدينة ستوكهولم في عام 1972م بداية اهتمام حكومات العالم بهذا الموضوع حيث تمخض عنه وثيقتان هما: إعلان ستوكهولم للمبادئ البيئية الأساسية التي ينبغي أن تحكم السياسة، وخطة عمل مفصلة فضلا عن إنشاء برنامج الأمم المتحدة البيئي كأول وكالة بيئية دولية .

وبرغم أن المؤتمر قد اعترف (في البند 21) بالحقوق السيادية للدول لاستغلال مواردها وفقا لسياستها البيئية الخاصة بها، إلا أنه طلب من الدول عند استغلال مواردها ضمان عدم استنزاف الموارد غير المتجددة، وحماية الموارد الطبيعية من خلال التخطيط الحذر لصالح الجيل الحالي والأجيال القادمة كما ورد في (البندين الثاني والخامس). ولتحقيق ذلك التغير وجهت الدول نحو "تبني اقتراب متكامل ومتناسق لتخطيطها التنموي لكي تضمن توافق التنمية مع الحاجة إلى حماية وتحسين البيئة" (البند 13). ولذا كان إعلان استوكهولم أول محاولة لتقييد حق الدول في استغلال مواردها الطبيعية وخاصة تلك المتسمة بطبيعة غير متجددة، بطريقة غير معيقة.²

وتبرز أهمية مؤتمر استوكهولم في أنه حدد علاقة مشتركة بين استنزاف الموارد بهدف التنمية وحماية البيئة، وهي علاقة تم تبنيها لاحقا في إستراتيجية الحماية البيئية الدولية التي بلورت ولأول مرة مفهوم "التنمية المستدامة"، عندما أكدت على أنه "لكي تكون التنمية مستدامة فلا بد أن تأخذ في الحسبان العوامل الاجتماعية والبيئية فضلا عن الاقتصادية." وقد مثلت تلك الإستراتيجية بدورها الخلفية الإطارية لتقرير برونديتلاند الذي منح المفهوم شعبية واسعة ومهد الطريق أمام تبنيه بإجماع دولي منقطع النظير في مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية البيئية ثم من خلال إعلان ريو.

ومع أن استجابة غالبية الحكومات لنداءات المهتمين بحماية البيئة كانت بطيئة جدا خلال العقد الذي أعقب مؤتمر ستوكهولم فضلا عن التقدم الضئيل الذي حدث في مجال البيئة، عندما تمت الموافقة في عام 1972م على المعاهدة الدولية للتجار بالأحياء البرية النباتية والحيوانية المهددة بالانقراض، إلا أن قضية البيئة شهدت انتكاسة غير متوقعة في عام 1974م عندما تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة الوثيقة المتعلقة بحقوق وواجبات الدول التي أكدت على "حقوق" الدول في التنمية، لكنها تحاشت أي إشارة للمعايير البيئية. ومما زاد الطين بلة أن نهاية السبعينيات وبداية الثمانينيات قد شهدت تجاهلا واضحا للقضية البيئية في الدول الأكثر تقدما مع تأكيد حكوماتها المتزايد على "حلول" السوق الحرة، بالتزامن مع تحلي تلك الدول عن مسؤوليتها عن النتائج البيئية السلبية للعمليات الاقتصادية. ولذا يمكن القول بأن الاتجاه السائد في تلك المرحلة كان بعيدا عن أي إجماع دولي تجاه قضايا البيئة.³

وبقي الأمر هكذا حتى جاءت نقطة التحول الحاسمة في عام 1983م عندما طلب الأمين العام للأمم المتحدة من رئيسة وزراء النرويج آنذاك، جرو هارلم برونديتلاند تشكيل لجنة للبحث عن أفضل السبل التي تمكن كوكبنا الذي

¹ - عبد القادر محمد عطية ، نفس المرجع السابق ، 54.

² - صلاح العشوي ، المسؤولية الدولية عن حماية البيئة ، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، ط1، 2010، ص 55.

³ - سمير حامد الجمال ، الحماية القانونية للبيئة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008، ص 51.

يشهد نموا سكانيا متسارعا من أن يستمر في الإيفاء بالاحتياجات الأساسية من خلال صياغة افتراضات عملية تربط قضايا التنمية بالعناية بالبيئة والمحافظة عليها، وترفع من مستوى الوعي العام بالقضايا ذات الصلة بالموضوع. ومع نشر الوكالة (التي أصبحت تعرف بالوكالة العالمية للبيئة والتنمية، والمعروفة اختصارا WCED) لتقريرها " مستقبلنا المشترك" في عام 1987م، الذي جاء متزامنا مع الصدمة البيئية الأكبر للرأي العام العالمي المتمثلة في اكتشاف ثقب الأوزون "ozone hole" فوق القارة المتجمدة الجنوبية والتي دفعت إلى الاتفاق في نفس العام على بروتوكول مونتريال لمعاهدة فينا حول حماية طبقة الأوزون بهدف تنظيم استخدام وإطلاق المواد المستنفدة للأوزون مثل غازات الكلوروفلوروكربون (CFCs) والهالون Halons، أصبح مفهوم "التنمية المستدامة أو المتواصلة مفهوما محوريا للتفكير المستقبلي. ومن ثم يمكن القول أن هذه التطورات المقلقة والشعور بأن بقاء البشر ومصيرهم مرتبطان ببقاء ومصير الكائنات الحية الأخرى وكذلك باستمرار كوكب الأرض ومنظوماته مكاناً صالحاً للحياة، فضلا عن الإدراك العالمي بمدى ما وصلت إليه الأمور من سوء منذ عام 1973م قد أسهمت بشكل مباشر في انعقاد أول قمة بيئية عالمية من نوعها هي قمة الأرض في مدينة ريو دي جانيرو البرازيلية عام 1992م.¹

وتكمن أهمية أول قمة للأرض في ريو في أنها قد وضعت حجر الأساس لرؤية عالمية جديدة عن البيئة محولة الأجندة الكونية إلى التنمية المستدامة من خلال إثارة اهتمام الرأي العام العالمي بالعلاقة المتبادلة بين الأبعاد البيئية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية والسياسية للتنمية، كما مهدت الطريق أمام مفهوم التنمية المستدامة لاختراق الخطاب الاقتصادي والسياسي. ففي تلك القمة أُلزم المجتمع الدولي نفسه بمفهوم التنمية المستدامة وقام بالفعل بصياغة قانون دولي بيئي، فمثلا تلزم مادة 27 من إعلان ريو حول التنمية والبيئة الدول والشعوب بتطوير "قانون دولي في مجال التنمية المستدامة"، كما تنعكس الخطوط العريضة لطبيعة ومحتوى القانون الدولي في مجال التنمية المستدامة بشكل واضح في اتفاقيتين تم تبنيهما في مؤتمر الأمم المتحدة عن البيئة والتنمية UNCED، وهما اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية حول التغير المناخي واتفاقية التنوع البيئي اللتان تمثلان أدوات قانونية دولية لمعالجة المسائل الاقتصادية والبيئية بأسلوب متكامل.

فقد تم الاعتراف بأهمية التنمية المستدامة وعلاقتها بالتغيرات المناخية ضمن الاتفاق الإطاري للأمم المتحدة بشأن التغير المناخي الذي يهدف أساسا إلى العمل على استقرار تركيز الغازات الدفيئة GHGs في الغلاف الجوي.²

ومع أن البروتوكول يتضمن آليات قضائية واقتصادية من أجل مواجهة موضوع إيقاف أو لجم انبعاث الغازات إلا أن تقديمه لأدوات اقتصادية مثل تبادل الانبعاث وعدد آخر من الوسائل المرنة قد تسبب في ظهور مقايضات علمية من أجل الحصص التبادلية، وحقوق الانبعاث، ونشوء سوق جديدة بالكامل للتلوث. فنظرا للعواقب الاقتصادية لنظام التغير المناخي تتفاوض البلدان وفقا لمصلحتها الذاتية بحيث أن كلا منها يميل إلى افتراض المؤشرات الأكثر فائدة لمصلحتها الذاتية.

وتعتبر الآثار الاقتصادية للمناخ المرتبطة بالتنظيم حاسمة نظرا لأن الخفض الكوني للغازات الدفئية يمس جوانب حساسة مثل الصناعة، والطاقة، والمواصلات في كل من الدول المتقدمة والنامية. ومع أن خفض مستويات التلوث والحفاظ على الرواسب الكربونية الطبيعية مرتبطان معا بالإطار الأوسع للتنمية المستدامة، إلا أن التركيز على

¹ - صالح العشراوي، نفس المرجع السابق، ص 57.

² - سمير حامد الجمال، نفس المرجع السابق، ص 54.

مستويات الانبعاث كان أكثر حضوراً نظراً لهيمنة مصالح البلدان الصناعية. وبرغم أن الروابط بين التنمية المستدامة والتغير المناخي قد استقطبت اهتماماً متزايداً إلا أن هناك قيوداً وعقبات متأصلة فيما يتعلق بتطوير اقتراب عملي يدمج بين إيقاف التغير المناخي وتعزيز التنمية المستدامة. وبرغم أن كل المحاولات التي تمت في هذا المجال قد أدعت أنها متطابقة مع الهدف الأساس للميثاق إلا أنه أصبح واضحاً أنه حتى السؤال الأكثر أساسية والمتعلق بكيفية التوفيق بين التنمية الاقتصادية وحماية الغلاف الجوي للأرض بقي دون إجابة إلى حد كبير.¹

ويمكن القول بأن هناك عائقان في طريق إيجاد نظام فعال للتحكم في التغير المناخي. يتمثل أولهما في أن إيجاد مثل ذلك النظام يتطلب حدوث تغيير ما في المفهوم التقليدي لسيادة الدولة إلا أنه كان واضحاً في المفاوضات خلال المؤتمرات أن مبدأ سيادة الدولة لا يزال مهيمناً وهذا يعني أنه لا يلزم أن تعلن أي دولة صراحة التزامات محددة بل أن الدول حرة في رفض أو قبول التزامات المعاهدة.

أما العائق الثاني فيتمثل في الخلاف العميق في الآراء بين الدول المشاركة فيما يتعلق بالمعايير المطلوبة والطريقة التي من خلالها يتم توزيع المسؤولية. ويعكس اتفاق الإطار هذه الاختلافات من خلال استهداف كل من الحماية البيئية وتشجيع التنمية الاقتصادية. فمن خلال السعي لتحقيق الهدف الجوهرى للاتفاق الإطارى تدفع الفقرة الثالثة من المادة الثانية من بروتوكول كيوتو بهذا الاختلاف قدماً، فمع أن البروتوكول يهدف إلى الحد الكمي لانبعاث الغازات الدفيئة إلا أنه يؤكد من جهة أخرى على الحاجة لتقليص الآثار السلبية لتلك السياسة على التجارة الدولية فضلاً عن الآثار الاقتصادية والاجتماعية الأخرى.²

وتبعاً لهذه الطبيعة الواسعة وغير المحددة لاتفاقية الإطار وهدف البروتوكول فقد منحت الدول المعنية قدراً واسعاً من الحرية فيما يتعلق بكل من التفسير والتطبيق. فمع أن الامتثال لاتفاق الإطار يتطلب من الحكومات الوطنية أن تجري بعض التعديلات على سياساتها الوطنية وخاصة في مجالي الطاقة والمواصلات إلا أن الغموض المحيط بمفهوم التنمية المستدامة يفتح الباب واسعاً لاحتمالات المزايم الاقتصادية حول التكلفة، والفعالية، والتفاوض التي توظف بشكل مهيمناً لرفض أو تأجيل تطبيق سياسات الحد من الانبعاث. وهذه هي الذريعة التي دفعت الكونجرس الأمريكي لرفض المصادقة على بروتوكول كيوتو مما جعل البرنامج البيئي العالم بيكامله في مهبط الريح. وحتى في الحالات التي يتم فيها التطبيق ضمن النظم القضائية الوطنية فإن القوانين تبقى ضعيفة، مع منحها الأجهزة الإدارية الوطنية المختلفة، مثل الوزارات ووكالات السيطرة على التلوث ووكالات مقايضة التلوث قدراً واسعاً من حرية الاختيار فيما يتعلق بالتفسير أو التطبيق.³

ومع أن مفهوم التنمية المستدامة كان يمثل المحور الأساس للنقاش في قمة الأرض الثانية حول التنمية المستدامة التي انعقدت في جوهانسبرج في أغسطس من عام 2002م وحضرها ممثلون لأكثر من 160 بلداً، بهدف إزالة التناقضات بين التنمية الاقتصادية وحماية البيئة فضلاً عن تطوير مزيد من الاتفاقيات في مجال التنمية المستدامة، إلا أن التوقعات منها كانت، وبالعكس قمة ريو التي عقدت في 1992م، أقل من المتوقع ثم جاءت النتائج مخيبة للأمل. حيث لم يقتصر الإخفاق على الفشل في التوفيق بين التنمية الاقتصادية وحماية البيئة بل تجاوزه إلى تأكيد عدد كبير من الدول المشاركة،

¹ - محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للبيئة في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية ن بيروت، 2005، ص 67.

² - مروان يوسف صباغ، نفس المرجع السابق، ص 72.

³ - محمد خالد جمال، نفس المرجع السابق، ص 69.

صراحة أو ضمنا، باستحالة تجنب حدوث المزيد من التدهور في الأنساق البيئية للأرض والماء وارتفاع مستويات انبعاث الغازات الدفئية والاستغلال المفرط للموارد الطبيعية. ويلاحظ، في هذا السياق، أنه برغم الالتزام الكوني بالعمل على استقرار تركيز تلك الغازات في الجو إلا أن جزءا ضئيلا فقط من إنتاج الطاقة العالمي اليوم يستند إلى استخدام مواد غير عضوية. ومن ثم يمكن القول أن تزايد وتيرة التدهور البيئي الكوني فضلا عن تزايد معدلات الفقر وتفاقم حال فقراء العالم تشير جميعها إلى حالة ركود في ممارسة أنماط إنتاجية واستهلاكية مستدامة.¹

ولا يزال الجدال مستمرا. ففي الوقت الحاضر تهيمن الاعتبارات الاقتصادية على أجندة الاستدامة الدولية والوطنية على حد سواء، مما يجعل مسألة حماية البيئة تحتل موقعا هامشيا. فبينما تستمر معدلات صافي الدخل القومي للبلدان الصناعية في النمو وتستمر الشركات عبر القومية في التوسع تتفاقم الضغوط على الأنساق البيئية الطبيعية والموارد وبدلا من مواجهة تحدي تطوير أسلوب مستدام للحياة يستطيع تلبية احتياجات الناس الأساسية في كل مكان دون القضاء على الأنساق البيئية، يتركز الاهتمام في الوقت الحاضر على تحقيق مزيد من النمو الاقتصادي دون الاعتراف بمحدودية الموارد الطبيعية. إن هيمنة المصالح الاقتصادية و "النمو من أجل النمو فقط"، كما يؤكد ليستر براون، قد تغلغل في كل أنحاء الكرة الأرضية.

ويمكن القول باختصار أن العالم قد بدأ بالفعل وبصعوبة طريقه تجاه التنمية المستدامة خلال العقد الأول بعد قمة ريو، كما باشر عدد من الحكومات بحماس التزاماتها تجاه توصيات القمة وتنفيذ ما ورد في إعلان ريو وأجندة 21، إلا أن الإنجازات التي تحققت كانت بشكل عام غير كافية ولا يزال هناك الكثير الذي يجب القيام به لمواجهة التحديات المختلفة والمتعددة التي تواجه الحياة المستدامة على كوكب الأرض.²

الخاتمة :

يمر المجتمع البشري بمرحلة خطيرة من مراحل الحياة الإنسانية فهو ينشد التنمية بخطى حثيثة ويواجه في ذات الوقت التردّي البيئي الناجم عن التقدم التكنولوجي والأنشطة الإنسانية المتعلقة بالجوانب المختلفة للتنمية . لقد أخذ العالم منذ أواخر الثمانينات من القرن العشرين يشهد ثورة تكنولوجية وقد تولد عن هذه الثورة تغيرات اقتصادية واجتماعية عميقة وهذا حمل معه مخاطر بيئية وتدهور بيئي حيث أن التنمية المبنية على الاستنزاف السريع للموارد هي تنمية غير قابلة للاستمرار ومن الثابت أيضا أن التنمية القابلة للإدامة تتطلب تكنولوجية مناسبة لأحوال البيئة ولأحوال المجتمع .

هذه الحقائق وغيرها كانت نقطة انطلاق لجهود دولية لوضع تنظيمات قانونية للحفاظ على البيئة والتنمية وهنا يجب التعاون بين جميع الدول المتقدمة والمتخلفة ونقترح هنا بعض التوصيات المفيدة في هذا المجال :

- إدماج معطيات البيئة ضمن برامج التنمية .

- توعية الدولة للمواطنين وتوجيههم إلى الممارسات الأقل ضررا للبيئة .

¹ - مروان يوسف الصباغ ، مرجع سابق ، ص 75.

² - مروان يوسف الصباغ ، نفس المرجع السابق ، ص 77.

- استحداث وسائل وطرق علمية فنية تقنية في جميع الميادين أقل ضررا بالبيئة .

- وضع ميثاق حقوق وواجبات بيئية متعلق بالتنمية المستدامة ملزمة للأفراد والمنظمات .

- التأكيد على قانونية حق الإنسان والشعوب في بيئة سليمة وملائمة للتنمية .

وهكذا نرى أن الأرض والبيئة هي بيت الجميع وعلى الإنسان أن يحافظ على البيئة دون تخريبها وأن يحفظ للأجيال القادمة حقها في العيش فليس من المنطق وليس من المقبول أن تستنزف الأجيال الحالية الثروات وتموت من التخمة وتترك الأجيال القادمة تموت من الجوع وعلينا زرع وخلق ثقافة الاهتمام بالأخر وبالبيئة والإقلاع عن ثقافة وفلسفة أنا وليكن بعدي الطوفان¹.

¹ - خالد مصطفى قاسم ، نفس المرجع السابق ، ص 82.

مصادقة المغرب على البرونوكول

الاختياري لإنفاقية سيداو - قراءة في الأسس والرهانات -



من إعداد : الدكتور محمد البكوري

باحث في الحكامة، وحدة علم السياسة

و القانون الدستوري ، جامعة محمد الخامس الرباط

مقدمة :

تكريسا لمبدأ المساواة كمبدأ من مبادئ الحكامة الجيدة، و المتمثل أساسا في حق جميع الناس في الحصول على فرص الارتقاء الاجتماعي وتحسين أوضاعهم، وترسيخا لدسترة هذا المبدأ في ظل دستور 2011 بالمغرب، و الذي من بين ما جاء في ديباجته "إرساء دعائم مجتمع متضامن، يتمتع فيه الجميع بالأمن و الحرية و الكرامة و المساواة و تكافؤ الفرص، و العدالة الاجتماعية، ومقومات العيش الكريم في نطاق التلازم بين حقوق وواجبات المواطنة"، وتنزيلا للفصل 19 من هذا الدستور، و الذي ينص على أنه "يتمتع الرجل و المرأة، على قدم المساواة بالحقوق و الحريات المدنية و السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و البيئية الواردة في هذا الباب من الدستور (الباب الثاني المتعلق بالحريات و الحقوق الأساسية)، و في مقتضياته الأخرى وكذا في الاتفاقيات و المواثيق الدولية كما صادق عليها المغرب، و كل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها. تسعى الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال و النساء. وتحدث لهذه الغاية هيئة للمناصفة و مكافحة كل أشكال التمييز". وفي أفق إخراج هذه الهيئة - المنصوص عليها في الفصل 164 من الدستور¹ - من القوة إلى الفعل في إطار المزيد من المأسسة. وتنفيذا لرغبة المغرب في الانخراط الايجابي و الفعال في المنظومة الدولية كما تؤكد ذلك ديباجة الدستور و التي مما جاء فيها "وإدراكا منها لضرورة تقوية الدور الذي تضطلع به على الصعيد الدولي، فان المملكة المغربية العضو العامل النشط في

1 ينص الفصل 164 من الدستور المغربي على أنه "تسهر الهيئة المكلفة بالمناصفة ومحاربة جميع أشكال التمييز. المحدثة بموجب الفصل 19 أعلاه من هذا الدستور، بصفة خاصة، على احترام الحقوق والحريات المنصوص عليها في نفس الفصل المذكور، مع مراعاة الاختصاصات المسندة للمجلس الوطني لحقوق الإنسان"

المنظمات الدولية تتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات وتؤكد تشبثها بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالمياً". مع ضرورة الإشارة إلى أن كل ذلك ينبغي أن يتم في إطار الهوية المغربية و التي تتميز - كما تنص على ذلك دائماً الديباجة بتبوء الدين الإسلامي مكانة الصدارة فيها، وذلك في ظل تشبث الشعب المغربي بقيم الانفتاح و الاعتدال و التسامح و الحوار و التفاهم المتبادل بين الثقافات و الحضارات الإنسانية جمعاء". تبعاً لمختلف هذه المنطلقات المرجعية وغيرها صادق مجلس النواب، يوم 7 يوليوز 2015 في جلسة عامة، خصصت لمناقشة نصوص تشريعية جاهزة و التصويت عليها، بالإجماع على مشروع قانون رقم 12-125 و المتعلق بانضمام المغرب للبروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 المعروفة اختصاراً بـ "سيداو CEDAW"¹. هذه الأخيرة التي تعتبر آلية قانونية دولية و أرضية أخلاقية لحماية حقوق المرأة، كما أقرها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، والتي جاء البروتوكول الاختياري الملحق بها لإضفاء المزيد من الضمانات الخاصة بتكريس مبدأ المساواة و وضع الآليات الضرورية لإيقاف نزيف التمييز ضد المرأة. فكيف يمكن قراءة أسس و رهانات هذه المصادقة على مستوى بلادنا الطموحة لبناء مجتمع ديمقراطي حديثي "صاعد"؟ ذلك ما سنحاول أن نستشفه من خلال هذه الدراسة.

أولاً: المصادقة على البروتوكول الاختياري لـ "سيداو" الأسس و المنطلقات المرجعية :

انطلاقاً من فترة السبعينات من القرن الماضي، ازداد الاعتراف على المستوى الدولي بالمساهمة الجوهرية و الحورية للمرأة في بناء المجتمع و نمو الاقتصاد و الرفع من أسس التنمية الاجتماعية بشكل عام. و عليه فقد قررت منظمة الأمم المتحدة سنة 1975 اعتبار هذه السنة "سنة دولية للمرأة"، و سرعان ما أعقب ذلك إعلان العشرية (1975-1985) "عقداً دولياً للمرأة" والذي يعود الفضل في تكريسه إلى النضالات المستمرة التي ما فتئت تخوضها كل تعبيرات الحركة النسائية في مختلف أرجاء العالم، وهي النضالات التي حرصت أشد الحرص على الدفع المستمر و المتواصل بأطروحات مناصرة لقضايا المرأة و مؤكدة على ضرورة ضمان أسس المشاركة الفعالة للنساء في الصيرورات التنموية، فما كان من المنتظم الدولي إلى أن يأخذ بتلك الأطروحات ذات النفحة الحقوقية و يعمل على تبنيتها في مؤسساته و قراراته و آلياته و مواثيقه. وتجدر الإشارة هنا إلى أنه قد تم تتويج هذا العقد المكرس لحقوق المرأة، بانعقاد مؤتمر نيروبي سنة 1985 الذي أوصى بضرورة تبنى "استراتيجيات الاستعداد للمستقبل" و التي أخذت أساساً بالعناوين الرئيسية لعقد المرأة (المساواة، التنمية، السلام) إلى جانب مواضيع أخرى فرعية، مثل الصحة و التعليم و العمل. كما يجدر الذكر أنه قد صدرت في خضم هذا العقد و بالضبط في 18 دجنبر 1979²، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة³، و التي أصبحت سارية المفعول في الثالث من شتنبر 1981 بعد توقيع خمسين دولة عليها، طبقاً لأحكام المادة 27⁴، و تشكل هذه الاتفاقية إحدى الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، حيث

1 Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women.

2 اعتمدت و عرضت اتفاقية "سيداو" للتوقيع و التصديق و الانضمام بموجب قرار للجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 34/180 و المؤرخ في 18 دجنبر 1979.

3 العربي وافي "مقاربة النوع و التنمية" سلسلة المعرفة للجميع العدد 35، منشوات ريبس دجنبر 2008، ص 52.

4 تنص هذه المادة في فقرتها الأولى على مايلي: "يبدأ نفاذ هذه الاتفاقية في اليوم الثلاثين الذي يلي تاريخ إيداع صك التصديق أو الانضمام العشرين لدى الأمين العام للأمم المتحدة".

أكدت ديباجتها على أن "حقوق المرأة هي حقوق إنسانية". وعلى ضوء ذلك -تؤكد الديباجة دائما- فإن "التنمية التامة والكاملة لأي بلد ورفاهية العالم، وقضية السلم، تتطلب جميعا مشاركة المرأة، على قدم المساواة مع الرجل، أقصى مشاركة ممكنة في الميادين... كما ان التمييز ضد المرأة يشكل انتهاكا لمبدأي المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان، ويعد عقبة أمام مشاركة المرأة، على قدم المساواة مع الرجل، في حياة بلدهما السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية ويعوق نمو رخاء المجتمع والأسرة، ويزيد من صعوبة التنمية الكاملة لإمكانات المرأة في خدمة بلدها والبشرية". ولتلح الديباجة -انطلاقا مما سبق -على ضرورة تساوي الرجل والمرأة في الحقوق، كما ينص عليها كل من ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945 والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 والعهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان لسنة 1966 وجميع القرارات والإعلانات والتوصيات التي اعتمدها الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة من اجل تعزيز مساواة الرجل والمرأة في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية والسياسية. وبذلك نجد أن اتفاقية "سيداو" تميزت باعترافها الصريح بحق المساواة مع جردها للإجراءات الكفيلة بضمان جميع الحقوق على الصعيد السياسي والاجتماعي والاقتصادي والثقافي¹. ولإرساء منظومة متكاملة من هذه الإجراءات وتعزيز بنائها التمكيني كان لابد من إيجاد آلية قانونية أخرى، تمثلت في البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 9 أكتوبر 1999²، والذي توخى بالأساس "تمكين الدول الأطراف من الاعتراف بصلاحيات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة للبت في التبليغات المقدمة من قبل أو نيابة عن أفراد أو مجموعة أفراد خاضعين لولاية الدولة الطرف و الذين يدعون إنهم ضحايا انتهاك لأي من الحقوق المنصوص عليها في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"³. وبذلك يبرز البروتوكول كآلية تسمح للنساء (أفرادا ومجموعات) بتقديم الشكاوى بشكل مباشر إلى لجنة "سيداو" وفتح التحقيق فيها، و من ثم توفرت إمكانية حقيقية أمام هذه اللجنة لإرساء منظومة مترابطة من الحقوق، خاصة المتعلقة بحقوق المرأة، والتي تؤكد عليها ديباجة البروتوكول من خلال تنصيبها على جملة من المرجعيات ذات الحمولة الكونية لحقوق الإنسان ومنها:

- تأكيد ميثاق الأمم المتحدة على الإيمان بحقوق الإنسان الأساسية وبكرامة الإنسان وقيمه، وبالحقوق المتساوية للرجل والنساء.
- مناداة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المؤكدة على أن جميع البشر قد ولدوا أحرار متساوين في الكرامة والحقوق، وبأن لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة فيه، دون أي تمييز من أي نوع كان، بما في ذلك التمييز القائم على أساس الجنس.

1 سلى خان "الخصوصية الثقافية ومسألة حقوق المرأة. أي دور للاتفاقية الخاصة مناهضة جميع مظاهر التمييز ضد المرأة؟" ترجمة عبد الصادق معافة، وجهة نظر، العدد 7، ربيع 2000، ص 56.

2 اعتمد وعرض هذا البروتوكول للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 4، الدورة الرابعة والخمسون بتاريخ 9 أكتوبر 1999 وبدأ سريان نفاذه منذ 22 دجنبر 2000.

3 بموجب المادة 2 من البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية "سيداو".

● حظر التمييز على أساس الجنس وفق مبادئ ومرتكزات العهدين الدوليين لحقوق الإنسان وغيرهما من الصكوك الدولية لحقوق الإنسان.

● ادانة الدول الأطراف في اتفاقية "سيداو" للتمييز ضد المرأة بجميع أشكاله وتوافقها على انتهاج سياسة القضاء على التمييز ضد المرأة بجميع الوسائل المناسبة ودون إبطاء وتصميمها على ضمان تمتع المرأة، بشكل تام، على قدم المساواة بجميع حقوق الإنسان و الحريات الأساسية، وعلى اتخاذ إجراءات فعالة لمنع أي انتهاك لهذه الحقوق و الحريات.

وعموما فقد ظلت الغاية المتوخاة من اعتقاد البروتوكول الاختياري كملحق لاتفاقية سيداو، هي تمكين النساء من الحق في تجاوز الحكومات و التقدم بشكاوي مباشرة إلى المنتظم الدولي، تلك الشكاوي المرتبطة أساسا بالانتهاكات المحتملة، و التي يمكن أن تمس في جوهرها حقا من حقوق المرأة، أو بشكل عام الانتهاكات الخطيرة أو المنهجية للحقوق الواردة في اتفاقية "سيداو"، والتي تسهر اللجنة الخاصة بها على تتبع مدى حرص الدول الأطراف على الالتزام بمقتضيات الاتفاقية وعدم الإخلال بالضوابط المنصوص عليها في بنودها وذلك من خلال : استقبال التبليغات التي يجب أن تكون مكتوبة وغير مجهولة المصدر¹، القيام بإجراءات التحقيق حول الشكاوي المقدمة إليها وذلك وفق أسس من الافتحاص الدقيق².

1 وفق مقتضيات المادة 3 من البروتوكول الاختياري الملحق ب "سيداو".

2 تنص الفقرة الثانية من المادة 4 من البروتوكول على أنه "تعلن اللجنة أن التبليغ غير مقبول في الحالات التالية :- اذا سبق للجنة دراسة المسألة نفسها، و اذا جرت دراستها في الماضي أو كانت قيد الدراسة حاليا، بموجب إجراء اخر من إجراءات التحقيق أو التسوية الدولية. - اذا كانت غير متماشية مع أحكام الاتفاقية - اذا اتضح أن التبليغ لا أساس له أو غير مؤيد بأدلة كافية. - اذا شكل ضريبا من سوء استخدام الحق في تقديم التبليغ - اذا حدثت الوقائع التي هي موضوع التبليغ قبل سريان مفعول هذا البروتوكول بالنسبة للدولة الطرف المعنية، الا اذا استمرت تلك الوقائع بعد ذلك التاريخ.

ثانيا : انخراط المغرب في اتفاقية سيداو و البروتوكول الملحق بها : المسارات المتذبذبة :

كما سلفت الإشارة، فإن اتفاقية "سيداو" لم تدخل حيز النفاذ الا بتاريخ 3 شتنبر 1981 في هذا الصدد، صادق المغرب على هذه الاتفاقية وأودع وثائق الانضمام إليها بنيويورك في 21 يونيو 1993. الا انه ورغم انخراط المغرب في لائحة المصادقين على اتفاقية "سيداو" ومنذ ذلك التاريخ، فإن نشرها في الجريدة الرسمية لم يتم الا بعد مضي ثمان سنوات²، وقد أرفق الانضمام إلى اتفاقية "سيداو" بجملة من التصريحات³ و التحفظات⁴ التي تهم بعض مواد الاتفاقية، كما ظل المغرب متشبثا بتحفظه على البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية "سيداو" قبل أن يبدي فيما بعد استعداداه الحثيث لتغيير موقفه منذ يونيو 2006، عندما وافقت اللجنة الوزارية المكلفة بالحريات العامة وحقوق الإنسان و القانون الدولي الإنساني، برئاسة الوزير الأول على توصية من اللجنة التقنية بالمصادقة عليه. وقبل ذلك، يمكن القول أنه من مؤشرات الرغبة في رفع بعض التحفظات عن الاتفاقية وبالتالي الانخراط الايجابي في بروتوكولها، نجد تبني مدونة الأسرة سنة 2004⁵ كخطوة ايجابية وفعالة في اتجاه تفعيل جوانب أساسية من الاتفاقية و البروتوكول الملحق بها، ومنها أساسا، تأمين المساواة بين النساء و الرجال في الواقع العملي ومكافحة مظاهر التمييز ضد النساء مثل الإكراه على الزواج و العنف و صعوبات التمدرس و الاستفادة من الخدمات الطبية و صعوبة و لوج الحياة العملية و الاستفادة من حق الشغل⁶.

1 في هذا الصدد، نجد ان تونس كانت هي الدولة العربية الوحيدة التي وقعت على الاتفاقية قبل دخولها حيز النفاذ. وتعد السويد اول دولة توقع على هذه الاتفاقية وذلك في 2 يوليوز 1980. وتوقع فيما بعد 20 دولة اخرى بمجرد دخول الاتفاقية حيز النفاذ. مع العلم انه في حدود ماي 2009 انضمت الى الاتفاقية 186 دولة.

2 الجريدة الرسمية العدد 4866، والصادر بتاريخ 18 يناير 2001 بمقتضى الظهير الشريف الصادر في 26 دجنبر 2000.

3 حيث نجد أن من بين أهم التصريحات في هذا الشأن، تأكيد حكومة المغرب على استعدادها لتطبيق مقتضيات وأحكام المادة الثانية من الاتفاقية (و التي من بين ما تؤكد عليه: إدماج مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة في الدساتير والتشريعات الوطنية، فرض حماية قانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل، ضمان الحماية الفعالة للمرأة، اتخاذ جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لتغيير أو إبطال القائم من القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزا ضد المرأة....) وذلك كله شريطة عدم مساس هذه المادة بمتطلبات المتن الدستوري التي تنظم قواعد وراثه عرش المملكة، وعدم التعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية. أما بخصوص الفقرة الرابعة من المادة 15 و التي تنص على أنه "تمنح الدولة الأطراف، الرجل و المرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالتشريع المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكنهم وإقامتهم" فقد أصرت التصريحات على الإعلان المباشر بكون المغرب لا يستطيع الالتزام بأحكام هذه الفقرة الا بالقدر الذي لا يتعارض فيه مع مقتضيات المادتين 34 و 36 من مدونة الأحوال الشخصية المعمول بها انداك.

4 فيما يخص التحفظات المتعلقة باتفاقية سيداو، فإن المغرب أبدى تحفظه بشأن الفقرة الثانية من المادة 9 من هذه الاتفاقية التي تنص على أنه "تمنح الدول الأطراف المرأة حقا مساويا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالهما" وذلك بالنظر أساسا إلى كون قانون الجنسية المغربي لا يسمح للطفل بحمل جنسية أمه الا اذا كانت ولادته من أب مجهول، كما تحفظ من جهة أخرى على مقتضيات المادة 16 وخاصة الجانب الذي ينص منها على أنه "تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل و المرأة (أ) - نفس الحق في عقد الزواج. (ب) نفس الحق في حرية اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج الا برضاها الحر الكامل (ج) نفس الحقوق و المسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه". وقد تم هذا التحفظ فيما يخص هذه المقتضيات لكون ذلك يتنافى مع بعض مبادئ الشريعة الإسلامية.

5 بمقتضى الظهير الشريف ل 3 فبراير 2004، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 5358 المؤرخ بتاريخ 6 أكتوبر 2005.

6 مصطفى الناولي " دليل التربية على حقوق الإنسان " مجلة الشعلة عدد مزدوج 10/9. ماي 2005. ص 26.

و لتأتي فيما بعد الخطوة الحاسمة و المتمثلة في إعلان الملك محمد السادس في رسالة موجهة للمجلس الاستشاري لحقوق الإنسان¹ عن "سحب المملكة المغربية للتحفظات المسجلة بشأن الاتفاقية الدولية لقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، التي أصبحت متجاوزة بفعل التشريعات المتقدمة التي أقرتها بلادنا".

وهكذا، أقدمت الحكومة المغربية في 8 أبريل 2011 على توجيه رسالة إلى الأمين العام للأمم المتحدة تعلمه فيها أنها قد رفعت تحفظات المغرب التي قيد بها مصادقته على اتفاقية "سيداو"². وبذلك يمكن القول بأن آخر التحفظات على هذا الاتفاقية قد تم رفعها من طرف المغرب خلال شهر أبريل 2011.

أما بخصوص البروتوكول الاختياري الملحق بهذه الاتفاقية ورغم حرص المغرب على إبداء الرغبة الصريحة في المصادقة عليه منذ سنة 2006، فإنه لم تكتب بداية هذه المصادقة إلا بعد إجازتها من طرف المجلس الوزاري المنعقد ببراكش في 12 نونبر 2012. ول يتم بعد ذلك الشروع في مناقشة مشروع القانون رقم 12.125 المتعلق بانضمام المغرب للبروتوكول الاختياري لاتفاقية "سيداو"، بغية المصادقة عليه. هذه الأخيرة التي تمت في مرحلة أولى يوم 30 يونيو 2015، عبر مصادقة لجنة الخارجية و الدفاع الوطني و الشؤون الإسلامية، و ليتم تتويج ذلك في مرحلة ثانية وحاسمة عبر التصويت و بالإجماع على مشروع القانون رقم 12.125 من طرف مجلس النواب، بتاريخ 7 يوليوز 2015.

ثالثا: المصادقة على البروتوكول الاختياري الملحق بـ "سيداو": الرهانات :

بالمصادقة على مشروع القانون رقم 12.125 المتعلق بانضمام المغرب للبروتوكول الاختياري لاتفاقية "سيداو" تكون بلادنا قد خطت خطوات جبارة في مسارات بناء دولة الحق، و التمكين من أسس توطيد صرح الحكامة الجيدة، وتوفير سبل المواطنة الكريمة وتحقيق أسباب العدالة الاجتماعية. ان كل ذلك يجسد بما لا يدع مجالا للشك مؤشرا من المؤشرات القوية لحرص المغرب الأكيد على تعزيز "الأساس المتين للنموذج الديمقراطي التنموي المغربي المتميز" و الذي تقوم أركانه على جملة من المحاور الأساسية، و التي حرص دستور 2011 على تناولها، ومنها على وجه الخصوص " دسترة كافة حقوق الإنسان كما هو متعارف عليها عالميا"، بكل آليات حمايتها وضمان ممارستها. وهو ما سيجعل من الدستور المغربي، دستورا لحقوق الإنسان، وميثاقا لحقوق وواجبات المواطنة. وفي هذا الصدد تمت دسترة سمو المواثيق الدولية كما صادق عليها المغرب على التشريعات الوطنية ومساواة الرجل و المرأة في الحقوق المدنية، وذلك في نطاق احترام أحكام الدستور وقوانين المملكة المستمدة من الدين الإسلامي، وكذا تكريس المساواة بينهما

1 بمناسبة الذكرى 60 للإعلان العالمي لحقوق الإنسان بتاريخ 10 دجنبر 2008.

2 في هذا الصدد، نجد أن الكتابة العامة لهيئة الامم المتحدة نشرت في الصفحة 43 من نشرتها الشهرية (أبريل 2011) من النص الفرنسي خبر رفع التحفظات من طرف المغرب بخصوص "سيداو" مع التأكيد على الإبقاء على التصريحات الخاصة بالمادة 2 و الفقرة الرابعة من المادة 15 وكذا الفقرة الأولى من المادة 29 و التي تنص على أنه "يعرض للتحكيم أي خلاف بين دولتين أو أكثر من الدول الاطراف حول تفسير او تطبيق هذه الاتفاقية لا يسوى عن طريق المفاوضات، وذلك بناء على طلب واحدة من هذه الدول. فاذا لم يتمكن الاطراف خلال ستة أشهر من تاريخ طلب التحكيم، من الوصول الى اتفاق على تنظيم أمر التحكيم جازلائي من أولئك الاطراف احالة النزاع الى محكمة العدل الدولية بطلب يقدم وفقا للنظام الأساسي للمحكمة"

وفي كافة الحقوق السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و البيئية، وإحداث آلية للنهوض بالمنصفة بين الرجل و المرأة¹.

إن ما سبق يمكن الوقوف عليه من خلال جملة من الأسس التي تناولها دستور 2011، في الديباجة أو في المتن ومنها:

- إرساء دعائم مجتمع متضامن، يتمتع فيه الجميع بالأمن و الحرية و الكرامة و المساواة و تكافؤ الفرص، و العدالة الاجتماعية و ومقومات العيش الكريم، في نطاق التلازم بين حقوق وواجبات المواطنة (الديباجة).
- تميز الهوية المغربية بتبوء الدين الإسلامي مكانة الصدارة فيها (الديباجة).
- تعهد المغرب بالتزام ما تقتضيه مواثيق المنظمات الدولية من مبادئ وحقوق وواجبات و التأكيد على تشبته بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها علميا (الديباجة).
- استناد الأمة المغربية في حياتها العامة على ثوابت جامعة ومنها الدين الإسلامي (الفصل 1).
- الإسلام دين الدولة (الفصل 3).
- توفير السلطات العمومية للظروف التي تمكن من تعميم الطابع الفعلي لحرية المواطنين و المواطنين، و المساواة بينهم، و من مشاركتهم في الحياة السياسية و الاقتصادية و الثقافية و الاجتماعية (الفصل 6).
- تمتع الرجل و المرأة على قدم المساواة، بالحقوق و الحريات المدنية و السياسية و الاقتصادية و البيئية الواردة في الباب الثاني من الدستور المتعلق بالحريات و الحقوق الأساسية، و في مقتضياته الأخرى وكذا في الاتفاقيات و المواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، و كل ذلك في نطاق أحكام الدستور و ثوابت المملكة و قوانينها (الفصل 19).
- سعي الدولة الى تحقيق مبدأ المنصفة بين الرجال و النساء (الفصل 19).
- ضرورة احداث الهيئة المكلفة بالمنصفة و محاربة جميع أشكال التمييز (الفصل 164).

1 مقتطف من نص خطاب الملك محمد السادس ل 17 يونيو 2011.

إن مختلف هذه الأسس وغيرها و المتسمة بالنفحة الدستورية و المؤكدة على أهمية مناهضة كل أشكال التمييز ضد المرأة و تحويلها الحقوق الضرورية لكيوننتها، حاولت أن تستمد قوتها من مجموعة من المواثيق و الاتفاقيات الدولية المهمة بضمنان مبدأ المساواة كمبدأ حكامي يوطر العلاقة الإنسانية الرابطة بين الرجل و المرأة، ومن أبرزها اتفاقية سيداو التي حددت في مادتها الأولى معنى " التمييز ضد المرأة " ¹، و لتحت في مادتها الثانية (الفقرة الأولى) ² على ضرورة إدماج مبدأ المساواة في الدساتير و التشريعات الوطنية للدول الاطراف في الاتفاقية. وهو ما حاول المغرب أن يعززه في محطات مختلفة مدونة الأسرة (2004) قانون الجنسية الجديد (2007)، دستور 2011، مشروع القانون رقم 79.14 المتعلق بهيئة المناصفة و مكافحة كل أشكال التمييز (2015)، المصادقة على البروتوكول الاختياري الملحق بسيداو (2015). هذه المحطة الأخيرة طرحت ومازالت تطرح جملة من الملاحظات الكفيلة حين معالجتها، الوقوف عند جملة أخرى من الرهانات الواجب التفكير فيها لضمان المزيد من المأسسة لمبدأ المساواة وجعله بمثابة الحصن الحصين لإرساء دولة الحق. ومن بين هذه الملاحظات ذات الطابع المتماهي مع مسألة الرهانات يمكن ذكر مايلي :

- منح البروتوكول للدولة الطرف كل الضمانات لتقوية الخيارات الديمقراطية لمسألة حقوق المرأة، ومنها الحق في المساواة وحظر كل أشكال التمييز ضد المرأة فالمادة الرابعة (الفقرة الأولى) من البروتوكول تنص على انه " لاتنظر اللجنة (لجنة سيداو) في التبليغ، إلا اذا تحققت من ان جميع الاجراءات المحلية المتوفرة استنفذت، وما لم يتم إطالة أمد تطبيق هذه الإجراءات العلاجية بصورة غير معقولة أو عندما يكون من غير المحتمل أن تحقق إنصافا فعالا". ومن ثم يتأكد أنه عبر تنصيب البروتوكول على أن اللجوء إلى اللجنة الأومية للقضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة، لا يتم إلا بعد استنفاد كافة الآليات المتوسل بها على الصعيد الوطني من اجل رفع هذا التمييز، يكون قد منح الدول الإمكانات الحقيقية لتطوير وتعزيز المؤسسات الوطنية المهمة بالمسألة الحقوقية ذات الصلة بالمرأة، بدعائم الحق و القانون و بآليات المتابعة و المساءلة و المحاسبة مما يشكل تمكينا ناجعا لها للقيام بأدوارها كاملة في إقرار الحقوق و الحريات الأساسية لها ومناهضة كل ما من شأنه أن يكون تمييزا ضدها، و بالتالي جعلها غير مضطرة للجوء إلى اللجنة الأومية من اجل المطالبة برفع التمييز ضدها.

- التفكير الملمى و العميق بضرورة إيجاد الإجراءات التطبيقية الملائمة و المواثية، المرتبطة بالانضمام إلى بروتوكول يوسع من الفرص الحقيقية لحقوق المرأة ويضيق من كل أشكال التمييز ضدها. ومن أبرز هذه الإجراءات التي ينبغي التعجيل لها نجد التنفيذ الآن و الفعال بمختلف أشكال المأسسة القانونية لمبدأ المساواة، من خلال الحرص

1 حيث تنص المادة الأولى من اتفاقية سيداو على أنه (لإغراض هذه الاتفاقية يعني مصطلح " التمييز ضد المرأة" أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس، ويكون من آثاره أو أغراضه توهين أو إجباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان و الحريات الأساسية في الميادين السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و المدنية أو أي ميدان آخر أو توهين أو حباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها بصرف النظر عن حالتها الزوجية وعلى أساس المساواة بينها وبين الرجل).

2 مما جاء في المادة الثانية من اتفاقية سيداو (تشجب الدول الأطراف جميع اشكال اشكال التمييز ضد المرأة، وتتفق على أن تنتهج بكل الوسائل المناسبة ودون ابطاء سياسة تستهدف القضاء على التمييز ضد المرأة، وتحقيقا لذلك تتعهد بالقيام بمايلي: أ- ادماج مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الاخرى، اذا لم يكن هذا المبدأ قد أدمج فيها حتى الآن، وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال التشريع وغيره من الوسائل المناسبة).

على إصلاح مختلف النصوص و القوانين المؤطرة له، كل ذلك في إطار تمثين بنين صرح المشروع المجتمعي الديمقراطي وإرساء أسس دولة الحق و القانون.

● أهمية رفع تحدى تعميق الفهم، فيما يخص الإمكانيات المتاحة للاستفادة من قوة المقتضيات المنصوص عليها في البروتوكول، من خلال التشجيع على تبني مقاربة متدرجة في تناول مسألة الحقوق المخولة للمرأة، وفي الدفاع عنها، وبلورة الآليات الكفيلة بتسويرها ضد أي إخلال أو انتهاك، ولن يتأتى كل ذلك إلا بالقيام وبشكل مستمر بتأطير النساء و الفاعلين وجعلهم يؤمنون أشد الإيمان بقوة ونبيل "قضية المرأة" وجعلها محور الصيرورة التنموية برمتها. في هذا الصدد، وفي إطار المقاربة المتدرجة الأنفة الذكر، يمكن القول أن اللجوء إلى الآليات الوطنية في التبليغ كمرحلة أولى وقبل التحول نحو الآليات ذات البعد الدولي يعتبر مسألة من الأهمية بمكانة، خاصة اذا علمنا أن المغرب أضحى يمتلك آليات مؤسساتية لمتابعة التزام السلطات العمومية باحترام ممارسة الحريات الفردية و الجماعية ومبادئ حقوق الإنسان ومن بينها المجلس الوطني لحقوق الإنسان¹.

● المكانة الرائدة التي أضحت تحتلها الحركة الحقوقية و النسائية بالمغرب في تحقيق المطالب و المكتسبات ذات الأهمية القصوى على مستوى قضايا المرأة، ومنها ما يرتبط بإقرار مبدأ المساواة وحظر كل أشكال التمييز ضدها. فالصادقة على البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية "سيداو" يعتبر تنويجا رفيعا للمبادرات التي ما فتئت تقوم بها الفعاليات النسائية و الهيآت المناصرة لقضايا المرأة و التي خاضت معارك حامية الوطيس منذ سنة 1993 (تاريخ الانضمام إلى اتفاقية سيداو). ولتتمكن و عبر مسارات متعددة ومراحل مختلفة من بلوغ إحدى مراميها النضالية المرتبطة بالصادقة على البروتوكول الاختياري من طرف الدولة المغربية في إطار قراراتها السيادية المنسجمة في روحها ومضمونها مع التزاماتها الدولية و المعلن بشكل صريح على ضرورة الوفاء بها ضمن مقتضيات المتن الدستوري لسنة 2011.

● ضرورة تكثيف الجهود للتمكين من آليات مؤسساتية وقانونية كفيلة بإتاحة الفرص الملائمة لاعتماد إجراءات موازية خاصة بضمن التنزيل السليم لخطوة المصادقة بما يتواءم مع مقتضيات الدستور المغربي ولاسيما تلك المتعلقة منها ببعض الفصول من هذا الدستور كالفصل 32 الذي يعتبر أن "الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع. تعمل الدولة على ضمان الحماية الحقوقية و الاجتماعية و الاقتصادية للأسرة، بمقتضى القانون بما يضمن وحدتها و استقرارها و المحافظة عليها"، وكذا بما يجعل الاتفاقيات الأولية - كما تنص على ذلك الفقرة ما قبل الأخيرة من ديباجة دستور 2011 - " كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة تسمو، فور نشرها، على التشريعات الوطنية، و العمل على ملائمة هذه التشريعات، مع ما تتطلبه تلك المصادقة". إن مساءلة المواثيق تفرض بالتالي القيام بمجموعة من الخطوات ومنها على وجه الخصوص، إحداث جهاز قضائي مختص ومؤهل لتطبيق الالتزامات الدولية ذات الصلة، سواء باتفاقية "سيداو" أو بروتوكولها الاختياري الملحق بها، كل ذلك لن يؤتي أكله إلا بمنح هذا الجهاز كافة الآليات المادية و المعنوية الكفيلة بتسهيل مهامه وتبسيط الإجراءات المرتبطة بها. كما ينبغي

1 ينص الفصل 161 من الدستور المغربي على أن " المجلس الوطني لحقوق الإنسان مؤسسة وطنية تعددية ومستقلة، تتولى النظر في جميع القضايا المتعلقة بالدفاع عن حقوق الإنسان و الحريات و حمايتها، وبضمن ممارستها الكاملة و النهوض بها وبصيانة كرامة و حقوق و حريات المواطنين و المواطنين، أفرادا و جماعات، وذلك في نطاق الحرص التام على احترام المرجعيات الوطنية و الكونية في هذا المجال".

من جهة أخرى التمكين من إواليات التوعية و التحسيس ومواصلة النضال "التواصلي" من طرف مختلف فعاليات المجتمع المدني، خاصة منها تلك المهتمة بالمسألة النسائية.

خاتمة :

إن المصادقة على البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية "سيداو" من طرف المغرب شكلت بحق خطوة حاسمة ضمن خطوات المسارات الإصلاحية التي ما فتئ "المغرب الصاعد" يرفع التحدي لبلوغ مراميها وتحقيق أهدافها، ومنها المسارات المرتبطة بالخيار الديمقراطي الذي يتوخى - كما يؤسس لذلك الدستور الحالي - "بناء دولة ديمقراطية يسودها الحق والقانون"، دولة تسعى بالأساس إلى مواصلة "مسيرة توطيد وتقوية مؤسسات دولة حديثة، مرتكزاتها المشاركة و التعددية و الحكامة الجيدة، وإرساء دعائم مجتمع متضامن، يتمتع فيه الجميع بالأمن و الحرية و الكرامة و المساواة، وتكافؤ الفرص و العدالة الاجتماعية ومقومات العيش الكريم في نطاق التلازم بين حقوق وواجبات المواطن". كل ذلك، يعتبر من المؤشرات الواضحة على مدى حرص بلادنا على عزمها الأكيد في استكمال مسار انخراطها الايجابي و الفعال في المنظومة الكونية لحقوق الانسان، وكذا رغبتها الملحة في تكريس إحدى أهم مبادئ الحكامة الجيدة وهو مبدأ المساواة و القطع مع كل ما من شأنه أن يرسخ سلوكيات وممارسات تهين أو تنتهك حقوق الأفراد و الجماعات وعلى رأسها حقوق النساء، و التي أتاح البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية سيداو" الفرص الحقيقية لحمايتها وتوفير الضمانات الأكيدة لإرساء منظومة متكاملة من الإجراءات الكفيلة بالدفاع عنها وإيقاف نزيف كل انتهاك ينقص من القيم السامية التي تركز عليها كحقوق إنسانية.

تقدير القاضي لتعويض الضرر الطبي وموقفه من تقارير الخبراء الأطباء



إعداد الأستاذ: بوعبد الله مسعود

ماجستير في القانون فرع قانون وصحة

جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس الجزائر

باحث في صف الدكتوراه في نفس التخصص بذات الجامعة

مقدمة :

لمهنة الطب أهمية كبيرة تستدعي الاهتمام الضروري من قبل القائم المفوض قانونا بها، فالقضاء مهما بلغ به الأمر من الاهتمام بتقصي سبل الوصول إلى الحل الأصوب للنزاعات الطبية المعروضة أمامه، إلا أنه يبقى في الكثير من الأحيان قاصر عن الوصول إلى التقدير العادل للتعويض المترتب عن الضرر الطبي. و نظراً للطبيعة الخاصة لبعض الأضرار الطبية فإن المشرع أشار على القاضي بإمكانية لجوئه إلى المساعدة من أهل الخبرة في المجال الطبي من أجل الوصول إلى التقدير الأصوب للتعويض. من هنا تُثار الإشكالية التالية: إلى أي مدى يمكن القول بأن للقاضي مطلق الحرية في تقدير التعويض عن الأضرار الطبية بشتى أنواعها؟ وما موقفه من التقارير الصادرة عن الخبراء الأطباء الذين أوكلت لهم مهمة تقدير تعويض بعض الأضرار المترتبة عن الأخطاء الطبية؟

ذلك ما سيُعالج في هذه المقالة التي سيتم تقسيمها إلى ثلاثة مطالب، خُصص الأول منها إلى بيان كيفية تقدير القاضي لتعويض ضرر الخطأ الطبي العادي، و في المطلب الثاني سوف تتم الإشارة إلى كيفية تقدير القاضي لتعويض ضرر الخطأ الطبي الفني، و في المطلب الثالث يتم التركيز على تقدير الخبير لتعويض الضرر الطبي و موقف القاضي منه، و ذلك كما يلي :

المطلب الأول: تقدير القاضي لتعويض ضرر الخطأ الطبي العادي (الإنساني):

تتضمن الممارسة الطبية - إلى جانب كونها علم أو خبرة تقنية ممارسة من الأطباء - جانب مهم من المتطلبات الإنسانية الراجعة إلى ورود هذه الممارسة على جسم آدمي هو الإنسان⁽¹⁾.

لذلك فإن أخلاقيات المهنة الطبية تستدعي بروز هذه الإنسانية في العمل الطبي⁽²⁾، باعتبار أن الطبيب إنما هو وسيط في المحافظة على الصحة العامة من جهة، و ضمانا من جهة ثانية لممارسة مهنة الطب في حرية تامة من جهة ثانية و حفاظا على حرمة الجسد البشري من جهة ثالثة⁽³⁾.

و منه فإن التزامات الطبيب المرتبطة بالإنسانية⁽⁴⁾ قد تترتب عنها أخطاء طبية مسببة لأضرار تستدعي التعويض عنها، فما هو دور القاضي عند تقديره لها؟ ذلك ما سيعالج في هذا المطلب الذي قُسم إلى فرعين، في أولهما سوف يُحدد معنى الضرر المترتب عن الخطأ الطبي العادي (الإنساني) و في ثاني فرع يتم إبراز استقلال القاضي بتقدير تعويض هذا النوع من الأضرار.

الفرع الأول: تحديد معنى الضرر المترتب عن الخطأ الطبي العادي (الإنساني):

إن الضرر المترتب عن الخطأ الطبي الإنساني هو ذلك المترتب على مخالفة الطبيب لما أوجبه عليه احترام البعد الإنساني أثناء عمله الطبي⁽⁵⁾، وتتنوع صور هذه المخالفات والأخطاء، حيث تُستمد من طبيعة العلاقة الطبية أو من أصول الوظيفة الطبية بذاتها⁽⁶⁾، فهي تلك الأضرار المترتبة عن الأخطاء المرتكبة من الأطباء أثناء مزاوله مهنتهم

¹ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2006، ص 139.

هديلي أحمد، (استقلال القاضي في تقدير الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية)، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تصدر عن كلية الحقوق سيدي بلعباس الجزائر، عدد 3 - 2007، ص 239.

³ أنظر د. بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القانون الطبي الجزائري والفتاوى المعاصرة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007، ص 02 وما بعدها.

« la dignité du patient est une valeur qui s'impose au médecin » voir Dr Abdelhafid ossoukine. L'ABCdaire de droit de la santé et de déontologie médicale. O.P.U. Régional d'oran 2006.p121.

⁴ أنظر المادة 7 من المرسوم التنفيذي 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، تقابلها المادة 14 من لائحة آداب مهنة الطب في مصر التي تنص: " على الطبيب أن يبذل كل ما في وسعه نحو مرضاه وأن يعمل على تخفيف الألم وأن تكون معاملته لهم مشبعة بالعطف والحنان، أن يسوى بينهم في الرعاية ولا يميز بينهم .."

كما أن المادة الثانية من قانون أخلاقيات المهنة في فرنسا التي تنص:

« le médecin au service de l'individu et de la santé publique exerce sa mission dans le respect de la vie humaine et de sa dignité.

Le respect de la personne ne cesse de s'imposer après la mort »

Voir le Code de déontologie Médical. Décret 95 - 1000 du 6 septembre 1995

Gilles Divers .pratique de la responsabilité médicale . Editions ESKA. paris 2000 p 249.

⁵ أنظر علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، لبنان ط 2006 ص 144.

⁶ هديلي أحمد، استقلال القاضي في تقدير الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية. مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والإدارية، تصدر عن كلية الحقوق جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، عدد 03 سنة 2007، ص 240.

ولكنه لا يتصل بها، لذلك فهي أعمال غير مشروعة أو غير مباحة، وهناك من أطلق على هذه الأخطاء "الخطأ المادي، والخطأ الواضح"⁽¹⁾.

فمن هذه الالتزامات الطبية المرتبطة بالإنسانية الطبية، هناك ما هو مرتبط بالعلاقة الطبية كالاتزام بإعلام المريض والحصول على رضاه المستنير، فرضا المريض ضرورة واجبه⁽²⁾، مهما كانت العلاقة بين الطبيب والمريض، وقبل استئناف أي تدخل علاجي، ويقع على عاتق المريض عبء إثبات عدم أخذ رضاه⁽³⁾ باعتبار أن كل مساس بجسم الإنسان دون مبرر يعتبر محظور إلا إذا كانت هناك موافقة من الواقع عليه التدخل⁽⁴⁾، من ذلك ما نصت عليه المادة 162 من قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الجزائري المعدل والمتمم⁵. والمادة 44 من قانون 92-276 المعدل⁶ والتي أقرت بعدم انتزاع الأعضاء والأنسجة من الأشخاص الأحياء إلا إذا لم يكن في ذلك خطر على حياته و بموافقة كتابية من المتبرع⁽⁷⁾.

وهناك من الالتزامات الطبية المرتبطة بالإنسانية ما هو مرتبط بالوظيفة الطبية كالاتزام بالعناية والعلاج الذي يلزم الطبيب بإنجاز عمله وفق ما تتطلبه المهنة وتستدعيه حالة المريض، كإتمام عملية الفحص والتشخيص ووصف الدواء و المراقبة و التوجيه. فرفض الطبيب علاج المريض هو فعل سلبي أو امتناع يجعله مخالف لمسلك الطبيب اليقظ يستوجب المساءلة عن كل ضرر جرأ ذلك ويمكن أن يشكل ذلك جريمة معاقب عليها جزائيا⁽⁸⁾.

وبدخل تحت الالتزامات الإنسانية المرتبطة بالوظيفة كذلك الالتزام بالمحافظة على السلامة الجسدية للمريض، فإتيان الطبيب لأي عمل لا تبرره غاية علاجية يعد إخلالاً منه بالالتزام تفرضه عليه وظيفته، فيكون عمل الطبيب مشروع إذا قصد به علاج المريض⁽⁹⁾، سواء كان ذلك في إطار عقد أو بدونه، فقد أبلحت التشريعات الحديثة

¹ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ط 2007. ص 27.

² M..M. Hannouz et A.R Hakem. Précis de droit médical. Réimpression OPU. Alger 1993 p 39. « Le consentement est l'élément de base de contrat »

أنظر المواد 59 و 60 من القانون المدني الجزائري حسب آخر تعديل له سنة 2007.

³ قرار محكمة النقض الفرنسية في 25-06-1997 المعروف بقرار Hedreul أشار إليه، هديلي أحمد، المرجع السابق ص 242.

⁴ هديلي أحمد. نفس المرجع والصفحة السابقتين.

⁵ قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الجزائري الجريدة الرسمية رقم 08 لسنة 22 مؤرخة في 17 فبراير 1985 المعدل بموجب القانونين 90-17 المؤرخ في 17 يوليو 1990 ج.ر. رقم 35 لسنة 1990 والقانون 98-09 المؤرخ في 19 غشت 1998.

⁶ المرسوم التنفيذي 92-276 المؤرخ في 16 فبراير 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري. الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 29 مؤرخة في 08 جويلية 1992 المعدل والمتمم.

⁷ أنظر المواد 162 من قانون 85.05 المعدل والمتمم السابق الذكر. والمادة 44 من قانون 92.276 السابق الذكر.

¹ علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، لبنان ط 2006. ص 151. أنظر كذلك هديلي أحمد مرجع سابق، ص 244. راجع المواد 239 245

246 من قانون 85.05 السابق الذكر. أنظر كذلك في هذا الصدد، السيد عبد الوهاب عرفة. الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية أمام كلية الحقوق جامعة الإسكندرية مصر ط 2006. ص 74.

⁹ شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ط 2003. ص 88.

عمليات التجميل الهادفة إلى إزالة تشويهه بالجسم، كما قرر الشرع بأن إزالة الزوائد التي يولد بها الإنسان بالقطع من أجل التجميل لا توجب المسؤولية الطبية إلا إذا كان ذلك دون رضا صاحبها⁽¹⁾.

خلافًا لعمليات تغيير الجنس و التجارب الطبية و الوقف الإرادي للحمل التي يثور الإشكال في انعدام الغاية العلاجية منها⁽²⁾.

الفرع الثاني: استقلال القاضي بتقدير تعويض ضرر الخطأ الطبي العادي (الإنساني):

إذا كانت الأضرار المترتبة عن الأخطاء الطبية الفنية لا تقدر من قبل القاضي و لا تستخلص إلا بالاستعانة بالخبراء الطبيين كما سيتم التطرق إلى ذلك فيما بعد فإن الأضرار المترتبة عن الأخطاء الإنسانية⁽³⁾ إنما يستقل القاضي بتقديرها و منه يقدر التعويض عنها حتى في حالة انعدام الضرر أحياناً⁽⁴⁾.

فلا حاجة للخبرة من أجل البحث عن المعيار الإنساني المدعى مخالفته من قبل الطبيب فالقاضي هو من يقدر التعويض و يقرر مدى حدوث عدم الالتزام أم لا و هذا أمر يستوجب ضرورة إلمام القاضي بكل القواعد القانونية المحددة لواجبات الطبيب⁽⁵⁾، سواء منها الواردة في التشريع الطبي أم في القانون المدني أو قانون العقوبات، فلا يجوز للقاضي أو المحكمة سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الأطراف الاستعانة بخبير للمساعدة في إيضاح مسائل قانونية، فهذا مما يعد إخلالاً يُعَرِّضُ حكمه للبطلان، إذ الأمر في هذا الصدد لا يتعلق بالمسائل الفنية التي تحتاج إلى علم أو فن لا يملكه القاضي⁽⁶⁾.

فبإمكان القاضي استخلاص و تقدير مدى تخلف التزام الطبيب بإعلام المريض كالتزام يفرضه واجب الطبيب مراعاة الإنسانية الطبية أثناء تأديته لمهمته الطبية في جميع مراحلها المختلفة.

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه فيما عدا حالة الاستعجال أو رفض المريض للإعلام فإن الطبيب يكون ملزم بتقديم معلومات واضحة عن مخاطر العلاج المقترح ولا يعفى من ذلك ادعائه باستثنائية هذه المخاطر⁽⁷⁾.

¹ رايس محمد، (المسؤولية المدنية للأطباء في عمليات جراحة التجميل)، مقال منشور بمجلة المحاماة، دورية تصدر عن منظمة المحامين سيدي بلعباس الجزائر السنة 3 عدد 4 نوفمبر 2005، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر ص 7.

² تنص المادة 3/168 من قانون 90-17 المعدل والمتمم لقانون 85-05: "تخضع التجارب التي لا يجرى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 1/168 أعلاه".

³ Abdelhafid ossoukine.op.cit.p 173.

⁴ استئناف باريس في 20 فبراير 1992، أقرت فيه المحكمة بتعويض المريض عن الضرر الأدبي الناتج عن الإخلال بالواجبات الإنسانية، أشار إليه علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 144.

⁵ هديلي أحمد، مرجع سابق، ص 247.

⁶ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 143.

⁷ قرار محكمة النقض الفرنسية في 07-10-1998.

وأكد ذلك مجلس الدولة الفرنسي في 05 يناير 2000 الذي أقر بأن تحقق المخاطر بصفة استثنائية لا يعفي الأطباء من التزامهم⁽¹⁾، و في جميع الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية والتي ترتب أضرار، فإن القاضي يستقل ودون استعانة بأي خبير أو مساعد بتقديرها أو تقدير التعويض عن أضرارها وله سلطة في ذلك معتمداً على الوقائع التي أمامه، كما يمكنه الاستعانة بالقرائن القضائية. فإذا كان على الطبيب اتخاذ احتياطات معينة عند قيامه بالعملية الجراحية، وترك الجرح عرضة للتلوث كان للقاضي اعتبار ذلك قرينة على إهمال الطبيب.⁽²⁾

المطلب الثاني : تقدير القاضي لتعويض ضرر الخطأ الطبي الفني (المهني) :

إذا كانت الأخطاء الطبية المرتبطة بالإنسانية الطبية- كما سبق الإشارة- تستخلص من الالتزامات والواجبات الهادفة إلى احترام شخصية المريض وإنسانيته فإن الأخطاء الفنية الناتجة عن الأطباء والمسببة لضرر يستدعي التعويض عنه، إنما تُستخلص من الالتزامات التي تفرضها المهنة الطبية⁽³⁾.

و سوف يتم التطرق إلى هذا النوع الأخير من خلال تعريفه في الفرع الأول وبيان ما يستوجب من القاضي عند تقديره التعويض عن أضرارها في الفرع الثاني وإجلاء مدى استعانه القاضي بالخبرة عند التقدير في الفرع الثالث كما يلي :

الفرع الأول : تعريف الخطأ الطبي الفني (المهني) :

يقصد بالخطأ الفني (المهني) في المجال الطبي هو إخلال الطبيب أو مخالفته للواجبات الخاصة المفروضة عليه في إطار مهنته.⁽⁴⁾

ومنه فالطبيب الذي لا يخالف القواعد الفنية لا يعد مرتكباً لخطأ كونه تصرف تصرف النمط المرجعي le standard de référence⁽⁵⁾، ويرى البعض أن أغلبية الأخطاء الطبية هي من طبيعة فنية نظراً لاكتساحها كافة كافة مراحل العمل الطبي، مما يوحي بالصعوبة التي تنتاب عملية إثباتها⁽⁶⁾، وتقدير التعويض عن الأضرار الطبية

¹ تنص المادة 2/1111 من قانون 2002-303 الفرنسي ، فيما يخص الإعلام :

« tout personne a le droit d'être informée sur son état de santé ». Voir Jacques Moreau et Didier Truchet. Droit de la santé publique.6^{em} édition .DALLOZ 2004.p 211.

² السيد عبد الوهاب عرفة ، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، أمام كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، مصر، 2006 ، ص 75.

³ د. رمضان جمال كامل مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر 2005، ص 120 وما بعدها.

⁴ شريف الطباخ ، مرجع سابق ، ص.14 .

« la faut techniques est la faut constituée par les manquements données de la sciènes qualifiées tantôt de données acquises tantôt de données actuelles ». Abdelhafid ossoukine op.cit.p173.

⁵ بودالي محمد ، (القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية)مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والإدارية عدد3. 2007 الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس، الجزائر.ص.28 .

⁶ علي عصام غصن ، مرجع سابق ، ص.154 .

المرتبة عنها، فالطبيب أو جراح الأسنان مسئولون عن أي عمل مهني يقومون به وذلك ما نصت عليه المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.⁽¹⁾

ومن المعلوم أنه في نطاق العمل الفني، يجب الاعتداد في تقدير واجبات المهني وسلوكه عند حدوث الضرر بالمعيار المهني العادي، وهو الشخص الوسط من ذات الفئة التي ينتمي إليها الشخص المهني المسئول، ولذلك يتعين على القاضي أن يراعي مستوى صاحب المهنة عند تقدير خطئه، إذ لا يجوز للمهني مهما كان بعد أن تقيد بأصول مهنته في اختيار العمل أن يهمل في أدائه، فعليه أن يكون محتاطاً وحثراً.⁽²⁾

وقد ذهب البعض إلى اشتراط توافر الخطأ الجسيم من أجل مساءلة صاحب المهنة، إذ لا يكفي الخطأ العادي، وهناك أمثلة كثيرة عن خطأ الطبيب المهني أو الفني كخطأ في التشخيص، إذ على الطبيب أن يشخص المرض متسلحا بالمعلومات الضرورية على أساس من العلم والفن وأصول المهنة ولا يقوم بذلك بإهمال أو من منطلقات فارغة⁽³⁾.

كما أن بعض الأعمال يدخل في نطاق التخصص الفني الدقيق وبعضها لا يدخل في نطاقه ومن أمثلة ذلك قيام جراح متخصص بأمراض القلب بإجراء جراحة في القلب لأحد المرضى، فيقدر سلوكه بالنسبة لهذه الجراحة بمعيار الطبيب المتخصص.⁽⁴⁾

فقد ألقى القضاء أحيانا عبء الإثبات على الطبيب في تحديد الخطأ المهني كالأخطاء في الأشعة. فعلى الطبيب عند فحصه للمريض أن يحتاط قبل القيام بالعملية أو تقديم العلاج وذلك بإجراء الفحص الشعاعي أو التحليلات المرضية المطلوبة حسب حالة المريض، بل ألزمه القانون باستشارة أخصائي لدعم رأيه بل أكثر من ذلك له الحق في أن ينسحب، تنص المادة 1/69 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري: " يجب على الطبيب أو جراح الإنسان أن يقترح استشارة طبية مشتركة مع زميل آخر بمجرد ما تقتضي الحاجة ذلك، وعليه أن يقبل إجراء استشارة يطلبها المريض أو محيطه.....لكن عليه أن يراعي رغبات المريض وأن يقبل أي زميل مرخص له بالممارسة في سجل قائمة الأطباء ويتكفل بتنظيم الاستشارة الطبية"⁽⁵⁾.

ولتقدير التعويض عن الضرر المترتب عن الخطأ الطبي الفني يقوم القاضي باستخلاص هذا الخطأ من خلال المقارنة بين سلوك الطبيب المدعى عليه والسلوك الفني المؤلف للتحقق من مدى خروج الطبيب على السلوك المعتاد

¹ أنظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، تنص المادة 1/62 من دستور الجزائر لسنة 96 المعدل بالقانون 08-19 المؤرخ في 15-11-2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16-نوفمبر 2008: "على كل مواطن أن يؤدي بإخلاص واجباته تجاه المجموعة الوطنية". كما تنص المادة 33 من قانون 95-1000 الفرنسي:

« le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin en consacrant le temps nécessaires en s'aidant dans tout les mesures de possible des méthodes scientifique les mieux appropriées et s'ilya lieu de concours apories ». Gillees Devers. de la responsabilité médical. Editions ESKA. paris 2000.p253.

² منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ط 2008، ص، 287 وما بعدها.

³ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 22.

⁴ منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 289.

⁵ أنظر المواد 69، 70، 71، 72 من المرسوم التنفيذي 92-276 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب الجزائري.

الواجب الإتيان⁽¹⁾، إلا أنه ونظراً لطبيعة هذا النوع من الأخطاء الطبية فإنه يستلزم من القاضي الامتثال لاحتياجات معينة.

الفرع الثاني : ضرورة امتثال القاضي لمبدأ الحيطة والحذر عند تقديره تعويض ضرر الخطأ الطبي الفني.

يتميز الخطأ المهني كما أقر الكثير بالغموض لذلك وجب على القاضي أثناء تقديره التعويض عنه أن يكون في غاية الحيطة والحذر، فلا يُقر بوجوده إلا إذا أثبت ثبوتاً قاطعاً مخالفة الطبيب عن جهل أو تهاون للأصول العلمية الفنية الثابتة والقواعد العلمية الأساسية التي لا يحيط بها الشك والتي تكون مفروضة على كل طبيب من نفس مستواه العلمي معرفتها، وإذا كان الفعل أو المسألة الطبية المنسوبة إلى الطبيب تشكل أمراً محل خلاف أو لا يزال النقاش دائر بشأنها، فليس للقاضي أن يوقع بنفسه في هذا الجدل العلمي سواء بالترجيح أو المخالفة بينها أو اتخاذ موقف معين فيها، إنما يجب عليه اعتبار الطبيب غير مخطئ وغير مسؤول ويجب على القاضي هنا أن يثبت وبصورة مؤكدة وجلية أن الطبيب قد خالف الأصول العلمية المستقرة في علم الطب وقواعده الأساسية التي ليست مجالاً للجدل والخلاف.⁽²⁾

فهناك صعوبة حتى في التفرقة بين خطأ الطبيب الذي يأمر بنقل المريض إلى المستشفى في الوقت المناسب مثلاً، حيث أنه لا يسهل وصفه أنه خطأ عادي أو مهني، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها سنة 1954 أنه ليس من الضروري أن يكون خطأ الجراح جسيماً حتى يُسأل ولكن مسؤوليته تنعقد عند نسيانه - وقت تنفيذ التزامه - آلة معدنية أو قطعة من الشاش في جسم المريض وأن التزام الطبيب ببذل عناية يتطلب منه الحذر العادي⁽³⁾، بل ليس من استطاعة القاضي بسبب عدم علمه الكافي بالمسائل الطبية أن يتصدى مباشرة لمناقشة هذه المسائل ويقدر بنفسه الأخطاء الطبية في هذا المجال، فله في هذا المجال أن يلجأ إلى المختصين من أهل الخبرة في الطب.⁽⁴⁾

الفرع الثالث : ضرورة استعانه القاضي بأهل الخبرة عند تقدير ضرر الخطأ الطبي الفني :

لقد وردت بشأن الخبرة الطبية عدة تعاريف نظراً لضرورة القضاء إليها من أجل تنوير رأي القضاة في شأن الإثبات والتقدير للأخطاء الطبية وتعويض الأضرار المترتبة عنها، وسوف نقتصر على أهمها.

فالخبرة هي إحدى طرق الإثبات التي نص عليها القانون في كثير من دول العالم و أبلحها لطرفي الدعوى⁽⁵⁾، فقد نص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في القسم الثامن من الفصل الثاني منه الخاص بإجراءات التحقيق، حيث نصت المادة 125 " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي"⁽⁶⁾.

¹ علي عصام غصن ، مرجع سابق، ص154 .

² المسؤولية الطبية ، عن موقع جورسبيديا الموسوعة الحرة : <http://arjurispadia.org> مارس 2010

³ وائل تيسير محمد عساف ، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ط 2006، ص 63 .

⁴ Voir Gillees Devers.op. cit.p.268

⁵ Yvonne Lambert. Faivre, Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation, 4^{em} édition DALLOZ 2000, p 92.

⁶ أنظر المواد من 125 إلى 145 من قانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

أما القانون الطبي الجزائري فقد عرفها في المادة 95 من مدونة أخلاقيات الطب حيث جاء فيها " تعد الخبرة الطبية عملاً يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان الذي يعينه قاضي أو سلطة أو هيئة أخرى مساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية ثم القيام عموماً بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية"⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقهاء أن الخبرة شهادة فنية، لأنها صورة من صور الشهادة وقال آخرون أنها تختلف عن وسائل الإثبات الأخرى من حيث احتوائها رأياً فنياً منطقياً يخضع لمطلق السلطة التقديرية للقاضي⁽²⁾، وهناك من قال بأنها وسيلة من وسائل الإثبات المباشرة، ونوع من أنواع المعاينة الفنية يقوم بها أشخاص لهم دراية بمعارف فنية خاصة لا تتوافر لدى القضاة، فقد تُعرض على القاضي قضايا طبية تحتاج إلى أمور فنية دقيقة في الطب أو غيره ولا يعقل إمام كل القضية بها، لذلك يلجأ إلى شخص فني هو الخبير l'expert الذي يساعده على حسم النزاع حسماً أقرب للعدالة، فمرفق العدالة لا يمكنه أن يحيا بدون الخبراء، لكنه يواجه أحياناً صعوبات في التعايش معهم⁽³⁾.

فالخبرة ضرورة لا غنى عنها في مجال القضايا الطبية باعتبار أن محلها الجسد البشري الذي يقع في أعلى مراتب الاهتمام⁽⁴⁾ كما أنها تساعد القضاء على وضوح الرؤيا حول الأمر المتنازع فيه بل أن تقرير الخبير - كما سنرى - يعتبر مستند رئيسي للأحكام القضائية الصادرة فيما بعد والمتعلقة بالقضية محل النزاع وهو كذلك وثيقة رسمية تلحق بالدعوى لدى المحاكم، فنظراً لاختلاط الأمور الفنية مع النواحي الطبية أحياناً، يجعل مهمة القاضي صعبة إزاء عملية تقدير التعويض المترتب عن الخطأ الطبي.

لذلك وفرّ عليه القانون إمكانية اللجوء إلى أهل الخبرة من الأطباء لإلقاء الضوء أكثر على سلوك الطبيب المدعى عليه في ما إذا كان يتفق وسلوك الطبيب الحريص في مهمته⁽⁵⁾.

وفي إطار الحصول على التعويض وفقاً للإجراءات غير القضائية أي عن طريق التسوية الودية على أساس التضامن الوطني والتي جاء بها قانون 04 مارس 2002 الفرنسي فقد اشترط في الخبرة التي تكون في هذا الإطار البعيد عن القضاء أن تكون وجاهية contradictoire أي بحضور جميع الأطراف وفي مواجعتهم ومجانبة gratuite

¹ أنظر المواد من 95 إلى 99 من المرسوم التنفيذي 92-276 السابق الإشارة إليه. أنظر كذلك المواد من 143 إلى 156 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري حسب آخر تعديل له بقانون 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

² منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض المملكة العربية السعودية، ط 2004، ص 124.

³ وذلك ما عبر عنه الفقيه الفرنسي CARATINT بقوله: « le service public de la justice ne peut vivre sans experts mais il éprouve aussi par foi des difficulté a vivre avec eux »

Voir les modalités de l'expertise médicale. Yvonne Lambert. Faivre. Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation. 4^{em} édition. DALLOZ 2000.p 90.

انظر في هذا الصدد كذلك مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسؤولية المدنية للخبير القضائي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري والكويتي في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2004 ص 04.

⁴ منصور عمر المعاينة، مرجع سابق، ص 124.

⁵ طارق صالح يوسف عزام، أثر الطب الشرعي في إثبات الحقوق والجرائم، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان الأردن 2009، ص 52.

بالنسبة للضحايا، أي مصاريفها تكون على عاتق الديوان الوطني للتعويضات وهذا ما يحفزهم على اختيار الطريق الودي على الطريق القضائي.

كما اشترط أن تكون جماعية *collégiale*، وقد أحاطها المشرع الفرنسي في القانون السابق الذكر بضمانات من أجل إنجازها في عدالة تامة، منها تحديد المهام الموكلة إليهم من طرف اللجنة الجهوية التي تقدم توصيات حول سلوكهم⁽¹⁾.

المطلب الثالث : كيفية تقدير الخبير لتعويض ضرر الخطأ الطبي الفني وموقف القاضي من ذلك.

إن تقدير الخطأ الطبي والتعويض عنه أمر موكول إلى القاضي ومن مهامه مهما كانت طبيعة هذا الخطأ، وإذا كانت مسألة تقدير الأخطاء الطبية المرتبطة بالإنسانية الطبية كما سبق الإشارة وتقدير التعويض عنها أمر يستقل به القاضي فإنه في الأخطاء الطبية الفنية المسببة لضرر فغالبا ما يلجأ القاضي و من أجل تقديرها وتقدير التعويض عنها إلى الاستعانة بخبير محلف من أهل المهنة و الاختصاص إما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد أطراف الخصومة⁽²⁾.

مما يجعل الخبير في موقف القائم بمهام صعبة ومتداخلة، منتهية بتقارير مساعدة للقضاء في عملية التقدير، ذلك ما سنشير إليه من خلال هذا المطلب، حيث ستتم معالجة المهام الملقاة على عاتق الخبراء الفنيين الطبيين في تقدير التعويض وهم يقومون بهذه العملية في الفرع الأول، ثم إجلاء مدى حرية القاضي وسلطته في الأخذ بتقرير الخبير أم لا في الفرع الثاني وذلك كما يلي :

الفرع الأول : المهام الملقاة على عاتق الخبراء في تقدير التعويض :

تنصرف مهمة الخبير كما هو جلي إلى التفتيش عن المبررات المؤدية إلى وقوع الفعل الضار، وإذا كان من الممكن تلافيه وفقا للمعطيات العلمية السائدة وقت إتيانه، ومدى إهمال الطبيب المدعى عليه، فعلى الخبير البحث في حالة المريض وظروفه ، لتبيين الضرر الذي أصيب به فيما إذا كان من فعل الطبيب وخطئه وله أن يقدر التعويض عن الضرر مستعينا بلغة الأرقام كتقديره لنسبة العجز لأحد أطراف جسم المريض، دون أن يقدر ذلك نقداً فهذا من المسائل القانونية الخارجة عن نطاق اختصاص الخبير⁽³⁾.

إن انتقال تقدير الوقائع من المجال العلمي إلى المجال القانوني أمر صعب جداً، وحتى تكون الخبرة وسيلة قضائية مناسبة يجب أن يكون هذا الانتقال بتقرير طبي مستمد من تقرير الخبير، فهنا تكمن الصعوبة إذ يخشى أن يجيد

¹ Jean Penneau . la Responsabilité de médecin .3^{em} édition. DALLOZ 2004.p88. Voir aussi , Gilles Devers.op.cit.p268.

راجع كذلك، بلخوان غزلان نظام التعويض عن الحوادث الطبية ، ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس الجزائر ، موسم 2008-2009.، ص 166 وما بعدها.

² علي عصام غصن ، مرجع سابق ، ص153 .

³ محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص 217. فالخبير الطبي ليس رجل قانون رغم امتلاكه شهادة طبيب شرعي.أكثر تفصيل أنظر : Yvonne Lambert.

أمهر القضاة وبحسن نية عن جادة الصواب، وهذا ما جعل البعض يعطي الصفة القانونية للخبير وانتقد ذلك بدعوى أن الخبرة ما هي إلا تكملة لخبرة القاضي، وفي المجال الذي يجله⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك فإن من مهام الخبير شرح القواعد الفنية الواجب مراعاتها في تحليل الواقعة محل النزاع، كما يدعم تقريره بالإحصائيات المعتمدة ويطبق المعطيات الفنية المناسبة⁽²⁾.

ويمكن إجمال المهام الأساسية للخبير القضائي في المجال الطبي خاصة منهم الذين تختارهم المحكمة في ما يلي⁽³⁾ :

- دراسة حالة المريض وتتبع مراحل تطور مرضه ومسبباته ، وقد أشارت إلى ذلك المادة 95 من مدونه أخلاقيات الطب الجزائري السابقة الذكر بقولها : " ...ثم القيام عموماً بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية"⁽⁴⁾.

- أن يحدد قي تقريره ما إذا كان الطبيب قد ارتكب خطأ، كما يقدر الضرر الذي لحق المريض.

- على الخبير تجنب الآراء العلمية التي هي محل جدل والابتعاد عن طرح آرائه الشخصية خاصة في حالة عدم اتفاقها مع الأصول العلمية المستقرة.

- عدم الخوض في المناقشات القانونية الدقيقة بل بحث الوقائع المتعلقة بسلوك الطبيب وتقديرها من الناحية الطبية.

- على الخبير توخي الدقة والوضوح عند كتابة تقريره الطبي وفقاً لأحكام المادة 99 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري " يجب على الطبيب الخبير وعلى جراح الأسنان الخبير عند صياغة تقريره، ألا يكشف إلا العناصر التي من شأنها أن تقدم الإجابة على الأسئلة المطروحة في قرار تعيينه...".

- على الخبير القيام بهذه المهمة بنفسه وشخصياً ولا يوكلها إلى غيره ومع ذلك له أن يستعين بأهل الفن للإسترشاد بمعلوماتهم وآرائهم⁽⁵⁾ وفي حالة قيام المحكمة بتكليف أكثر من خبير للقيام بالمهمة، وجب عليهم الاشتراك في إنجازها جميعاً ويعدون بشأنها تقريراً موحداً وفقاً لأحكام المادة 1/127 من قانون 08-09 المتضمن ق.إ.م.إد، كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة أنه في حالة اختلاف آرائهم وجب على كل واحد منهم

¹ تنص المادة 249 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد : « le juge n'est pas lie par les constatations ou les conclusion de technicien »، عن موقع: <http://www.legifrance.gov.fr> ليوم 29 يناير 2012 وبالتالي فإن الخبير ما هو إلا مساعد للقاضي « un auxiliaire du juge » انظر مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي ، مرجع سابق ص99.

² فتاحي محمد، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس، عدد 03، سنة 2007 م ، ص 96.

³ ذلك ما نصت عليه المادة 126 من قانون 09-08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، إلا أن المادة 144 /3 من قانون الاجراءات الجزائرية الجزائري حسب آخر تعديل له تنص : " ويجوز للجهات القضائية بصفة استثنائية أن تختار بقرار مسبب خبراء ليسو مقيدين في أي من الجداول".

⁴ وأجاز نفس القانون في المادة 4/151 " للخبراء الأطباء المكلفين بفحص المتهم أن يوجهوا له الأسئلة اللازمة لأداء مهمتهم بغير حضور قاض ولا محام".

⁵ تنص المادة 1/149 من قانون الإجراءات الجزائية " إذا طلب الخبراء الاستشارة في مسألة خارجة عن دائرة تخصصهم فيجوز لقاضي أن يصرح لهم بضم فنيين يعينون بأسمائهم ويكونون على الخصوص مختارين لتخصصهم " أنظر كذلك المادة 1/153 من نفس القانون، والمادة 1/127 من ق09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

تسبب رأيه⁽¹⁾ وفي حالة عدم استطاعة الخبير القيام بهذه المهام عليه أن يطلب إعفائه من المهمة وتعيين آخر مكانه وذلك ما نصت عليه المادة 1/132 من نفس القانون، وإذا قبل الخبير المهمة ولم يقدّم بها جاز الحكم عليه وعند الاقتضاء الحكم عليه بالتعويضات المدنية علاوة على استبداله كما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة السابقة الذكر⁽²⁾. إضافة إلى العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات عند قيامه بالتقرير الكاذب وشهادة الزور.⁽³⁾

الفرع الثاني: حرية القاضي في تقدير تقرير الخبير الطبي:

تنص المادة 144 من قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأولى: "يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة" وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة: "القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة"⁽⁴⁾.

كما تنص المادة 156 من قانون الإثبات المصري على أن: "رأي الخبير لا يقيد المحكمة"، وأقرت المادة 246 من قانون المرافعات الفرنسي بعدم إلزامية القاضي بنتائج الخبير⁽⁵⁾، كما قضت محكمة النقض المصرية أن تقدير عمل أهل الخبرة والموازنة بين آرائهم فيما يختلف فيه هو بما يستقل به قاضي الموضوع وله باعتباره الخبير الأعلى أن يقدر رأي الخبير ولو في مسألة فنية دون حاجة إلى الاستعانة برأي خبير آخر دون أن يعد ذلك منها إخلالاً بحق الدفاع.⁽⁶⁾

كما سبق يتبين لنا جلياً أن الإجماع استقر على عدم إلزامية القاضي بما توصل إليه الخبير، لكن ومع ذلك يأخذ بعين الاعتبار بل قد يلمح في حيثياته لمحتويات التقرير⁽⁷⁾، من ذلك تأييد المحكمة العليا الجزائرية لقرار قضاة الموضوع الموضوع المستند إلى تقرير الخبرة بشأن إثبات خطأ الطبيب المؤدي إلى وفاة الضحية بسبب تجرّعه دواء غير لائق بصحة المريض⁽⁸⁾.

1 أنظر المادة 153/2 من قانون الإجراءات الجزائرية السابق الذكر.

2 أنظر المادة 1/132/2 من قانون 09-08 السابق الذكر.

3 أنظر المواد 226 و238 من قانون العقوبات الجزائري. حسب آخر تعديل له بقانون 01-09 مؤرخ في 25-02-2009. قرار المحكمة العليا رقم 580464 بتاريخ 09-09-2009. أشار إليه المستشار سيدهم مختار. أعمال الملتقى الدولي حول الأخطاء الطبية المنظم من قبل المحكمة العليا بالجزائر في 12-ابريل 2010.

4 انظر المادة 144 من قانون 09-08 السابق الإشارة إليه.

5 مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، مرجع سابق، ص 99.

6 أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية ط 2005، ص 261 وما بعدها.

7 محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 221.

8 قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات. ملف رقم 118720 بتاريخ 30-05-1995، قرار المحكمة العليا غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 128892 بتاريخ 26-12-1995، أشار إليهما. طاهري حسين، مرجع سابق، ص 357 وما بعدها.

فالخبير لا يفرض رأيه على القاضي، ومنه لهذا الأخير سلطة تقديرية في الأخذ برأيه من عدمه⁽¹⁾، مما يعني أن الخبير لا يفصل في النزاع بتقريره بل أن هذا الأمر من مهام المحاكم، فرأي الخبير إنما هو استشاري بالنسبة للقاضي⁽²⁾ للقاضي.

فعلى هذا الأخير أن يتفطن للتضامن الذي قد يُحتمل حدوثه بين الخبير وزميله الطبيب المدعى عليه. إذ أنه كما يقول الفقيه savatier "الخبرة معهود بها من شخص عادي هو القاضي إلى طبيب خبير تفرض على القاضي أن يكون متيقظاً"⁽³⁾.

إذا ما تبين للقاضي حسب المادة 146 من ق 08-09 أن العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره غير وافية أن يتخذ من الإجراءات اللازمة كأن يأمر بحضوره أمامه أو الأمر باستكمال التحقيق مع ضرورة تبرير أسباب مخالفته لرأي الخبير⁽⁴⁾.

فتقدير التقرير الفني يرجع لسلطة قاضي الموضوع، فلا يحكم بثبوت الخطأ الطبي ولا يقدر التعويض عنه إلا بعد التحقق اليقيني الثابت منه بوقوعه، فلا يقضي بغير اقتناعه رغم مساعدة الخبير له⁽⁵⁾.

خاتمة :

و من خلال ما سبق يتبين لنا بأن مسألة تقدير التعويض عن الضرر الطبي، ليست بالأمر اليسير، نظراً لخصوصية مهنة الطب من جهة، وعدم إلمام القاضي في الغالب بكافة ما يحوط بمهنة الطب، و رغم ما لاحظناه من خلال ما سبق بأن للقاضي مطلق الحرية في هذه السلطة التقديرية، فإنه ورغبة من المشرع في إضفاء وصف الشفافية على الأحكام الصادرة في هذا الإطار من جهة و مساعدة للقضاة في هذه العملية في المجالات المتخصصة، بحيث منحهم حق للجوء إلى الخبراء الأطباء من أجل طلب المساعدة في عملية التقدير الأصوب للتعويض. رغم كل ذلك تبقى هذه المسألة يكتنفها بعض الغموض و تتخللها بعض المشاكل قد تؤثر على تقديره للتعويض وفق رؤيا واضحة نابعة من اقتناع القاضي الشخصي الخاضع لضميره و المدعم بتقارير الخبراء الأطباء، فالأضرار المترتبة عن الأخطاء الطبية تتميز بطبيعة خاصة تختلف عن تلك الناتجة عن أخطاء غير طبية، كالضرر الطبي من دون خطأ الذي أقره القضاء الفرنسي لصالح المرضى المتعاملين مع المستشفيات العامة، و الضرر الطبي عن فوات فرصة الشفاء التي يلجأ عليها عند عدم تأكد رابطة السببية بين الخطأ و الضرر. لذلك وجب على المشرع الجزائري أن يؤسس للمسألة ويدعمها من خلال ما يلي :

- تشكيل لجان مهنية من أهل الطب والقانون تساعد القضاة أثناء النظر في الدعاوى لتوصل إلى أحكام مقدرة للتعويض على الأضرار المترتبة نتيجة أخطاء طبية تقديراً عادلاً، حامية للأطباء وحافزة لحقوق المرضى.

¹ مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسؤولية المدنية للخبير القضائي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري والكويتي، في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط 2004، ص 98 وما بعدها.

² علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 161.

³ نقلا عن المرجع نفسه ص 163.

⁴ أنظر المادة 141 من قانون 09-08 المتضمن ق.إ.م أ

منصور عمر المعاينة، مرجع سابق، ص 124.⁵

-إلزام القضاة بإجراء تدريبات تكوينية في التخصصات المساعدة على الإثبات في المجال الطبي كالطب الشرعي والبيولوجيا وعلم السموم وعلم الإجرام وخبرة الوثائق وغيرها حتى يكونوا على دراية ولو يسيرة عند مصادفتهم لأمر من هذا القبيل وهم يقومون بعملية تقدير التعويض.

-التشديد على الخبراء الطبيين من أجل القيام بأعمالهم وتحسيسهم بأن المسؤولية الأخلاقية للطبيب تبدأ قبل المسؤولية القانونية تفاديا لمخادعة القضاة ومنه ضياع حق المرضى نتيجة الأحكام القضائية المبنية على تقارير خبرة غير سليمة.

المسؤولية الجزائية عن الاسنعمال غير المشروع لبطاقة الائتمان

Criminal liability for the illegal use of crédit card



من إعداد الدكتورة امحمدي بوزينة أمنة

أستاذة محاضرة قسم - ب - كلية الحقوق والعلوم السياسية

Email : amna_bouzina@yahoo.fr : جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف

ملخص :

بالنظر لتزايد استعمال بطاقات الائتمان في التعامل كوسيلة جديدة من وسائل الوفاء، فقد تزايدت حالات استعمالها بطريقة غير مشروع إما من طرف حاملها أو من طرف شخص آخر غير حاملها، وهذا ما حدث في البداية للشيك، إلا أن المشرع الجنائي قد تناوله بالتجريم، لكن بالنسبة لبطاقات الائتمان لا يوجد نص قانوني خاص بها يجرم استعمالها غير المشروع في القانون الجزائري، فتبدأ المشكلة عند انعدام النص بالاستناد إلى المبدأ القانوني الجنائي القائل: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، لذا واجه القضاء صعوبات كبيرة لإيجاد التكييف المناسب لحالات الاستخدام غير المشروع لبطاقات الائتمان بالاستناد إلى نصوص قانون العقوبات.

الكلمات الدالة : وسائل الوفاء، بطاقات الائتمان، الاستعمال غير المشروع لبطاقات الائتمان.

Summary : In view of the increasing use of crédit cards in the deal as a new means of fulfilling, cases of use has increased illegally, either by the holder or by a person other than the holder, and this is what happened in the beginning of the check, but the criminal legislature has dealt with criminalization, but for cards Crédit has no own legal provision that criminalizes illegal use in Algerian law, setting off a problem when the lack of text based on the legal principle of criminal says: "There is no crime and no punishment except by law", so it faced eliminate great difficulties to find the right adjustment for cases of illegal use Crédit cards based on the provisions of the Penal Code.

Key words: the means of fulfilling, crédit cards, Illegal use of crédit cards.

مقدمة :

مع ظهور التجارة الإلكترونية وانتشارها أصبح اعتماد وسائل حديثة لتسوية العمليات التجارية يمثل حجر الزاوية لنجاح وتطور التجارة، وبهذا استحدثت وسائل جديدة تعد أكثر ملائمة لطبيعة ومتطلبات التجارة الإلكترونية، ومن هذه الوسائل بطاقة الائتمان التي تخول حاملها الحق في الحصول على تسهيل ائتماني من مصدر هذه البطاقات، حيث يقدمها إلى التاجر ويحصل بموجبها على سلع وخدمات تسدد قيمتها من قبل الجهة المصدرة لها على أن تتم التسوية النهائية بعد كل مدة محددة، ونظرا لتزايد استعمال بطاقات الائتمان في التعامل كوسيلة جديدة من وسائل الوفاء، فقد تزايدت حالات استعمالها بطريق غير مشروع إما من طرف حاملها أو من طرف شخص آخر غير حاملها، وهذا ما حدث في البداية للشيك، إلا أن المشرع الجنائي قد تناوله بالتجريم، لكن بالنسبة لبطاقات الائتمان لا يوجد نص قانوني خاص بها يجرم استعمالها غير المشروع في القانون الجزائري، فتبدأ المشكلة عند انعدام النص بالاستناد إلى المبدأ القانوني الجنائي القائل: "لا تجريم ولا عقاب بدون نص"، لذا واجه الفقه والقضاء صعوبات كبيرة لإيجاد التكييف المناسب لحالات الاستخدام غير المشروع لبطاقات الائتمان بالاستناد إلى نصوص قانون العقوبات.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، فإن المشرع لم يعرف البطاقة ولم يتناول أحكامها، وذلك على الرغم من انتشار البطاقة في السنوات الأخيرة بالجزائر، إلا أنه في القانون رقم 02/05 المؤرخ في 06/02/2005 المعدل والمتمم للأمر 59/75 المؤرخ في 26/09/1975 والمتضمن القانون التجاري، قد تطرق إلى بعض وسائل وطرق الدفع في الباب الرابع منه وخصص الفصل الثالث منه لموضوع بطاقات الدفع والسحب في المادتين 543 مكرر 23 و543 مكرر 24، وتعرضت المادة 543 مكرر 23 في فقرتها الأولى لتعريف بطاقات الائتمان، لكن لم يضع أحكاما جزائية لإساءة استعمال البطاقة.

بناء على ما سبق، فإن المشاكل التي تثير التساؤل بشأن الحماية الجنائية للتعاملات المالية عن طريق بطاقة الائتمان تتعلق بالبحث عن توافر حماية التعامل ببطاقات الائتمان في ضوء النصوص الخاصة بجرائم الاعتداء على الأموال والمسؤولية الجزائية التي تترتب عن الاستعمال غير المشروع لبطاقة الائتمان؟ وما مدى إمكانية إقامة المسؤولية الجزائية في حالة الاستعمال الغير مشروع لبطاقات الائتمان من قبل حاملها أو الغير؟ وما هي صور الاستعمال غير المشروع لبطاقة الائتمان والمسؤولية المترتبة عن ذلك؟

وبالنظر إلى طبيعة الموضوع وتشابكه؛ فقد تم الاعتماد على أكثر من منهج للوصول إلى الإجابة عن الإشكالية السابقة والتحقق من صحة الفرضيات أو بطلانها؛ لهذا تمت الاستعانة بالمنهج الوصفي، وذلك لرصد وتشخيص كافة المعلومات التي تم جمعها حول النظام القانوني لبطاقة الائتمان والحماية الجزائية المقررة لها، كذلك تمت الاستعانة بالمنهج التحليلي، ولكن بمقاربة قانونية لكون البحث قانوني بالدرجة الأولى، وذلك لما يثيره موضوع البحث مشاكل قانونية على مستوى القانون المدني والجنائي فيما يتعلق بالاستعمال غير المشروع لبطاقات الائتمانية.

للإجابة عن التساؤلات السابقة، ارتأينا التعرض للنقاط التالية :

المبحث الأول: المسؤولية الجزائية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقات الائتمان من قبل حاملها

يقصد بحامل البطاقة الشخص الذي حصل عليها من البنك وفقا لشروط محددة في استخدامها، وبمقتضى اتفاق بينهما، وهذا الاتفاق يسمح لحامل البطاقة بشراء السلع والخدمات أو الحصول على قرض أو السحب النقدي من أماكن التوزيع الآلي للنقود، فالإساءة هنا تعني تلاعب حامل البطاقة أو العميل بالاتفاق أو خرق الشروط المحددة.

المطلب الأول: الاستعمال غير المشروع لبطاقات الائتمان من قبل حاملها خلال فترة صلاحيتها

ما يثير التساؤل في هذه الحالة عن نطاق المسؤولية الجزائية لحامل البطاقة عن الأنشطة غير المشروعة كقيامه باستعمال بطاقته الصحيحة متجاوزا رصيده القائم لدى مصدر البطاقة سواء كان ذلك بسحب مبلغ من الموزع الأوتوماتيكي يفوق المبلغ الموجود في رصيده البنكي أو شراء سلعة أو قضاء خدمة من تاجر معتمد مع علمه بأن رصيده غير كاف لذلك، قصد حرمان المصرف المصدر للبطاقة من خصم المبلغ وتقييده، فأمام غياب نص قانوني هل يجرم هذا التصرف باعتباره خيانة أمانة أم نصب أم سرقة؟.

الفرع الأول: الاستعمال الغير المشروع لبطاقة الائتمان وجريمة خيانة الأمانة :

بالتدقيق في أركان هذه الجريمة، هل يمكن تكييف قيام الحامل باستعمال بطاقته الصالحة الاستعمال متجاوزا رصيده لدى مصدر البطاقة سواء بالسحب أو بالوفاء على أنه جريمة خيانة أمانة؟

يرى جانب من الفقه مساءلة حامل البطاقة جزائيا في حالة استعماله لبطاقة الائتمان بما يجاوز رصيده، باعتباره جريمة خيانة الأمانة على أساس أن تسليم الجهة المصدرة بطاقة الائتمان إلى الحامل كان مشروطا بوجود رصيد كاف في حسابه وقت السحب، وكذلك عند شرائه سلعة أو حصوله على خدمة من عند تاجر معتمد بواسطة تلك البطاقة يكون بوجود رصيد كاف، فإذا انتهى الرصيد عند استخدام البطاقة في السحب أو الوفاء، فإن الحامل يكون قد أساء استعمال البطاقة بإخلاله بالعقد المبرم بينه وبين البنك، وبالتالي خان الثقة التي أولاه إياها البنك، مما يستوجب مسؤولية جزائية عن جريمة خيانة الأمانة إلا أن هذا الاتجاه انتقد، بكون أن المصرف المصدر هو الذي قام بتسليم هذه البطاقة للعميل (حامل) غير جدير بالثقة، فعليه تحمل مخاطر ذلك، ولا يتمتع في هذا الصدد إلا بحق مطالبة عميله بتسديد مبلغ القرض، واسترجاع البطاقة منه بعد فسخ العقد المبرم بينهما.

كما استبعد جانب آخر من الفقه تطبيق جريمة خيانة الأمانة على واقعة السحب النقدي أو الوفاء بواسطة البطاقة من طرف الحامل بما يجاوز المبلغ المسموح به، ومعنى ذلك أن قيام الحامل باستخدام البطاقة أثناء فترة صلاحيتها ولو بالمخالفة لشروط العقد لا يعد جريمة خيانة أمانة، لأن قيام هذه الجريمة تتطلب أن تكون المبالغ التي تحصل عليها الحامل بموجب البطاقة قد سلمت له بمقتضى عقد من عقود الأمانة المنصوص عليها في المادة 376 من قانون العقوبات الجزائري، كما أن الحامل لم يتحصل على تلك الأموال عن طريق الاختلاس أو التبيد.

من خلال ما سبق، يتضح أن هذا الرأي فرق بوضوح ما بين بطاقة الائتمان والنقود التي تسحب بموجب هذه البطاقة، وانتهى إلى أن الامتناع عن تسليم بطاقة الائتمان للجهة المصدرة بعد إلغائها من طرفها أو بعد انتهاء مدة

صلاحيتها يشكل جريمة خيانة أمانة، لأنها سلمت للحامل بمقتضى عقد من عقود الأمانة (الوديعة)، لكن النقود التي استولى عليها مالك البطاقة لم تسلم على سبيل الأمانة"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الاستعمال الغير المشروع لبطاقة الائتمان وجريمة النصب :

على ضوء ما سبق، هل يعتبر تصرف حامل البطاقة باستعمالها في السحب أو الوفاء بمبالغ نقدية تتجاوز حدود رصيده يشكل جريمة نصب؟.

يتجه غالبية الفقه الجنائي إلى عدم اعتبار هذه الواقعة جريمة نصب، لانعدام الطرق الاحتمالية، وانعدام اتخاذ إسم كاذب أو صفة غير صحيحة ذلك لأن الحامل هو نفسه المالك الشرعي من جهة، ومن جهة أخرى استخدم الحامل بطاقته الشخصية الصحيحة وبالطريقة الصحيحة أيضا، واستجاب جهاز نقطة البيع لدى التاجر لهذا الاستخدام طبقا للتعليمات المعطاة له والموجودة في ذاكرته، وكان من الممكن وقف العملية أو استمرارها من قبل التاجر عملا بالإلتزام المثبت بالعقد بين التاجر والمصدر، والمتضمن وجوب تأكد التاجر من حدود الرصيد المسموح به المثبت على البطاقة، إلا أن حصول الحامل على النقود كان مخالفة لشروط العقد المبرم مع الجهة المصدرة وهذا لا يشكل جرم النصب الذي يجب أن يتوافر حسب المادة (372) من قانون العقوبات الجزائري، هذا إذا كانت البطاقة مخولة للسحب النقدي، أما إذا كانت هذه الأخيرة مخولة للوفاء بثمان المشتريات، فنجد أن فكرة بطاقة الائتمان تقوم على أساس أن مصدر البطاقة يقوم بسداد قيمة الفواتير للتاجر، ثم يقوم بتحصيل قيمتها من الحامل فيما بعد، وذلك بموجب عقد بين المصدر والحامل، فإذا خالف ذلك الحامل، فالمسؤولية هنا عقدية، ويضاف إلى ذلك أن التاجر يعلم بالحد المسموح به للبطاقة، بموجب العقد المحرر بينه وبين مصدر البطاقة، كما أنه ملزم بالرجوع إلى الجهة المصدرة في حالة التجاوز، فإذا لم يفعل ذلك يعد مخطئا، ويتحمل مسؤولية هذا التجاوز، وعليه فإن الحامل لا يتوافر في فعله أركان جريمة النصب.

وأما القضاء فقد اتجهت بعض المحاكم الفرنسية إلى إضفاء تكييف جريمة النصب على الفعل حسب الحكم الذي أصدرته محكمة (DOUAI) الفرنسية بتاريخ 10 مارس 1976 التي ترى أن سحب العميل لمبالغ مالية تفوق الموجود برصيده يعتبر جريمة نصب وليس جريمة سرقة، وسند ذلك أن العميل يكون قد أوهم البنك من خلال الجهاز أن له رصيदा لديه، ومن ثم يكون قد خلق ضمانا وهميا خلافا للواقع مما يعني أنه كذب ودعم كذبه بوسائل احتيالية⁽²⁾.

الفرع الثالث: الاستعمال غير المشروع لبطاقة الائتمان وجريمة السرقة :

طبقا لنص المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري: "كل من اختلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا، من خلال هذه المادة يتبين أن جريمة السرقة تقوم على ثلاثة أركان، هي: فعل الاختلاس، ومحل الجريمة ويتمثل في شيء منقول مملوك للغير والركن المعنوي للجريمة.

(1) مبراح صليحة، النظام القانوني لبطاقات الائتمان، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، الجزائر، 2005-2006، ص 113-114.

(2) فتحة محمد قوراري، "الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان، دراسة تحليلية تأصيلية في القانون الإماراتي المقارن"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، 2003، ص 19.

فإذا كان قوام الركن المادي في السرقة يكمن في فعل الاختلاس، فهل يمكن تكييف قيام العميل بسحب مبالغ تتجاوز رصيده الفعلي باستعمال بطاقة الائتمان على أنه سرقة لتوافر عنصر الاختلاس؟

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار هذه الواقعة سرقة، استنادا إلى أنه تجاوز رصيده الفعلي دون رضا البنك أي أن تسليم النقود لم يكن اختياريا، ويدعم هذا الجانب رأيه بالعديد من الأسانيد، نذكر منها:

- أن التسليم الإرادي هو الذي ينفي الاختلاس، وكما كان جهاز الصراف الآلي آلة صماء تمت برمجتها بتعليمات معينة من قبل البنك، فإن إخراج هذا الجهاز للنقود يكون غير إرادي شأنه في ذلك شأن تسليم الصبي غير المميز أو المجنون شيئا للجاني، ومن ثم يعتبر فعل الاختلاس قائما على من استلم شيئا من شخص مجنون أو معتوه أو صغير السن ثم استولى عليه، معنى ذلك أن التسليم الذي ينفي الاختلاس هو الذي يصدر عن إرادة مميزة⁽¹⁾.

ويرد على ما تقدم بأن سحب حامل البطاقة مبالغ تتجاوز رصيده الفعلي لدى البنك لا يقيم جريمة السرقة، لأن:

- الأدلة التي اعتمدها هذا الفريق هي عبارة عن تشبيهات فقط أي القيام بعملية القياس، ونحن نعلم أن القياس محظور في القانون الجنائي لتطبيق مبدأ شرعية الجرائم.

- من الصعوبة التسليم بفكرة الاختلاس كركن في جريمة السرقة، حيث أن آلة التوزيع الآلي للنقود مبرمجة من طرف البنك حسب نظام معلوماتي محدد، وحين تتوافر شروط محددة لدى حامل البطاقة فإن جهاز الصراف يسلم له النقود حتى ولو كان ذلك متجاوزا رصيد الساحب، ذلك لأن التسليم في حقيقته لم يتم عن طريق الآلة، لكن تم عن طريق البنك، معنى ذلك أن الجهاز ما هو إلا أداة تتوسط بين البنك والعميل، كذلك فإن العميل لم يقم بكسر الجهاز، بل استخدمه بشكل مطابق للنظام المحدد سلفا من جانب البنك، ومن ثم فإن التسليم الصادر عن جهاز التوزيع الآلي هو تسليم اختياري منافي للاختلاس، كما لا يجوز قياس التسليم الصادر عن الجهاز الآلي على تسليم الصغير أو المجنون من حيث انعدام الإرادة، لأن التسليم هنا تم في الحقيقة من البنك، وما تسليم الجهاز للنقود إلا تسليما ماديا فقط.

فضلا عن ما تقدم، فإنه لا يمكن قياس تسليم الجهاز مبلغ يتجاوز المبلغ المسموح به على تسليم المدين حافظة نقوده للدائن استيلاء هذا الأخير على مبلغ يزيد عن قيمة الدين، حيث أن تسليم الجهاز للمبلغ الزائد عن الرصيد كان يهدف إلى نقل الحياة الكاملة على النقود إلى الدائن (الحامل) وليس مجرد اليد العارضة، كما هو الحال بالنسبة للمدين⁽²⁾، حيث لا يمكن تكييف تصرف الحامل باستعمال بطاقته الصحيحة متجاوزا رصيده لدى مصدر البطاقة ضمن جرائم الاعتداء على الأموال، نظرا لانتفاء أركان هذه الجرائم في هذا التصرف، وكذلك، لعدم جواز القياس في المواد الجنائية، أيدت هذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية التي قضت بأن هذه الواقعة لا تشكل جريمة سرقة ولا تقع تحت طائلة نصوص قانون العقوبات، فهذا الفعل يشكل إخلالاً بالتزام تعاقدية فقط بين حامل البطاقة ومصدرها⁽³⁾.

(1) نفس المرجع، ص 16.

(2) مرياح صليحة، المرجع السابق، ص 117.

(3) فتحية محمد قوراري، المرجع السابق، ص 21.

المطلب الثاني: الاستعمال غير المشروع لبطاقات الائتمان من قبل حاملها بعد انتهاء مدة صلاحيتها أو إلغائها:
 يكون الاستعمال غير المشروع للبطاقة الائتمانية إذا استعملها حاملها بعد إلغائها من قبل البنك الذي أصدرها أو بعد انتهاء مدة صلاحيتها أو بعد الادعاء بضياعها أو سرقته، ويساهم في إمكانية وقوع هذين الفرضين استغلال العميل للفترة الزمنية الواقعة بين قيام البنك بإجراء عملية إبلاغ التجار على البطاقة الملغاة أو المنتهية الصلاحية وإحاطة التاجر علما بهذا الإلغاء الأمر الذي يترتب عليه إلتزام البنك بالوفاء للتاجر بقيمة مشتريات العميل⁽¹⁾.

واجه الفقه والقضاء صعوبات كبيرة في إيجاد التكييف المناسب لأفعال الاستعمال غير المشروع بالاستناد إلى النصوص العقابية التقليدية، في حين أن استعمال البطاقة على هذا النحو تنطبق عليها نصوص النصب وخيانة الأمانة.

فالسؤال الذي يطرح: هل يجرم فعل حامل البطاقة باستعمال البطاقة اتجاه الجهة المصدرة بخيانة الأمانة، وهل عدم إخطار الحامل بإلغاء البطاقة واستعماله لها لدى أحد التجار المعتمدين يشكل جريمة نصب وخاصة إذا كان تاريخ الصلاحية غير مدون عليها؟ للإجابة على هذا الإشكال سوف نتعرض إلى نقطتين:

الفرع الأول: الاستعمال غير المشروع لبطاقات الائتمان من قبل حاملها بعد انتهاء مدة صلاحيتها:

يلتزم حامل البطاقة بشروط العقد المبرم بينه وبين الجهة المصدرة للبطاقة وفي حالة حدوث أي تغير في أحواله المتعلقة بالبطاقة يجب عليه إعلام الجهة المصدرة بذلك، حيث على الحامل الإلتزام بتسليم البطاقة إلى المصدر في حالة انتهاء مدة صلاحيتها أو تم إلغائها من طرف المصدر، فإن لم يتم بتسليمها فهل يعتبر ذلك الفعل جريمة خيانة؟
 أولا- مسؤولية حامل البطاقة اتجاه مصدر البطاقة:

بمقتضى نص المادة (376) المشار إليها سابقا من قانون العقوبات الجزائري يمكن حصر العناصر المكونة لجريمة خيانة الأمانة في مجموعة من العناصر تكون شروطا تسبق الجريمة، ويتعلق الأمر بالشيء الذي تنصب عليه الجريمة وتسليم الشيء بمقتضى أحد العقود الواردة في المادة (376) من قانون العقوبات الجزائري (محل جريمة خيانة الأمانة) وتمثل العناصر الأخرى في العناصر الحقيقية للجريمة وهي الاختلاس أو التبيد وما يترتب على ذلك من ضرر للمالك أو الحائز (العنصر المادي خيانة الأمانة) ونية الغش (العنصر المعنوي).
 بالتأمل بأركان هذه الجريمة وتطبيقا على الغرض نجد:

1. بالنسبة لمحل الجريمة: معلوم أن جريمة خيانة الأمانة لا تقع إلا على مال منقول مملوك للغير، وهذا ما ورد في المادة (376) من قانون العقوبات الجزائري، حيث أوضح بأمثله متعددة منها أوراق تجارية، أو نقود أو بضائع أو أوراق مالية أو مخلصات وهي أمثلة لم يوردها المشرع على سبيل الحصر بدليل أنه أضاف أو أية محررات أخرى تتضمن أو تثبت أي إلتزام وإبراء⁽²⁾، ويشترط أن يكون المال المنقول محل الجريمة غير مملوك للجاني، فيتم التسليم، بناء على عقد من عقود الأمانة الذي يجعل الجاني حائزا حيازة ناقصة ويقوم بتغيير نيته في الحيازة والقيام بفعل يجعله يظهر على الشيء بمظهر المالك ويجعل الحيازة تامة ثم يقوم إما بتبيد الشيء أو اختلاسه⁽³⁾.

وبناء على ما سبق، كانت بطاقة الائتمان تمثل حق حاملها في استخدام مبلغ معين في تنفيذ مشترياته، فتدخل في معنى المنقول الذي ترد عليه جريمة خيانة الأمانة، وتدخل بطاقات الائتمان تحت صيغة أية محررات أخرى، كما أن

(1) واقد يوسف، النظام القانوني للدفع الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 129.

(2) مرياح صليحة، المرجع السابق، ص 107.

(3) الشحات إبراهيم محمد منصور، الجرائم الالكترونية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2011، ص 61.

العقد المبرم بين مصدر البطاقة وحاملها يتضمن شروط يجب على الحامل الإلتزام بها عند انتهاء مدة صلاحية البطاقة يلتزم بردها إلى الجهة المصدرة، وهذا يعني أن تسليم البطاقة للحامل ليس على سبيل التملك، وإنما بمقتضى عقد الوديعة، وهذا يتماشى مع حكم المادة (590) من القانون المدني الجزائري.

2. بالنسبة للركن المادي : حدد القانون الركن المادي لجريمة خيانة الأمانة في قوله: "كل من اختلس أو بدد... وذلك إضرارا بمالكيها أو واضعي اليد عليها أو حائزيها".

من خلال هذا النص يتضح أن الركن المادي يتكون من عنصرين :

العنصر الأول : هو خيانة الأمانة في صورة الاختلاس أو التبديد وهناك بعض القوانين التي تصنف صور الاستعمال. العنصر الثاني : هو الضرر فلا يعاقب على الاختلاس أو التبديد، إلا إذا احدث ضررا للغير فعليا، وهذا ما يتضح من نص المادة (376) من قانون العقوبات الجزائري على أنه : "... إضرارا بالمالكين أو الحائزين أو واضعي اليد". بتطبيق ذلك على الاستعمال غير المشروع للبطاقة من طرف حاملها، نجد أن الركن المادي قائم، حيث أن الحامل امتنع عن رد بطاقة الائتمان إلى مصدرها في حالة انتهاء مدة صلاحيتها، وقام هذا الأخير باستعمالها، وجراء هذا الفعل الذي قام به ترتب عليه ضرر لمصدر البطاقة يتمثل في فقدان ثقة الجمهور بمثل هذه البطاقات، بالإضافة إلى إلتزام مصدر البطاقة بالوفاء بقيمة الفواتير التي استخدمت فيها هذه البطاقة وخاصة إذا لم تقم الجهة المصدرة بإعلام التاجر بانتهاء صلاحية البطاقة، ومن هنا فإنه متى وجد الضرر حتى ولو كان احتماليا فإن الفعل يصبح جريمة خيانة".

3. بالنسبة للركن المعنوي : يتحدد عن طريق القصد الجنائي، وهذا الأخير يتحقق بصفة عامة إذا تعمد الحامل إتيان فعل حرمه القانون مع علمه بتوافر كل الأركان التي يتطلبها لقيام الجريمة، أي أن قوام الركن المعنوي للجريمة يتحقق بالقصد العام، والمتمثل في عنصري الإرادة والعلم، حيث أن الجاني يعلم بانتهاء مدة صلاحية بطاقته أو إغائها ويتعمد استعمالها، في حين كان يجب عليه رد البطاقة إلى البنك المصدر لها وهذا ما يسببه إضرارا بمصدرها، إلا أن ما يمكن قوله من خلال ما سبق أن رفض الحامل إعادة البطاقة للجهة المصدرة بعد انتهاء صلاحيتها أو إغائها يعد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة، ويعتبر التاريخ اللاحق لإلغاء الاتفاقية أو إنهائها هو التاريخ الذي تقوم به جريمة خيانة الأمانة، ذلك لأنه التاريخ الذي يجب إعادة البطاقة فيه.

ثانيا- مسؤولية الحامل اتجاه التاجر :

يقوم حامل البطاقة بتجديد تاريخ الصلاحية عند نهاية العقد حسب ما اتفق عليه الطرفان في العقد المبرم بينهما، لكن إذا استعمل الحامل بطاقته رغم أنه يعلم بانتهاء مدة صلاحيتها أو بعد الادعاء بضياعها أو سرقتها في عملية الشراء من عند إحدى التجار المعتمدين، فهل هذا الفعل يعتبر جريمة نصب؟، وبناء على ذلك يعرف النصب بأنه الاستيلاء على مال الغير بطريقة احتيالية بنية تملكه⁽¹⁾.

نص المشرع الجزائري على جريمة النصب في المادة (372) من قانون العقوبات الجزائري، حيث تبين هذه المادة أن محل جريمة النصب ينحصر في المنقول، ولذلك لا تتوافر جريمة النصب إذا تمكن الجاني عن طريق الاحتيال من الحصول على منفعة، وهذا على غرار المشروع الفرنسي الذي توسع في مفهوم محل جريمة النصب في قانون العقوبات الجديد وفق المادة (1/313)، إذ يمكن أن يكون هذا الأخير نقود أو قيم أو أموال أو تقديم خدمات والرضا بعمل يفرض إلتزاما أو إعفاء، فهل تقديم الحامل بطاقته المنتهية الصلاحية أو الملغاة يعتبر جريمة نصب؟.

(1) نفس المرجع، ص 58.

- 1- حيث يرى هذا الجانب عدم قيام جريمة النصب في حالة ما إذا كانت البطاقة تحمل تاريخ لانتهائها أو في حالة قيام المصدر بإلغاء البطاقة، وذلك لأن من أوسط واجبات التاجر التأكد من مدة صلاحية البطاقة، وعليه إذا قبلها في الحالتين المذكورتين آنفا يمكن القول بأن الحامل قد ارتكب جريمة خيانة الأمانة والتاجر شريكا له.
- 2- أما في حالة ما إذا كان تاريخ انتهاء الصلاحية غير مدون على البطاقة، أو لم تقم الجهة المصدرة بإخطار التاجر بإلغاء البطاقة أو انتهائها، وقام الحامل باستخدام البطاقة لشراء السلعة أو الاستفادة بخدمات من التاجر المورد يشكل جريمة النصب طبقا للمادة (372) من قانون العقوبات الجزائري وبالتدقيق في أركانها وتطبيقها على هذا الفرض نجد:

بالنسبة للركن المادي: يتكون الركن المادي من ثلاثة عناصر هي:

- الاحتيال: ويتمثل في استخدام الجاني وسيلة من وسائل التدليس المنصوص عليها على سبيل الحصر التي تتمثل في: استعمال طرق احتيالية، التصرف في مال الغير، اتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة.
- نتيجة إجرامية: تتمثل في قيام المجني عليه تسليم ماله إلى الجاني كأثر للنشاط الإجرامي.
- علاقة سببية بين النشاط الإجرامي ونتيجة الإجرامية: أي يشترط لقيام جريمة النصب أن تكون رابطة سببية بين الوسائل الاحتيالية وتسليم الأشياء" وهذا يقتضى أن يكون التسليم لاحقا على استعمال التدليس، ويجب أن تكون الوسائل الاحتيالية من شأنها أن تؤدي إلى تسليم المال نتيجة الخداع الضحية بها⁽¹⁾، وبتطبيق على حالة الاستخدام غير المشروع للبطاقة بواسطة الحامل، نجد أن هذا الأخير عندما يقدم البطاقة للتاجر وهو مع علمه بانتهاء مدة صلاحيتها أو بإلغائها لشراء احتياجاته يشكل العنصر الأول (الاحتيال) لجريمة النصب، فبمجرد تقديم الحامل البطاقة للتاجر يكون بمثابة وسيلة احتيالية من الوسائل المنصوص عليها في المادة (372) من قانون العقوبات الجزائري، وأن مجرد تسليم التاجر المشتريات للحامل بناء على الوسيلة الاحتيالية التي قام بها هذا الأخير - تقديم بطاقة منتهية الصلاحية أو ملغاة - يعتبر استيلاء للمال.

بالنسبة للركن المعنوي: الركن المعنوي لجريمة النصب متوافر ذلك لأن الجاني يتعمد الغش، حيث يعلم أنه يغير الحقيقة، وبأنه يأتي بوسيلة من وسائل الاحتيال من أجل الاستيلاء على مال المجني عليه، وهذا ما ينطبق على حامل البطاقة المنتهية أو الملغاة، حيث يعلم بتاريخ نهايتها وفقا للعقد المبرم بينه وبين مصدر البطاقة أو بإلغائها نتيجة العقد السابق، ومع ذلك يحاول إيهام التاجر بصحتها بالاستيلاء على المال بدون وجه حق، ذلك لأن التاجر سيتعرض بعد ذلك لعدم الوفاء بقيمتها من جانب مصدر البطاقة.

كما سبق يتضح، أن استخدام الحامل للبطاقة بعد انتهاء مدة صلاحيتها أو إلغائها من طرف الجهة المصدرة لشراء سلع أو الاستفادة من خدمات من التاجر يشكل جريمة نصب في مواجهته، بشرط إلا يكون هذا الأخير قد أخطر من طرف المصدر بإلغاء البطاقة أو انتهاء صلاحيتها.

ثالثا- الاستعمال غير المشروع لبطاقات الائتمان من قبل حاملها بعد إلغائها:

تحتفظ البنوك المصدرة لبطاقة الائتمان بحقوقها في إلغاء البطاقة الممنوحة للعميل في أي وقت ودون الرجوع إلى الحامل، وذلك ضمن شروط العقد المبرم بين البنك المصدر والعميل حامل البطاقة، لذلك فكل مخالفة من الحامل لهذا الشرط العقدي يرتب مسؤولية في ذمته، كما يمكن للحامل أن يستعمل البطاقة الملغاة في السحب من الموزعات

(1) مرياح صليحة، المرجع السابق، ص 112.

الآلية في حين أن البنك لم يقم بإعادة برمجة ذاكرة الموزع الآلي، مما يساعد الحامل من الحصول على مبالغ نقدية دون حق.

هذا ما يثير التساؤل عن مدى إمكانية إسناد جريمة النصب وبحقها في إلغاء البطاقة الممنوحة للعميل حاملها في أي وقت ودون الرجوع إلى الحامل، وذلك ضمن شروط العقد المبرم بين البنك المصدر والعميل الحامل البطاقة، لذلك فكل مخالفة من الحامل لهذا الشرط العقدي يرتب مسؤولية مدنية في ذمته، باعتباره قد استخدم طرقاً احتيالية في مواجهة البنك كنم خلال التاجر، خاصة وأن إلغاء البطاقة يؤدي إلى خلع صفة الحامل الشرعي عن العميل⁽¹⁾.

إن هناك صورتان لإساءة استخدام البطاقة الملغاة من قبل الحامل تمثلت الصورة الأولى باستخدام البطاقة الملغاة في الوفاء بقيمة المشتريات بامتناع الحامل عن رد البطاقة إلى المصدر بعد إلغائها من قبل الأخير أو بقيام الحامل باستخدام هذه البطاقة للوفاء بقيمة المشتريات من السلع والخدمات، أما الصورة الثانية لإساءة الاستخدام فهي استخدام البطاقة الملغاة من أجل سحب الأموال من أجهزة الصراف الآلي.

الصورة الأولى : استخدام بطاقة الائتمان الملغاة في الوفاء :

إن حامل بطاقة الائتمان قد يقوم باستخدامها بعد إلغائها من قبل المصدر (البنك أو المؤسسة المالية) مما يؤدي إلى إلزام المصدر بهذه المبالغ للتاجر ذلك أن هذا الأخير لا يعلم بإلغاء البطاقة من قبل المصدر، وفي هذه الحالة علينا التفرقة بين فرضين، الفرض الأول يتمثل بامتناع حامل البطاقة عن ردها بعد أن طلبها المصدر منه والثاني يتمثل بقيام الحامل باستعمال البطاقة في الوفاء⁽²⁾.

الفرض الأول : الامتناع عن رد البطاقة بعد طلبها من البنك المصدر :

تعد حيازة الحامل للبطاقة حيازة ناقصة إذ أنه تسلم البطاقة بموجب عقد من عقود الأمانة المنصوص عليها في المادة (341) من قانون العقوبات المصري، أما بالنسبة لقانون العقوبات العراقي فإن المادة (453) تنص على إن الجاني يتسلم المال المنقول على سبيل الأمانة أو بأية كيفية كانت، أي إن التسليم يكون بناء على عقد من عقود الأمانة أو أن يعهد بالمال إلى الجاني بأية كيفية أو يسلم له لأية غرض أو أي عقد يلزمه بالمحافظة على المال ورده عيناً أو باستعماله في أمر معين لمصلحة مالكه أو بناءً على نص قانوني أو حكم قضائي يلزمه بذلك، وبالنتيجة فأي عقد أو نص قانوني أو حكم قضائي يلتزم الشخص بموجبه بالمحافظة على المال ورده عيناً أو باستعماله بطريقة معينة يعد من أوجه الأمانة التي تصلح أساساً لجريمة خيانة الأمانة⁽³⁾.

إن إثبات حصول الركن المادي في هذه الجريمة يعد مسألة موضوعية ممكن أن يستفاد من امتناع الجاني عن رد المنقول مع المطالبة به دون وجود مبرر قانوني لعدم رده أو من الادعاء بضياعه أو إنكاره⁽⁴⁾.

(1) واقد يوسف، المرجع السابق، ص 129-130.

(2) جميل عبد الباقي الصغير، الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان دراسة تطبيقية في القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة، مصر، 2001، ص 77-78.

(3) فخري عبد الرزاق صلي الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة الزمان، بغداد، 1996، ص 370-371. أنظر كذلك: بخصوص ملكية (عائدية) البطاقة البند (14) من اتفاقية بطاقة فيزا بنك مصر إذ جاء فيه: "بطاقة فيزا مملوكة للبنك وهي أمانة لدى حاملها يتعهد بردها وكذا البطاقات المسلمة إلى مفوضيه فور قيام البنك بطلبها".

(4) عبد المهيم بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 1997، ص 911.

وعليه إذا امتنع حامل البطاقة عن ردها فيُعد وكأنما قد ارتكب الفعل المادي لجريمة خيانة الأمانة الذي يتمثل كما يذهب إلى ذلك الفقه بالاستعمال (الصورة الأولى للركن المادي للجريمة) وهو الاستغلال غير المقترن بنية الحامل بتملك المال خلافاً للغرض الذي عهد به إليه من أجله⁽¹⁾ أو التصرف بسوء قصد (الصورة الثانية للركن المادي للجريمة) خلاف الغرض الذي عهد به إليه أو سلم له من أجله حسب ما هو مقرر قانوناً أو حسب التعليمات وبالتالي يُعد خائناً للأمانة⁽²⁾، وبذلك إذا امتنع الحامل عن رد البطاقة إلى المصدر فهو قد أفصح عن إرادته في تغيير حيازته على البطاقة من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة بنية تملكه وبذلك فإن فعله تنطبق عليه النصوص المتعلقة بجريمة خيانة الأمانة، إذ إن جريمة خيانة الأمانة تتحقق بقيام الشخص بتحويل حيازته للشيء المنقول بإضافته إلى ملكه بعد أن كان يحوزه على ذمة مالكة (الحيازة الناقصة)⁽³⁾، وبالنتيجة فإن حامل البطاقة إذا قام بالامتناع عن ردها إلى المصدر يُعد خائناً للأمانة وإن لم يستعمل البطاقة أو يتصرف بها.

الفرض الثاني : استخدام بطاقة الائتمان الملغاة في الوفاء :

إذا قام البنك أو المؤسسة المالية المُصدرة للبطاقة بإلغائها فإن الإلغاء يهدر قيمة البطاقة كأداة ائتمان، ذلك أن البطاقة عندما تُلغى لا يكون لها وجود، فإذا قام الحامل باستخدامها من أجل الحصول على سلع ومشتريات من التجار فيجب مساءلته جنائياً حمايةً للثقة في البطاقة وللمعاملات التي تستخدم فيها⁽⁴⁾، ولقد جزم الفقه باستناد جريمة النصب إلى تصرف العميل المتمثل في الاستعمال غير المشروع للبطاقة الملغاة، وانطلق هذا الاتجاه من نقطة استعمال العميل للبطاقة الملغاة، فاعتبرها صفة غير صحيحة، حيث أن مجرد تقديم الحامل للبطاقة الملغاة إلى التاجر من أجل الوفاء بثمن مشترياته يكون قد أقنعه بوجود ائتمان لا وجود له، طالما أن إلغاء البطاقة مرهون بغلق الحساب، فيكون تصرف التاجر بتسليم المشتريات على أساس أن المشتري هو حامل شرعي لبطاقة صحيحة وهي لم تعد لها أي قيمة قانونية بمجرد إلغائها من طرف البنك الذي يخلع عنها قيمتها وكأداة وفاء، فالحامل إذن قد لجأ إلى الاحتيال من أجل الحصول على مال الغير وبسوء نية⁽⁵⁾، إنطلاقاً من نقطة استعمال العميل للبطاقة الملغاة، ولم يعد للبطاقة أي قيمة قانونية بمجرد إلغائها من طرف البنك الذي يخلع عنها صفتها كأداة وفاء، فالحامل لجأ إلى الاحتيال من أجل الحصول على مال الغير بدون وجه حق وبسوء نية، فيمكن اعتبار ذلك اختلاس في حق البنك الضامن⁽⁶⁾.

ومن أجل تجريم الحامل في هذا الفرض، لا بد أن يقوم المصدر للبطاقة بتبنيه الحامل بإلغاء بطاقة الائتمان ومطالبته بردها⁽⁷⁾، وبالنتيجة إذا لم يقم المصدر بإخطار الحامل وقام الأخير باستخدامها (بتقديمها إلى التاجر من أجل الحصول على السلع أو الخدمات)، فلا يمكن أن تقوم مسؤوليته لعدم علمه بإلغاء البطاقة، إذ أن المسألة تتعلق هنا

(1) محمد نوري كاظم، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1977، ص 315.

(2) فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، المرجع السابق، ص 371-372.

(3) عبد المهيم بكر، المرجع السابق، ص 911.

(4) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 333. كذلك لنفس المؤلف: عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، دار الفكر الجامعي، 2006، ص 574.

(5) عبد الله ليندة، النظام القانوني لبطاقة الدفع، مذكرة ماجستير في القانون الخاص تخصص قانون الإصلاحات الاقتصادية، جامعة جيجل، الجزائر، 2007، ص 134-135.

(6) سعود محمد توفيق، بطاقة الائتمان والأسس القانونية الناشئة عن استخدامها، الطبعة الأولى، دار الأمين للنشر، 2001، ص 118.

(7) نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2005، ص 115.

بالقصد الجنائي للحامل الذي يتمثل بإرادة استخدام البطاقة الملغاة وإرادة الحصول على السلع والخدمات، والعلم الذي ينبغي أن ينصرف إلى كافة مكونات الجريمة مع العلم بأنه يستخدم بطاقة ملغاة.

أما الأمر الآخر الذي لا بد من توافره من أجل تجريم فعل الحامل، فيتمثل بعدم قيام المصدر للبطاقة بإخطار التاجر بإلغاء البطاقة، فإذا قدمت البطاقة الملغاة إلى التاجر ولم يكن التاجر قد أُخطِر بهذا الإلغاء من قبل البنك، فهنا تقوم المسؤولية الجنائية للحامل⁽¹⁾، أما إذا قامت الجهة المصدرة بإخطار التاجر بإلغاء البطاقة وأن التاجر قبلها على الرغم من ذلك، فهنا لا يُسأل الحامل عن أي جريمة لأن تقديم البطاقة الملغاة يعد أسلوباً ساذجاً لا يندفع به أحد⁽²⁾، وبذلك لا يُمكن تجريم الحامل وقيام مسؤوليته عن هذا الفعل ما لم يكن قد أُخطِر بالإلغاء (عالمياً بالإلغاء) وأن يكون التاجر غير مُخطَر بهذا الإلغاء، وإذا كانت مسؤولية الحامل الجنائية تقوم في هذه الحالة، فإن الخلاف قد ثار حول التكييف القانوني لفعله أي الجريمة التي يسأل عنها.

الرأي الأول: حامل البطاقة يُسأل عن جريمة احتيال:

إذ يرى البعض أنه إذا كانت نفقات الحامل سيئ النية تتجاوز المبلغ المضمون، وإذا تجاوزت لا يدفع المصرف للتاجر لعدم وجود وصيد كاف في حساب الحامل، بالنسبة للتاجر يمكنه ملاحظة الحامل بجرم الاحتيال ذلك أن استعمال البطاقة يشكل مناورة احتيالية تهدف إلى إيهام المورد بوجود حساب وهمي، أما بالنسبة للتجاوز في عمليات سحب الأموال من الصراف الآلي، ففي لبنان مثلاً فإن البطاقة التي تعطى لعملاء المصرف لا تخولهم بسحب أموال تفوق تلك المودعة في حسابهم، ويمكننا الإشارة على سبيل المثال إلى اتفاقية ماستر كارد للبنك التجاري الكويتي التي تنص في أحد بنودها: أن أي تحويل يتجاوز الحد الائتماني الممنوح للعميل يتطلب إجراء اتصال بين التاجر المستفسر والبنك، لذلك يوافق العميل على تأجيل استعماله للبطاقة إذا كان سوف يترتب على هذا الاستعمال تجاوز الحد الائتماني المتفق عليه لحين الحصول على موافقة البنك بواسطة تبادل الاتصالات.

أما في فرنسا، فالمشكلة المطروحة والتساؤل الذي جرى في هذا الإطار، هو هل التجاوز في السحب يعتبر احتيالياً؟ وهل استعمال البطاقة وفقاً للأصول العادية الطبيعية يشكل مناورة احتيالية المعاقب عليها قانونياً؟

ليس هناك رأي مستقر في الاجتهاد، أما بالنسبة لجرم السرقة فهو غير متحقق لأن المصرف هو الذي يضع الأموال بتصرف المستفيدين، أما الغرفة الجنائية لحكمة التمييز الفرنسية قررت لها أنه مع انتفاء النص، لا يشكل هذا السحب جرماً جزائياً بل إخلالاً بالتزام تعاقدية إلا أن القانون المتعلق بالغش المعلوماتي في فرنسا ميز بين حالين:

- إما أن يعتمد الحامل على الاستفادة من الموزع الألى وفقاً للأصول العادية الطبيعية الصحيحة ولا يكون عرضة لعقاب جزائي.

(1) أبو الوفا محمد أبو الوفا، المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الائتمان في القانون المقارن والفقه الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية والالكترونية، ماي 2003، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، المجلد الخامس، ص 2083.

ينبغي التنويه إلى أن الجريمة تكون تامة إذا قام الحامل بتقديم البطاقة الملغاة إلى التاجر وقبلها الأخير وسلم ما طلبه الحامل إليه، أما في حالة ما إذا قام الحامل بتقديم البطاقة للتاجر ولم يقبلها الأخير لأي سبب كأن يكون قد علم إن هذه البطاقة ملغاة فإن الحامل سوف يكون مسئولاً عن شروع وليس جريمة تامة.

(2) عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، المرجع السابق، ص 574. أنظر كذلك: عمر سالم، الحماية الجنائية لبطاقة الوفاء، الطبعة الأولى، دار النهضة، القاهرة، 1995، ص 106.

- وإما يلجأ إلى أفعال قصدية ومناورات غير أبه لحقوق الغير ويكون عندها للمساءلة الجزائية التي يختلف وصفها بحسب خطورة الأفعال المقترفة، فالقانون يعاقب كل من أعاق أو غير عمل الجهاز⁽¹⁾.

كما قضت بعض المحاكم الفرنسية بمساءلة حامل البطاقة عن جريمة احتيال، لأنه تعسف في استخدام بطاقته مما اضطر المصدر إلى إلغائها والطلب بردها إليه، إلا أنه قام باستخدامها وهي التي جردت من كل قيمة حينما ألغيت هادفاً الإقناع بوجود ائتمان وهمي والحصول من البنك أو المؤسسة المالية على وفاء للتجار الذين تعامل معهم الحامل مما يشكل استيلاء على ثروة الغير⁽²⁾، وذهب آخر إلى تأكيد هذا الرأي بالقول إن استخدام بطاقة الائتمان الالكترونية بعد إلغائها يُعد وسيلة احتيالية تتمثل في إقناع المجني عليه بوجود ائتمان وهمي وانه صاحب رصيد دائم في البنك، إذ إن الوسائل (الطرق) الاحتيالية تُعد صورة من صور الركن المادي في جريمة الاحتيال، ومن الممكن أن تقوم هذه الجريمة بالصورة الأخرى، كما يرى الفقه الجنائي التي تتمثل اتخاذ الجاني صفة غير صحيحة لأن من يدعي صفة زالت بعد إن كانت له فهو يدعي بصفة غير صحيحة وبالتالي تقوم جريمة الاحتيال⁽³⁾.

إذ إن بعض من الفقه الفرنسي يرى أن الصفة غير الصحيحة هنا تتمثل في أن حامل البطاقة يمكن اعتباره (موكل) والبنك (وكيل) عن الحامل في الوفاء بقيمة مشترياته⁽⁴⁾، والملاحظ إن التشريعات لم تحصر الصفات التي بانتحالها تقوم الجريمة، إذ إن ذلك من الصعوبة لكثرة هذه الصفات لذلك قام بعض الفقه بإعطائها تعريف تمثل بأن الصفة غير الصحيحة تلك الصفة التي لا تتوافر لدى الجاني في الواقع، لذلك يقوم بانتحالها ويترتب على انتحاله لها أن يكتسب لدى المجني عليه ثقة ما كان يحصل عليها لولا هذه الصفة⁽⁵⁾، وبالنتيجة فإن جريمة الاحتيال متوفرة في هذه الحالة من حيث أركانها المادي والمعنوي (القصد الجنائي) كما إن أداة الجريمة وهي البطاقة الملغاة موجودة.

الرأي الثاني : حامل البطاقة يُسأل عن جريمة خيانة أمانة :

وعلى العكس من الرأي الأول فقد ذهبت بعض المحاكم الفرنسية إلى إن الحامل إذا استمر باستخدام البطاقة بعد إلغائها فإنه يُسأل عن جريمة خيانة الأمانة⁽⁶⁾، إذ أن الاستعمال الذي تقوم به خيانة الأمانة هو ذلك الاستعمال الذي لا يجوز أن يصدر من غير المالك بحيث إن الجاني بات ينظر إلى نفسه نظرة المالك⁽⁷⁾، وقد سار البعض مع هذا الاتجاه إذ ذهبوا إلى إن الحامل متى ما قدم البطاقة الملغاة للاستخدام ولا أحد غيره يعرف هذه المعلومة (إلغاء البطاقة) فهو مالك لها، ذلك إن الاستعمال قرين الظهور بمظهر المالك، إذ أنه مالك لها طالما أنه الحامل الشرعي لها وإن كانت

(1) واقد يوسف، المرجع السابق، ص 131-132.

(2) عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، المرجع السابق، ص 575-576.

(3) جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص 82.

(4) jean Didiere Wilfrid, Droit pénal général, Paris, No: 988, P 2.

وبذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يعد من قبيل الصفة غير الصحيحة ادعاء الجاني كذباً بأنه وكيل عن شخص طبيعي أو معنوي، مما تقوم به جريمة الاحتيال؛ نقض جنائي فرنسي عام 1999. أشار إليه: أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 2085. كما قضت محكمة النقض المصرية بأن قيام الصفة الكاذبة مردد الادعاء بواقعة غير صحيحة تتمثل بالوكالة عن الغير، كما قضت بأن ادعاء الوكالة في حد ذاته يكفي لقيام جريمة الاحتيال دون الحاجة للاستعانة بالطرق الاحتيالية الأخرى. مجموعة أحكام محكمة النقض، جلسة 1986/3/20، ص 432.

(5) عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 583.

(6) عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، المرجع السابق، ص 574.

(7) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، 2012، ص 1207.

ملغاة أو منتهية الصلاحية⁽¹⁾، إلا أن هناك من يذهب إلى عكس ذلك، ويقول إن حامل بطاقة الائتمان الملغاة لا يظهر بمظهر المالك وإنما يظهر بمظهر حامل بطاقة ائتمان صالحة للاستخدام وانه لا يزال يتمتع بالمزايا التي منحه إيها البنك المصدر للبطاقة، وبذلك لا تتوفر بحقه جريمة خيانة الأمانة⁽²⁾.

الرأي الثالث : حامل البطاقة يُسأل عن شروع في جريمة السرقة :

ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن حامل البطاقة يُسأل عن شروع في السرقة، ذلك أن إلغاء البطاقة تم بسبب عدم وجود رصيد⁽³⁾، إلا أن هذا القول مردود عليه متى ألغيت لأي سبب على الرغم من وجود رصيد للحامل.

ونحن نذهب لعدم وجود نصوص خاصة تُجرم مثل هذا الفعل في اغلب القوانين - مع ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول⁽⁴⁾، من إن الحامل يمكن أن يُسأل في هذه الحالة عن جريمة الاحتيال التي نص عليها مشرعنا في المادة (456) من قانون العقوبات التي يمكن أن يقوم ركنها المادي باستخدام الطرق الاحتيالية التي لم يعرفها المشرع لصعوبة حصرها تحت مسميات معينة مما اضطر الفقه إلى تعريفها تعاريف متعددة منها (كل كذب مصحوب بوقائع خارجية أو أفعال مادية يكون من شأنها توليد الاعتقاد لدى المجني عليه بصدق هذا الكذب بما يدفعه إلى تسليم ما يُراد منه تسليمه طواعية واختياراً، وبذلك يلزم لتحقيق الطرق الاحتيالية أن يكون هناك كذباً من جانب الجاني سواء كان بالقول أو بالكتابة أو الإشارة وأن يكون مصحوباً بوقائع مادية خارجية تؤيد هذا الكذب.

ولم يشترط المشرع أن تكون هذه الطرق من طبيعة معينة بحيث تكفي لخداع شخصاً عالي الذكاء وإنما يكفي أن تكون قد خدعت المجني عليه نفسه، إذ إن غش المجني عليه وخداعه مسألة نسبية تقاس بمقدار ذكائه وإدراكه⁽⁵⁾، وبالنتيجة فإن حامل البطاقة بادعائه بأنه حامل بطاقة ائتمان صحيحة أو سارية المفعول فهو يدعي كذباً أما إبرازه للبطاقة الملغاة على إنها بطاقة صحيحة فهو يتخذ مظهراً خارجياً لتأييد الادعاءات الكاذبة، وبذلك فإن جريمة الاحتيال يمكن أن تقوم هنا باستخدام الطرق الاحتيالية⁽⁶⁾، ومن الممكن أن تقوم مسؤولية الحامل عن جريمة الاحتيال بطريق آخر نصت عليه التشريعات كصورة ثانية من صور الركن المادي يتمثل باتخاذ الجاني صفة غير صحيحة، إذ إن من يدعي صفة زالت بعد إن كانت له فهو يدعي بصفة غير صحيحة، علماً إن اتخاذ هذه الصفة يكفي لقيام الجريمة من دون أن يحتاج الجاني إلى الاستعانة بالطرق الاحتيالية من أجل تأكيد ادعائه⁽⁷⁾.

الصورة الثانية : استخدام بطاقة الائتمان الاليكترونية الملغاة في سحب النقود :

إن استخدام بطاقة الائتمان الملغاة من أجل سحب النقود من أجهزة الصراف الآلي (السحب الآلي) يعد مثلما يقول البعض أمر غير متصور وبالغ الصعوبة في ظل الاحتياطات التي تضعها البنوك على الأجهزة التابعة لها

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، المرجع السابق، ص 575.

(2) أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 2083.

(3) نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص 116.

(4) عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحجيتها، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 122-123.

(5) رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، 1978، ص 452.

(6) واثبة داود السعدي، قانون العقوبات، القسم الخاص، جامعة بغداد، كلية القانون، 1988-1989، ص 211-213.

(7) فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص: الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص 382-383.

(7) نفس المرجع، ص 386.

لأن هذه الأجهزة عادةً ما ترفض القيام بعملية السحب أو تقوم بابتلاع البطاقة، إذ إن وسائل الرقابة على صلاحية بطاقات السحب الإلكتروني جعلت الاستعمال السيئ (الاستخدام غير المشروع) بمقابل أجهزة الصراف الآلي يكون مقصوراً على حالة السحب المتجاوز للرصيد ولا يتضمن استعمال البطاقة الملغاة أو المنتهية الصلاحية إذ إن هذه البطاقات يتم سحبها بطريقة آلية عن طريق الأجهزة التي تتم برمجتها من أجل القيام بهذا العمل بعد أن تُرود بالذاكرة اللازمة لذلك⁽¹⁾.

وإذا كان الأمر كذلك من غير الممكن الحصول على أموال البنك المودعة في أجهزة الصراف الآلي، فهل من الممكن إضفاء الصفة الإجرامية على أفعال الحامل في هذه الصورة أي في حالة ما إذا قام الحامل بوضع البطاقة الملغاة في جهاز الصراف الآلي قاصداً الحصول على الأموال من دون أن يحصل على ما يُريد؟.

ذهب البعض إلى أن هذا الفعل لا يعدو كونه شروعاً في سرقة أموال البنك المودعة في أجهزة الصراف الآلي⁽²⁾، إلا أن هناك من يقول بأن هذه الصورة لا تعدو عن كونها جريمة احتيال ذلك إن الحامل احتفظ بالبطاقة على الرغم من إلغائها الذي جرده من صفته كحامل شرعي للبطاقة واستمر باستخدامها بصفة غير صحيحة من أجل إيهام الغير بوجود ائتمان غير حقيقي (غير موجود في الأصل)⁽³⁾، وبالنتيجة تقوم الجريمة باتخاذ الجاني صفة غير صحيحة كما يمكن أن تقوم باستعمال الجاني طرقاً احتيالية تؤدي إلى نفس الهدف.

إلا إن السؤال الذي يُثار هنا في حالة ما لو قام حامل البطاقة بارتكاب فعل مادي ممكن أن تقوم به جريمة الاحتيال سواء أكان بإتباع طرق مادية ممكن اعتبارها وسائل احتيالية متقدمة أو غيرها من صور الركن المادي في جريمة الاحتيال وحاول الحصول بمقتضاها على أموال البنك المودعة في الصراف الآلي فهل تقوم جريمة الاحتيال الناقصة أي هل من الممكن ممارسة وسائل الاحتيال على الجهاز الآلي؟.

ذهب رأي في الفقه إلى إن هذه الجريمة لا تقوم إلا إذا قام الجاني بخداع شخصاً مثله أي لا يتصور أن تنصرف الوسائل الاحتيالية إلى جهاز آلي⁽⁴⁾، وهذا الاتجاه تتبناه تشريعات مصر وألمانيا والدانمرك وفنلندا واليابان والنرويج والسويد ولكسمبرج وإيطاليا⁽⁵⁾.

ويذهب رأي آخر من الفقه المصري إلى أن غش العدادات كعداد الماء والكهرباء والأجهزة الحاسبة هو نوع من تجسيد الكذب الذي تتحقق به الطرق الاحتيالية التي تعد السلوك الإجرامي في جريمة الاحتيال⁽⁶⁾.

(1) نائلة عادل محمد فريد، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 533.

(2) جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص 83.

(3) كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الائتمان، دار النهضة العربية، 1998، ص 831.

(4) محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 123.

(5) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 217.

(6) عوض محمد، جرائم الأشخاص والأموال، الطبعة الثالثة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1984، ص 1990. كذلك أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، 1979، ص 892.

وبالنتيجة إذا استخدم الحامل (الجاني) بطاقته الائتمانية المملغة استخداماً تعسفياً في سحب الأموال من أجهزة الصراف الآلي للنقود فإن فعله يشكل جريمة الاحتيال⁽¹⁾، إلا إن الجريمة في هذا الفرض هي جريمة احتيال ناقصة لعدم تمكن الحامل من سحب هذه الأموال من الصراف الآلي للأسباب التي ذكرناها.

لقد لاحظنا إن هناك ثلاثة أفعال للحامل (اثنان في الصورة الأولى وفعل واحد في الصورة الثانية) كما لاحظنا إمكانية إنطباق أكثر من نص في قانون العقوبات على هذه الأفعال على الرغم من إنها من طبيعة واحدة متمثلة بإساءة استخدام بطاقة اليكترونية ملغاة من قبل حاملها لذلك نرى وعلى الرغم من إمكانية انطباق النصوص المتعلقة بجرائم الأموال التقليدية (خيانة الأمانة والاحتيال) التي ذكرناها على أفعال الحامل تجريم كل هذه الأفعال وفق نص واحد وتحت عنوان جريمة إساءة استخدام البطاقة الاليكترونية المملغة أي ضمن باب جرائم الغش المعلوماتي.

المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقات الائتمان من قبل الغير :

يقصد بالغير هنا من لم تصدر البطاقة باسمه من الجهة المصدرة، فإذا استعمل الغير بطاقة الائتمان كان استعماله هذا غير مشروع، ويعرف الغير في هذا الخصوص باستبعاد هاتين الفئتين أي التاجر وموظفي البنك، وقد تظهر مشكلة الغير حين فقد البطاقة، أو سرقتها، أو ضياع الرقم السري الخاص بها أو سرقة، لأنه بدون رقم سري لا يمكن استخدام البطاقة البلاستيكية.

وعلى الرغم من التقدم الفني للمحافظة على عدم تزوير البطاقة، إلا أن هناك تقدماً علمياً أيضاً في كيفية الاستعمال غير المشروع لبطاقة الائتمان من جانب الغير وخاصة جرائم تزوير تلك البطاقة، قد يتخذ هذا التزوير صورة تزوير كلي أي خلق لها من العدم على غرار البطاقة الصحيحة (أي عمل بطاقة أخرى)، بمعنى أن يتم تزوير المادة المكونة للبطاقة نفسها وبياناتها وهو ما يعرف بالتقليد، وأن التزوير بهذا الشكل وإن كان صعب إلا أنه ليس مستحيلاً، وقد يتم التزوير بالبيانات فقط كالرقم السري أو التوقيع⁽²⁾.

وهنا يثار تساؤل إذا فرض أنه تم تزوير البطاقة فما هو التكييف القانوني لهذه الواقعة؟ فهل يعتبر فعل الجاني جريمة تزوير؟

الاستعمال غير المشروع لبطاقات الائتمان يتم إما: بتزوير الغير لبطاقة الائتمان، استعمال الغير لبطاقة الائتمان المزورة، استعمال الغير لبطاقة مسروقة أو ضائعة.

المطلب الأول: تزوير الغير لبطاقة الائتمان :

يتم التزوير عندما تفقد بطاقة الائتمان من العميل أو تسرق منه فيتلقاها الغير ويقوم باستبدال ما بها من بيانات ومعلومات ويقوم باستخدامها في عمليات الشراء والسحب فيشكل اعتداء ليس على البنك المصدر للبطاقة فحسب، ولكن يمتد الاعتداء ليشمل حامل البطاقة أيضاً، هذا الاعتداء يشكل في رأي جمهور الفقهاء جريمة تزوير على اعتبار التزوير هو تغيير الحقيقية وتغيير ما على الشريط الممغنط الخاص بالبطاقة يعد تزويراً لأنه يغير ما على البطاقة من بيانات ومعلومات.

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 223.

(2) كميت طالب البغدادي، الإستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان، المسؤولية الجزائية والمدنية، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 193.

وتتم هذه العملية عن طريق ما يسمى بعملية (Skimming Devis) للحصول على خصائص الهوية الالكترونية من القطاعات المغناطيسية من إحدى البطاقات الصحيحة⁽¹⁾، ثم نقلها بنفس الخصائص إلى بطاقة أخرى. وتزوير البطاقة الائتمانية ذاتها قد يكون كلياً وقد يكون جزئياً، حيث يتم التزوير الكلي باصطناع البطاقة بالكامل وتقليد ما عليها من كتابات وحروف وعلامات وأشرطة أو من خلال بيانات بطاقة صحيحة يتم الحصول عليها بتصويرها فوتوغرافياً بعيداً عن أعين العميل، وقد يكون بتغيير بعض بيانات البطاقة كنزع الشريط المغنط الأصيلي ووضع الشريط الخاص بالفاعل القائم بعملية التزوير⁽²⁾.

وكل هذه الحالات والأنماط لا تدخل في حيز تعريف الفقه للتزوير بحيث يعرف التزوير بأنه: تغيير الحقيقية في محرر بإحدى الطرق التي نص عليها القانون تغيير من شأنه إحداث ضرر مقترن بنية استعمال المحرر المزور فيما أعد له⁽³⁾، ولقد نص المشرع الجزائري على التزوير في المحررات العرفية أو التجارية أو المصرفية في المواد من (219-221) من قانون العقوبات وبناء على ذلك، سنين أركان الجريمة، كالآتي:

أ- الركن المادي: يتوافر الركن المادي لجريمة التزوير، بتغيير الحقيقة بإحدى الطرق التي نص عليها المشرع في نص المادة (216) من قانون العقوبات الجزائري ومن بين هذه الطرق التقليد والاصطناع.

والتقليد في مجال التزوير، يراد به تحرير المتهم كتابةً بخط يشبه خط شخص آخر، وهي يسعى بذلك إلى أن ينسب إلى هذا الأخير البيانات التي تضمنتها الكتابة⁽⁴⁾، أما الاصطناع: فهو خلق محرر بأكمله ونسبته إلى غير محرره.

ب- ركن الضرر: يشترط أن يترتب على تغيير الحقيقة ضرر يلحق بشخص معين، سواء كان هذا الأخير ضراً مادياً أو أدبياً، حال أو محتمل، ويستخلص احتمال الضرر من احتمال استعمال ضار للمحرر المزور، وقد يترتب ضرراً اجتماعياً يصيب المجتمع بأسره ولا يختص بفرد معين.

ج- الركن المعنوي: بلا شك يتوافر الركن المعنوي (القصد الجنائي العام والخاص) عند من يقدم على تزوير بطاقة الائتمان، لأنه يعلم بجميع أركان التزوير، من أنه يقوم بتغيير الحقيقة في إحدى المحررات العرفية وبطريقة من الطرق التي حددها القانون، وأنه يترتب على ذلك ضرراً حالاً أو محتملاً بأحد الأشخاص أو المجتمع وهذا هو القصد العام والقصد الخاص هو النية في استعمال البطاقة المزورة استعمالاً غير مشروع للغرض أو الأغراض التي أعدت من أجلها وهو ما نصت عليه المادة (215) من قانون العقوبات: "... بقصد الغش..."، وعليه، متى توافر القصد الجنائي فلا عبرة بعد ذلك بالباعث على ارتكاب التزوير، ولا بالغاية التي يقصدها المزور، ومحل الجريمة ينطبق على بطاقة الائتمان كما سبق ذكره، لكون البطاقة تحتوي على معلومات وبيانات هي موضوع التزوير، والمحرر وسيلة التعبير عن علاقة قانونية بين شخصين بما تتضمنها من حقوق والتزامات ويعاقب القانون على تغيير هذه الحقيقة⁽⁵⁾.

وعليه، فإن العيب بتلك البيانات يشكل الركن المادي لجريمة التزوير، كأن يعمد الجاني إلى تغيير النقوش التي تحملها أو التلاعب في الأرقام المكتوبة عليها أو عن تقليدها، حيث يكفي أن يكون التقليد يشبه البطاقة المزورة ويجعلها مقبولة للتعامل نتيجة توصل المقلد إلى الحصول على الرقم السري الخاص الذي يمكنه من سحب أموال، وهذا ناتج عن التطور الذي حصل مؤخراً في ميدان الإعلام الآلي، حيث سمع باستعمال تقنيات تمكن المقلدين من

(1) توجد العديد من التقنيات الأخرى في تزوير بطاقة الائتمان منها: (Scanner)، (Inposing)، وعملية الصقل أو (Buffer) أو استعمال قارئ الكتروني مغناطيسي (Electronic Magniyic Reader).

(2) إيهاب فوزي السقا، الحماية الجنائية والأمنية لبطاقات الائتمان، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2000، ص 192.

(3) كميت طالب البغدادي، المرجع السابق، ص 193.

(4) مرياح صليحة المرجع السابق، ص 119.

(5) كميت طالب البغدادي، المرجع السابق، ص 195.

الحصول على الرقم السري للبطاقات وذلك بواسطة برنامج (credit master logiciel) الذي يسمح بإعادة تشكيل الرقم السري للبطاقة⁽¹⁾.

وعلى ضوء ما سبق يتضح، انطباق جريمة التزوير على قيام الجاني بإحداث تغير في بطاقات الائتمان، ومن ثم يكون هذا الأخير مسؤولاً طبقاً لنص المادتين (219-220) من قانون العقوبات الجزائري⁽²⁾.

1. استعمال الغير لبطاقة إئتمان مزورة :

حرص المشرع الجزائري على تجريم استعمال المحرر المزور، وجعل هذه الجريمة مستقلة عن جريمة التزوير، وجريمة استعمال محرر مزور تعني دفع المحرر إلى التعامل، أي استخدام بطاقة الائتمان المزورة لشراء سلع أو خدمات لدى التاجر المورد، ثم إن العقاب على استعمال المحرر المزور وارد حتى ولو لم يكن المستعمل هو المزور نفسه⁽³⁾، وقد نصت المادة (221) من قانون العقوبات الجزائري على أنه : "في الحالات المشار إليها في هذا القسم، يعاقب كل من استعمل المحرر الذي يعلم أنه مزور أو شرع في ذلك بالعقوبات المقررة للتزوير وفقاً للتقسيم المنصوص عليه في المادتين (219)، 220"، حيث أن المشرع الجزائري من خلال هذه المادة ساوى في العقوبة بين استعمال المزور وجريمة التزوير المحررات العرفية وحسب ما نصت عليه المادة (220) من قانون العقوبات الجزائري : "كل شخص ارتكب تزويراً بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة (216) في محررات عرفية أو شرع في ذلك، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 2000 دج".

ويرى جانب من الفقه، إلى أن في حالة ارتكاب المتهم فعلاً واحداً تحقق به التزوير والاستعمال، ففي هذه الحالة توقع عقوبة واحدة هي العقوبة الأشد، وهذا ما يطابق المادتين (34،35) من قانون العقوبات الجزائري، أما إذا وقعت إحدى هاتين الجريمتين من شخص والأخرى من شخص آخر فكل منهما يخضع لعقوبة الجريمة التي ارتكبتها. وعليه، فأركان جريمة استعمال محرر مزور تتمثل في إخراج المتهم المحرر المزور إلى مجال التعامل واستعماله وعلم هذا الأخير بأن المحرر مزور فهنا توافرت أركان جريمة التزوير، وبتطبيق ذلك على استخدام بطاقة الائتمان المزورة في تسوية بعض المشتريات لدى أحد التجار، فبمجرد إظهار البطاقة المزورة لدى أحد التجار المعتمد من لدى الجهة المصدرة لتسوية المشتريات لديه يكون الركن المادي للجريمة فعل الاستعمال، كما أن القصد الجنائي (الركن المعنوي) متوافر، لأن من قدمها للتاجر يعلم بالتزوير، واستعان بالبيانات المزورة للتأثير على التاجر لقبولها في الوفاء⁽⁴⁾، فحصل هذا الأخير على منفعة جراء استعمالها، وبالتالي ألحق ضرراً بالحامل الحقيقي من وراء هذا الفعل. إضافة إلى ما ذكر أعلاه، أن استعمال البطاقة المزورة يتوافر لها أركان جريمة النصب والمنصوص عليها في المادة (372) من قانون العقوبات، لأنه استيلاء على مال منقول مملوك للغير بطريق الاحتيال، فإذا ما قدم شخص البطاقة المزورة للتاجر يكون قد أوهمه، مما يؤدي بالتاجر إلى الاعتقاد بوجود اعتماد وهمي لدى من نسبت إليه البطاقة المزورة، إلا إذا أثبت إهمال التاجر في اتخاذ الاحتياطات اللازمة للبطاقة والتأكد من سلامتها وشخصية حاملها⁽⁵⁾.

(1) مبراح صليحة، المرجع السابق، ص 119.

(2) خلافاً للمشرع الجزائري، نجد المشرع الفرنسي قد أصدر قانون رقم 1382/91 المؤرخ في 1991/12/30 المنظمين حماية الشيك وبطاقة السحب.

(3) واقد يوسف، المرجع السابق، ص 138.

(4) كميت طالب البغدادي، المرجع السابق، ص 201.

(5) عبد الله ليندة، المرجع السابق، ص 148.

2. استعمال الغير لبطاقة ائتمان مسروقة أو ضائعة :

يلتزم حامل البطاقة بإخطار الجهة المصدرة للبطاقة فوراً عن سرقة أو ضياع بطاقته بمقتضى العقد المبرم بينهما، حيث يكون الحامل قد أحل بالتزاماته التعاقدية الذي يفرض عليه إلزاماً بالحفاظ على البطاقة ورقمها السري حتى لا يعرفه الغير الذي قام بسرقة البطاقة أو عثر عليها نتيجة لفقده، وينتج عن الإخلال بهذا الإلتزام انتفاء مسؤولية البنك المصدر لبطاقة في حالة الاستعمال التدليسي لهذه البطاقة من طرف الغير، ويعتبر هذا من أكبر المخاطر التي تواجه بطاقات الائتمان، كمحاولة الغير استعمال البطاقة التي عثر عليها أو سرقتها في عمليات شراء أو قصد الحصول على مبالغ مالية من الموزع الآلي بطرق تدليسية غير مشروعة وعلى ضوء ما سبق، يمكن أن ينسب إلى الغير أكثر من جريمة، نذكر هذه الجرائم بالترتيب.

أ- جريمة السرقة : لقد عرف الفقه الجزائي جريمة السرقة بأنها اختلاس مال منقول مملوك للغير بنية تملكه، يتضح من هذا التعريف أركان جريمة السرقة وهي :

الركن المادي: ويتمثل في اختلاس بطاقة الائتمان، أي الاستيلاء على الحيازة الكاملة للبطاقة رغماً عن إرادة حامل.

محل جريمة السرقة : وهي البطاقة ذاتها، وهي تعتبر من المنقولات وبالتالي يمكن أن ترد عليها السرقة.

الركن المعنوي : يتجسد في صورة نية ارتكاب فعل الاختلاس الواقع على منقول مملوك للغير، وعليه، يتعرض الشخص الذي يقوم بسرقة بطاقة الائتمان للعقوبة المنصوص عليها في المادة (350) من قانون العقوبات، وهي الحبس من سنة على الأقل إلى 5 على الأكثر، وبغرامة مالية من 500 دج إلى 20.000 دج.

- جريمة التزوير: وتتم هذه الجريمة في صورة استعمال اسم مزور أو توقيع مزور، إذ يقوم الشخص الذي قام بسرقة البطاقة أو الذي عثر عليها بتزوير التوقيع على فاتورة الشراء وذلك بتقليده النموذج الذي تحمله البطاقة على ظهرها.

- جريمة النصب : ينطبق أيضاً وصف جريمة النصب على مستعمل البطاقة المسروقة أو الضائعة، كما اتفق الفقه الفرنسي على ذلك مستنداً على أن استعمال الشخص لبطاقة ائتمان مسروقة أو ضائعة يكون على أساس استعمال هذا الأخير لحيل تدليسية، تتمثل في هذه الحالة في استعمال اسم كاذب، وهو اسم حامل البطاقة الشرعي لخداع التاجر بوجود ائتمان وهمي له، ويترتب على ذلك إضرار تلحق بكل من التاجر ومصدر البطاقة والحامل.

المطلب الثاني : الاستعمال غير المشروع لبطاقة الائتمان من قبل موظفي البنك والتاجر :

إن خطر الاعتداء على وسائل الدفع بواسطة البطاقات لا يتوقف على الحامل أو الغير الذي يسرق أو يعتدي على نظامها، وإنما قد يصل مرتكبي هذه الاعتداءات إلى موظفي البنوك والمؤسسات التي تقدم خدمة الدفع بهذه الطرق.

الفرع الأول : تلاعب موظفي البنك المصدر للبطاقة في بطاقات الائتمان: يتم التلاعب في بطاقات الائتمان بثلاثة طرق: وهي إما باتفاق موظف البنك مع العميل حامل البطاقة، أو بالاتفاق مع التاجر أو مع الغير.

فالطريقة الأولى : يتم اتفاق موظف البنك مع العميل وتنعكس صورته في فعل ما يلي :

▪ استخراج بطاقات سليمة ببيانات مزورة أي تقديم مستندات مزورة.

■ السماح للعميل بتجاوز حد البطاقة في السحب أو السماح للعميل بالصرف بموجب بطاقة منتهية الصلاحية، أو بعد صدور قرار بسحبها⁽¹⁾.

ففي الحالة الأولى يكون موظف البنك قد ساعد العميل على قبول المحرر المزور، للحصول على البطاقة الائتمانية والتساؤل يثار هنا حول مسؤولية موظف البنك عما إذا كان فاعلا معه في الجريمة أم شريكا؟

نصت المادة (39) من قانون العقوبات المصري تنص على أنه: "يعد فاعلا للجريمة من يرتكبها وحده أو مع غيره، ومن يدخل في ارتكابها إذا كانت تتكون من جملة أعمال فيأتي عمدا عملا من الأعمال المكونة لها"، وبتطبيق هذه المادة على حامل البطاقة وموظف البنك نجد أن موظف البنك قد انطبق عليه الوصف القانوني في كونه ارتكب جريمة مع صاحب البطاقة، فضلا عن ذلك فإن عمله طبقا للفقرة الثانية من المادة (39) يكون متمما لهذه الجريمة فموظف البنك على علم بأن الأوراق المقدمة من العمل مزورة.

وتتعدد تكييفات تواطؤ موظف البنك في استخراج بطاقة دفع بوثائق وبيانات مزورة وفقا لما يلي :

- اعتبار موظف البنك فاعلا أصليا في جريمة التزوير إذا قام هو بتدوين ما هو على غير الحقيقية في المحرر الخاص بالبنك وهو عالم بذلك.

- اعتبار موظف البنك شريكا في جريمة التزوير، إذ ساعد العميل على قبول البنك المصدر للبطاقة للمستندات المزورة المطلوبة ويتمكن من استخراج البطاقة الائتمانية.

- اعتبار موظف البنك مستعملا لمستندات مزورة، وإخفاء طابع الشرعية عليها وهو عالم بتزويرها.

ففي الحالة الثانية، قد يتفق موظف البنك مع العميل على إعطائه مبلغا معيناً نظير علمه بالمحرر المزور لاستخراج بطاقة الائتمان أو نظير تجاوز حد البطاقة للسحب أو انتهاء صلاحيتها أو صدر قرارا بإلغائها، وقد يتفق مع الموظف على اقتسام المبلغ فيما بينهما، فأى وصف قانوني ينطبق على أفعال الموظف في نسب هذه الجرائم المختلفة عما إذا كلن هذا الوصف سرقة أو نصب أو خيانة أمانة أو رشوة؟

فلا تنطبق أركان السرقة والنصب على هذا الفعل ولا تنطبق كذلك أركان الاختلاس ولا تحايل ولا عقد من عقود الأمانة، ولكن اتفاق موظف مع العميل نظير فائدة يحصل عليها يعد من قبيل الرشوة⁽²⁾.

أما الطريقة الثانية فيتم فيها اتفاق موظف البنك مع التاجر في صورته غير المشروعة، وقد يتفقا على ما يلي :

1/ تجاوز حد السحب في صرف قيمة إشعارات البيع (البونات).

2/ حالة اعتماد إشعارات بيع منسوبة إلى بطاقات وهمية أو مزورة أو منتهية الصلاحية أو مسحوبة.

ويكون هذا الاتفاق نظير فائدة معينة تعود على موظف البنك، بالرغم أن تجاوز حد السحب قد لا يشكل جريمة في بعض الأحيان مثل إذا كان العميل مستمرا في معاملاته مع البنك، إلا أنه قد يسمح للعميل باستعمال البطاقة متجاوزا حد السحب بالاتفاق مع التاجر رغم علمه بعدم كفاية الرصيد، فتتوافر جريمة الرشوة بتوافر الركن

(1) إيهاب فوزي السقا، المرجع السابق، ص 291-292.

(2) واقد يوسف، المرجع السابق، ص 139-140.

المادي للجريمة في الحصول على الفائدة أو المنفعة التي تعود على الموظف من السماح للتاجر بتجاوز حد سحب البطاقة المتعاملة معه⁽¹⁾.

وأما الطريقة الثالثة والأخيرة، فقد يتواطأ موظف البنك مع الغير ويمدهم ببيانات بطاقات الوفاء أو السحب المتداولة وذلك لاستخدامها في تقليد أو اصطناع هذه البطاقات واستعمالها في أغراض شخصية.

الفرع الثاني: التلاعب في بطاقات الائتمان عن طريق شبكة الإنترنت :

الخطر الذي يهدد السوق التجارية خاصة ما يتعلق منها بالسداد أو مقابل الوفاء، من جراء الاحتيال بواسطة بطاقات الدفع الإلكتروني يجعل المستهلك غير راغب في هذه المعاملة، ويرغب في العودة إلى أسلوب الوفاء التقليدي بالنقود والشيكات، لذلك يظهر خطر التلاعب في هذه البطاقات جسيما على التجارة الإلكترونية، حيث أن التجارة الإلكترونية تعتمد على نظام معلوماتي متكامل من حيث الدعاية والتسويق والإعلان والمفاوضات وإبرام العقد ثم تنفيذه، وأن عملية الوفاء الإلكترونية إحدى حلقات التجارة الإلكترونية التي تعتمد على الإنترنت، ويكون نظام الدفع فيها مبني على أساس عمليات التحويل الإلكتروني من حساب العميل إلى حساب التاجر.

نجد كذلك الاحتيال الأكثر خطورة من السابق وهو الذي يمارسه بعض الهواة والمحترفين في شبكة الإنترنت ويتم من خلاله التقاط أرقام بطاقات الدفع الإلكتروني الخاصة ببعض العملاء من الشبكة واستخدامها في الحصول على السلع والخدمات التي يرغبونها، وهناك عدة أشكال لقرصنة الحاسب الآلي والإنترنت ونذكر منها :

1. الاختراق غير المشروع لمنظومة خطوط الاتصالات العالمية : خطوط الاتصالات العالمية هي الخطوط التي تربط الحاسب الآلي للمشتري بذلك الخاص بالتاجر، ويعد الجاني هنا بمثابة الذي يتنصت على مكالمات هاتفية، وهذا الأسلوب من أخطر ما يهدد التجارة على الشبكة، ذلك لأن الدافع الأساسي وراء اللجوء إلى مثل هذا النوع يتمثل في رغبة محترفي إجرام التقنية في اختراق وقهر نظم التقنية وإفشال والتفوق على الحماية لها، لكن من الصعوبة تحديد شخصية محترفي أنظمة المعلومات لكن يمكن تحديد كيفية الاختراق وزمانه وكلمة السر التي استخدمت في الاختراق وذلك من خلال مراجعة ملفات الدخول للنظام والملفات الحمائية.

2. أسلوب الخداع : يتحقق هذا الأسلوب بإنشاء مواقع وهمية مشابهة لمواقع الشركات والمؤسسات التجارية الأصلية الموجودة على الشبكة، ويظهر هذا الموقع وكأنه الموقع الأصلي الذي يقدم خدمات المؤسسة، ولكي يتم إنشاء هذا الموقع يقوم القرصنة بالحصول على كافة بيانات الموقع الأصلي من خلال شبكة الإنترنت وإنشاء الموقع الوهمي مع تعديل البيانات السابقة التي تم الحصول عليها بطريق غير مشروع لكي لا يظهر أن هناك ازدواجا في المواقع، يبدو الموقع الأصلي وكأنه الموقع الوحيد.

ويكون خطر هذا الأسلوب هو استقبال الموقع الوهمي لكافة المعاملات المالية والتجارية التي يقدمها الموقع الأصلي ونذكر منها بيانات بطاقات الدفع الإلكتروني، الرسائل الإلكترونية، مما يجعل القرصنة يستفيدون من المعلومات الموجودة والإطلاع عليها واستخدامها بشكل يضر المؤسسة صاحبة الموقع، ويكسب التجارة عبر الشبكة عدم الثقة في التعامل، لهذا السبب ولأسباب أخرى أدى بالمؤسسات إلى اتخاذ إجراءات أمنية معلوماتية لحماية نفسها

⁽¹⁾ إيهاب فوزي السقا، المرجع السابق، ص 294-295.

من الوقوع في مثل هذه الإساءات وذلك بوضع سقف مالي محدد بحيث إذا سرب لا يكون هناك ضرر كبير لا عليها ولا على العميل، ويعتبر هذا السقف المالي ضئيل أمام ما ينساب عبر الشبكة يوميا من مئات الملايين من الدولارات، ولهذا الغرض تلجأ مؤسسات إنتاج التقنية العالمية للتركيز على زيادة إنتاج وسائل الحماية الأكثر تطورا.

الخاتمة :

ما يمكن استنتاجه من خلال سبق التعرض له، أن المشرع الجزائري لم يقر حماية خاصة البطاقات الائتمان وإنما يرجع في ذلك للقواعد العامة في قانون العقوبات الجزائري من نصوص السرقة أو النصب أو خيانة الأمانة، عكس ما هو عليه الحال في بعض تشريعات الدول الأخرى التي أفردت بعض الأحكام الخاصة لحماية بطاقة الائتمان كالتشريع العماني مثلا، من هنا نرى أن يتناول المشرع الجنائي بطاقة الائتمان بالرعاية ويفرد لها نصوص تجرمية خاصة، لما لهذه الوسيلة من أهمية في البيئة التجارية الحالية على غرار ما فعل بالنسبة للشيك.

ونظرا لما لاحظناه من وجود فراغ تشريعي، في هذا المجال نتقدم بالمقترحات التالية :

- وضعت النصوص العقابية النافذة في فترة لم تكن البشرية قد أدركت بعد مرحلة الحواسيب الآلية، وما تتيحه من تسهيلات فنية كبيرة خاصة في مجال العمليات المصرفية، لذا نعتقد أنه من الضروري أن يتدخل المشرع الجنائي لسد هذا الفراغ القانوني عن طريق تجريم هذا التصرف وتحديد العقوبات الواجبة في هذا الصدد كما فعل في الشيك، بهدف حماية التعامل بطاقة الائتمان.
- إن النصوص القانونية الجنائية والمدنية في ظل التطورات الراهنة أصبحت محصورة، فلا يمكنها أن تسير التطور التقني والعلمي، إلا إذا عدّلت وأضيفت لها نصوص جديدة تتلاءم مع المتغيرات والمستجدات والوقائع المادية باستمرار، فنصوص القانون المدني وقانون العقوبات الحالية لا تكفل الحماية المطلوبة لبطاقة الائتمان، مما يستوجب على المشرع إضافة نصوص جديدة تكفل الحماية الكافية لبطاقة الائتمان أثناء التعامل بها سواء من قبل حاملها أو من قبل الغير.
- ضرورة تدخل المشرع الجزائري لحماية البطاقة من الاستعمال غير المشروع في صورة تجاوز الحد الائتماني المسموح به للحامل (تجاوز الرصيد) عند شراء السلع أو الحصول على خدمة من عند احد التجار المعتمدين لدى الجهة المصدرة للبطاقة أو عند السحب من جهاز الصراف الآلي يجاوز الرصيد.
- وأخيرا، يبقى مستقبل هذه التقنية الحديثة في الجزائر مرهون بتدخل المشرع لوضع الضمانات الكافية لحماية الأطراف المتدخلة في نظام بطاقة الائتمان.

- قائمة المراجع :

أولا: المراجع باللغة العربية :

أ- الكتب :

1. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، 1979.
2. إيهاب فوزي السقا، الحماية الجنائية والأمنية لبطاقات الائتمان، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2000.
3. الشحات إبراهيم محمد منصور، الجرائم الالكترونية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2011.

4. جميل عبد الباقي الصغير، الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان دراسة تطبيقية في القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة، مصر، 2001.
5. عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، دار الفكر الجامعي، 2006.
6. سعودي محمد توفيق، بطاقة الائتمان والأسس القانونية الناشئة عن استخدامها، الطبعة الأولى، دار الأمين للنشر، 2001.
7. عمر سالم، الحماية الجنائية لبطاقة الوفاء، الطبعة الأولى، دار النهضة، القاهرة، 1995.
8. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
9. عبد المهيمن بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 1997.
10. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
11. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحجيتها، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
12. عوض محمد، جرائم الأشخاص والأموال، الطبعة الثالثة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1984.
13. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص: الجرائم الواقعة على الأشخاص، الطبعة 1، دار الثقافة، الأردن، 2009.
14. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة الزمان، بغداد، 1996.
15. محمد نوري كاظم، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1977.
16. محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
17. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، 2012.
18. كميت طالب البغدادي، الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان، المسؤولية الجزائية والمدنية، دار الثقافة، عمان، 2008.
19. كيلاني عبد الرازي محمود، النظام القانوني لبطاقات الائتمان، دار النهضة العربية، 1998.
20. نائلة عادل محمد فريد، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
21. نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2005.
22. واثبة داود السعدي، قانون العقوبات، القسم الخاص، جامعة بغداد، كلية القانون، 1988-1989.

ب- المقالات والمجلات :

1. فتحة محمد قوراري، "الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان، دراسة تحليلية تأصيلية في القانون الإماراتي المقارن"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، 2003.
2. أبو الوفا محمد أبو الوفا، المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الائتمان في القانون المقارن والفقه الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية والإلكترونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، المجلد الخامس، ماي 2003.

ج- المذكرات والرسائل :

1. عبد الله ليندة، النظام القانوني لبطاقة الدفع، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة جيجل، الجزائر، 2007.
2. مرياح صليحة، النظام القانوني لبطاقات الائتمان، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، الجزائر، 2005-2006.
3. واقد يوسف، النظام القانوني للدفع الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2011.

د- النصوص القانونية :

1. القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 15 بتاريخ 18 مارس 2009.
- ثانيا : المراجع باللغة الأجنبية :

-jean Didiere Wilfrid, Droit pénal général, Paris, N 988.

دور الحوار الاجتماعي في دعم استقرار العلاقات المهنية داخل المؤسسات في الجزائر



بلعبدون عواد : استاذ محاضر

بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة مستغانم الجمهورية الجزائرية

مقدمة :

اعتمد مؤتمر العمل الدولي في دورته 97 في 2008 ، إعلان منظمة العمل الدولية بشأن العدالة الاجتماعية من أجل عولمة عادلة¹ ، حيث وضع الإعلان أربعة أهداف إستراتيجية ينبغي للمنظمة و الدول الأعضاء فيها السعي إلى تحقيقها، وهي تعزيز العمل، وضع و تعزيز تدابير للحماية الاجتماعية، تعزيز الحوار الاجتماعي، احترام و تعزيز المبادئ و الحقوق الأساسية في العمل.

و يشدد الإعلان على أنه ينبغي تعزيز الحوار الاجتماعي و الهيكل الثلاثي باعتباره أنسب وسيلتين من أجل تكييف تنفيذ كل هدف من الأهداف الإستراتيجية مع احتياجات و ظروف كل بلد و ترجمة التنمية الاقتصادية إلى تقدم اجتماعي و التقدم الاجتماعي إلى تنمية اقتصادية ، تسهيل بناء توافق الآراء حول السياسات الوطنية و الدولية ذات الصلة، التي تؤثر في استراتيجيات، و برامج العمالة و العمل اللائق و إضفاء الفعالية على قانون و مؤسسات العمل، بما في ذلك ما يتعلق بالاعتراف بعلاقة التشغيل و تعزيز العلاقات الصناعية الجيدة و بناء نظم فعالة لتفتيش العمل².

1- إعلان منظمة العمل الدولية بشأن العدالة الاجتماعية من اجل عولمة عادلة، مؤتمر العمل الدولي ، الدورة 98 ، جنيف 2008 .

2- و في مارس 2011، اعتمد مجلس الإدارة مقترحاً يوفر الإرشاد فيما يتعلق بالمناقشة المتكررة في 2013 للهدف الاستراتيجي بشأن الحوار الاجتماعي، نظراً لأهمية التي اتسم بها الحوار الاجتماعي في بلدان عديدة عند التصدي للركود الاقتصادي، و التي سيحتاج إليها بغية ضمان انتعاش غني بالوظائف و ذكر مجلس الإدارة بأهمية الحوار الاجتماعي التي حددها الميثاق العالمي لفرص العمل، لا سيما في فترات التوترات الاجتماعية الشديدة . و سلّم مجلس الإدارة بأنّ المناقشة التي ستجري عام 2013 سوف تتيح أمام مؤتمر العمل الدولي الاستفادة في تحليل و تحديد الدور الذي يضطلع به الحوار الاجتماعي وعلاقاته المترابطة مع الأهداف الإستراتيجية الثلاثة الأخرى لمنظمة العمل الدولية. مكتب العمل الدولي ، مؤتمر العمل الدولي الدورة 102 جنيف ، التقرير السادس حول الحوار الاجتماعي 2013 ص 02 .

من هذا المنطلق يحتل الحوار الاجتماعي مكانة هامة في تنظيم العلاقات المهنية باعتباره إحدى الركائز الأساسية لتطوير العلاقات المهنية و تحسينها و تحقيق السلم الاجتماعي بمختلف المؤسسات الاقتصادية. و على المستوى الاقتصادي يعتبر الحوار الاجتماعي أداة هامة لتحريك و تنشيط الحياة الاقتصادية و توفير المناخ الملائم لتطوير الإنتاج و تمكين المؤسسات من مواجهة التحديات الاقتصادية التي تفرضها العولمة و التنافسية الاقتصادية. من هنا يمكن طرح الاشكال التالي : الى أي مدى يمكن للحوار الاجتماعي ان يساهم في استقرار العلاقات المهنية داخل المؤسسات ؟ للاجابة عن هذه الاشكالية ، خصصنا المبحث الاول الى تحديد مفهوم الحوار الاجتماعي و خصائصه ، اما المبحث الثاني فتعرضنا فيه الى مؤسسات و اليات الحوار الاجتماعي في الجزائر .

المبحث الأول : مفهوم الحوار الاجتماعي و أهميته .

يعتبر الحوار الاجتماعي من أهم مواضيع المتداولة في وقتنا الحالي، سواء على المستوى الوطني أو الدولي¹ ، حيث أصبح يشكل إحدى الملامح الرئيسية للمجتمعات المتقدمة و أداة حضارية لتحقيق السلم الاجتماعي. خصصنا المطلب الاول الى تعريف الحوار الاجتماعي و اهميته في المطلب الثاني .

المطلب الأول : تعريف الحوار الاجتماعي و خصائصه :

لقد أصبح هذا الحوار في وقتنا الحالي أمرا ضروريا ليس فقط للبحث عن الحلول التي من شأنها حل النزاعات، بل أصبح أيضا الوسيلة المثلى لخلق ديناميكية دائمة في العلاقات المهنية، حيث يعطيها الدفعة الضرورية لتطويرها وفق وتيرة التحولات الاقتصادية و الاجتماعية للمجتمع ، و لعل مبدأ الثلاثية ، الذي أنشأته منظمة العمل الدولية كانت أول تسمية أطلقت على هذا الحوار² ، ذلك المبدأ الذي أصبح هو المحرك الأساسي و الأداة المفضلة لتجسيد تطبيق الديمقراطية في الميدان الاجتماعي بإشراك الأطراف الاجتماعيين كشركاء أساسيين لفض المنازعات الاقتصادية و المهنية.

فهذا الإشراف الجماعي هو وحده الكفيل بتقليص التوترات و المنازعات التي تنطوي عليها العلاقات المهنية و الاجتماعية و القادر على رفع التحديات الجديدة في عالم يعيش تقلبات كبرى بفعل التحولات الاقتصادية و الاجتماعية.

الفرع الاول : تعريف الحوار الاجتماعي :

رغم تزايد استعمال عبارة " الحوار الاجتماعي " إلا أن تحديد معناه افتقد إلى الدقة³ . فمعناها الأشمل يمكن أن يعني أي تفاوض أو تشاور أو أي نوع آخر من التفاعل داخل المجتمع، تضطلع بها جميع فئات المجتمع أو بعضها من أجل صياغة توصيات أو اتخاذ قرارات تحقق مصلحة المجتمع . و يمكنها أن تغطي مواضيع من أية طبيعة كانت، و

1- الحاج الكوري، الحوار الاجتماعي بالمغرب تجربة المجلس الاستشاري لمتابعة الحوار الاجتماعي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، سلسلة مواضيع الساعة العدد 64، الرباط الطبعة الأولى 2009 ص 26 .

2- وليام سمبسون، الحوار الاجتماعي و الثلاثية، الشروط الأساسية للتنمية الاقتصادية و الاجتماعية، المرجع السابق ص 02.

3- وليام سمبسون، الحوار الاجتماعي و الثلاثية، المرجع السابق ص 02.

لكنها تهدف عادة إلى التركيز على مواضيع مرتبطة بالمجتمع مثل الاقتصاد والتعليم والصحة والتشغيل وظروف العمل وغيرها من الأمور التي تؤثر على المجتمع ككل أو على بعض منه.

و طبقاً لمصطلحات منظمة العمل الدولية، تحمل عبارة "الحوار الاجتماعي" معنى أكثر تحديداً ودقة وهو مرادف لعبارة "الثلاثية" التي لا تميز تركيبة المنظمة الثلاثية فحسب (أي أصحاب العمل والعمال والحكومات) بل أيضاً التفاعل بين هذه المجموعات الثلاث التي تسعى منظمة العمل الدولية إلى تعزيزها باعتبارها أساسية للنهوض بالتنمية الاجتماعية والاقتصادية¹. و بالتالي فالحوار الاجتماعي هو المصطلح الذي يصف مشاركة العمال وأصحاب العمل والحكومات في صنع القرار بشأن مسائل العمل ومكانه. وهو يشمل كافة أنواع التفاوض والتشاور وتبادل المعلومات فيما بين ممثلي هذه المجموعات بشأن المصالح المشتركة في السياسة الاقتصادية والاجتماعية وسياسة العمل.

و يشكل الحوار الاجتماعي في الوقت نفسه وسيلة لتحقيق التقدم الاجتماعي والاقتصادي وهدفاً بحد ذاته، إذ يمنح الناس صوتاً وحافزاً في مجتمعاتهم وأماكن عملهم. يمكن أن يكون الحوار الاجتماعي ثنائياً، بين العمال وأصحاب العمل وهو ما تشير إليه منظمة العمل الدولية بمصطلح "الشركاء الاجتماعيين" أو ثلاثياً، و تنضم الحكومات إليهم. وقد يتخذ الحوار الاجتماعي الثنائي شكل مفاوضة جماعية أو أشكالاً أخرى من التفاوض والتعاون ومنع النزاعات وتسويتها.

أما الحوار الاجتماعي الثلاثي فيضم العمال وأصحاب العمل والحكومات من أجل مناقشة السياسات العامة والقوانين وغير ذلك من إجراءات صنع القرار التي تؤثر في مكان العمل أو في مصالح العمال وأصحاب العمل².

و إلى يومنا هذا فإن عبارة "الحوار الاجتماعي" تُستخدم بمعنى "الثلاثية" أو التعامل الثلاثي بين الحكومة بصفتها ممثلة للدولة، ومنظمات أصحاب العمل والعمال، وذلك بقصد التعامل مع المسائل وصياغة وتنفيذ السياسات ذات الطابع الاجتماعي والاقتصادي. و يسعى الحوار الاجتماعي في هذا المعنى إلى تحقيق فهم أكبر للمصالح المتعارضة للأطراف بهدف المصلحة العامة.

الفرع الثاني: خصائص الحوار الاجتماعي:

و يمتاز الحوار الاجتماعي بمجموعة من الخصائص التي تميزه:

- فهو يستند إلى تغليب لغة العقل والمنطق والموضوعية وسيطرة المصالح العامة على المصالح الخاصة و ضرورة وجود النية الصادقة والإيمان بالحوار كأسلوب للحل.

1- غير أن بعض الأعضاء سعوا مؤخراً إلى إعطاء العبارة معنى أشمل بهدف مراعاة مشاركة المجموعات الأخرى ومصالحها (أو الأطراف المعنية) في المجتمع وفي تلك المسائل التي يعتبر فيها الشركاء الثلاثة في منظمة العمل الدولية أنهم يتمتعون بالقدرة والكفاءة الأكبر. ويعارض أعضاء آخرون بشدة إدخال أطراف آخرين من "المجتمع المدني" في العملية "الثلاثية" مثل المنظمات غير الحكومية، و يصرون على أن الحكومات المعنية ومنظمات العمال وأصحاب العمل هي الوحيدة التي تستطيع قانونياً تمثيل الأعضاء المنتسبين إليها. وليام سمبسون، الحوار الاجتماعي والثلاثية، المرجع السابق.

2- مكتب العمل الدولي، مؤتمر العمل الدولي الدورة 102 جنيف، التقرير السادس حول الحوار الاجتماعي 2013 ص 12.

- الحوار الاجتماعي لا يقوم إلا بمشاركة أطراف الإنتاج الثلاثة الحكومات و أصحاب العمل و العمال، و لا يمكن إجراء حوار حقيقي عند غياب طرف من أطراف الإنتاج عن طاولة الحوار.

- إن الحوار الاجتماعي يختلف عن التفاوض الجماعي، لأن هذا الأخير يهتم بتنظيم ظروف العمل و شروطه و علاقاته، في حين أن الحوار الاجتماعي يتجاوز ذلك ليشمل قضايا مرتبطة بالمجتمع مثل الاقتصاد و التعليم و الصحة و التشغيل و ظروف العمل و غيرها من الأمور التي تؤثر على المجتمع.

المطلب الثاني: أهمية الحوار الاجتماعي :

يعتبر الحوار الاجتماعي حالياً أداة هامة لتحريك و تنشيط الحياة الاقتصادية و توفير المناخ الملائم لتطوير الإنتاج و تمكين أطراف الإنتاج من مواجهة الظروف الاقتصادية العالمية المتغيرة، خاصة منها ظاهرة العولمة¹ التي أدت إلى التحرير شبه المطلق لحركة السلع و الخدمات و رؤوس الأموال و الاستثمارات المباشرة مما يفتح المجال أمام منافسة أكثر شمولية و اشد تأثيراً، و لكن الملاحظ أن الرأسمالية تسمح بتحرير ذلك و لكنها تضع مختلف القيود أمام حركة قوة العمل في السوق العالمية، لان تحرير قوة العمل لا ينسجم مع مصالحها².

إضافة إلى إهمال البعد الاجتماعي عند وضع السياسات الاقتصادية و الاجتماعية، بحيث ساهم الانتشار المذهل للعملة في تدمير النقابات العمالية و أدت المنافسة غير النزيهة إلى سحق الناس و تضييع فرص العمل، مما يهدد التماسك الاجتماعي و تزايد الهوة بين الفقراء و الأغنياء³.

دون أن ننسى الدور السلبي الذي لعبته الشركات العالمية متعددة الجنسيات في رفع نسب البطالة، حيث أن إدخال التكنولوجيا الحديثة المرافقة للعملة أدت إلى تعزيز الاتجاه المدعم لفكرة الاستغناء المتواصل عن اليد العاملة، و إلغاء عدد كبير من المهن و الوظائف بعد دخول استعمال آلات بشكل متزايد مكان الإنسان. و بالتالي ساهمت هذه الظاهرة في إخراج الكثير من العمال من دائرة العمل و تحويلهم إلى دائرة العاطلين عن العمل⁴.

إضافة إلى الضغط الذي تفرضه تلك الشركات على الحكومات الوطنية من أجل تخفيض الإنفاق العمومي و الأجور و إعانات البطالة و الضمان الاجتماعي، مقابل استثمارها في بلد معين دون الآخر.

في ظل هذه الظروف الصعبة و المعقدة، تبرز أكثر أهمية الحوار الاجتماعي، الذي يجمع كل أطراف الإنتاج الحكومة و أرباب العمل و ممثلي العمال في ظل إستراتيجية وطنية قائمة على أساس التشاور و التفاوض حول كل ما يخص العلاقات الاقتصادية و الاجتماعية و المهنية، من أجل تحقيق التقدم الاقتصادي و الاجتماعي المتوازن. و في

1- حبيب كاظم، العولمة الجديدة، مجلة الطريق، العدد الثالث، السنة السابعة و الخمسون 1998 ص 65 - 73.

2- سمير إبراهيم، مستقبل العولمة، المركز العربي للدراسات الإستراتيجية، السنة الثانية، دمشق 1998 ص 14.

3- جلال محمد نعمان، العولمة بين الخصائص القومية و المقتضيات الدولية، مجلة السياسة الدولية، العدد 134 القاهرة 1998 ص 44.

4- عبد القادر عزوز، التنمية و الحوار الاجتماعي، سلسلة كراسات عمالية، الكراس الرابع، الصادرة عن الاتحاد الدولي لنقابات العمال العرب، المعهد العربي للدراسات العمالية، سوريا، الطبعة الأولى، افريل 2011 ص 43.

الكثير من الدول، أدى الحوار الاجتماعي إلى إبرام عدد كبير من الاتفاقيات و الاتفاقات الجماعية، ساهمت بشكل كبير في ضمان السلم و الاستقرار الاجتماعيين لفترات طويلة .

و تبرز أكثر أهمية الحوار الاجتماعي من خلال إعلان منظمة العمل الدولية بشأن العدالة الاجتماعية من اجل عولة عادلة¹ من خلال ما جاء في ديباجة الإعلان إلى أن " الحوار الاجتماعي و ممارسة الهيكل الثلاثي بين الحكومات و المنظمات الممثلة للعمال و المنظمات الممثلة لأصحاب العمل داخل الحدود و غيرها أكثر ملائمة الآن للتوصل إلى الحلول و بناء التلاحم الاجتماعي و إرساء سيادة القانون ". أما البند الثالث من نفس الإعلان، فأكد على تعزيز الحوار الاجتماعي و الهيكل الثلاثي باعتبارهما انسب و سيلتين من أجل :

- تكييف تنفيذ الأهداف الإستراتيجية مع احتياجات و ظرف كل بلد.

- ترجمة التنمية الاقتصادية إلى تقدم اجتماعي و التقدم الاجتماعي إلى تنمية اقتصادية.

- تسهيل بناء توافق الآراء حول السياسات الوطنية و الدولية ذات الصلة التي تؤثر في استراتيجيات و برامج العمالة و العمل اللائق.

- إضفاء الفاعلية على قانون و مؤسسات العمل بما في ذلك ما يتعلق بالاعتراف بعلاقة الاستخدام و تعزيز العلاقات الصناعية الجيدة و بناء نظم فعالة لتفتيش العمل.

أما على المستوى العربي، فان منظمة العمل العربية كان لها دور كبير في إرساء و دعم أسس الحوار الاجتماعي، بداية بما ورد في المادة 15 من ميثاق العمل العربي² أن " الدول العربية توافق على إنشاء منظمة عمل عربية تطبق نظام التمثيل الثلاثي الذي يقوم على أساس اشتراك أصحاب العمل و العمال مع الحكومات في كل نشاط المنظمة ... " . هذا يؤكد على أهمية و فعالية الحوار الاجتماعي منذ تأسيس منظمة العمل العربية ، وصولاً إلى مختلف اتفاقيات العمل العربية التي أصدرتها³ . إضافة إلى انعقاد المنتدى العربي للتشغيل الذي نظم مشاركة بين منظمة العمل العربية و الدولية⁴ و الذي جاء ليكمل جهود منظمة العمل العربية، الذي دعا إلى المزيد من التعاون الإقليمي من خلال التأكيد :

- أهمية الحوار كوسيلة و أداة فعالة لمواجهة الأزمة الاقتصادية العالمية من خلال التأكيد على شروط الحوار و آلياته و أدواته و أسسه.

1- المؤرخ في 2008 .

2- الميثاق العربي للعمل الذي اقره وزراء العمل العربي في بغداد يوم 12 جانفي 1965 .

3- عبد القادر عزوز، التنمية و الحوار الاجتماعي، سلسلة كراسات عمالية، الكراس الرابع، الصادرة عن الاتحاد الدولي لنقابات العمال العرب، المعهد العربي للدراسات العمالية، سوريا، الطبعة الأولى، افريل 2011 ص 43 .

4- المنعقد ببيروت لبنان في تشرين الأول 2009 .

- أكدت أن أهم العوامل المحفزة لوجود حوار اجتماعي فعال من خلال وجود منظمات لأصحاب العمل و العمال مستقلين .

- أن الحوار ليس فقط لمواجهة الأزمات بل هو أداة يمكن استخدامها في فترات الرخاء.

ثم انعقد المؤتمر الإقليمي حول الحوار الاجتماعي في الدول العربية بالمغرب تحت إشراف منظمة العمل العربية¹، حيث أكد على أن الحوار الاجتماعي يستمد قوته من التشريعات الوطنية و معايير العمل الدولية و العربية، إضافة إلى تعزيز مبدأ الثلاثية على كافة مستويات العمل و التأكيد على ضرورة الاستفادة من تجارب التشريعات المقارنة العربية منها و الأجنبية الناجحة في مجال الحوار الاجتماعي.

المبحث الثاني : مؤسسات و آليات الحوار الاجتماعي في الجزائر :

نظرا للطبيعة الخاصة لعلاقات العمل من حيث كونها قائمة بين أطراف ذات مصالح متناقضة و من ثمة إمكانية حدوث نزاعات حول شروط و ظروف العمل، كان من الضروري إنشاء مؤسسات الحوار الاجتماعي للتوفيق بين وجهات نظر أطراف النزاع و المحافظة على العلاقة الودية بين العمال و الهيئات المستخدمة لضمان استمرارية علاقة العمل . لهذا خصصنا المطلب الأول الى مؤسسات الحوار الاجتماعي في الجزائر، و المطلب الثاني الى آليات الحوار الاجتماعي .

المطلب الأول : مؤسسات الحوار الاجتماعي في الجزائر :

يتخلل الحوار الاجتماعي كل أنواع التفاوض أو التشاور أو تبادل المعلومات بين ممثلي الحكومات و أصحاب العمل و العمال بشأن القضايا ذات الاهتمام المشترك و المتعلقة بالسياسة الاقتصادية و الاجتماعية. يعتبر الحوار الاجتماعي الأداة الأنسب لضمان ظروف معيشة و عمل أفضل و عدالة اجتماعية أكبر.

الفرع الأول : مؤسسات الحوار الاجتماعي على مستوى المؤسسة :

من خلال استقراء النصوص القانونية المنظمة لمجال علاقات العمل، يمكن تحديد المؤسسات التي يعتمد عليها المشرع الجزائري في تحقيق السلم و الاستقرار الاجتماعي سواء على مستوى المؤسسة أو على المستوى الوطني. فتوجد منها على مستوى المؤسسة كلجنة المشاركة و لجان النظافة و الأمن، و البعض منها تمارس صلاحياتها و مهامها على المستوى الوطني كما هو الحال بالنسبة للمجلس الاقتصادي و الاجتماعي و مفتشية العمل . لهذا خصصنا الجزء الأول من هذا العنصر إلى مؤسسات الحوار الاجتماعي الموجودة على مستوى المؤسسة أما الجزء الثاني فخصص لمؤسسات الحوار على المستوى الوطني .

أولاً- مؤسسات الحوار الاجتماعي على مستوى المؤسسة :

من خلال استقراء النصوص التشريعية و القانونية المنظمة لعلاقات العمل في الجزائر، يمكن تحديد بعض الأجهزة و المؤسسات التي يعتبرها مؤسسات للحوار الاجتماعي و لو بصورة غير مباشرة كما هو الحال بالنسبة للجنة

1- المنعقد بالرباط المغرب تحت إشراف وزارة التشغيل و التكوين المهني المغربية بالتعاون مع منظمة العمل الدولية و العربية من 14 إلى 16 ديسمبر 2010 .

المشاركة و لجنة النظافة و الأمن، من خلال الصلاحيات التي تتمتع بها. كما يمكن اعتبار مكاتب المصالحة كذلك من أجهزة الحوار مادام أنها تتولى حل المنازعات الفردية التي تنشأ بين المستخدم و عماله .

1 - لجنة المشاركة :

إن دور الذي تقوم به لجنة المشاركة، جعل منها مؤسسة من مؤسسات الحوار الاجتماعي على مستوى المؤسسة¹ ، فمشاركة العمال في تسيير الهيئة المستخدمة حق من بين الحقوق التي يتمتع بها العمال² . حيث تنشأ لجنة المشاركة على مستوى كل مؤسسة تستخدم 20 عاملا على الأقل ، تمارس صلاحيتها بواسطة مندوبي العمال³ بعد أن يتم انتخابهم في اقتراع فردي سري من العمال المرشحين البالغين 21 سنة كاملة و اقدمية سنة على الأقل في الهيئة المستخدمة ، و يستثنى من الترشح للإطارات القيادية في الهيئة المستخدمة و أصول المستخدم و فروع و حواشيه أو أقاربه من الدرجة الأولى، إضافة إلى الإطارات المسيرة من العمال أو من يتمتعون بسلطة تأديبية أو فاقد حقوقهم المدنية و الوطنية⁴ .

و تجتمع مرة واحدة كل ثلاثة أشهر على الأقل تحت رئاسة المستخدم بعد أن يقدم يبلغ جدول الأعمال إلى لجنة المشاركة في اجل 30 يوما على الأقل. أو تجتمع بطلب من رئيسها أو بطلب من أغلبية أعضائها، على أن يبلغ المستخدم بجدول أعمالها قبل 15 يوم من انعقادها. و من خلال مثل هذه الاجتماعات يدخل طرفي علاقة العمل في حوار و تشاور حول الوضعية الاقتصادية للهيئة المستخدمة و حول الوضعية الاجتماعية لعمالها، من خلال إطار قانوني يتمثل في لجنة المشاركة بواسطة الصلاحيات التي تتمتع بها :

- تتلقى المعلومات التي يبلغها إليها المستخدم كل ثلاثة أشهر على الأقل و الخاصة بـ : تطوير إنتاج المواد و الخدمات و المبيعات و إنتاجية العمل، تطور عدد المستخدمين و هيكل الشغل، نسب التغيب و حوادث العمل و الأمراض المهنية ، تطبيق النظام الداخلي. مراقبة تنفيذ الأحكام المطبقة في ميدان الشغل و الوقاية الصحية و الأمن و الأحكام المتعلقة بالضمان الاجتماعي.

- القيام بكل عمل ملائم لدى المستخدم في حالة عدم احترام الأحكام التشريعية و التنظيمية الخاصة بحفظ الوقاية الصحية و الأمن و طب العمل ، إبداء الرأي قبل تنفيذ المستخدم القرارات المتعلقة بـ : المخططات السنوية و نتائج تنفيذها، تنظيم العمل (مقاييس العمل و طرق التحفيز، و مراقبة العمل و توقيته) مشاريع إعادة هيكلة

1- و كان الأمر 74/71 المؤرخ في 16 نوفمبر 1971 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات. ج رقم 17 المؤرخة في 13 ديسمبر 1971، أول قانون صدر في الجزائر يمنح العمال هذا الحق، فالنظام الاشتراكي الذي كان منتهج آنذاك يفترض ملكية العمال لوسائل الإنتاج ، و بالتالي لهم الحق في إبداء رأيهم في القرارات التي تتخذها المؤسسة ، من خلال تواجدهم في كل من مجلس العمال ، اللجان الدائمة و مجلس المديرية .

2- المادة 05 من قانون 11/90 " يتمتع العمال بالحقوق الأساسية التالية :...المشاركة في الهيئة المستخدمة " .

3- المادة 99 من قانون 11/90 يحدد مندوبي العمال كالتالي : من 20 إلى 50 عامل مندوب واحد ، من 51 إلى 150 عامل مندوبان ، من 151 إلى 400 عامل أربعة مندوبين ، من 401 إلى 1000 عامل ستة مندوبين و يخصص مندوب إضافي عن كل شريحة 5000 عامل إذا تجاوز العدد 1000 عامل .

4- المادة 97 من القانون 11/90 السابق الذكر.

الشغل (تخفيض مدة العمل ، و إعادة توزيع العمال، و تقليص عددهم) ، مخططات التكوين المهني و تحديد المعارف و تحسين المستوى ، نماذج عقود العمل و التكوين و التمهيّن، النظام الداخلي للهيئة المستخدمة .
- تسيير الخدمات الاجتماعية للهيئة المستخدمة .

- الاطلاع على الكشوفات المالية للهيئة المستخدمة (نسب الأرباح و الخسائر) .

- إعلام العمال بانتظام بالمسائل المعالجة ما عدا المسائل التي لها علاقة بأساليب الصنع و العلاقات مع الغير و المسائل التي تكتسي طابع الكتمان و السرية.

كل هذه الصلاحيات تعكس الدور الذي تقوم به لجنة المشاركة داخل المؤسسة، معتمدة على الحوار و التشاور في مناقشة كل المسائل التي تندرج في إطار صلاحياتها و بالتالي تعتبر إطار من اطر الحوار الاجتماعي، من شأنها أن تساهم في تحقيق نوع من الاستقرار و السلم الاجتماعي في علاقات العمل.

2- لجنة النظافة و الأمن :

من بين الالتزامات التي تقع على عاتق المستخدم، توفير الوقاية الصحية و الأمن داخل الهيئة المستخدمة¹ من اجل حماية العمال من كل الأخطار و الحوادث التي من شأنها أن تهدد صحتهم و حياتهم. تجسيدا لهذا ألزم المشرع الجزائري كل المؤسسات التي تشغل أكثر من 9 عمال على الأقل لمدة غير محددة ، أن تؤسس لجان متساوية الأعضاء للوقاية الصحية و الأمن² ، نفس الأمر ينطبق على المؤسسات التي تشغل عمالا لمدة محددة ، أن تعين مندوبا دائما يكلف بالوقاية الصحية و الأمن بمساعدة عاملين أكثر تأهيلا في هذا المجال.

الفرع الثاني : مؤسسات الحوار الاجتماعي على مستوى الوطني :

اما على المستوى الوطني فان المجلس الوطني للوقاية الصحية و طب العمل و المجلس الاقتصادي و الاجتماعي الذي يعتبر أحد أشكال الحوار الاجتماعي و مؤسساته³ ، كونه فضاء استشاري لتمثيل منظم للقوى الاقتصادية و الاجتماعية ، يتضمن ممثلين عن الحكومات و أصحاب العمل و العمال و حاملي التأهيل العلمي و الأكاديميين ...الخ، ساعيا إلى التعبير عن إرادة المجتمع المدني و مصالحه في السياسات الاجتماعية و الاقتصادية الأساسية في البلاد.

1- المادة 05 من القانون 11/90 " يتمتع العمال بالحقوق الأساسية التالية :... الوقاية الصحية و الأمن " .

2- المادة 23 من القانون 07/88 المؤرخ في 26 جانفي 1988 المتعلق بالنظافة و الأمن و طب العمل ، ج رقم 04

3- في الجزائر لقد برزت هذه المؤسسة الاستشارية للوجود في سنة 1968 و سرعان ما انحلت في سنة 1976 غداة انتخابات أول مجلس شعبي وطني في الجزائر، فالمسؤولين آنذاك ظنوا بأن بوجود المجلس الشعبي الوطني، ليس لهم حاجة لمجلس اقتصادي و اجتماعي. خاصة أن هيمنة الحزب الواحد على الفكر الاقتصادي و الاجتماعي و توجيه النمو للبلاد لا يفتح المجال للتشاور، و هذا ما يدل على الجهل الأعمى و الكلي لدور هذه الهيئة الاستشارية في الميدان الاقتصادي و الاجتماعي. و في سنة 1994 في ظروف اقتصادية و سياسية خاصة أبدت السلطات العمومية نوعا من الحنكة و سداد العقل، حين ما فكرت في وضع جهاز استشاري و الفضاء للحوار حتى يكون سندا للجهاز التنفيذي من خلال آراءه و استشاراته التي يمكن أن يبديها. بن عباس كعبوش سامية عضو بالمكتب المجلس الوطني الاقتصادي و الاجتماعي، المجلس الوطني الاقتصادي و الاجتماعي بالجزائر من ترقية الحوار الاجتماعي و الاقتصادي إلى تقويمات عقلانية حسب معايير دولية ص 2 .

اولا - المجلس الوطني للوقاية الصحية و طب العمل :

تم إنشائه بموجب القانون 07/88 المؤرخ في 26 جانفي 1988، تجسيدا للإطار الوطني الاستشاري، حيث يفسح المجال للشركاء الاجتماعيين للمساهمة في مسعى الوقاية من الأخطار المهنية، إلى جانب كونه يشكل همزة وصل بين أطراف الإنتاج الثلاث، من خلال تشكيلته¹. بحيث يرأسه وزير العمل و الضمان الاجتماعي أو ممثله و يضم ممثلا واحد عن الوزارات التالية، وزارة العمل، الصحة، السكن، الصناعة، المناجم، الفلاحة، التعليم العالي و البحث العلمي، النقل، البيئة، المدير العام للحماية المدنية أو ممثله، المدير العام للمعهد الوطني للنظافة و الأمن، المدير العام للصندوق الوطني للتأمينات

الاجتماعية، مسؤول الهيئة الجزائرية للوقاية في البناء و الأشغال العمومية، المدير العام للمؤسسة الوطنية للاعتماد و المراقبة التقنية، المدير العام للمعهد الوطني للصحة العمومية، 12 عضوا ممثلا عن العمال يتم تعيينهم بناء على اقتراح المنظمات النقابية الأكثر تمثيلا على المستوى الوطني حسب نسب تمثيلهم، و 12 عضوا ممثلا للمستخدمين يتم تعيينهم بناء على اقتراح منظمات المستخدمين الأكثر تمثيلا على المستوى الوطني حسب نسب تمثيلهم، و 12 شخصية معينون بسبب كفاءاتهم من بينهم 5 على الأقل أخصائيين في مجال طب يختارون بالتشاور مع وزارة الصحة. يجتمع مرتين في السنة في دورة عادية بناء على استدعاء رئيسه و هو وزير العمل و الضمان الاجتماعي، و يمكنه أن يجتمع في دورة غير عادية بناء على طلب أغلبية أعضائه أو من رئيسه².

فاتحاً مجال الحوار و التشاور أمام الشركاء الاجتماعيين من اجل مناقشة كل القضايا المتعلقة بالصحة و الوقاية و طب العمل في مختلف المؤسسات. و يمكن كل طرف من طرح و نقل انشغالاته سواء أكانوا عمالا أو مستخدمين إلى الطرف الآخر من جهة و إلى الدولة ممثلة في الوزارة الوصية من جهة ثانية، و عند نهاية كل سنة يرفع المجلس تقريراً و يرفع إلى وزارة العمل و الضمان الاجتماعي³، من اجل اتخاذ كل التدابير الضرورية بناء على الملاحظات التي وجهت إليها بناء على ما اتفق عليه أعضاء المجلس، و بهذا يشكل المجلس الوطني للوقاية الصحية و طب العمل مؤسسة من مؤسسات الحوار الاجتماعي في الجزائر من خلال تشكيلته المتنوعة التي تشمل كل القطاعات التي لها علاقة بمجال الوقاية الصحية و طب العمل و المهتمة به دون استثناء، إضافة إلى قدرته على جمع كل الأطراف على طاولة واحدة.

امتدادا للدور الذي يقوم به المجلس الوطني للوقاية الصحية و طب العمل، تم تدعيمه بتأسيس المعهد الوطني للوقاية من الأخطار المهنية⁴، الذي يعتبر آلية من آليات التي تدعم الحوار الاجتماعي، حيث وضع تحت وصاية الوزير العمل و الضمان الاجتماعي، يقوم بجميع النشاطات المتعلقة بترقية و تحسين شروط النظافة و الأمن في وسط

1- المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 209/96 المؤرخ في 05 جوان 1996 المحدد لتشكيلة المجلس الوطني للوقاية الصحية و الأمن و طب العمل و تنظيمه و سيره، ج رقم 35.

2- المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 209/96 السابق الذكر.

3- المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 209/96 السابق الذكر.

4- بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000 المؤرخ في 23 أوت 2000.

العمل و تطبيق برامج البحث و التطور و التكوين في مجال الوقاية من الأخطار المهنية ، مساعدة جميع المؤسسات العمومية و الخاصة على مستوى التراب الوطني، إحصاء في أماكن العمل، الخطر و النقائص في جهاز الوقاية من حوادث العمل و الأمراض المهنية، ضمان التكوين عن طريق تجديد المعلومات و تحسين المستوى للمستخدمين في إطار التشريع و التنظيم الساري المفعول، الإعلام و التحسيس عن طريق تطوير فكر الأمن المهني في وسط العمل.

إن إنشاء المعهد الوطني للوقاية من الأخطار المهنية يدل على عزم السلطات العمومية على تعزيز جانب الوقاية بالخبرات العلمية في مجال تكوين الموارد البشرية المتخصصة و إجراء البحوث و الدراسات و المساهمة في وضع البرامج العملية الهادفة إلى تحسين ظروف العمل و توفير الحماية الكافية للعامل. و في هذا السياق، فقد شرع المعهد الوطني للوقاية من الأخطار المهنية في تنفيذ برنامج إعلامي بداية من سنة 2005، متمثلاً في عدة أنشطة منها تنظيم أيام دراسية حول الموضوع للتأكيد على ما يكتسبه جانب الوقاية من أهمية. و يرمي إلى نقل انشغال الوقاية من الأخطار المهنية من منظور محيط المؤسسة و منصب الشغل إلى أوسع من ذلك ، أي بإضافة الفضاء الخارجي لهذه المؤسسة و كل ما يمكنه أن يتأثر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بنشاط المؤسسة أو منتوجها، على أن تصب هذه الأهداف كلها في إطار مسار التنمية المستدامة¹.

إضافة إلى تنظيمه على مستوى مركز التكوين التابع لمؤسسة ميناء وهران يوماً دراسياً حول مساهمات مؤسسات الميناء في عمليات الوقاية من الحوادث المهنية بمشاركة مسؤولي و مسيري 10 موانئ ، حيث تناول المشاركون لدور الحماية في تسيير مختلف الأخطار المهنية ، علماً بأنه تم القيام بتجارب عديدة على مستوى موانئ الجزائر و عنابة و آرزيو، من أجل التعرف على المخاطر و النقائص المتصلة بإجراءات الوقاية من حوادث العمل والأمراض المهنية مع البحث عن أسبابها. و قد أكد المتدخلون على ضرورة وضع إستراتيجية لمحاربة ظاهرة حوادث العمل و التقليل منها قدر الإمكان و ذلك من خلال التحقيقات الميدانية و التحاليل العملية لهذه الحوادث و يجب أن يهتم العلم بإحصاء مختلف الحالات المرضية من خلال تحديد الأسباب و طبيعة الحوادث لاتخاذ الإجراءات العملية و سيكون احترام هذا العمل الذي يقوم المختصون بمثابة حجر الزاوية للتقليل من عدد حوادث العمل².

1- أعتقد أن هذه المبادرات قد تساهم في إرساء ثقافة الوقاية في مجال الأمن و الصحة المهنيين، بحيث أن تضافر جهود جميع الأطراف من عمال و أصحاب عمل و حكومة و كل من له ارتباط، يعد من المبادئ الثابتة على اعتبار أن ذلك هو المسلك الأنجع لضمان الأمن و السلامة في أماكن العمل خاصة و ما نسيمه بيئة العمل عموماً و لتصفية المناخ المهني و جعله موقعا لإنشاء الثروة في كنف الأمان و السلامة. كلمة السيد طيب لوح وزير العمل و الضمان الاجتماعي بمناسبة اليوم الدراسي حول الإعلام في مجال الوقاية من الأخطار المهنية 18 ديسمبر 2005 .

2- فعلى مستوى ميناء وهران يتم سنويا تسجيل 50 حادثاً عمل، مما يؤثر على سير العمل ونوعيته. إضافة إلى وفاة مليوني شخص سنويا على المستوى العالمي، حيث أثبتت دراسة تم القيام بها سنة 2002 أن مادة الاميان وحدها تساهم في موت مئة ألف شخص سنويا على المستوى العالمي، موقع المعهد الوطني للوقاية من الحوادث المهنية في 21 افريل 2008 .

ثانيا- المجلس الاقتصادي والاجتماعي :

يعتبر المشرع الجزائري المجلس الاقتصادي والاجتماعي¹ مؤسسة من مؤسسات الحوار الاجتماعي والتشاور². من خلال مناقشة القضايا الوطنية المهمة على غرار الانضمام إلى منظمة التجارة الدولية و أثر هذا الانضمام على الاقتصاد والمفاوضات الشراكة مع الاتحاد الأوروبي .

و نظرا لأهمية المشاركة المنظمة للمواطنين في صنع السياسات و القرارات التي تعينهم، تم إنشاء المجلس ليكون منبراً فاعلاً للحوار بين الشركاء الاجتماعيين وصولاً إلى أفضل السياسات التي تحقق الانسجام و تعزيز السلم الاجتماعي و العدالة الاجتماعية و الاقتصادية، ليكون إطاراً لمشاركة كافة الشركاء الاجتماعيين و ممثلي مؤسسات المجتمع المدني في تطوير السياسات الاجتماعية و الاقتصادية و خلق توافق حولها. حيث يتكون من 180 عضواً مؤهلاً في كل المجالات، 50 % منهم أي 90 عضواً يمثلون القطاعات الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية ، 9 أعضاء منهم ممثلين عن المؤسسات و الهيئات العمومية، و 9 ممثلين عن المؤسسات الخاصة و أصحاب الحرف و صغار التجار، و 9 آخرين ممثلين عن المستثمرات و التعاونيات الفلاحية، و ممثلين عن الإطارات المسيرة في القطاع العمومي الاقتصادي

و الثقافي و الاجتماعي و التربوي في حدود 9 أعضاء ، و مثلهم ممثلين عن الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي و الثقافي و 9 أعضاء ممثلين للجالية الجزائرية بالخارج و 30 عضواً ممثلاً للعمال الأجـراء و 06 أعضاء ممثلين عن المهن الحرة³. و في حدود 25 % تمثل الإدارات و مؤسسات الدولة و 25 % الباقية تمثل الشخصيات المؤهلة بالنظر إلى تأهيلها الشخصي⁴.

يجتمع المجلس علنية ثلاثة مرات سنوياً في دورات عادية، و قد يجتمع في دورات غير عادية بناء على طلب من مكتبه أو من بطلب من الحكومة أو بطلب من ثلث أعضائه⁵. يتضمن المجلس خمسة لجان دائمة، لجنة التقويم، لجنة أفق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية، لجنة علاقات العمل، لجنة التهيئة الإقليمية و البيئة، لجنة السكن و الاحتياجات الاجتماعية. تعد لجنة التقويم تقارير ظرفية كل 6 أشهر عن الوضع الاقتصادي و الاجتماعي في البلاد⁶، مبرزة ما أنجزته الدولة من أعمال و تأثيرها على النشاط الاقتصادي من جهة و على الوضع الاجتماعي من جهة ثانية .

أما لجنة أفق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية تقوم بتحليل كل الوثائق و التقارير المتعلقة بسياسات التنمية و مدى تأثير النمو الاقتصادي و التقدم الاجتماعي . في حين تتكفل لجنة علاقات العمل بتحليل الأدوات القانونية

1- المرسوم الرئاسي رقم 225/93 المتضمن إنشاء المجلس الاقتصادي والاجتماعي المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 ، ج رقم 64 المؤرخة في 10 أكتوبر 1993 .

2- المادة الثانية من المرسوم السابق " المجلس جهاز استشاري للحوار والتشاور في الميادين الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية " .

3- المادة 05 من المرسوم الرئاسي السابق الذكر .

4- طبقاً للمادة 07 من المرسوم السابق الذكر يعين رئيس الدولة نصف أعضاء المجلس بحكم تأهيلهم الشخصي أما النصف الباقي يعينهم رئيس الحكومة.

5- المادة 61 من المرسوم التنفيذي رقم 398/94 المؤرخ في 19 نوفمبر 1994 المتضمن الموافقة على النظام الداخلي للمجلس الاقتصادي والاجتماعي، ج ر 78 .

6- المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 398/94 السالف الذكر .

والآليات المتفق عليها التي تحدد تطور الحوار الاجتماعي بين الشركاء الاجتماعيين و تحسين العلاقات الاجتماعية المهنية، من خلال دراسة مشاكل العمل و التشغيل، ظروف العمل و الوقاية من الأخطار المهنية، و دراسة العلاقات المهنية في عالم الشغل و ترقية الحوار الاجتماعي.

- دور المجلس الاقتصادي و الاجتماعي و أهدافه :

يحاول المجلس باعتباره إطارا للحوار الاجتماعي مرافقة دى نامكية الحركة العميقة للمجتمع مع إعطاء للديمقراطية الاجتماعية الوجه التحرري بين كل من القوى الاقتصادية و الاجتماعية بإمكانها أن تتقارب. و هكذا يعد كهزمة وصل في ظل اختلاف المقاربات للانفعالات، التي تبدو من الوهلة الأولى متناقضة بين حساسيات تبحث عن تعبير مخالف. فاستطاع المجلس الوطني الاقتصادي و الاجتماعي أن يفرض وجوده كقطب للتشاور و التفكير و الحوار¹. و يمكن حصر دوره في :

- تنوير السياسات العمومية في كل القضايا المتعلقة بالنمو الاقتصادي و الاجتماعي من خلال توصيات التي يقدمها بعد إخطاره.

- ضمان استمرار الحوار و التشاور بين الشركاء الاقتصاديين و الاجتماعيين مع البحث عن توافق أثناء إعداد اقتراحات ذات المصلحة العامة .

- تقديم الاقتراحات و التوصيات و إبداء آرائه حول القضايا التي تدرج في مجال اختصاصاته².

- تقويم المسائل ذات المنفعة الوطنية المتعلقة بالتنمية الاقتصادية و الثقافية و دراستها.

- إمكانية مناقشة أي قضية أو ملف يندرج ضمن اختصاصاته.

يهدف المجلس الاقتصادي و الاجتماعي في الجزائر الاعتماد على مقاييس و معايير دولية من خلال، إعادة الاعتبار للكفاءات التنظيمية و القدرات و الطاقات الخلاقة للخبرة الموجودة داخل المجلس، إعادة تشكيل أسس منهجية، بتدعيم المجلس بأصحاب خبرة عالية من الداخل أو من الخارج ، تقنين آليات البحث و التحليل ، جعل من موسم 2007/2006 ، سنة انطلاق 5 تقارير ذات أهمية قصوى، ستنشأ سنويا بصفة متكررة كإطار لورقة عمل المجلس، خاصة بالتنمية البشرية، الفقر، الحريات الاقتصادية، الحكم الراشد، و الاقتصاد، إنجاح بناء حد مشترك، عملي مع الجهاز التنفيذي و السلطات العمومية، محاولة إدراج النظام المعياري مع تحديد نظام الوظيفة الهندسية المؤسساتية الوطنية.

و لذا يجب تفقد من الآن لآخر البرامج و المخططات الحكومية التي تشكل الرهانات الإستراتيجية، للتمتع في ظروف و كيفية نجاعتها، و يكون ذلك من خلال تقويمات شاملة لا تتأتى إلا على من خلال تحقيق الأهداف

1- بن عباس كغوش سامية عضو بالمكتب المجلس الوطني الاقتصادي و الاجتماعي، المرجع السالف الذكر ص 2.

2- عبد الله قادية ، التاطير القانوني للحوار الاجتماعي في الجزائر، مجلة نظرة على القانون الاجتماعي ، تصدر عن مخبر القانون الاجتماعي جامعة وهران ، العدد

السابقة، من خلال كذلك تعديلات مؤسساتية و نظامية، باتخاذ إجراءات و متابعة الانعكاسات الناجمة عن العقد المشترك للاتحاد الأوروبي، و النظام المستقبلي للمنظمة العالمية للتجارة، ترقية المؤسسة الاستشارية الوطنية إلى مفهوم الحكم الراشد لتصبح قادرة على :

- جعل المجلس كطاولة التشاور و الحوار المستمر، بالمقاربة أكثر بين القوى العمومية، المنظمات الدولية الغير حكومية، الشخصيات المستقلة، الشبكات الوطنية الخبيرة و الباحثة، مراكز الدراسات و البحث... الخ.

- الارتقاء بالمجلس إلى قطب لا يعلى عليه من حيث الجاذبية للآليات الدولية للتقويم و متابعة السياسات العمومية.

- جعل من المجلس من خلال وظيفته الكبيرة كمستشار عضوي محبذ عند أسمى القوى الوطنية و السلطات العمومية على أوسع نطاقها.

المطلب الثاني : اليات الحوار الاجتماعي في الجزائر :

منذ بدايتها سنة 1991¹ انعقدت أكثر من 16 لقاء ثلاثيا بين الحكومة و أرباب العمل و الاتحاد العام للعمال الجزائريين ، و التي تعتبر آلية من آليات الحوار الاجتماعي ، حيث ساهمت بشكل كبير في تحقيق نوع من الاستقرار و السلم الاجتماعي في الجزائر، من خلال القضايا التي عالجتها منذ بدايتها ، خاصة منها مسائل رفع الحد الأدنى للأجر الوطني المضمون في كل مرة، إضافة إلى تحسين القدرة الشرائية. إضافة الى اية اخرى اكثر انتشارا و هي الاتفاقيات الجماعية للعمل . سنتعرض الفرع إلى مضمون بعض الاجتماعات و لقاءات الثلاثية ، ثم نتعرض إلى الاتفاقيات العمل الجماعية في الفرع الثاني .

الفرع الاول : اجتماعات و لقاءات الثلاثية :

نظرا لكثرة هذه اللقاءات فقد وقع اختيارنا على لقاء الثلاثية المنعقد يومي 30 سبتمبر و 01 أكتوبر 2006 الذي عرف لأول مرة إبرام ما يسمى بالعقد الوطني الاقتصادي و الاجتماعي في الجزائر، ثم نتعرض إلى لقاء الثلاثية رقم 14 نظرا لأهميته و إلى القرارات النوعية التي تم توصل إليها .

1 - لقاء الثلاثية المنبثق عنه إبرام العقد الوطني الاقتصادي و الاجتماعي :

توجت الثلاثية المنعقد يومي 30 سبتمبر و 01 أكتوبر 2006 بين الأطراف الثلاثة، الحكومة و أرباب العمل و الاتحاد العام للعمال الجزائريين بالمصادقة على العقد الوطني الاقتصادي و الاجتماعي، بعدما تم اقتراحه في الثلاثية التي سبقت² . و اعتبارا للإجماع الواسع للشركاء الاقتصاديين و الاجتماعيين و التفافهم حول تعزيز المكاسب السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية التي تضمن الاستقرار الاجتماعي الذي يعد شرطا لا مناص منه لتحقيق أهداف التنمية الاقتصادية المتكاملة و المستدامة.

1- أول لقاء ثلاثي انعقد بالجزائر كان من 18 إلى 22 نوفمبر 1991 ، عبد الله قادية ، التاثير القانوني للحوار الاجتماعي في الجزائر، المرجع السابق الذكر ص 127 .

2- و المنعقدة يومي 03 و 04 مارس 2005.

و اعتبارا أيضا لكون تضافر جهود كافة الأطراف في العقد يعد أمرا ضروريا لبناء اقتصاد قوي قوامه الجهد المنتج، و غايته تحسين الأوضاع الاجتماعية، الأمر الذي يسمح بالاندماج بنجاح ضمن الاقتصاد العالمي المبني على المردودية و القدرة التنافسية، و رغم كل الايجابيات التي أشار إليها العقد التي عرفتها تلك الفترة، منها انخفاض معدل البطالة و ارتفاع نسبة دخل الفرد السنوي، و تسديد نسبة كبيرة من الديون التي كانت مترتبة على الجزائر، انخفاض نسبة التضخم، و إنشاء عدد كبير من المؤسسات الصغيرة و المتوسطة¹.

إلا انه بالرغم من هذه الإنجازات، تواجه الجزائر تحديات كبرى تتمثل على الخصوص في ضرورة مواصلة الجهد لتدارك التأخر الاقتصادي و التكنولوجي، و تخفيض مستوى البطالة بحيث يكون أكثر دلالة و توفير أحسن الشروط لاندماج اقتصادنا ضمن الاقتصاد العالمي، و ركز العقد على مجموعة من الالويات التي يجب العمل على تحقيقها منها، ترقية المناطق المحرومة و تقليص الفوارق، و تنمية عالم الريف، و محاربة الفقر و التهميش، و إشراك أكبر للمرأة في أعمال التنمية، و إعادة تأهيل الموارد البشرية، و بالأخص ترقية التشغيل و إدماج الشباب في دائرة الإنتاج.

و لكن لا يتحقق هذا إلا من خلال تنفيذ هذه البرامج و ضمان فاعليتها يستلزمان حشد جميع الطاقات، بما فيها الجالية بالخارج، و الانسجام الوثيق بين التوجهات الوطنية الكبرى و البرامج المحلية و القطاعية، بالإضافة إلى التوافق و التكامل بين الفاعلين و الشركاء الاقتصاديين و الاجتماعيين، من أجل إبرام تحالفات شراكة إستراتيجية في المجال الاقتصادي و الاجتماعي، فالعقد يقوم على منطق الشراكة من أجل التنمية و يركز على التزام كافة الشركاء الاجتماعيين بالعمل على تحقيق نمو قوي و مستديم و على توزيع عادل لثمرات التنمية. و ساهم العقد الوطني الاقتصادي و الاجتماعي في الحد من التوترات و تشجيع الشراكة، و يعد آلية لترقية مسار الدولة في النمو و التنمية، و يدعم الحوار من خلال مجموعة من الأطر و الآليات المناسبة للتشاور و تبادل الرأي بين الشركاء الاجتماعيين، و هو يشكل بذلك إطارا متميزا للمسئولية و أداة لتدعيم الحوار الاجتماعي.

1- تراجع نسبة البطالة التي انتقلت من 29,3% سنة 1999 إلى 15,3% سنة 2005، التحكم في التضخم الذي تراجعت نسبته إلى 1,6% سنة 2005، ثم إلى 1% خلال السداسي الأول من سنة 2006، تخفيض حجم المديونية التي انتقلت من حوالي 30 مليار دولار في نهاية سنة 1998 إلى 7 ملايين دولار في نهاية شهر جوان 2006، و من المتوقع أن تنخفض إلى حوالي 5 ملايين دولار في نهاية سنة 2006، إنشاء 92.554 مؤسسة صغيرة و متوسطة باستثمارات إجمالية قدرها 579,9 مليار دج، إنشاء حوالي 58.000 مؤسسة مصغرة باستثمارات إجمالية قدرها 98,3 مليار دج، ارتفاع الناتج الداخلي الخام للفرد الذي انتقل من 108.064 دج للفرد (1623 دولار) سنة 1999 إلى 227.400 دج للفرد (3100 دولار) سنة 2005، مضمون العقد الوطني الاقتصادي والاجتماعي السابق الذكر.

و من بين الأسس التي يقوم عليها هذا العقد، اعتبار العمال هم المحور المركزي في كل سياسة تنموية باعتبارهم شريك لا يمكن الاستغناء عنه في أي عمل تعبوي يهدف إلى تحقيق النمو الاقتصادي، و خلق مناصب العمل اللائق، و إنماء المداخيل و توزيعها، هي أساسا من صميم مهام المؤسسة الاقتصادية و تتوقف على قدرتها الإنتاجية و مردوديتها، فالمؤسسة هي المصدر الأساسي للثروة، و لا يمكن لأية سياسة تنموية أن تكون مجدية ما لم تجعل ترقية المؤسسة الإنتاجية في صدارة أولوياتها¹، كما أن أية سياسة اقتصادية لن تجدي نفعا إذا كانت المؤسسة التي تنشط السوق و تعيش من السوق لا تدرج ازدهارها ضمن ازدهار الوطن ككل، و اعتبار المؤسسة الاقتصادية المحرك الأساسي بالنسبة للتعبئة الوطنية لخدمة التنمية و لإرساء المحيط المناسب لازدهار الاقتصاد الوطني، هي بالضرورة محور أساسي في العقد الوطني الاقتصادي و الاجتماعي. أما الأهداف التي حددها العقد الوطني الاقتصادي و الاجتماعي من اجل تحقيقها:

- تكثيف الإنتاجية لتحسين القدرة التنافسية للمؤسسة الاقتصادية، من خلال تحسين مردودية كافة عوامل الإنتاج، و العمل على عصرنة و فاعلية المؤسسة من خلال ترمين الموارد المادية و البشرية، و إدماج التكنولوجيات الجديدة.
- مواصلة الجهود الرامية إلى تقليص مستوى نسبة البطالة المسجل حاليا مع رسم كهدف لسنة 2010 و هو الوصول إلى تخفيض محسوس لنسبة البطالة بحيث تصل إلى أقل من 10%.
- ترقية اقتصاد منتج مولد للثروة و لمناصب الشغل،
- مواصلة تكثيف محاربة الاقتصاد الموازي، بإشراف من السلطات العمومية و بمساهمة المؤسسات الاقتصادية و منظمات أرباب العمل و نقابات العمال.
- تحسين القدرة الشرائية الذي يبقى مرتبطا ارتباطا وثيقا بإنتاج الثروة.
- مواصلة إصلاح هيئات و أدوات الرقابة و محاربة الفساد و الأشكال المضرة للاقتصاد الوطني.

2- لقاء الثلاثاء الرابع عشر المنعقد يومي 29 و 30 سبتمبر 2011

يعتبر من النجاح لقاءات الثلاثاء التي عرفتها الجزائر، بالنظر لكم الهائل للقرارات التي اتخذت، خاصة في المجال الاجتماعي دعما للطبقة العمالية، بحضور ممثلي الحكومة و ممثلي الاتحاد العام للعمال الجزائريين و ممثلي منظمات أرباب العمل. و قد ناقشوا ثمانية نقاط أساسية نذكر منها ما هو اجتماعي محض:

1- بذلت الجزائر جهدا كبيرا للحد من معدلات البطالة و توفير مناصب جديدة للشغل، من خلال دعم قطاع المؤسسات الصغيرة و المتوسطة على مدى السنوات العشر الماضية، حيث قامت بإصلاحات بارزة لتعزيز الإطار القانوني و التشريعي من أجل خلق بيئة عمل مساندة لأنشطة هذا القطاع، فأنشأت بذلك وزارة خاصة بالمؤسسات الصغيرة و المتوسطة عام 2000، و هي الدولة العربية الأولى التي انشأت وزارة خاصة بالمؤسسات الصغيرة و المتوسطة و قد سطرت هذه الوزارة إستراتيجية متكاملة لتحسين و تطوير البيئة الاستثمارية للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الجزائر. حيث شملت هذه الإصلاحات إصدار قوانين ذات أهمية بالغة مثل، قانون تطوير و ترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة سنة 2001، قانون ضمان القروض، قانون المجلس الوطني للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة. المكتب الوطني الاستشاري، تطوير المؤسسات الصغيرة و المتوسطة، دراسة مقارنة لبرامج تطوير المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في دول مختارة، أفريل 2008 ص 63.

- توسيع الاتفاقيات الجماعية في القطاع الخاص:

هذا الملف كان من اقتراح الاتحاد العام للعمال الجزائريين، الذي أشاد بالحوار و التشاور و روح التضامن التي ميزت دوما علاقاته مع مجمل شركائه داخل إطار الثلاثية بما في ذلك مع المنظمات الخاصة لأرباب العمل¹. و في إطار الاتفاقية الجماعية الإطار للقطاع الاقتصادي الخاص المبرمة في سبتمبر 2006 و التي تم تجديدها في 2010 فإن الاتحاد العام للعمال الجزائريين قد أعرب عن رغبته في أن تتواصل هذه الممارسة لفائدة العمال و مؤسساتهم من خلال توسيع الاتفاقيات الجماعية في القطاع الخاص. كما أشادت منظمات أرباب العمل هي الأخرى بهذا التشاور الذي ميز دوما علاقاتها مع الشريك الاجتماعي و أكدت من جديد استعدادها لمواصلة انتهاج نفس هذا السبيل التضامني. و بهذا الشأن أبدت هذه المنظمات موافقتها على توسيع الاتفاقيات الجماعية إلى القطاع الخاص.

- التمثيل النقابي في القطاع الخاص :

نظرا لما أصبح يواجه بعض مؤسسات القطاع الخاص الوطني و الأجنبي من عراقيل تحول دون تمكين العمال من ممارسة حقهم النقابي الذي بالتدخل كلما سجل خرق للتشريع. و أكدت من جديد مسؤوليتها في السهر على فرض احترام القوانين و التنظيمات فقد أعلنت الحكومة عن استعدادها للتدخل عبر هيئاتها المختصة و العمل عند الاقتضاء على إخطار الجهات القضائية عن كل خرق ملح لممارسة العمال لحقهم النقابي.

الفرع الثاني : الاتفاقيات الجماعية للعمل :

التفاوض الجماعي الناجح، هو الذي يتوج بإبرام اتفاقية عمل جماعية، يتفق فيها كل من منظمات النقابية للعمال و للمستخدم على النقاط التي تم طرحا للتفاوض أو على الأقل جزء منها، تتعلق بظروف و شروط العمل و علاقاته، مما ينعكس إيجابا على العمال و المؤسسة في نفس الوقت. حيث تؤكد آخر الإحصائيات ارتفاع عدد الاتفاقيات و الاتفاقات الجماعية المبرمة في مختلف المستويات، حيث بلغ عددها سنة 2008 على مستوى المؤسسة الاقتصادية 2893 اتفاقية جماعية و 13.606 اتفاق جماعي، و 55 اتفاقية و 93 اتفاق جماعي على مستوى فروع النشاط الاقتصادي. ثم ارتفع عددها على مستوى المؤسسة سنة 2010 الى 2946 اتفاقية و 13.813 اتفاق جماعي و 68 اتفاقية و 119 اتفاق جماعي على مستوى الفروع الاقتصادية².

طبقا للمادة 124 من قانون 11/90 فان مضمون الاتفاقية الجماعية للعمل ينصب أساسا على تنظيم شروط العمل و التشغيل مثل الأجور، الحماية الاجتماعية، الوقاية من حوادث العمل و الأمراض المهنية، تسوية منازعات العمل الفردية منها أو الجماعية.

1- و للتدليل على ذلك أشار إلى سنة المفاوضات حول الاتفاقيات الخاصة بالأجور في القطاع الخاص التي أفضت إلى عقد حوالي 13.000 اتفاقا بين 1997 و 2009. و أضاف أن سنة 2010 و حدها قد شهدت توقيع 736 اتفاقا حول الأجور فضلا عن الاتفاقية الإطار التي أبرمت بين الاتحاد العام للعمال الجزائريين و منظمات أرباب العمل.

2- عرض السيد طيب لوح وزير العمل و الضمان الاجتماعي خلال الدورة 309 لمجلس الإدارة لمكتب العمل الدولي بجنيف من 4 الى 19 نوفمبر 2010 حول التجربة الجزائرية في مجال الحوار الاجتماعي.

تعتبر منازعات العمل الجماعية من أهم الإفرازات التي قد تفرزها علاقات العمل القائمة بين المستخدمين و العمال، في ظل التناقض الموجود بين مطالب العمال الاجتماعية و الاقتصادية للمستخدمين و تعتبر اتفاقيات العمل الجماعية مظهر من مظاهر تحقيق السلم الاجتماعي داخل المؤسسات. بالتفاوض يمكن طرح كل المسائل للنقاش محاولين الوصول إلى حل يرضي جميع الأطراف و بالتالي نحقق الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي داخل المؤسسة. فقد ترك المشرع الجزائري الحرية الكاملة للشركاء الاجتماعيين في ضبط علاقاتهم و صياغتها الأمر الذي يسمح بتجنب الدخول في نزاعات و صراعات لا تخدم على الإطلاق لا العمال لأنه مصدر رزقهم و لا تخدم المصالح الاقتصادية لصاحب العمل سواء في القطاع الخاص أو العام. لهذا جاءت معظم الاتفاقيات الجماعية التي يجوزتنا تولي أهمية قصوى للوقاية من منازعات العمل الجماعية و ذلك بتخصيص لها الجانب الأكبر منها.

حيث جاءت الاتفاقية الجماعية لمؤسسة توزيع الكهرباء و الغاز للغرب سونلغاز تؤكد ذلك في الفصل الأول من الباب الخامس منها بعنوان منازعات العمل و المصالحة ، بحيث ألزمت في إطار الوقاية من منازعات العمل الجماعية، أن تنعقد إجباريا اجتماعات دورية نصف شهرية تجمع ممثلي مديرية المؤسسة أو الوحدة و الممثلين النقابيين من اجل بحث المشاكل المهنية و الاجتماعية للعمال. و في حالة الضرورة تنعقد اجتماعات غير عادية بطلب من احد الأطراف. على أن يتم تحديد جدول الأعمال و المواضيع المطروحة للنقاش باتفاق مشترك بين أطرافها و يحتتم كل اجتماع بمحضر يتضمن النتائج المتوصل إليها. و في حالة الاختلاف حول جزء أو كل المسائل المطروحة للنقاش فان مديرية المؤسسة أو الوحدة و ممثلي العمال ملزمين على احترام إجراءات المصالحة الداخلية¹.

كل خلاف جماعي ينشأ على مستوى الوحدة من وحدات المؤسسة لا بد أن يفحص و يناقش بين مسؤولي السلم الإداري للمؤسسة و الممثلين النقابيين حسب الحالة، و يبلغ بنتائج الاجتماعات التي انعقدت في كل مرحلة. و في حالة فشل المصالحة على مستوى الوحدة تنطلق إجراءات المصالحة أمام الرئيس المدير العام بعد أن يخاطر من الطرف الأكثر استعجالا في اجل 08 أيام. و في هذه الحالة لا يمكن عرض النزاع الجماعي على مفتشية العمل المختصة إقليميا إلا بعد استنفاد إجراءات المصالحة الداخلية². على أن لا تتجاوز مهلة شهرين من يوم تبليغ مديرية المؤسسة كتابيا ، و في حالة فشل المصالحة الداخلية يعرض النزاع أمام مفتشية العمل المختصة إقليميا من اجل بدء إجراءات المصالحة الخارجية الإجبارية بعد إخطارها من احد الأطراف في اجل 08 أيام من يوم تبليغها. و إذا تواصل النزاع الجماعي بدون حل يمكن عرضه لإجراءات الوساطة و التحكيم.

نفس التوجه ذهب إليه اتفاقية العمل الجماعية لصناديق الضمان الاجتماعي، حيث خصصت الفصل الأول من الباب السادس منها للوقاية من منازعات العمل الجماعية ، حيث أكدت على ضرورة اتفاق الأطراف على عقد اجتماعات شهرية و فصلية من اجل دراسة وضعية العلاقات الاجتماعية و المهنية و ظروف العمل بين مسؤول موقع العمل³ و الممثلين النقابيين . يتم تحرير محضر خاص بكل اجتماع، تدون فيه المقترحات و التوصيات و التظلمات،

1- انظر المادتين 217 و 218 من الاتفاقية الجماعية لمؤسسة توزيع الكهرباء و الغاز للغرب.

2- انظر المادتين 219 و 220 من نفس الاتفاقية.

3- يقصد بموقع العمل و حسب كل وضعية، مركز الدفع ، الفرع ، الوكالات الولائية أو الجهوية ، الهياكل الملحقة ، مركز التشخيص و العلاج، مركز التصوير الطبي الشعاعي، المقر الاجتماعي للهيئة المستخدمة. انظر المادة 125 من اتفاقية صناديق الضمان الاجتماعي السابقة الذكر.

النقاط المتفق عليها و التي مازالت عالقة في اجل 08 أيام إلى مدير الوكالة إذا كان الاجتماع المنعقد على مستوى مركز أو فرع الدفع، أو إلى مدير الوكالة المحلية إذا كان الاجتماع على مستوى فرع الولاية، أما إذا انعقد على مستوى احد الهياكل التابعة مباشرة لمقر الهيئة فيرفع المحضر إلى المدير العام للهيئة.

و يتعين على المدير العام أو مدير الوكالة أن ينظر في المسائل العالقة و الرد عليها في اجل 21 يوما من يوم تبليغه. يمكن للطرف الأكثر استعجالا أن يرفع نقاط الخلاف إلى لجنة المصالحة الداخلية أو الوطنية. أما الفصل الثاني فقد خصص للمصالحة، حيث تتولها لجنة متساوية الأعضاء، تتكون من ثلاثة ممثلين عن الهيئة المستخدمة و ثلاثة أعضاء إضافيين و ثلاثة ممثلين يتم اختيارهم من المنظمة النقابية التمثيلية للعمال و ثلاثة أعضاء إضافيين. تنشأ على مستوى مقر الهيئة المستخدمة و في كل وكالة ولائية أو محلية، تتولى النظر في كل نقاط الخلاف و يمكنها الاستعانة و استدعاء أي شخص يمكن أن يساهم في إيجاد حل للخلاف الموجود. إذا نجحت عملية المصالحة يحرر محضرا بذلك في اجل 30 يوما من يوم إخطارها من قبل الطرف الأكثر استعجالا، على أن يتم إيداع نسخة منه على مستوى مفتشية العمل أو على مستوى كتابة ضبط المحكمة المختصة إقليميا. أما في حالة فشل المصالحة كليا أو جزئيا فيحرر محضر بنقاط الخلاف و يرفع إلى مفتشية العمل المختصة إقليميا لإجراء المصالحة القانونية¹. أما الفصل الثالث من الاتفاقية فقد خصص للوساطة و التحكيم، طبقا للمادة 132 منها فقد أكدت عرض نقاط الخلاف على الوساطة في حالة فشل المصالحة القانونية لمفتشية العمل المختصة إقليميا بعد تحرير محضر بذلك.

الخاتمة:

يعتبر الحوار الاجتماعي و التفاوض الجماعي آليتين لتحقيق الاستقرار و السلم الاجتماعي داخل المؤسسات الاقتصادية، و ازدادت أهميتهما، خاصة في ظل انتقال الجزائر من النظام اللائحي إلى النظام التعاقدية، عندما فتح المشروع المجال أمام الشركاء الاجتماعيين من اجل تنظيم علاقاتهم على أساس التفاوض و التشاور و الحوار، في ظل انسحاب الدولة و اكتفائها بوضع حد أدنى من القواعد التي تضمن لها احترام النظام العام الاجتماعي، و ترك الباقي للتفاوض حوله حسب خصوصية نشاط كل مؤسسة من المؤسسات الاقتصادية.

لنجاح الحوار الاجتماعي، فان الدولة مطالبة ببذل مجهود اكبر من خلال وضع إطار تشريعي و قانوني يؤسس لنظام تفاوض و حوار اجتماعي فعال من جهة، و ضرورة أن توفر مناخ سليم و ملائم للمنظمات النقابية من اجل التشاور و التفاهم بعيدا عن التضييق و التخويف لأعضائها من جهة ثانية. و حتى تقوم المنظمات النقابية بدورها في التفاوض، لا بد من إعداد أعضائها إعداداً كافياً حتى يكونوا مفاوضين مهرة و ذلك من خلال التدريب و التثقيف و الممارسة. كما تقوم المنظمات بإعداد الدراسات و البحوث القانونية و الاقتصادية كذلك إعداد البيانات و تصنيفها و تحليلها و تجهيز الإحصائيات و تحليلها و إمداد المفاوض النقابي بها.

1- المواد 128 و 129 و 130 و 131 من اتفاقية صناديق الضمان الاجتماعي السابقة الذكر.

المسؤولية المدنية المترتبة عن التلوث البيئي الكهرومغناطيسي



عنقر خالد : طالب دكتوراه

تخصص القانون الخاص الأساسي

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية مستغانم - الجزائر

Email : Khaledangar@outlook.fr

مقدمة :

يتعرض العالم اليوم خصوصا منذ النصف الثاني من القرن العشرين ، لضروب وأنماط جديد من التلوث البيئي والتي لم تكن معهودة وهي نتيجة الطفرة التكنولوجية التي نشهدها في الوقت الراهن وأضحى ناقوس الخطر يهدد الحياة البشرية ، وأصبح هذا التلوث يلازم حياة الإنسان ويشاركه حتى في مضجعه ، وحتى في غدوه ورواحه ، وبدأنا نسمع بأمراض لم تكن موجودة في العصور الماضية .

إن التلوث الكهرومغناطيسي هو من الأنواع والأشكال الحديثة للتلوث البيئي ، وله من الخصائص والمميزات ما تجعله منفردا ، وهو ينشأ عادة من وجود الموجات الكهرومغناطيسية ألاسلكية والتي لا نكاد أن نتحلى منها حاليا في أي بقعة من الأرض والتلوث الكهرومغناطيسي يطرح العديد من الإشكاليات ، بالنسبة للعديد من فروع العلم سواء كانت طبية ، أو اقتصادية ، أو قانونية بحيث يذهب رجال القانون إلي ترديد القول بأن أي اعتداء ، ينال من البيئة هو في ذات الوقت اعتداء علي الفرد ، وعلي المجتمع في وقت واحد الأمر الذي يؤدي إلي القول بضرورة معالجة الأضرار البيئية¹ ، وتجدر الإشارة أن هذا النوع الجديد من التلوث تتعدد مجالاته في حياتنا اليومية ، وأهم مجال هو محطات الهاتف النقال إذ استفحلت هذه الظاهرة وتفاقت وأصبحت منظرا مألوف فوق أسطح المباني بحيث أصبح نصبها دون مراعاة وأخذ أي تدابير أو احتياط أو بالأحرى المعايير التي علي أساسها يتم وضع هذه الخطة ، ناهيك عن التلوث الكهرومغناطيسي الذي ينبعث منها والأمراض التي تسببها والأضرار التي تلحق بالسكان المجاورين لهذه الخطة والتي تكون بدرجة أكبر، مما يستوجب تحديد الطبيعة القانونية لأبراج الاتصال وذلك من أجل

¹ محمد محمود حسام لطفي ، الحماية القانونية للبيئة المصرية ، دراسة للقوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية ، بدون ناشر مصر ، سنة 2001، ص 12.

فتح الطريق أمام المضرور لجبر ما لحقه من ضرر من جراء التعرض للأشعة الكهرومغناطيسية وكذلك تنظيم هذه المسألة التي باتت تهدد البيئة برمتها، ومما سبق ذكره ارتأينا تحديد نطاق دراستنا حول الإشكالية التالية:

ما مدى إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية المدنية علي أضرار أبراج الاتصال؟.

ومن أجل الإجابة علي هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم خطة بحثنا إلي مبحثين الأول خصصناه للمفهوم القانوني للتلوث البيئي الكهرومغناطيسي، أما المبحث الثاني خصصناه للحديث عن الطبيعة القانونية لأبراج الاتصال وشروط تحقق المسؤولية التقصيرية عن الضرر البيئي الكهرومغناطيسي.

المبحث الأول: المفهوم القانوني للتلوث البيئي الكهرومغناطيسي :

لما كثرت أنماط وأشكال الاعتداء علي البيئة، وتعددت أوصافها بدأت مجموعة من الألفاظ تدخل الساحة القانونية، بحيث أصبحت هذه الأخيرة تحمل أفكار ومعاني قانونية ومن بين هذه الألفاظ نجد البيئة، والتلوث بمعنى أن لفظة التلوث البيئي لم تكن موجودة حتى وقت قريب وبالإضافة إلي هذا ظهر مصطلح التلوث الكهرومغناطيسي الذي يستوجب عليا تحديد مفهومه وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المبحث بحيث خصصنا المطلب الأول للحديث عن تعريف التلوث البيئي الكهرومغناطيسي أما المطلب الثاني خصصناه لتحديد مجالات التلوث البيئي الكهرومغناطيسي.

المطلب الأول: تعريف التلوث البيئي الكهرومغناطيسي :

من الملاحظ في وقتنا الحالي أن الملوثات البيئية قد ازدادت وتنوعت، وقد ظهرت أنواع جديدة من الملوثات التي تزامنت مع التقدم العلمي والتكنولوجي الذي نشهده مثل التلوث النووي الذي صاحب استخدام الطاقة النووية، والتلوث الكهرومغناطيسي الذي صاحب التوسع في استخدام الكهرباء وانتشار أجهزة الاتصالات اللاسلكية¹، وهذا الأخير تصاحبه أشعة كهرومغناطيسية والتي تعتبر مناط التلوث البيئي الكهرومغناطيسي لذا كان لزاما علينا إن نتطرق في هذا المطلب إلي تعريف التلوث الكهرومغناطيسي ثم تعريف الأشعة الكهرومغناطيسية.

أولا: التلوث الكهرومغناطيسي :

إن التلوث الكهرومغناطيسي هو ما يصيب عناصر البيئة كالإنسان أو الحيوان أو النبات من أضرار كهرومغناطيسية حالية أو متوقع مستقبلا، وتكون ناجمة عن أنشطة الشخص القانوني وتؤثر علي الكائنات الحية سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

ويتضح لنا جليا من هذا التعريف أنه ينسب الضرر الكهرومغناطيسي لأنشطة الشخص القانوني سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، بما يعني أنه لا فرق بين نشاط الشخص الطبيعي وبين نشاط الشخص المعنوي، وبالتالي يمكن نسب التلوث الكهرومغناطيسي إلي الدولة أو أحد الهيئات أو المؤسسات، أو الشركات العامة المملوكة لأحد الأفراد، إذا أحدث نشاطها تلوثا كهرومغناطيسيا في البيئة².

¹ سعيد سعد عبد السلام، مشكلة تعويض أضرار البيئة التكنولوجية، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة النشر، ص 32.

² محمد السيد أرناؤوط، الإنسان وتلوث البيئة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، سنة 1999، ص 23.

كما أنه لا فرق بين البيئة الطبيعية والبيئة المشيدة أو الوضعية التي صنعها الإنسان لان كل التعريفات تذكر أن البيئة تشمل البيئة الطبيعية وهي الماء والهواء، والتربة، والكائنات الحية كما تشمل ما أقامه الإنسان من منشآت وبالتالي يدخل في تعريف التلوث الكهرومغناطيسي الأضرار التي تصيب الأشياء الغير الحية التي يصيبها الضرر من جراء انتشار الإشعاعات الكهرومغناطيسية في بيئة عملها¹.

ثانياً: الأشعة الكهرومغناطيسية :

تنتشر في الكون أنواع كثيرة من الإشعاعات، بعضها يأتي من الطبيعة، والبعض الآخر يأتي من التقدم الصناعي والتكنولوجي الذي أحدثه الإنسان، حتى أن الإشعاعات أصبحت تحيطنا من كل جانب وتنتشر في كل الاتجاهات والأشعة الكهرومغناطيسية أو الإشعاعات غير المؤينة هي عبارة عن إشعاعات ذات طاقة ضعيفة نسبياً، بحيث لا تستطيع تكسير الروابط بين مكونات المادة، ومن الملاحظ أن طاقة هذه الإشعاعات صغيرة جداً بالمقارنة بالإشعاع المؤين وتنتج هذه الأشعة من الأجهزة التي يصنعها الإنسان، وتعمل بالكهرباء ومنها الأشعة تحت الحمراء والأشعة البنفسجية، والضوء المرئي وتنتشر هذه الأشعة بسرعة واحدة في الفراغ وهي نفس سرعة الضوء².

وكما أورد المشرع العراقي تعريف للإشعاع غير المؤين في التعليمات رقم (1) لسنة 2007 الخاصة بالوقاية من الإشعاعات غير المؤينة الصادرة عن الأبراج الرئيسية والثانوية للهواتف النقالة، حيث نصت الفقرة (1) من المادة (1) منها على أن الإشعاع غير المؤين عبارة عن: "أشعة كهرومغناطيسية تقع على الترددات الواطئة بدءاً من 1 ميغا هرتز فما فوق مثل الأشعة المنطلقة من محطات البث الرئيسية والهوائيات للهواتف النقالة و أشعة الراديو وموجات المايكرووف وغيرها"³.

وكما تجدر الإشارة إلي أن الإشعاعات الكهرومغناطيسية توجد مصادرها بصورة مبعثرة وعشوائية وبترددات وقيم مختلفة في حياتنا اليومية وتلازم حركة الإنسان من مكان إلي آخر فالإنسان يحصل بصفة دائمة علي جرعة من هذا الإشعاع، حتى أنه في أثناء قيادته لسيارته يتعرض لمجالات كهرومغناطيسية تنتج عن مولد الجهد المرتفع في السيارة ويمكن ببساطة أن يشعر بهنّه الجهود إذا أمسك بالراديو وحمله بين يده بالسيارة، فسيسمعه صوت المحرك داخل الراديو وذلك لتدخل الإشارات الكهربائية المختلفة الصادرة عن المحرك مع الموجات التي يستقبلها الراديو⁴، وكما يجب الإحاطة بالإشعاعات غير المؤينة الناشئة عن النشاط الصناعي للإنسان كالأجهزة الكهرومغناطيسية، وخطوط الكهرباء ذات الضغط العالي، وموجات الراديو والهاتف النقال⁵.

وتجدر الإشارة إلي أن الأشعة الكهرومغناطيسية توجد بصفة دائمة عند مرور تيار كهربائي متردد، فينشأ عن ذلك وجود مجال كهربائي متردد يصاحبه أيضاً مجال مغناطيسي متردد ويسمي هذا المجال المزدوج بالمجال الكهرومغناطيسي،

¹ أسرعلي زكي وحسن الكمشوشي، التلوث الكهرومغناطيسي ومعايير الأمان، منشأة المعارف، مصر، الطبعة الأولى سنة 2007، ص 40.

² صلاح الدين عبد الستار محمد، التلوث المحمول والتلوث الكهرومغناطيسي مجلة أسيوط للدراسات البيئية، العدد الخامس والعشرون، يوليو 2003، ص 91.

³ عامر عاشور وهالة صلاح الحثيثي، المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار الأبراج الرئيسية والثانوية للهواتف النقالة مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 05 السنة الثانية، ص 4.

⁴ فاضل محمد على، التأثيرات البيولوجية الناتجة عن إدخال تكنولوجيا الأجهزة الحديثة وانتشارها في حياتنا اليومية، تقرير رقم 2 مقدم لأكاديمية البحث العلمي، كلية العلوم جامعة القاهرة، مصر، أبريل 1993، ص 107.

⁵ محمود جريو، المسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار التلوث الكهرومغناطيسي، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2010، ص 60.

ويعرف الدكتور فاضل محمد هذه الموجات بأنها " أشعة ذات خصائص مزدوجة ناشئة عن مجال كهربي متردد ومجال مغناطيسي متردد ويتذبذبان بتردد واحد ودائما متعامدان ".¹

ويعرفها معجم الفيزياء الحديث بأنها " موجة تنتشر بسبب تغيرات دورية آنية في مجالين كهربي ومغناطيسي ".

وتمتد الأشعة الكهرومغناطيسية لتشمل قدر كبيرا من الأطوال الموجية، يتراوح ما بين عدة كيلومترات إلي جزء صغير جدا من المليون متر، وقد تمكن العلماء من تصنيفها إلي عدة أنواع من الموجات بحسب طولها وترددها فتشمل موجات الإذاعة الطويلة أو المتوسطة، وموجات التلفزيون، وموجات الأشعة تحت الحمراء، والضوء المرئي والأشعة فوق البنفسجية وموجات التلفون المحمول، و الأشعة السينية وكذلك أشعة جاما وبالإضافة إلي الموجات الصادرة من أبراج الكهرباء ذات الضغط العالي، والأجهزة الالكترونية وغير ذلك من الأنواع الأخرى¹.

وتتميز هذه الموجات بأنها تحمل نفس الصفات والخصائص التي تحملها الموجات الكهربائية والموجات المغناطيسية وأنها تنتشر في الهواء والفرغ المحيط بنا وتخترق الماء وبعض المواد مثل المباني، وتسير بنفس سرعة الضوء، ويمكن أن تعكس علي بعض الأسطح، كما يمكن أن تمتص أو تنفذ من خلاياها بحسب تردداتها المختلفة وحسب نوع المادة².

المطلب الثاني: مجالات التلوث البيئي الكهرومغناطيسي:

تنتج المجالات الكهرومغناطيسية في المنازل بتشغيل الأجهزة والمعدات الكهربائية، كما أن المنازل القريبة من خطوط نقل الطاقة الكهربائية، أو ذات التوصيلات الكهربائية الغير سليمة من الممكن أن تكون ذات قيمة عالية للمجالات الكهرومغناطيسية فمن المؤكد أنه عند تشغيل أي جهاز منزلي كهربي يتولد عنه مجال مغناطيسي فعندما يكون الشخص قريبا منه يتعرض لهذا المجال ويخترق جسمه مما قد يعرضه للخطر³، وكما أصبح مألوفاً مشاهد أبراج الهواتف النقالة، وهي تغطي أسطح بعض المباني بعد أن أغرت المبالغ النقدية التي تقدمها الشركات العاملة في مجال الاتصالات لأصحاب هذه المباني وذلك للسماح لهذه الشركات بنصب تلك الأبراج دون التفكير في الأضرار التي تسببها والإشعاعات الكهرومغناطيسية المنبعثة منها⁴، ولقد صاحب انتشار هذا النوع من الهواتف النقالة ومحطاته عدد كبير من الدراسات والأبحاث التي تشير إلي الأضرار الصحية الناجمة عن هذه المعدات، ودورها في تلوث هذا الوسط بالموجات الكهرومغناطيسية⁵، وتلك الأضرار عادة ما تكون أضرارا تراكمية تؤثر علي الصحة بمرور الزمن، الزمن، الأمر الذي يدفع بعض الشركات المنتجة لهذه المعدات إلي وضع لاصقة علي الجهاز تحذر من المضار الصحية التي قد تنجم عن هذه المعدات وذلك اقتداء بما تتبعه شركات إنتاج الدخان.

إن حدود الأمان لدرجة التلوث الكهرومغناطيسي المسموح بها، تتفاوت من بلد إلي بلد آخر وقد يصل هذا التفاوت إلي المائة ضعف، الأمر الذي يجعل الهواتف المحمول ومحطاته القاعدية مدانتان حتى تثبت براءتهما، وحتى ذلك اليوم لا بد من توخي الحذر بشأن استخدام الهواتف المحمول وإقامة محطاته القاعدية فوق المباني.

¹ فاضل محمد علي، المرجع نفسه، ص 108.

² محمود جريو، المرجع نفسه، ص 66.

³ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 32.

⁴ أسعد فضل مندیل الجياشي، دراسة قانونية بالأضرار الناتجة عن أبراج الهواتف النقالة، كلية القانون، جامعة القادسية دون سنة النشر، ص 2.

⁵ صلاح الدين عبد الستار محمد، المرجع السابق، ص 1.

تعتبر الهواتف المحمولة ومحطاتها القاعدية، من أهم مصادر التلوث الكهرومغناطيسي حيث تنتج مجالات كهرومغناطيسية، وتتكون هذه المجالات من مجالين متعامدين وهما المجال الكهربائي والمجال المغناطيسي، وتعتبر الموجة الصادرة عن الهواتف النقالة ومحطاتها أمواجاً راديوية كهرومغناطيسية، وهو إشعاع غير مؤين تختلف تأثيراته البيولوجية بشكل أساسي عن الإشعاع المؤين¹.

إن الإشعاعات الكهرومغناطيسية المنبعثة من أبراج الاتصال لديها القدرة علي التفاعل مع خلايا جسم الإنسان لهذا فإن التصميم الهندسي للبرج ضروري لضمان عدم تعرض الإنسان لمستوي عالي من الطاقة، وقد أجريت دراسة علمية صنفت الأعراض التي تصيب المتعرضين لأشعة أبراج الهاتف المحمول، علي حسب المسافة من البرج وقد كانت أعراض الإحساس بالتعب موجودة، في من يسكنون علي بعد 200 م من برج الهاتف المحمول، أما بالنسبة للأشخاص الذين يسكنون علي بعد 100 م من البرج فكان لديهم نوع من حداث الطبع والاكتئاب والهبوط في النشاط وفقدان الشهية والاضطراب في النوم وعدم الإحساس بالراحة².

وإزاء هذا التباين بين الدراسات العلمية، حول أضرار أبراج الاتصال علي صحة الإنسان ولكل دراسة أدلتها العلمية حول إثبات ضرر هذه الأبراج، نجد نفسنا أمام المبدأ القائل أن الوقاية خير من العلاج، وبما أن منظومة الهاتف النقال تكنولوجيا حديثة في مجال الاتصالات ولا نستطيع بالوقت الحاضر الاستغناء عنها وعليه لا بد أن نكون حريصين كل الحرص عند التعامل بها وأن نتبع الضوابط القانونية والفنية بنصب أبراجها حتى نصل إلي ما يقينا من أضرارها مستقبلاً³.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لأبراج الاتصال وشروط تحقق المسؤولية التقصيرية عن الضرر البيئي الكهرومغناطيسي:

إن من بين مصادر الإشعاعات الكهرومغناطيسية التي أصبحت تحيط بنا من كل جانب وأصبحت تلازمنا في جميع مجالات الحياة، نجد أبراج الاتصال التي أضحت موجودة في كل أسطح المنازل وتفاقم الأضرار المستفحلة منها، حيث أن الضرور من هذه الأبراج يجد إشكال في المطالبة لجبر الضرر الذي أصابه لعدم إدراكه لطبيعة الأبراج القانونية و علي ماذا يرتكز في المطالبة بالتعويض وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المبحث حيث خصصنا المطلب الأول للحدوث عن الطبيعة القانونية لأبراج الاتصال أما المطلب الثاني فخصصناه للحدوث عن شروط تحقق المسؤولية التقصيرية عن الضرر البيئي الكهرومغناطيسي .

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لأبراج الاتصال علي ضوء نظرية حراسة الأشياء:

إن برج الاتصال يعد شيء مادي غير حي، أعد بصنع الإنسان وله كيان و متصل بعقار اتصال قرار وتتطلب حراسته عناية خاصة لطبيعته، حيث يتوجب علي الشركة المالكة التحقق بعدم وجود عيب فيه من ناحية نصبه فضلاً عن وجوب اتخاذ كافة الإجراءات الخاصة بتأمين سلامة الأشخاص العاملين والمقيمين بالقرب منه، والعمل باستمرار علي التحقق من مدي فعالية الأجهزة المثبت فيه ومطابقتها للمعايير الفنية المحددة، والمسموح بها قانوناً لذا فهو يعد

¹ سعيد سعد عبد السلام، المرجع نفسه، ص 4.

² صلاح الدين عبد الستار محمد، المرجع السابق، ص 4-4.

³ أسعد فاضل مندوب الجياشي، المرجع السابق، ص 3.

خطيرا بحكم طبيعته ، نظرا لتكوينه وتركيبه من حيث الأجهزة المثبت فيه ، واتصالها المباشر بوحدة السيطرة الالكترونية علي الترددات الصادرة من خلاله لتأمين تغطية المنطقة الموضوع فيها بحقول كهرومغناطيسية .¹

إن الأساس القانوني للمسؤولية المدنية لمالك الأبراج عن الأضرار التي تتسبب فيه هذه الأخيرة يجد سنده القانوني في المادة 138 من القانون المدني الجزائري والتي نصت علي أنه " كل من تولي حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء ويعفي من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة " .² ، والملاحظ أن عبارة شيء التي جاء بها المشرع الجزائري في المادة 138 مدني جزائري جاءت عامة وغير محددة فهي تنصرف لكل الأشياء غير أن الأشياء المقصودة في مجال المسؤولية هي التي تكون تحت الحراسة³

وقت حدوث الضرر دون غيرها ، وكمبدأ عام تخضع كل الأشياء تحت الحراسة لأحكام المادة 138 مدني جزائري دون التمييز بين الأشياء المنقولة ، أو العقارية ، وبين الأشياء المعيبة وغير المعيبة وبين ما هو خطير وغير خطير ، فنجد أن الأستاذ مازو يضع الخطوط العريضة لمعني الشيء فيقول " هو كل شيء ليست له إرادة حرة ، فالأشياء كلها باستثناء الحيوان " وهو كل ما كان له وجود غير حي.⁴

إن المشرع الجزائري طبقا للمادة 138 مدني جزائري لم يشترط أن يكون الشيء الذي أحدث الضرر خطرا ، وحسنا فعل المشرع الجزائري عندما عمم مفهوم الشيء ، فهو ينصرف إلي الشيء الخطر ، وغير الخطر عقارا كان أو منقولا ، معيبا أو غير معيب ، لهذا يصبح عدم التمييز بين الأشياء مصدر الضرر طبقا لنص المادة 138 مدني جزائري يوفر حماية أكبر لصالح المضرور.⁵

وبما أن أبراج الهاتف النقال تصدر منها أشعة كهرومغناطيسية ، وهي أشعة غير مؤينة فإنها تدخل ضمن الأشياء غير الحية الخطرة⁶ ، وذلك حسب مفهوم الشيء الذي وردت عبارته عموما طبقا لنص المادة 138 مدني جزائري ن وبالتالي تقع المسؤولية عن أبراج الاتصال وفقا لنص المادة 138 مدني جزائري علي كل متولي حراسة الأبراج الخطرة ن والمقصود بالحراسة هنا هي أنها " قدرة الشخص علي استعمال وتسيير ورقابة الشيء " ولذلك فإن الأصل من يكون الشيء تحت حراسته هو مالك الشيء نفسه للوقاية من ضرره.⁷

المطلب الثاني : شروط قيام المسؤولية التقصيرية والتعويض عن الضرر البيئي الكهرومغناطيسي :

إن قيام المسؤولية المدنية التقصيرية الناجمة عن أضرار أبراج الاتصال في ضوء أحكام المادة 138 من القانون المدني الجزائري يستوجب توافر شروط لكي يتسنى لنا تطبيق قواعد المسؤولية الشيئية علي أبراج الاتصال بوصفها من الأشياء الخطرة .

¹ عامر عاشور وهالة صلاح الحثيثي ، المرجع السابق ، ص 06.

² الأمر 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

³ فاضل إدريس ، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 2008 ، ص 54.

⁴ Léon MAZEAUD ,La Faute Dans La Garde, Rev Tri Dt Civ , 1925 , p 105 .

⁵ فاضل إدريس ، المرجع السابق ، ص 65.

⁶ عامر عاشور وهالة صلاح الحثيثي ، المرجع السابق ، ص 07.

⁷ علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 208.

أولا : شروط قيام المسؤولية التقصيرية :

وجود برج الاتصال تحت يد حارسه :

إن المشرع الجزائري أخذ بمعيار الحراسة المعنوية ، وذلك لما ذهب إليه المشرع الفرنسي من خلال قرار الصادر من الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية في 02 ديسمبر 1941 في قضية فرانك الشهيرة ، وصاغ المشرع الجزائري الحكم في المادة 138 مدني جزائري ، وبهذا يتضح مناط الحراسة في السلطات الثلاثة في المادة سالفة الذكر وهي الاستعمال والتسيير والرقابة فلحارس من له السيطرة علي الشيء ، وهذه السيطرة المعنوية والمتمثلة في السلطات الثلاث ، أما السلطة المادية فوجودها ليس بكافي والمفروض أن المالك هو الحارس فتقع علي عاتقه المسؤولية حتى يثبت أن الحراسة كانت لغيره عند حدوث الحادثة ، وبهذا يعتبر الحارس مسئولا عما يحدثه الشيء من ضرر ولو أفلت الشيء من يده دون أن يتخلى عن ملكيته ودون أن تنتقل الحراسة إلي غيره وبعبارة أخرى يكون حارسا من تكون له السيطرة المعنوية علي الشيء ولو لم يستند في سيطرته إلي حق ما ودون اشتراط أن يكون الحارس واضعا يده ماديا علي الشيء ، ويرى الإخوة مازو أن مفهوم الرقابة أوسع من التسيير المادي ويراد بها سلطة إصدار الأوامر¹.

ومن هنا فان شركة أبراج الاتصالات والواضعة لبرج الاتصال هي من لها السلطة الفعلية علي هذا البرج وان بقاء السيطرة المادية بيد التابع لا ينفي صفة الحراسة عنها ما دام التابع يعمل لحسابها ويأتمر بأوامرها ، وكذلك بالنسبة لعملية تشغيل البرج والتي هي موكلة إلي الجهات الفنية المتخصصة والتي هي الأخرى تعمل وفق أوامر وتعليمات الشركة لما لها من حق وسلطة علي البرج محل الحراسة وهنا تتجسد فكرة الحراسة المعنوية².

ب - تحقق الضرر من برج الاتصال :

إن المشرع الجزائري تكلم عن الضرر في العديد من المواد في القانون المدني منها المادة 124

بنصها " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " ³، وكما عرف الفقه الضرر علي أنه " الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو جماله أو حرته أو شرفه أو غير ذلك " ، أو هو " الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة " ⁴

وعلي ضوء ما تقدم يمكننا القول أن الضرر الناتج عن أبراج الاتصال هو عبارة عن أذى يكون سببه برج الاتصال بحيث يؤدي إلي إصابة الإنسان في حق من حقوقه والذي هو العيش في بيئة سليمة أو مصلحة مشروعة له ، وكذلك ينتقل الأذى ويصيب الحيوان والنبات وعناصر البيئة الأخرى من جراء التأثيرات البيولوجية للإشعاع غير المؤين الصادر عنها ، وتجدر الإشارة إلي أن الضرر الناجم عن الأبراج ينبغي أن يقع بتدخل الشيء تدخلًا إيجابيًا ، ويقصد

¹ Henri ,Lèon , Jean MAZEAUD , Leçons De Droit Civil ,P 474.

أنظر علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 214 - 219.

² إياد عبد الجبار ملوكي ، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها علي الأشخاص المعنوية ، مطبعة بابل ، بغداد ، سنة 1981 ، ص 134

³ الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

⁴ بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الجزء الثاني ، سنة 2008 ، ص 143.

به أن يكون الشيء في وضع يسمح عادة لإحداث الضرر كأن يكون الشيء في غير وضعه الطبيعي أو في حالة حركة أي ألا يكون للبرج دور سلبي ويكون هذا الأخير في وضع يسمح ببث الأشعة الكهرومغناطيسية وكما لا يشترط أن يكون اتصال مادي ومباشر بين البرج والمضروب، ومثال ذلك أن صاحب العقار الذي نصب فيه برج الاتصال لا يصاب بمرض عضال بل قد حدث أن يصاب شخص يقطن في منزل مجاور للعقار الذي نصب فيه برج الاتصال¹ والذي تصدر منه أشعة كهرومغناطيسية تفوق نسبة المعايير المتفق عليها دوليا والمقدر بـ 0.4 ملي واط²، وتجدر الإشارة أن الأضرار الناجمة عن أبراج الاتصال تأخذ شكل صورتين وهما:

- ضرر مادي أو مالي :

لقد أجمعت التعاريف الفقهية والقضائية علي أن الضرر المادي هو الخسارة المادية التي تلحق المضروب نتيجة المساس بحق من حقوقه، أو مصلحة، بمعنى أن نطاق التعويض يقتصر علي الضرر الذي يلحق بالمال أي بالذمة المالية "، ويقصد بالضرر المادي الناجم عن أبراج الاتصال ذلك الأذى الذي يصيب الأموال أو الذمة المالية أو الإنقاص من الحقوق المالية للمضروب نتيجة الضرر الذي يلحقه من هذه الأبراج.³

- الضرر المعنوي :

إن الضرر المعنوي يترتب عند التعدي علي الحقوق أو المصالح غير المالية، فهذا النوع من الضرر يلحق بما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية، ويكون في العادة مقترنا بأضرار مادية، أو يلحق بالعاطفة أو الشعور بالأم التي يحدثها في النفس والأحزان، وبالتالي فإن الضرر المعنوي الناجم عن أبراج الاتصال عبارة عن ضرر لا يمس الذمة المالية للشخص بل يمس الشعور والعواطف، كآلام النفسية التي تنتاب الشخص نتيجة إصابة أحد أفراد عائلته بمرض عضال نتيجة تعرضه للإشعاعات الكهرومغناطيسية الصادرة عن برج الاتصال⁴ وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري ونص علي تعويض الضرر المعنوي وذلك في نص المادة 183 مكرر مدني جزائري بنصها " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

ج- العلاقة السببية بين برج الاتصال والضرر :

قد ينتج الضرر عن أسباب مختلفة، ومتفاوتة من حيث الدور الذي لعبته في إحداثه، فقد يكون البعض منها منتجة للضرر لأنها لعبت دورا رئيسيا في تحقيق الضرر، ومنها من شاركت حصوله ومنها من ساعدت أو زادت من حجمه ومنها من هي بعيدة عنه حيث كان لها دور ضعيف في إحداث الضرر⁵.

¹ عامر عاشور وهالة صلاح الحثيثي، المرجع السابق، ص 10.

² صلاح الدين عبد الستار محمد، المرجع السابق، ص 110.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 145.

⁴ عامر عاشور وهالة صلاح الحثيثي، المرجع السابق، ص 12.

أنظر تقرير منظمة الصحة العالمية حول علاقة الهاتف المحمول بمرض السلطان الصادر بتاريخ 28 جوان 2000 منشور علي الموقع الالكتروني التالي :

www.who.int

⁵ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 290-313.

ولا تظهر أية مشكلة حينما يثبت أن الضرر كان نتيجة مباشرة للفعل الذي أحدثه الفاعل إلا أن المشكلة الحقيقية تظهر في حالة وجود مجموعة من الأفعال، مساهمة في إحداث الضرر قد يصدر بعضها عن الإنسان¹، والبعض الآخر تتسبب فيه الأشياء أو قد تتسبب فيه القوي الطبيعية في إنتاج الضرر كما في حالة حدوث هزة أرضية أو سيول تؤثر بشكل مباشر علي المنطقة الموضوع عليها البرج² وهذا ما يعرف بنظرية تكافئ الأسباب وتساوي المسؤولية بين الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر³، والمشرع الجزائري أخذ بنظرية السبب المنتج والتي مفادها أنه عند تدخل أسباب عدة في إحداث ضرر ما لا بد من فرزها والتميز بين تلك التي تعتبر منتجة للضرر وتلك التي تكون عرضية فقط ولا يؤخذ في الاعتبار إلا الأسباب المنتجة أو الفعالة وحجته في ذلك نص المادة 182 مدني جزائري والتي تقضي بأنه " إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به⁴ "

ومثال ذلك وجود مجموعة من أبراج الاتصال في منطقة عمرانية ولكن أحد هذه الأبراج أصيب بعطل فأصبح تأيين المنطقة العمرانية بالإشعاعات الكهرومغناطيسية يفوق الحد المتفق عليه، في هذه الحالة يكون هذا البرج الوحيد هو المتسبب في الأضرار التي تصيب سكان هذه المنطقة جراء ارتفاع نسبة التآيين.

ثانيا: التعويض عن أضرار أبراج الاتصال :

إن من أجل جبر التعويض الناجم عن الأضرار التي تسببها أبراج الاتصال، ينبغي تحديد الشخص أو الجهة التي يقع علي عاتقها تعويض الضرر وعند الحديث عن أبراج الاتصال، نكون أمام شخصين الأول هو مالك البناء الذي قام بتأجير البناء من أجل نصب برج الاتصال، والشخص الثاني هو مالك البرج أو شركة الهاتف النقال.

- مسؤولية مالك العقار :

إن في اغلب الأحيان تقوم شركة الاتصال باستئجار عقارات من مالكيها وذلك من أجل نصب هذه الأبراج عليها مقابل حصول المؤجر علي أجره معينة، يتم الاتفاق عليها من قبل الطرفين، ومما لا شك فيه أن حق الملكية يعد من أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا وعليه فان مالك العقار له الحرية التامة في ممارسة سلطته، وهذه السلطة لا تأخذ علي إطلاقها بل تتقيد بعدم الإضرار بالغير لان ذلك يعد تعسفا في استعمال الحق⁵ ولقد تكلم المشرع الجزائري علي حالة التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر مدني جزائري بنصها " يشكل الاستعمال التعسفي للحق

¹ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، مصر، الطبعة الخامسة، الجزء الثاني، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، سنة 1988، ص 456.

² عامر عاشور وهالة صلاح الحثيثي، المرجع نفسه، ص 16.

³ سليمان مرقس، المرجع نفسه، ص 455.

⁴ علي فيلاي، المرجع نفسه، ص 318.

أنظر محمد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، سنة 2012، ص 100.

⁵ عامر عاشور وهالة صلاح الحثيثي، المرجع السابق، ص 19.

خطأ لا سيما في الحالات الآتية : إذا وقع بقصد الإضرار بالغير ، إذا كان يرمي للحصول علي فائدة قليلة بالنسبة إلي الضرر الناشئ للغير ، إذا كان الغرض منه الحصول علي فائدة غير مشروعة "1.

إن التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير يعتبر خطأ بل هو خطأ عمدي بالاعتبار أن القصد الوحيد الذي انصرفت له نية الشخص صاحب هذا الحق هو الإضرار بالغير ، واعتبر المشرع الجزائري تماشيا مع بعض الفقه والقضاء في فرنسا أن الرغبة الشريرة أي النية الخارجة بسبب شهوة والإضرار بالغير هو خطأ عمدي يفترض مسؤولية مدنية²، وبالتالي فإن مالك العقار إذا قام باستغلال ملكه عن طريق إيجاره لمالك الأبراج وذلك من أجل نصب هذه الأبراج عليها وترتب علي ذلك ضرر لحق بجيرانه نتيجة زيادة الأشعة الكهرومغناطيسية الضارة من هذه الأبراج مما يؤدي إلي إصابة جاره بمرض عضال ، يعد هذا ضررا فاحشا بالنسبة للفائدة القليلة التي يرجو الحصول عليها من وراء تأجيرها للعقار وذلك تبعا للمادة 124 مكرر مدني جزائري سالفه الذكر وفي هذه الحالة فإن التعويض الناجم عن التعسف في استعمال الحق الذي يتولد عنه المسؤولية التقصيرية قد يأخذ صور

التعويض العيني والمتمثل في إزالة برج الاتصال وذلك لكون المسافة الأفقية بين الهوائيات الخاصة به والمباني المجاورة له يبعد عنها مسافة تقل عن 08 متر ، أو يأخذ صورة التعويض النقدي.

- مسؤولية مالك برج الاتصال :

إن شركة الهواتف النقالة قد تسأل عن الأضرار التي تسببها الأشياء التي في حراستها ، وإن لم يكن هناك التماس مباشر بين الشيء وبين المضرور ، وذلك متى كان فعل الشيء سببا مباشرا لوقوع الضرر³ وتقوم المسؤولية وفقا للقانون المدني الجزائري علي فكرة تقصير كل متولي حراسة شيء وكانت له قدرة التسيير ، والاستعمال ، والرقابة للوقاية من ضرره كأبراج الاتصال ، وذلك في حالة عدم اتخاذ الحيطة الكاملة من أجل الوقاية من الضرر وهذا تبعا لأحكام المادة 41/138 مدني جزائري وهنا يعتبر الخطأ واجب الإثبات ، ونري أنه لا توجد مشكلة في إثبات الخطأ في حالة الأضرار التي تسببها أبراج الاتصال فالخطأ يثبت هنا بمجرد عدم الالتزام بالمعايير والمواصفات المحددة لعمل هذه الأبراج لأن إثبات الواقعة المادية والضرر أمر لا بد منه من أجل إثبات العلاقة السببية وكما يمكن للمسئول نفي العلاقة السببية بإثبات أن الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية ، أو عمل الغير ، أو الحالة الطارئة ، أو القوة القاهرة وهذا ما نصت عليه المادة 2/138 مدني جزائري⁵.

¹ الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

² عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، الجزء الأول ، سنة 1952، ص 837.

³ عامر عاشور وهالة صلاح الحثيثي ، المرجع السابق ، ص 22.

⁴ المادة 1/138 مدني جزائري بنصها " كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء " .

⁵ علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 325.

ولقد أشتراط من أجل نصب أبراج الاتصال الحصول علي الترخيص الإداري من بعد أخذ رأي مديرية البيئة و بالإضافة إلي تقرير طبي حول الأضرار المحتملة وذلك بناء علي المرسوم التنفيذي رقم 198/06 الذي يضبط المنشآت المصنفة ويحدد كيفية تسليم التصريح والرخص 1، وكما نص المشرع الفرنسي في التشريع رقم 663 - 26 الصادر في 19/07/1967 الخاص بمنشآت حماية البيئة في المادة 08 منه، حيث أشار أن " الترخيص الإداري يكون ممنوحا لخدمة حقوق الآخرين " بمعنى أن الترخيص يمنح تحت شرط ضمني وهو عدم المساس بحقوق الآخرين 2، ومنح الترخيص لنصب هذه الأبراج ليس من أجل الإضرار بالآخرين وإنما يمنح بعد مراعاة الشروط الواجب توفرها.

خاتمة :

وفي ختام دراستنا اتضح لنا جليا، أن للتلوث البيئي الكهرومغناطيسي تأثيرا واضحا علي البيئة بصفة عامة، وعلي صحة الإنسان بوجه خاص، إذ يجب اتخاذ مجموعة من التدابير من أجل التقليل من هذا النوع من التلوث، وبما أن جل الأجهزة التي نستعملها في حياتنا اليومية والتي لا نستطيع الاستغناء عنها، وهي أحد مصادر التلوث البيئي الكهرومغناطيسي وهذا الأمر يجهد الكثير من مستعمليها، مما يستوجب الأمر من منتجي هذه الأجهزة تنبيه المستهلك غير متخصص، بخطورة هذه الأجهزة المستعملة عن طريق وضع لاصق علي الجهاز ويوضع عليها كل ما يتعلق بالجهاز.

وكما ينبغي علي التشريعات بصفة عامة والمشرع الجزائري بصفة خاصة وضع نظام قانوني واضح و يتماشى وهذا النوع الجديد من التلوث، بحث نلاحظ ان قواعد القانون المدني ليست واضحة في هذا المجال خاصة في ما يتعلق في التعويض لان الضرر الكهرومغناطيسي أعراضه لا تظهر كلها في وقت قصير بل تبرز في المدى البعيد أي هو ضرر مستقبلي أكثر منه حالي لذا يجب إبقاء حق المضرور في الرجوع إلي القضاء في حالة تطور الضرر وذلك من أجل توفير الحماية أكبر للمضرور، وخاصة أن إثبات الخطأ يكون علي عاتقه، ويجب مراعاة بعض الشروط في تركيب محطات الهاتف المحمول، والتي تحتل نسبة كبيرة في انتشار الإشعاعات الكهرومغناطيسية، وخاصة وجود هذه الأبراج في وسط المجمعات السكنية خطأ كبير، كما يجب علي السلطة مانحة الترخيص أن تراعي شروط الأمان، كمراعاة المسافة بين البرج والمباني المجاورة له وارتفاع السكن المراد وضع البرج عليه بحث ألا يقل عن 08 أمتار ويجب القيام بفحص دوري للأجهزة المثبت في البرج وقياس نسبة تأين المنطقة بحيث لا تتجاوز نسبة 0.4 كيلو واط.

كما نقترح علي وزارة البيئة، أن تستوفي من شركات الهواتف النقالة وقبل منحها الإجازة البيئية تأمينات نقدية أو عينية، لضمان تعويض الأضرار التي تلحق بالأشخاص نتيجة مخالفة تلك الشركات لقواعد السلامة والأمان عند وضع محطات الهاتف النقالة.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 06 - 198 المؤرخ في 31/05/2006 الذي يضبط علي المنشأة المصنفة ويحدد كيفية تسليم التصريح والرخص .

أنظر المرسوم التنفيذي رقم 07 - 144 المؤرخ في 19-07-2007 الذي يحدد قائمة المنشأة المصنفة لحماية البيئة، لا سيما الخانة رقم 2911 التي تحدد نشاط واصلات الهوائية للهاتف النقالة .

² عامر عاشور وهالة صلاح الحثيثي، المرجع نفسه، ص 24.

✓ قائمة المراجع :

• الكتب :

- أسعد فضل منديل الجياشي ، دراسة قانونية بالأضرار الناجمة عن أبراج الهواتف النقالة كلية القانون ، جامعة القادسية ، مصر دون سنة النشر.
 - إياد عبد الجبار ملوكي ، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها علي الأشخاص المعنوية ، مطبعة بابل بغداد ، سنة 1981.
 - بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، الجزء الثاني ، سنة 2008 .
 - فاضل إدريس ، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 2008 .
 - أسر على زكي وسعد الكمشوشي ، التلوث الكهرومغناطيسي ومعايير الأمان ، منشأة المعارف مصر ، الطبعة الأولى ، سنة 2007.
 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، الجزء الأول ، سنة 1952.
 - على فيلاي ، الالتزامات ، الفعل المستحق للتعويض ، موفم للنشر ، الجزائر ، الطبعة الثالثة سنة 2012.
 - محمد سعدي الصبري ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة ، دار الهدى ، الجزائر ، سنة 2012 .
 - محمود جريو ، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث الكهرومغناطيسي ، دار الجامعة الجديدة مصر ، سنة 2010 .
 - محمد السيد أرنؤوط ، الإنسان وتلوث البيئة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، مصر ، سنة 1999 .
 - محمد محمود حسام لطفي ، الحماية القانونية للبيئة المصرية ، دراسة للقوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية ، بدون ناشر ، سنة 2001 .
 - سعيد سعد عبد السلام ، مشكلة تعويض أضرار البيئة التكنولوجية ، دار النهضة العربية ، مصر دون سنة النشر .
 - سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات ، مصر ، الطبعة الخامسة الجزء الثاني ، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، سنة 1988 ، .
- المقالات :
- صلاح الدين عبد الستار محمد ، التلفون المحمول والتلوث الكهرومغناطيسي ، مجلة أسبوط للدراسات البيئية ، مصر ، العدد الخامس والعشرون ، يوليو ، سنة 2003 .
 - عامر عاشور وهالة صلاح الحثيثي ، المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار الأبراج الرئيسية والثانوية للهواتف النقالة ، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، العدد 05 ، السنة 02.
 - فاضل محمد على ، التأثيرات البيولوجية الناتجة عن إدخال تكنولوجيا الأجهزة الحديثة وانتشارها في حياتنا اليومية ، تقرير رقم 2 مقدم لأكاديمية البحث العلمي ، كلية العلوم جامعة القاهرة ، مصر أفريل 1993.

- المواقع الالكترونية :
 - تقرير منظمة الصحة العالمية حول علاقة الهاتف المحمول بمرض السلطان الصادر بتاريخ 28 جوان 2000 منشور علي الموقع الالكتروني التالي :
www.who.int
 - النصوص التشريعية :
 - الأمر 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم الجريدة الرسمية ، عدد 44 ، الصادرة في 2005/06/26.
 - النصوص التنظيمية :
 - المرسوم التنفيذي رقم 07 - 144 المؤرخ في 19 - 07 - 2007 الذي يحدد قائمة المنشأة المصنفة لحماية البيئة ، لا سيما الخانة رقم 2911 التي تحدد نشاط واصلات الهوائية للهاتف النقال .
 - المرسوم التنفيذي رقم 06 - 198 المؤرخ في 31 / 05 / 2006 الذي يضبط علي المنشأة المصنفة ويحدد كيفية تسليم التصريح والرخص .
 - ✓ المراجع باللغة الفرنسية :
- Lèon MAZEAUD ,La Faute Dans La Garde, Rev Tri Dt Civ .
- Henri ,Lèon , Jean MAZEAUD , Leçons De Droit Civil .

نطبقات القواعد القضائية في أجوبة الونشريسي



إعداد : طارق زوكاغ طالب باحث بمركز

دراسات الدكتوراه بكلية الآداب فاس - سايس

Email : zougagh_tarik@hotmail.fr

مقدمة :

لم تعرف "مؤلفات النوازل" الجُمود والرتابة التي عرّفتها كتب الفقه، حيث تُرك فيها هامش مهمٌ لاجتهاد المفتي داخل فقه مذهبه، كما أنّها لم تتناول المادة الفقهية بشكل جاهز من مصادرها؛ بل ربطتها بعلاقتها ومناطاتها أثناء تنزيلها على الوقائع، وبذلك تميّز هذا النوع من التأليف عن عموم كتب الفقه بخصائص أبرزها: [الواقعية؛ - تنوع تأليفها؛ - التجدد؛ - الطابع المحلي].¹

و من بين أهم المؤلفات التي أفاد منها العلماء والباحثون في هذا المجال؛ الموسوعة النوازية الموسومة بـ "المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب" لأبي العباس الونشريسي (ت914هـ)؛ شيخ المالكية بالغرب الإسلامي²، حيث أسهم مؤلفه في "توحيد الاجتهاد الفقهي من خلال الجمع والتأليف؛ لكي تكون في مُتناول القضاة والمفتين، واطلاعهم على اجتهادات فقهاء المذهب، ولا يخفى ما في ذلك من فوائد"³؛ لذلك وصف الونشريسي -رحمه الله- صنيعة في مقدمه "المعيار" بكونه؛ جمعٌ مغربٌ لفتاوى المُتقدِّمين والمُتأخرين المعاصرين له لـ "ما يعسر الوقوف على أكثره في أماكنه، واستخراجه من مكامنه، لتبديده وتفريقه، وانبهام محلّه وطريقه"⁴، وذكر في الخاتمة أنّه ترك "أجوبة كثيرة من الفقه والأحكام؛ مما لا تضطر إليه القضاة والحكام"⁵.

¹ "نظرات في النوازل الفقهية"، محمد حيي (ص:58).

² حيث قال في حقه شيخ الجماعة بالمغرب-محمد بن غازي:- "لو أنّ رجلاً حلف بطلاق زوجته أنّ أبا العباس الونشريسي أحاط بمذهب مالك أصوله وفروعه لكان باراً، ولا تُطلق عليه زوجته"، يُنظر "المعيار المغرب"، مُقدمة التّحقيق للدكتور محمد حيي (1/ج).

³ يُنظر مقال: "المدونات الجامعة للفتوى في المذهب المالكي"؛ للدكتور جمعة محمود الزريقي، مجلة "المذهب المالكي/المغرب" (العدد الرابع، ص:177).

⁴ "المعيار المغرب" (1/1).

⁵ "المعيار المغرب" (395/12).

وعليه؛ سأعمل في هذا الموضوع على النَّظَرِ في تطبيقات القواعد التي تَهْتَمُّ بتأطير المجال القضائي في أجوبة
الونشريسي، وذلك وفق الخطة التالية :
المبحث الأول : التَّعْرِيفُ بالونشريسي وأهمية "المعيار المعرب".

أولاً : التعريف بأبي العباس الونشريسي.

ثانياً : أهمية الموسوعة النوازلية "المعيار المعرب".

المبحث الثاني : نماذج تطبيقية للقواعد القضائية في أجوبة الونشريسي.

أولاً : مفهوم القواعد القضائية.

ثانياً : نماذج تطبيقية للقواعد القضائية في أجوبة الونشريسي.

المبحث الأول : التَّعْرِيفُ بالونشريسي وأهمية "المعيار المعرب".

أولاً : التعريف بأبي العباس الونشريسي (ت 914هـ) :

وُلِدَ أبو العباس أحمد بن يحيى بن محمد بن عبد الواحد بن علي الونشريسي - رحمه الله - بجبال وانشريس التي تُعدُّ
أكثر الكتل الجبلية ارتفاعاً في غرب الجزائر؛ حوالي عام (834هـ/1431م)، ونشأ بمدينة تلمسان¹، ومن المعلوم عن
شخصية الونشريسي أنه رجل شديد الشكِّمة في الحق²؛ لذلك كان دائم الخلاف مع أمراء البيت الزياني، حيث
أجمعت المصادر التي ترجمت للونشريسي على أن سَبَبَ مُغَادِرَتِهِ لِتَلْمَسَانَ هو الخلاف الذي دار بينه وبين السلطان
أبي ثابت المتوكل الزياني³، الأمر الذي اضطرَّ بسببِهِ أبو العباس إلى الهجرة من تلمسان سنة (874هـ)، إلى مدينة
فاس التي "لقي من حفاوة فقهاءها، وإقبال طَلَبَتِهَا عليه؛ ما أنساه العُربة، وجعله يَنَسِجُ في بيئته الجديدة انسجاماً تاماً،
ويَتَّخِذُ من هذه البلدة موطناً له ولأبنائه من بعده"⁴، وعاش فيها إلى أن وافته المنيَّةُ بها يوم الثلاثاء موفى عشرين من
صفر من عام أربعة عشر وتسع مائة (914هـ)، ودُفِنَ بمقبرة باب الفتوح⁵، وبوفاته فَقَدَ الغرب الإسلامي منارةً عالية
في الفقه المالكي والنَّوَالِي، وقد خَلَّفَ الونشريسي مؤلفات لاقت قبولاً وعرفت رواجاً بين أهل العلم منذ كتابتها
إلى يومنا هذا، يأتي على رأسها موسوعته النَّوَالِيَّةُ الموسومة بـ [المعيار المعرب والجامع المغرب في فتاوى أهل إفريقية
والأندلس والمغرب]؛ التي استغرق في تأليفها ما يربو عن أربعة عقود، وضمَّنها حوالي ألفين ومائتين وخمس وثلاثين
مسألة؛ جمعها من مُخْتَلَفِ المصادر النَّوَالِيَّةِ والفقهية والأصولية وغيرها (...).

¹ يُنظر "المعيار المعرب" للونشريسي، مقدمة التحقيق للدكتور محمد حجي (1/1).

² المصدر نفسه (1/ج).

³ المصدر نفسه (1/ج).

⁴ المصدر نفسه (1/ج).

⁵ يُنظر "سلوة الأنفاس ومحادثه الأكياس بمن أقبر من العلماء والصلحاء بمدينة فاس" لمحمد بن جعفر الكتاني (154/2-155).

ثانيا: أهمية "المعيار العرب" في المذهب المالكي.

تَكْمُنُ قِيَمَةُ "المعيار العرب" في كونه أصلا علميا من أصول المالكية المعتمدة في الإفتاء، مع استثناء ما حكم الونشريسي عليه بالضعف؛ كما جاء في "نظم المعتمد من الأقوال والكتب في المذهب المالكي" للشنقيطي، قوله: واعتمدوا المعيار لكن فيه *** أجوبة ضَعَفَهَا فِيهِ¹

هذا؛ بالإضافة لما تحويه هذه الموسوعة النوازلية من تحريرٍ للكثير من الإشكالات المتعلّقة بأصول المالكية في الاستنباط².

ومِمَّا يَزِيدُ من تلك المكانة العلمية؛ تَضَمَّنُ هذا المُوَلَّفُ الفريد لِكُتُبِ أو أجزاء من كتب³ كثيرٍ منها مفقود⁴، وفي شأن هذا المقام؛ قال الدكتور محمد علي مكي عندما استلَّ كتاب "اختصار أحكام السوق ليحيى ابن عمر الأندلسي من المعيار العرب، وقام بتحقّقه: "ولعلنا لا نُسرفُ إذا قلنا: إنَّ أضخمَ مجموعة حفظت لنا قِسْطًا كبيرًا من هذا التراث التشريعي العظيم؛ هي التي صنَّفَهَا أبو العباس أحمد بن يحيى التلمساني الونشريسي بعنوان المعيار[...]"، والنصُّ الذي تُقدِّمُ بين يديه هذه السطور؛ ممَّا احتفظ لنا به الونشريسي في كتابه المعيار"⁵.

كما أنَّه يَفْضَلُ "المعيار" حَفِظَتْ فتاوى أعلام المذهب المالكي في الغرب الإسلامي من المفتين والقضاة، سواء منها ما كان مَجْمُوعًا في كُتُبٍ مُسْتَقِلَةٍ قام الونشريسي بتضمينها- كاملة أو مختصرة- في "المعيار"؛ كفتاوى ابن ورد الذي اعتبر مُحَقِّقَهَا-الدكتور محمد الشريف-"المعيار العرب" نُسخةً ثالثة؛ إضافة لمخطوطين مُعتمدين في تحقيقها⁶، أو كانت تلك الفتاوى مُتَفَرِّقَةً ولم يُكتب لها أن تُجمع إلى أن سَخَّرَ اللهُ ثُلَّةً من الباحثين المعاصرين الذين الذين اهتموا بالتراث الفقهي لأولئك الأعلام، ووجدوا تلك الفتاوى محفوظة في المدونات النوازلية، فعملوا على جمعها وترتيبها، كفتاوى الإمام الشاطبي؛ الذي جمع معظمها الشيخ أبو الأجدان من "المعيار"؛ حيث قال في تقديمه لها: "واستطعت أن أجمع ستين فتوى دون اعتبار المُكرَّر، كان أكثر من ثلثيها مُوزَّعًا على أجزاء موسوعة (المعيار العرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب) لأبي العباس أحمد الونشريسي (ت914هـ)؛ التي يَسَّرَ اللهُ طبعها"⁷، ونفس الأمر ذكره الدكتور الطاهر المعموري في معرض مُقارنته بين "جامع الأحكام" للبرزلي، و"المعيار" للونشريسي، باعتبارهما الأصلين اللذين جمع منهما "فتاوى الإمام المازري"⁸.

هذا، ولا ريب أن الونشريسي أودَعَ في "المعيار" جميع معارفه ومكتسباته الفقهية التي تعلَّمها من مُمارستِهِ لِصِنْعَةِ الإفتاء، أو التي استفادها من خلال اطلاعه على المسائل المَبْثُوتَةِ في "المعيار العرب"، فمن المعلوم أن "فتاوى

¹ يُنظر "فصل المعتمد من الأقوال والكتب في الفتوى"، الشيخ محمد النابغة الغلاوي الشنقيطي (ت1245هـ)، (ص:89).

² نذكر منها من باب التمثيل: [(تفسير الرخصة(34/1)؛ -الفرق بين قياس الإخالة والشبه(190/1)؛ -الحكمة والمظنة(349/1)؛ -اختلاف الأشاعرة في المواخذة بالعزم(135/2)؛ -العلة الشرعية و العلة العقلية(374/4)؛ -تَشَدُّدُ الفقهاء في ذكر الإجماع(411/4)؛ -رعي الخلاف وجعله قاعدة (377/6:496/4)؛ -الاستحسان عند الأصوليين(393/6)؛ -كون الخروج من الخلاف وَرَعًا مُشْكَل (379/6)؛ (...)].

³ يُنظر "المعيار العرب"(1/ط)، ومثاله أيضا؛ نقل الونشريسي لجزء كبير من كتاب ابن لب المَعْنُون بـ"لسان الأذكار والدعوات لما شرع في أدبار الصلوات"، المعيار(297/1).

⁴ كالإحالة على الكتاب المفقود "النُّكْت على المحصول" لابن العربي، يُنظر "المعيار العرب"(122/12).

⁵ "أحكام السوق ليحيى ابن عمر الأندلسي" (ص:5).

⁶ يُنظر "فتاوى ابن ورد الأندلسي" (ص:61).

⁷ يُنظر "فتاوى الإمام الشاطبي" للشيخ محمد أبو الأجدان (ص:13).

⁸ يُنظر "فتاوى المازري"، تقديم وجمع وتحقيق الدكتور الطاهر المعموري (ص:86-87).

المؤلف في هذه المجاميع؛ تكثُر أو تقل؛ حسب ضلّاعته الفقهية وإشعاعه في الإفتاء"¹، وقدرته على الاجتهاد داخل مذهبه.

المبحث الثاني: مفهوم القواعد القضائية وتطبيقاتها في أجوبة الونشريسي.
أولاً: مفهوم القاعدة القضائية.

يتطلب المقام تحديد مفهوم (القاعدة) ومفهوم (القضاء)؛ قبل النظر في مدلول ضميمتهما (القاعدة القضائية).
□ مفهوم القاعدة: القاعدة في اللغة؛ "أصل الأس، والقواعد الأساس، وقواعد البيت أساسه، وفي التنزيل: (وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ)"²، قال الزجاج: القواعد أساطين البناء التي تعمده"³.

وفي الاصطلاح العام؛ عرف العلماء القاعدة بتعريفات متقاربة؛ نذكر منها:
- تعريف الشريف الجرجاني بقوله: "قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"⁴؛
- تعريف الحموي بأنها: "حكم أعلي ينطبق على معظم جزئياته"⁵؛
- تعريف التهانوي: "أمر كلي منطبق على جميع جزئياته عند تعرف أحكامها منه"⁶؛
- تعريف تاج الدين السبكي: "القاعدة: الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تُفهم أحكامها منه"⁷.
وبالنظر إلى هذه التعاريف؛ نلاحظ أن فيها خلافاً بين من يصف القاعدة بكونها كلية أو مضطربة، وبين من يقتصر في تعريفه للقاعدة بالأكثرية، أو الأغلبية التي يدخلها الاستثناء؛ وعلى العموم فإنّ "المعلوم أنّ هؤلاء العلماء لم يكونوا يجهلوا أنّ للقواعد استثناءات، حتى قالوا: من القواعد عدم اضطراد القواعد؛ لذلك كان بعضهم يدخل في تعريفه للقاعدة هذا الاعتبار، بينما كان البعض الآخر يهمله استناداً إلى أنّ الأمر الغالب في القاعدة عدم سلامتها من الشذوذ والاستثناء"⁸.

أما القاعدة في الاصطلاح الفقهي؛ فقد عرفها المقرري بقوله: "كل كلي هو أخص من الأصول"⁹، وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود وجُملة الضوابط الفقهية الخاصة"¹⁰، وهذا التعريف هو "أنسب وألصق بحقيقة القاعدة الفقهية"¹¹.

¹ "نظرات في النوازل الفقهية"، محمد حجي (ص:58).

² سورة البقرة، الآية:126.

³ يُنظر "لسان العرب" لابن منظور، مادة قعد.

⁴ "التعريفات"، الجرجاني (ص:143).

⁵ "غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر"، الحموي (51/1).

⁶ "كشاف اصطلاحات الفنون"، التهانوي (1295/1-1297).

⁷ "الفوائد السنوية" لعبد الله بن سليمان الجرهزي الشافعي (ص:28)، نقلاً عن "نظرية التقعيد الفقهي" للروكي (ص:40).

⁸ "نظرية التقعيد الفقهي"، محمد الروكي (ص:41).

⁹ "قوله: كلّي بمعنى الحكم العام الذي ينطبق على مجموعة من الأفراد المتجانسة المتدرّجة في، والمراد بالأصول: أصول الشريعة وقواعده العامة التي يتوصّل إليها باستقراء النصوص، أو يتنبّع مقاصد الشريعة". يُنظر "قواعد الفقه الإسلامي من خلال الإشراف"، الروكي (ص:109).

¹⁰ "القواعد"، المقرري (212/1).

¹¹ "نظرية التقعيد الفقهي"، محمد الروكي (ص:41).

□ مفهوم القضاء : القضاء في اللغة ف" هو الحكم، وقضى يقضي (بالكسر) قضاء؛ أي حكم، ومنه قوله تعالى : (قَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا)¹، وقد يكون بمعنى الفراغ، تقول: قضى حاجته"².

أما القضاء في الاصطلاح فهو : "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"³، ومن مقاصده: "رفع التهاجر، ورد التوابث، وقمع الظالم، ونصر المظلوم، قطع الخصومات، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر"⁴.

□ مفهوم القاعدة القضائية : من خلال تأمل مفهوم (القاعدة) و(القضاء)؛ يمكن وصف القاعدة القضائية بأنها صنف من قواعد الفقه، يهتم بضبط و تأطير مجال الاجتهاد القضائي؛ لأن القضاء يعتمد في جانب مهم منه على منهج الاجتهاد الفقهي المبني على القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، والتراث الفقهي العظيم لهذه الأمة؛ لذلك نجد " بعض القواعد القضائية عبارة عن نصوص من الكتاب والسنة، وبعضها صياغة مُوجزة تُفَنَّن في صياغتها وسببها علماء القواعد الفقهية على مدى العصور التاريخية، فخرجت في قوالب لفظية تندرج تحتها جملة من الأحكام الجزئية القضائية، أو ضوابط لأحكام أقل في قضية أو أكثر دون شمولية القاعدة لجزئيات مُتعددة"⁵.

ثانيا : نماذج تطبيقية للقواعد القضائية في أجوبة الونشريسي.

تتمثل أهمية الاطلاع على تطبيقات القواعد القضائية في كونها تمكن دارسها من علم القضاء وعدم الوقوف عند فقهه فقط، و"الفرق بين علم القضاء وفقه القضاء فرق بين الأخص والأعم، ففقه القضاء أعم؛ لأنه الفقه بالأحكام الكلية، وعلم القضاء هو العلم بتلك الأحكام الكلية مع العلم بكيفية تنزيلها على النوازل الواقعة"⁶.

ومن الأمثلة التطبيقية التي استدلت بها الونشريسي بالقواعد المنتمية لمجال الاجتهاد القضائي في أجوبته؛ ما يلي :

✓ القاعدة الأولى : قضاء القاضي من باب تغيير المنكر، فتجب الفورية فيه حسب الإمكان.

عَلَّقَ الونشريسي على جواب ابن أبي زيد؛ بوجوب إطلاع الخصمين على الوثائق التي لها صلة بالقضية؛ بقوله: "قضاء القاضي من باب تغيير المنكر فتجب الفورية فيه حسب الإمكان"⁷.

✓ القاعدة الثانية : لا حلف إلا من توجهت عليه دعوى صحيحة⁸.

قال القرافي في بيان الفرق بين قاعدة من يشرع إلزامه بالحلف، وقاعدة من لا يلزم بالحلف: "فالذي يلزمه الحلف؛ كل من توجهت عليه دعوى صحيحة"⁹،¹⁰ وقد استدلت الونشريسي بهذه القاعدة في جوابه على (مسألة من الصلح)، فبعد أن ذكر الخلاف حول توجيه اليمين بدعوى المعروف؛ قال : "الخلاف المشار إليه في توجيه اليمين

¹ سورة الإسراء، الآية:23.

² "مختار الصحاح"، الرازي (ص:256).

³ يُنظر "الولايات"، الونشريسي(ص:143).

⁴ نفسه.

⁵ "القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام"، ابراهيم محمد الحريري (ص:07).

⁶ يُنظر "الولايات"، الونشريسي(ص:153).

⁷ "المعيار المعرب"(10/252).

⁸ يُنظر "الفروق" للقرافي (الفرق:237، ج:4، ص:80).

و"الأشباه والنظائر"، ابن السبكي (ج:1، ص:437).

و"الذخيرة" للقرافي(ج:11، ص:45).

⁹ عرّف ابن السبكي الدعوى الصحيحة بقوله:"الدعوى الصحيحة هي التي لو أقرّ بمطلوبها ألزم به"، "الأشباه والنظائر" لابن السبكي(ج:1، ص:437).

¹⁰ "الفروق" للقرافي (الفرق:237، ج:4، ص:80).

بدعوى المعروف؛ إنَّما مع تحقُّق الدَّعوى، وأما مع الاحتمال والتُّهمة؛ كما الظَّاهرُ من نازلة السؤال، فلا تَتَوَجَّهُ اليَمين اتِّفاقاً، صرَّح به حُذاق المشايخ وحَفَاطُهم¹.

✓ القاعدة الثالثة: الشَّهادة على النَّفي لا تعمل.

عَبَّ الونشريسي على أحد المُفتين لاستدلاله بهذه القاعدة دون مُراعاة شروط إعمالها في جوابه على [مسألة من الصُّلح]، فقال: "وقول السائل: هي شهادة على النَّفي فلا تعمل؛ إطلاق في محلِّ التَّقيد وهو باطل؛ لأنَّ الشَّهادة على النَّفي إنَّما لا تُقبل إلاَّ إذا كان النَّفي غير محصور ولا معلوم التَّقيد، حسبما نصَّ عليه شهاب الدين القرافي رحمه الله في ذخيرته، وفي المسألة الرابعة من الفرق السابع والعشرين والمائتين من قواعده²، والقاضي أبو عبد الله المقرئ - رحمه الله - في قواعده وکلياته³، وأما إذا كان النَّفي محصوراً، أو في قوته كما في هذه، فليس إلاَّ القبول إجماعاً من الأئمة"⁴.

✓ القاعدة الرابعة: إنكار المقرُّ يسقط حقَّ الله تعالى.

ذيل الونشريسي مسألة (من أقرَّ بقتل عمِّه، ثمَّ عفي عنه، ثمَّ رجَّع عن إقراره)⁵؛ ينازلة شبيهة وقَّعت في عهد المرينيين؛ اعتمدَ فيها على قاعدة (إنكار المقرُّ يسقط حقَّ الله تعالى) أثناء حكم القاضي، قال - رحمه الله -: "قلت: ذكر أنَّ مَرِينياً أقرَّ بالقتل في مُدَّة السلطان أبي الحسن، فصالح السلطان الأولياء عنه، فقال القاضي: بقي لي نضربُه مائة ونسجنُه سنَّة، فقبل للمقرِّ: أنكر إقرارك؛ فأنكر، فتركه القاضي حينئذ، وتقدَّم في التَّعليق، ومثله لِلخمي وابن عات، ولم يحكيَّا خلافاً على أنَّ إنكار المقرُّ يسقط حقَّ الله تعالى"⁶.

✓ القاعدة الخامسة: التَّشديد على الظَّلمة والمُجترئين من أهل العتوِّ والفساد مهيع مألوف من الشرع وقواعد المذهب.

عَضَّد الونشريسي بهذه القاعدة؛ فتوى الإمام المازري في مسألة استحقاق الأرض من يد الغاصب بعد الزراعة وخروج الإبان؛ بالرَّغم من كونها رواية شاذة عن مالك، قال - رحمه الله -: "التَّشديد على الظَّلمة والمُجترئين من أهل العتوِّ والفساد؛ مهيع مألوف من الشرع وقواعد المذهب، ومنه في المذهب المالكي غير نظير"⁷.

✓ القاعدة السادسة: حُكم الحاكم يرفع الخِلاف.

قال الإمام القرافي: "حُكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخِلاف ويُرجعُ المُخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم، وتغيُّرُ فتياه بعد الحكم عمَّا كانت عليه على القول الصَّحيح من مذاهب العلماء، فمن لا يرى وقف المشاع إذا حكم حاكم بصحَّة وقفيه، ثم رفعت الواقعة لمن كان يُفتي بِبطلانِه؛ نَقَّده وأمضاه، ولا يجِل له بعد ذلك أن يفتي

¹ "المعيار المعرب" (572/6).

² قال القرافي: "اشتهر على ألسنة الفقهاء أنَّ الشَّهادة على النَّفي غير مقبولة، وفيه تفصيل؛ فإنَّ النَّفي قد يكون معلوماً بالضرورة أو بالظن الغالب الناشئ عن الفحص، وقد يُعرى عنهما، فهذه ثلاثة أقسام"، وبعد أن فصلَّ في حُكم كلِّ قسم، قال: "وبه يظنُّ أنَّ قولهم: الشَّهادة على النَّفي غير مقبولة ليس على عمومه".
"الفروق" (60/4).

³ "الكليات" للمقرئ (الكلية: 460، ص: 188).

⁴ "المعيار المعرب" (573/6).

⁵ "المعيار المعرب" (324/2).

⁶ المصدر نفسه.

⁷ "المعيار المعرب" (25/12).

ببطلانه، وكذلك إذا قال: إن تزوّجتك فأنت طالق فتزوجها، وحكم حاكم بصحة هذا النكاح، فالذي كان يرى لزوم الطلاق له ينفذ هذا النكاح، ولا يحلّ له بعد ذلك أن يفتي بالطلاق؛ هذا هو مذهب الجمهور وهو مذهب مالك¹.
ومن تطبيقات قاعدة (حكم الحاكم يرفع الخلاف) في أجوبة الونشريسي؛ فتواه بـ (هدم كنائس اليهود بمنطقة توات)، فبعد أن ذكر الخلاف بين ابن القاسم وأشهب حول بناء الكنائس على الأرض المخططة للمسلمين؛ إذا تحقّق لهم "الإذن من مشايخ المكان وسكان تلك الأوطان"²، قال أبو العباس: "فيجب على مُحدث الكنائس الإثبات والبيان، لأنّهم مدّعون لأمر الأصل عدمه، وما سواه إرجاف وهذيان، فإذا أثبتوا الإذن المنوط بالمصلحة؛ إذاك كانت المسألة خلافية، وحكم الحاكم إذا اتّصل بأحد قوليهما يرفع الآخر، وتصير المسألة بعد حكمه بأحدهما كأنّها مسألة إجماع"³.

✓ القاعدة السابعة: أصل الشريعة المعظمة؛ القضاء للعامة على الخاصة⁴.

اعتمد الونشريسي على هذه القاعدة في ترجيح رأيه عندما نقل قول كثير من الشيوخ بأنه "لا سبيل إلى أن يكره الإمام أحداً على بيع داره للزبادة في مسجد الجامع ولا يُخرجه عنها إلا بطيب منه"⁵، قال -رحمه الله- مُعقباً: "والمعروف الأول أنّ لأهل الشريعة المعظمة القضاء للعامة على الخاصة في هذه المسائل، ومسألة التترس والضياع والطرح من السفن، ولهذا تُباع الدواب العادية في الزرع بموضع لا زرع فيه تقتتي عليه"⁶.
ومن تطبيقاتها أيضاً؛ جواب الونشريسي عندما سُئل عن (قوم استأجروا من يجرس زرعهم فأبى بعضهم حتى كمل الزرع)، قال: "إنّهم يرجعون عليه بما ينوبه من الأجرة"⁷.

✓ القاعدة الثامنة: كل من فعل فعلاً يجوز له، فال أمره إلى العطب فلا ضمان عليه⁸.

من الصيغ المختصرة لهذه القاعدة "الجواز الشرعي يُنافي الضمان"⁹، ومعناها "أنّه لو فعل شخص ما أُجيز له فعله شرعاً، ونشأ عن فعله هذا ضررٌ ما، فلا يكون ضامناً للخسارة الناشئة عن ذلك"¹⁰، كما "تعتبر هذه القاعدة من القواعد الفقهية المهمة في نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، فكلُّ ضرر ناتج عن عمل؛ فلا يُمنع، ولا يجب التعويض، إذ يُوصف الفعل بأنّه جائز ومشروع، وبناءً على ذلك فلا يجب على فاعله الضمان"¹¹، ومن تطبيقاتها

¹ "الفروق" لشهاب الدين القرافي (110/2).

² المصدر نفسه.

³ "المعيار المعرب" (232/2).

⁴ يُنظر "إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك"، الونشريسي (ص:372).

⁵ "المعيار المعرب" (244/1).

⁶ "المعيار المعرب" (244/1).

⁷ "المعيار المعرب" (11/9).

⁸ عرّف الشوكاني "الضمان" بأنّه: "غرامة التآليف". يُنظر "نيل الأوطار" (ج:1، ص:41).

⁹ مجلة الأحكام العدلية (المادة 91، ج:1، ص:27). وقال الحُشني: "كلُّ من فعل فعلاً يجوز له أن يفعل بلا تحظر، ففعله على وجهه فعلاً صواباً، فتولد من ذلك الفعل هلاك نفس أو ذهاب جارحة، أو تلف مال؛ فإنّه لا ضمان على ذلك الفاعل". "أصول الفتيا" للخشني (ص:386).

¹⁰ مجلة الأحكام العدلية (المادة 91، ج:1، ص:27).

¹¹ "ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي"، سليمان محمد أحمد (ص:298).

قول الونشريسي تعليقاً على مسألة (إذا ضرب معلم الصبيان أحد التلاميذ فقتله): "أصل هذا الباب أن كل من فعَل فعلاً يجوز له؛ فال أمره إلى العطب، فلا ضمان"¹.

خاتمة :

وفي الختام أقول : هذه نماذج تطبيقية من القواعد القضائية؛ التي أعملها أبو العباس الونشريسي في أجوبته، حيث تُساعد الدارس على فقه القضاء والعلم به، وتبقى الحاجة إلى بحث موسّع يستقصي ويصنّف تطبيقات جميع القواعد القضائية المُستدلّ بها في هذه الموسوعة النوازلية.

✓ لائحة المصادر والمراجع :

1. "الأشباه والنظائر" لابن السبكي، تحقيق عادل أحمد الموجود وعلي محمد عوض، دار الكتب العلمية-بيروت لبنان، الطبعة (1411هـ/1991م).
2. "إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك" لأبي العباس الونشريسي، تحقيق أحمد بوطاهر الخطابي، صندوق التراث الإسلامي المشترك بين الإمارات العربية المتحدة والمملكة المغربية، طبعة (1980م/1400هـ).
3. "التعريفات" لعلي بن محمد الجرجاني، تحقيق محمد صديق المنشاوي، دار الفضيحة للنشر والتصدير والتوزيع-القاهرة، دون طبعة.
4. "الذخيرة" لشهاب الدين القرافي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى سنة 1994م.
5. "سلوة الأنفاس ومحادثة الأكياس بمن أقبر من العلماء والصلحاء بمدينة فاس" لمحمد بن جعفر الكتاني، تحقيق: محمد حمزة بن علي الكتاني، وحمزة بن الطيب الكتاني، عبد الله الكامل الكتاني، منشورات دار الثقافة للطباعة والنشر-الدار البيضاء.
6. "ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي" لسليمان محمد أحمد، دار السعادة القاهرة، الطبعة الأولى سنة 1985م.
7. "غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر" لابن نجيم الحموي، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، الطبعة الأولى (1405هـ-1985م).
8. "فتاوى ابن ورد الأندلسي" جمع وتحقيق محمد الشريف، دار طوب بريس بالرباط، الطبعة الأولى سنة 2008م.
9. "فتاوى الإمام الشاطبي"، جمع وتحقيق محمد أبوأجفان-تونس، الطبعة الثانية (1406هـ-1985م).
10. "الفروق" شهاب الدين القرافي، تحقيق عبد الحميد هندراوي، المكتبة العصرية (صيدا-بيروت)، الطبعة الأولى سنة (2007م/1428هـ).
11. قواعد الفقه الإسلامي من خلال الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي" محمد الروكي، دار القلم-دمشق/مجمع الفقه الإسلامي-جدة، الطبعة الأولى (1419هـ/1998م).
12. "القواعد" لأبي عبد الله المقرئ، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد، نشر مركز إحياء التراث الإسلامي-مكة، جامعة أم القرى، دت.
13. "القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام"، إبراهيم محمد الحريري، دار عمار للنشر والتوزيع-الأردن، الطبعة الأولى (1420هـ 1999م).

¹ "المعيار المعرب" (268/2).

14. "كشاف اصطلاحات الفنون" لمحمد بن علي بن محمد الفاروقي التهانوي، دار صادر بيروت.
15. "الكليات الفقهية" لأبي عبد الله المقرئ، تحقيق محمد أبو الأجنان، الدار العربية للكتاب، طبعة 1997م.
16. "لسان العرب" لمحمد بن منظور، دار صادر-بيروت.د.ت.
17. "المدونات الجامعة للفتوى في المذهب المالكي" لجمعة محمود الزريقي، مجلة "المذهب المالكي-المغرب" (العدد الرابع) سنة (1428هـ/2007م).
18. "المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقية والأندلس والمغرب" لأبي العباس أحمد الونشريسي، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-المغرب، سنة النشر (1981م/1401هـ).
19. "مجلة الأحكام العدلية"، تأليف لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، طبعت في بيروت، الطلعة الأدبية سنة 1303 هـ.
20. "نظرات في النوازل والفقه" لمحمد حجي، منشورات الجمعية المغربية للتأليف والترجمة والنشر، الطبعة الأولى سنة (1420هـ/1999م).
21. "نظرية التقعيد الفقهي" لمحمد الروكي، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، الطبعة الأولى سنة (1414هـ-1994م).
22. "نظم المعتمد من الأقوال والكتب في المذهب المالكي" للشيخ محمد النابغة الغلاوي الشنقيطي، تحقيق لخضر بن قומר، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع-لبنان، الطبعة الأولى (1430هـ-2009م).
23. "نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار" لمحمد بن علي الشوكاني، دار الجيل-بيروت، دون تاريخ.
24. "الولايات ومناصب الحكومة الإسلامية والخطط الشرعية" لأبي العباس الونشريسي، تحقيق يحيى حمزة عبد القادر الوزنة، مكتبة الثقافة الدينية-القاهرة، دون تاريخ.

دراسة تحليلية نقدية لمقتضيات القانون 116.12

المنعلق بنظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة



إعداد : عبد المغيث جراز باحث بماستر

القانون المدني المعرق كلية العلوم القانونية

والاقتصادية والاجتماعية – أكادير جامعة ابن زهر

تهيد :

يعتبر الحق في التغطية الصحية⁽¹⁾ و العناية الطبية حقاً من حقوق الإنسان الأساسية الذي كرسه مختلف المواثيق والمعاهدات الدولية وعلى رأسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽²⁾ و العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁽³⁾.

(1) " تعرف التغطية الصحية أو التغطية الشاملة بأنها نظام قانوني يرمي الى ضمان وصول الناس جميعاً إلى ما يلزم من الخدمات الصحية التعزيزية والوقائية والعلاجية والتأهيلية بما يكفي لأن تكون فعالة ضد المرض والإصابات، مع ضمان ألا يؤدي استفادة المؤمن هذه الخدمات والعلاجات إلى تعريض المستفيد لمصاعب مالية"

- تعريف مأخوذ عن موقع منظمة الصحة العالمية <http://www.who.int>، بتصرف، تاريخ الاطلاع: 02/08/2015.

(2) تنص المادة 25 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان المؤرخ في 10/12/1948 على ما يلي :

" لكل شخص الحق في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة على الصحة والرفاهية له ولأسرته. ويتضمن ذلك التغذية والملبس والسكن والعناية الطبية وكذلك الخدمات الاجتماعية اللازمة. وله الحق في تأمين معيشته في حالات البطالة والمرض والعجز والتمرد والشيخوخة وغير ذلك من فقدان وسائل العيش نتيجة لظروف خارجة عن إرادته....."

(3) جاء في مقتضيات المادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المؤرخ في 16 دجنبر 1966 :

" تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه .
- تشمل التدابير التي يتعين علي الدول الأطراف في هذا العهد اتخاذها لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق ، تلك التدابير اللازمة من أجل :
- خفض معدل المواليد وموتي الرضع وتأمين نمو الطفل نمواً صحيحاً ...
- تهيئة ظروف من شأنها تأمين الخدمات الطبية والعناية الطبية للجميع في حالة المرض."

و يتبوأ الحق في التطبيب والتغطية الصحية في المغرب مكانة دستورية مهمة في اطار مقارنة تقوم على كونية وشولية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية إلى جانب الحقوق السياسية والمدنية . بحيث نص الدستور المغربي لسنة 2011 في الباب الثاني المتعلق بالحقوق والحريات الأساسية على مبدأ الحق في العلاج والتغطية الصحية والحماية الاجتماعية .

ولبلورة هذا الالتزام الذي يكرس مبدأ الحق في الصحة كما نصت عليه المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، صدر سنة 2002 القانون 65.00 بمثابة مدونة التغطية الصحية الأساسية⁽¹⁾ الذي توج جهود المغرب في مجال التأمين الصحي وعزز الحقوق المكتسبة للمواطنين المغاربة المستفيدين حاليا من تأمين صحي إجباري، حيث عمل تدريجيا على توسيع نطاق هذا التأمين ليشمل جميع المواطنين بمختلف شرائحهم الاجتماعية، بدءا بموظفي إدارات الدولة والجماعات المحلية، مرورا بالفئات المعوزة من خلال تمكينهم من نظام المساعدة الطبية المعروف اختصارا بـ "راميد - RAMED"، وانتهاءً بالطلبة عبر سن المشرع للقانون 116.12⁽²⁾، كما أن وزارة الصحة تعمل حاليا إلى جانب كل القطاعات المعنية على إعداد مشروع التأمين الصحي لأصحاب المهن الحرة والمستقلين، و الذي سيرى النور قريبا.

و قد شكل صدور القانون 116.12 المتعلق بنظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة نقلة نوعية في اتجاه تكريس الحق في العلاج والعناية الصحية والحماية الاجتماعية لهذه الفئة المهمة من المجتمع، و لتحسين الولوج للخدمات الصحية والرفع من جودتها وجعلها في متناول كافة المواطنين والمواطنات. فبفضل هذا القانون سيصبح الطالب منخرطا في الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي وسيستفيد بالتالي على قدم المساواة كباقي المنخرطين من كافة خدمات التغطية الصحية التي يوفرها التأمين الإجباري الأساسي عن المرض حسب ما هو منصوص عليه في مدونة التغطية الصحية .

وفيما يتعلق ببنية القانون 116.12 من حيث الشكل فإنه يتكون من 31 مادة موزعة على تسعة أبواب جاءت على الشكل التالي ؛ الباب الأول : أحكام عامة ، الباب الثاني : نطاق التطبيق، الباب الثالث : شروط تحويل الحق في الاستفادة من الخدمات و الاحتفاظ به ووقفه وفقدانه، الباب الرابع : الموارد والتنظيم المالي، الباب الخامس : قواعد الانخراط والتسجيل والتدبير، الباب السادس : الهيئة المكلفة بالتدبير، الباب السابع : العقوبات، الباب الثامن : مدونة التغطية الصحية، الباب التاسع : أحكام ختامية.

أما من حيث الموضوع فقد حدد القانون 116.12 مختلف القواعد العامة التي يخضع لها نظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة، من خلال تحديد أصناف الطلبة الخاضعين للنظام وشروط استفادتهم من خدماته، و بيان حالات وقف وفقدان الطالب المستفيد لحقه في هذه الخدمات، ثم العقوبات التي قد تلحق المخالفين، بالإضافة الى توضيح كيفية تدبير وتسيير هذا النظام سواء من الناحية الإدارية التنظيمية أو من الناحية المالية التمويلية، مع إحالته على مدونة التغطية الصحية في كل ما لم يرد به نص خاص كما لو تعلق الأمر مثلا بسلة العلاجات المضمونة و الخدمات المستثناة من الضمان...

(1) ظهير شريف رقم 1.02.269 بتاريخ 25 رجب 1423، الموافق لـ 3 أكتوبر بمثابة مدونة التغطية الصحية 2002، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 5058 بتاريخ 21 نونبر 2002.

(2) ظهير شريف رقم 1.15.105 صادر في 18 من شوال 1436 (4 غشت 2015) بتنفيذ القانون رقم 116.12 المتعلق بنظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة، الجريدة الرسمية عدد 6384 بتاريخ 6 غشت 2015.

بناءً على ما تقدم ووفقاً للمراد من هذه الدراسة سنعمل على شرح أهم مقتضيات هذا القانون وفق منهج تحليلي نقدي، وذلك من خلال تقسيم موضوعنا منهجياً إلى مبحثين أساسيين بحيث يتضمن كل مطلب فقرتين فرعيتين وفق التصميم الآتي بيانه :

المبحث الأول : نطاق تطبيق القانون 116.12 المتعلق بالتأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة.

المطلب الأول : نطاق تطبيق القانون 116.12 من حيث الأشخاص.

المطلب الثاني : الخدمات المضمونة والمستثناة من الضمان.

المبحث الثاني : التدبير الإداري والتنظيم المالي لنظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة.

المطلب الأول : التدبير الإداري.

المطلب الثاني : التنظيم المالي .

المبحث الأول : نطاق تطبيق القانون 116.12 المتعلق بالتأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة :

يستفيد في إطار القانون 116.12 المتعلق بالتأمين الإجباري الأساسي عن المرض مجموعة من أصناف الطلبة بغض النظر عن جنسيتهم سواء كانوا مواطنين مغاربة أو أجانب دون أن يمتد هذا التأمين إلى ذوي حقوق الطالب المستفيد - المطلب الأول - .

كما أن هذا النظام يضمن للمؤمن العديد من الخدمات الطبية والعلاجات مماثلة لتلك التي يستفيد منها باقي المنخرطين من موظفي وأعوان إدارات الدولة والجماعات المحلية و المؤسسات العمومية...، غير أنه بالمقابل يستثني من الضمان عدة خدمات لأسباب ومبررات قد نتفق معها وقد نختلف -المطلب الثاني-

المطلب الأول : نطاق تطبيق القانون 116.12 من حيث الأشخاص :

يخضع لنظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض وفقاً لمقتضيات القانون 116.12 جميع طلبة التعليم العالي العام والخاص⁽¹⁾ والتكوين المهني العام والخاص - الفقرة الأولى-، شريطة توفر الطالب على مجموعة من الشروط التي من شأن تخلف أحدها حرمانه من حق الانخراط للاستفادة من خدمات هذا النظام - الفقرة الثانية - .

الفقرة الأولى : الخاضعون لنظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة :

حددت المادة 3 من القانون 116.12 نطاق تطبيق هذا الأخير من حيث الأشخاص، وذلك من خلال تعداد لائحة من أصناف الطلبة الذين يخضعون لنظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض وهم كالاتي :

(1) يخضع التعليم العالي الخاص لمقتضيات الباب الثاني من القانون رقم 01.00 المتعلق بتنظيم التعليم العالي وأيضاً لمجموعة من المراسيم التطبيقية وهي :

- المرسوم رقم 2.07.99 الصادر في 27 يونيو 2007 بتحديد كفايات الترخيص لفتح وتوسيع وتغيير مؤسسات التعليم العالي الخاص

- المرسوم رقم 2.09.717 الصادر في 17 مارس 2010 بتطبيق المادتين 51 و 52 من القانون 01.00 المتعلق بتنظيم التعليم العالي

- المرسوم رقم 2.10.364 الصادر في 25 أكتوبر 2010 بشأن الترخيص بتسمية "كلية خاصة" أو "جامعة خاصة" .

-الذين يتابعون تكوينهم في مؤسسة للتعليم العالي⁽¹⁾ أو لتكوين الأطر التابعة لقطاع وزارى أو موضوعة تحت وصايته⁽²⁾، في إطار سلك تكوين يشترط من أجل الولوج إليه على الأقل شهادة البكالوريا.

-الذين يتابعون دراستهم بطور التعليم النهائي المشار إليه في المادة 2 من القانون رقم 13.01 في شأن

التعليم العتيق

-الذين يتابعون تكوينهم بمؤسسات التعليم العام و الخاص بالأقسام التحضيرية لولوج المدارس والمعاهد العليا أو لتحضير دبلوم التقني العالي

-الطلبة المتدربون الذين يتابعون تكوينهم في سلك التقني المتخصص بمؤسسات التكوين المهني العمومية

-الذين يتابعون تكوينهم بمؤسسة للتكوين المهني الخاص مرخص لها في إطار سلك التقني المتخصص، طبقاً لأحكام القانون رقم 13.00 بمثابة النظام الأساسي للتكوين المهني الخاص.

والملاحظ من خلال لائحة الطلبة المذكورين أن المشرع قد تنبى مفهوماً واسعاً لصفة "الطالب" وهو أمر يحسب له لا عليه على اعتبار أن الغاية الأساسية من تنزيل هذا القانون هي توسيع نطاق التغطية الصحية لتشمل مختلف الشرائح الاجتماعية.

غير أنه لا بد من الإشارة إلى كون نظام التأمين الإجباري عن المرض الخاص بالطلبة جاء باستثناء للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 5⁽³⁾ من القانون 65.00 بمثابة مدونة التغطية الصحية والتي تقضي بكون التأمين الإجباري الأساسي عن المرض يشمل بالإضافة إلى الشخص الخاضع لإجبارية التأمين الأساسي عن المرض برسم النظام الذي ينتمي إليه أفراد عائلته الموجودين تحت كفالته، شريطة أن لا يكونوا من المستفيدين بصفة شخصية من تأمين آخر مماثل.

(1) تشمل مؤسسات التعليم العالي مختلف المدارس والكليات والمعاهد التابعة لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي والتي يشترط للولوج إليها الحصول على شهادة البكالوريا كحد أدنى للمستوى التعليمي على غرار الكليات بمختلف أصنافها، مدارس المهندسين، المدارس العليا للتجارة والتسيير، المدارس الوطنية للعلوم التطبيقية، المدارس العليا للتكنولوجيا..

(2) مؤسسات تكوين الأطر التابعة لقطاع وزارى أو موضوعة تحت وصايته هي مؤسسات تهتم بتكوين الأطر والأطر العليا في مختلف المجالات والتخصصات التي تكون في الغالب لها علاقة مباشرة مع مجال تخصص الوزارة وتهدف هذه المؤسسات تكوين أطر متخصصة للعمل في مجالات محددة. ونذكر من بين هذه المؤسسات مثلاً المعهد العالي للإعلام والاتصال الخاضع لوصاية وزارة الاتصال، المعهد العالي للدراسات البحرية التابع لوزارة التجهيز والنقل، المعهد الوطني للعمل الاجتماعي التابع لوزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية، المعهد الوطني للعلوم الآثار والتراث التابع لوزارة الثقافة...

(3) تنص المادة 5 من القانون 65.00 بمثابة مدونة التغطية الصحية على ما يلي :

" يشمل التأمين الإجباري الأساسي عن المرض، بالإضافة إلى الشخص الخاضع لإجبارية التأمين الأساسي عن المرض برسم النظام الذي ينتمي إليه أفراد عائلته الموجودين تحت كفالته، شريطة أن لا يكونوا من المستفيدين بصفة شخصية من تأمين آخر مماثل. ويعتبر في حكم أفراد العائلة الموجودين تحت الكفالة كل من.

- زوج أو زوجة أو زوجات المؤمن،

- الأولاد المتكفل بهم من لدن المؤمن والبالغين من العمر 21 سنة على الأكثر...

- الأطفال المتكفل بهم طبقاً للتشريع الجاري به العمل...

ويمكن للمؤمن أن يطلب تمديد الاستفادة من نظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الذي ينتمي إليه لفائدة أبويه شريطة أن يتحمل واجب الاشتراك المتعلق بهما. ويحدد واجب الاشتراك المتعلق بالأبوين بمرسوم."

بينما نجد المادة 5 من القانون 116.12 جاءت مخالفة لهذا التوجه ونصت صراحة على أنه يستفيد من نظام التأمين الاجباري عن المرض الخاص بالطلبة الطالب لوحده فقط دون أن تمتد هذه الاستفادة لذوي حقوقه على غرار الزوج أو الزوجة أو الأولاد ، وذلك على عكس التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الذي يخضع له موظفي و أعوان الدولة و الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ...

ونرى من زاويتنا أنه كان من الأولى تمديد نطاق الاستفادة من التأمين الاجباري عن المرض الى ذوي حقوق الطالب(ة) في حالة ما إذا كان(ت) متزوجا(ة)، خاصة إذا علمنا أن عدد الطلبة المتفرغين المتزوجين بالمغرب محدود جدا ولا يشكل أي عبء على احتياطات وموارد هذا النظام، كما أن من شأن تمديد هذا التأمين لأزواج وأولاد الطالب(ة) المتزوج(ة) تيسير مهمته في التحصيل العلمي والبحث الاكاديمي ومساعدته على تكوين نفسه في ظروف اجتماعية واقتصادية مريحة.

الفقرة الثانية : شروط استفادة الطالب من نظام التأمين الاجباري الأساسي عن المرض :

من أجل استفادة الطالب من نظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض لا بد أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط التي حدد المشرع بعضها بصفة مباشرة، والبعض الآخر بطريقة غير مباشرة و هذه الشروط هي :

1- أن يكون حاصلا على شهادة البكالوريا :

لم ينص المشرع على هذا الشرط صراحة و لكنه يستفاد من خلال لائحة الطلبة الخاضعين لنظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض والذين يجمعهم قاسم مشترك واحد هو الحصول على شهادة البكالوريا أو شهادة التعليم الثانوي بالنسبة لطلبة التعليم العتيق.

2- أن يكون مقيدا بكيفية قانونية بإحدى المؤسسات المشار إليها في المادة 3 :

حتى يستفيد الطالب من خدمات التأمين الأساسي الإجباري عن المرض لا بد له أن يكون مقيدا بصفة قانونية لدى إحدى المؤسسات المذكورة في المادة 3 من القانون 116.12 وبمفهوم المخالفة فكل تسجيل غير قانوني وغير مشروع لدى إحدى هذه المؤسسات يؤدي إلى فقدان الحق في الخدمات المقدمة علاوة على إمكانية متابعة المؤسسة المعنية و الطالب المعني بالنصوص القانونية والتنظيمية المجرمة لفعل التدليس أو التزيف أو التزوير.

3- أن لا يتجاوز عمره 30 سنة :

غير أن هذا الشرط لا يسري على الطلبة الذي يتابعون دراستهم بطور التعليم النهائي المشار إليه في المادة 2 من القانون رقم 13.01 في شأن التعليم العتيق⁽¹⁾، و قد نصت المادة 10 من هذا القانون بأنه يلتحق

(1) ظهير شريف رقم 1.02.09 صادر في 15 من ذي القعدة 1422 (29 يناير 2002) بتنفيذ القانون رقم 13.01 في شأن التعليم العتيق، الجريدة الرسمية عدد 4977 بتاريخ (11 فبراير 2002)، الصفحة: 246 .

بطور التعليم الإعدادي العتيق التلاميذ الرسميون الحاصلون على شهادة التعليم الابتدائي العتيق، وبطور التعليم الثانوي العتيق التلاميذ الرسميون الحاصلون على شهادة التعليم الإعدادي العتيق، وبطور التعليم النهائي العتيق الأشخاص الحاصلون على شهادة التعليم الثانوي العتيق أو ما يعادلها.

4- أن لا يكون مستفيدا بصفته مؤمنا أو بصفته من ذوي حقوق مؤمن من أي تغطية صحية أخرى كيفما كانت طبيعتها :

يتضح من هذا الشرط أن القانون 116.12 فرض على الطلبة الراغبين في الاستفادة من التغطية الصحية، عدم استفادتهم من أي تغطية صحية أخرى يتوفرون عليها شخصيا أو يتوفر عليها أولياء أمورهم، باعتبارهم من ذوي الحقوق. ولمراقبة مدى تحقق هذا الشرط من عدمه أوكل المشرع للوكالة الوطنية للتأمين الصحي صلاحية التأكد من استفادة كل شخص من النظام الذي ينتمي إليه فقط، إذ يمكن لها في كل مرة طلب قائمة المؤمنین لديها وذوي حقوقهم، تفاديا لتحقيق ازدواجية الاستفادة من أكثر من نظام .

5- أن يؤدي الطالب مبلغ الاشتراك الجزافي :

الأصل أن نظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة يقوم على مجانية الاشتراك في التغطية الصحية، غير أن هذه المجانية تقتصر فقط على الطلبة المسجلين في مؤسسات التعليم العالي العام والتكوين المهني العام الذين تتحمل الدولة نسبة اشتراكهم، أما بالنسبة لطلبة القطاع الخاص فقد فرضت عليهم المادة 11 من القانون 116.12 على المتوفرة فيهم الشروط القانونية أداء واجب الاشتراك الجزافي كاملا. وبالرجوع لمقتضيات المرسوم رقم 2.15.657 القاضي بتطبيق القانون رقم 116.12 فسيؤدي طلبة القطاع الخاص رسما في حدود 400 درهم تحت طائلة عدم الاستفادة من الخدمات المخولة بموجب النظام المذكور.

المطلب الثاني : الخدمات المضمونة والمستثناة من الضمان :

لمعرفة الخدمات والعلاجات التي يضمنها التأمين الإجباري الأساسي عن المرض المتعلق بالطلبة يجب أن نرجع لمقتضيات القانون 65.00 بمثابة مدونة التغطية الصحية التي حددت مجموعة من الخدمات التي يمكن للطلاب المؤمن الاستفادة منها -الفقرة الأولى-، إلا أنها بالمقابل استثنت عديد الخدمات من الضمان - الفقرة الثانية-.

الفقرة الأولى : الخدمات المضمونة "سلة العلاجات" :

وفقا لتوجهات القانون 116.12 فإن الطلبة الخاضعين سيستفيدون على قدم المساواة كباقي المنخرطين من كافة العلاجات و الخدمات التي يوفرها التأمين الإجباري الأساسي عن المرض بالكيفية المنصوص عليها في مدونة التغطية الصحية .

وبالرجوع لمقتضيات هذه المدونة نجدها تحدد في المادة السابعة الخدمات التي تضمن في إطار التأمين الإجباري الأساسي عن المرض، بحيث يضمن هذا الأخير تغطية للمخاطر ومصاريف الخدمات الطبية الناجمة عن مرض أو حادث أو ولادة أو تأهيل طبي عضوي أو وظيفي، مع الإشارة إلى أن الأخطار الناجمة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية التي قد يتعرض لها الطالب في حالة ممارسته مهنة معينة في إطار عقد شغل تظل خاضعة للنصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بها.

ويخول التأمين الإجباري الأساسي عن المرض طبقا للشروط والكيفيات المحددة بنص تنظيمي، الحق في إرجاع مصاريف العلاجات الطبية والوقائية ومصاريف إعادة التأهيل التي تستلزمها طبيا الحالة الصحية للمستفيد، وعند الاقتضاء، تحمل تكاليفها مباشرة، والمتعلقة بالخدمات التالية :

- العلاجات الوقائية والطبية المرتبطة بالبرامج ذات الأولوية المدرجة في إطار السياسة الصحية للدولة؛
- أعمال الطب العام والتخصصات الطبية والجراحية؛
- العلاجات المتعلقة بتتبع الحمل والولادة وتوابعها؛
- العلاجات المتعلقة بالاستشفاء والعمليات الجراحية بما في ذلك أعمال الجراحة التعويضية؛
- التحاليل البيولوجية الطبية؛
- الطب الإشعاعي والفحوص الطبية المصورة؛
- الفحوص الوظيفية؛
- الأدوية المقبولة إرجاع مصاريفها،
- أكياس الدم البشري ومشتقاته؛
- الآلات الطبية وأدوات الإنعاش الطبي الضرورية لمختلف الأعمال الطبية والجراحية، أخذا في الاعتبار طبيعة المرض أو الحادثة ونوعية هذه الآلات والأدوات؛
- الأجهزة التعويضية والبدائل الطبية المقبولة إرجاع مصاريفها؛
- النظارات الطبية؛
- علاجات الفم والأسنان؛
- تقويم الأسنان بالنسبة للأطفال⁽¹⁾؛
- أعمال التقويم الوظيفي والترويض الطبي؛
- الأعمال شبه الطبية؛

الفقرة الثانية : الخدمات المستثناة من الضمان :

استثنت المادة الثامنة من مدونة التغطية الصحية بعض الخدمات من الضمان وذلك بنصها على ما يلي :

⁽¹⁾ يستفيد من الضمان فيما يخص عملية تقويم الأسنان والفكين فقط الأطفال الذين لا يتجاوز عمرهم 16 سنة وذلك حسب ما هو مضمن بورقة العلاجات المتعلقة بصحة الفم والأسنان الخاصة بالصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي ، وهو ما سيحرم تلقائيا عددا مهما من الطلبة الذين يعانون من اعوجاج الأسنان او خلل في الفكين من حق الاستفادة من هذا العلاج على اعتبار أن سنهم يتجاوز 18 سنة .

" تستثنى من نطاق الخدمات التي يضمنها التأمين الإجباري الأساسي عن المرض عمليات الجراحة التجميلية والعلاج بالحمامات والوخز بالإبر والميزوتيرابيا والعلاج بمياه البحر والطب التجانسي والخدمات المقدمة في إطار ما يسمى بالطب الهادئ".

يتضح من خلال المادة أعلاه أن المشرع المغربي سار على نفس نهج نظيره الفرنسي وذلك من خلال استثناء بعض الخدمات من نطاق الضمان الذي يحوله التأمين الصحي الفرنسي.

وفي هذا الإطار يتجاذب هذه المسألة من الفقه تياران :

تيار محافظ يرى بكون المشرع المغربي قد أحسن صنعا عندما نص على هذه الاستثناءات، وذلك لكون هذه الخدمات تتعلق بدرجة اهتمام كل شخص بصحته، كما أن هذه العلاجات قد تتعارض أهدافها في أحيان كثيرة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، علاوة على أن الفرد يمكنه أن يعيش بدونها مادامت تنصرف الى الكماليات .

بينما نجد تيارا آخر أكثر انفتاحا ذهب للقول بعدم توفيق المشرع المغربي عندما أستثنى هذه العلاجات من الضمان ، وحجتهم في ذلك أن هذه الاستثناءات قد تكون سببا في حرمان الشخص من حقه في تقويم العيوب و التشوهات التي تلحقه في حالة تعرضه لحادث خطير، فالفرد مثلا الذي يتعرض لحادث سير أو حريق أصيب على إثره بحروق خطيرة على مستوى الوجه، لا يستطيع اللجوء الى عيادات التقويم والتجميل لمحو آثار هذه الحروق أو على الأقل للتخفيف من أثرها، نظرا لما تعرفه هذه العمليات من تقنية عالية و أجهزة متطورة يواكبها بالمقابل ارتفاع ملحوظ في مبالغ الأدوية و خدمات الاستشفاء، وبالتالي كان على المشرع المغربي الأخذ بعين الاعتبار كل الوقائع التي من شأنها أن تطرأ على صحة المؤمن وهيئته، ومن ثم فالأولى به أن ينص على الخدمات المضمونة، ويترك تقدير الحالات المستثناة من الضمان للخبرة الطبية.

وفيما يخص الخدمات المتعلقة بالعلاج بالحمامات وخلافا لتوجه المشرع المغربي نجد أن قانون التأمين الإجباري عن المرض في تونس يضمن الخدمات المتعلقة بالحمامات سواء في إطار الصندوق الوطني للتقاعد والاحتياط الاجتماعي أو الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي على حد سواء⁽¹⁾.

المبحث الثاني: التدبير الإداري والتنظيم المالي لنظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة :

يقتضي مبدأ استمرار عمل المرفق العام تمتع هذا الأخير بموارد بشرية و مالية كفيلة بضمان حسن سيره و إدارته، لذلك فإن الدولة باعتبارها مؤتمنة على حسن سير المرافق العامة غالبا ما تسند مهمة إدارة أنظمة التأمين الصحية لهيئات مجربة في المجال - المطلب الأول - ، غير أن التدبير الإداري وحده ليس كافيا لإنجاح أي نظام تأميني، بل لا بد من توفير الموارد المالية الكافية للمؤسسة المسيرة حتى تتحمل أعباء وتكاليف تدبير التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة - المطلب الثاني - .

(1) Achour Ihédi, L'assurance maladie en Tunisie, publier a la couverture du risque Maladie (cas de l'Algérie, du Maroc et de Tunisie), Hammamet -Tunisie, le 14-16 Novembre 2001, p: 108.

أشار إليه : عيسى اطريح، التغطية الصحية "التأمين الاساسي الاجباري عن المرض نموذجاً"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون التجاري المقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2006/2005، ص:30.

المطلب الأول : التدبير الإداري :

ضمانا للتدبير الجيد لنظام التأمين الإجباري عن المرض الخاص بالطلبة فإن المشرع المغربي منح صلاحية إدارة وتسيير هذا النظام للصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي نظرا لتجربته الرائدة في إدارة التأمينات الصحية - الفقرة الأولى - ، كما أوكل القانون 116.12 لأشخاص القانون العام والخاص الخاضعين لهذا القانون من مؤسسات للتعليم العالي و التكوين المهني المعنية بالأمر مهمة تبليغ الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي بلائحة لجميع الطلبة المقيدين لديها و المؤهلين للاستفادة من نظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاصة بالطلبة كما يتعين على هذه المؤسسات تحصيل مبالغ الاشتراكات المستحق ادائها على الطلبة لفائدة الجهة المكلفة بالتدبير - الفقرة الثانية - .

الفقرة الأولى : الجهة المكلفة بتدبير نظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة :

لقد أولى المشرع المغربي بمقتضى المادة 18 من القانون 116.12 مهمة تدبير التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة للصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي ، ويجد هذا الاختيار اساسه لكون هذا الأخير راكم زخما معرفيا مهما في مجال تدبير التأمينات الصحية.

غير أنه طبقا للمادة 19 من نفس القانون فإنه يمكن للصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي أن يفوض تحت مسؤوليته إلى مؤسسة عمومية أو إلى شخص اعتباري من أشخاص القانون العام أو الخاص جزءا من المهام الموكولة له وفق اتفاقيات يصادق عليها مجلسه الإداري.

ونشير إلى أن تدبير التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة من قبل الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي يتم بكيفية مستقلة عن كل تغطية صحية أخرى يقوم بها.

ويتولى تسيير هذا النظام مجلس إدارة يتكون من عدة ممثلين، وتتميز تركيبة مجلس إدارة الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي المكلف بتدبير نظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة بتكوين خاص مغاير لتكوين المجلس المكلف بتدبير نظام التأمين الإجباري عن المرض لفائدة المأجورين وأصحاب المعاشات بالقطاع العام، ويتكون مجلس الإدارة المذكور بالإضافة إلى رئيسه من الأعضاء الآتيين :

- سبعة ممثلين عن الإدارة .
- ممثل واحد عن الوكالة الوطنية للتأمين الصحي.
- ممثل واحد عن المكتب الوطني للأعمال الجامعية الاجتماعية والثقافية.
- ممثل واحد عن مكتب التكوين المهني وإنعاش الشغل.

ويعين عضو نائب لكل عضو رسمي، كما أن المجلس يجتمع مرتين في السنة على الأقل ويمكنه عقد اجتماعات استثنائية كلما استلزمت الظروف ذلك .

ويشترط لصحة مداوات مجلس الإدارة أن يحضرها ما لا يقل عن ثلثي الأعضاء. وفي حالة عدم توافر هذا النصاب، يوجه الرئيس الدعوة إلى المجلس لعقد اجتماع ثان خلال الخمسة عشر يوما الموالية على أبعده تقدير، وفي

هذه الحالة، يتداول المجلس بصورة صحية مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين. وتتخذ مقررات المجلس بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين، وفي حالة تعادلها يكون صوت الرئيس مرجحاً⁽¹⁾.

و زيادة على المهام المسندة له⁽²⁾ في تدبير نظام التأمين الاجباري الأساسي عن المرض لفائدة المأجورين واصحاب المعاشات بالقطاع العام، يختص مجلس إدارة الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي بالنظر في جميع المسائل المتعلقة بتدبير نظام التأمين الاجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة ويقوم بالبحث في القضايا المرتبطة بذلك.

ومن خلال استقراءنا مواد مدونة التغطية الصحية تبين لنا أن الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي تقع على عاتقه مجموعة من المهام التي يجب عليه أن يقوم بها في إطار تدبيره للتأمين الإجباري الأساسي عن المرض، والتي تبدو كثيرة ومتشابهة.

الفقرة الثانية : الجهات المكلفة بتسجيل الطلبة وتحصيل الاشتراكات لفائدة الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي :

ألزم المشرع الشخص الخاضع للقانون العام أو الخاص التابعة له إحدى المؤسسات التي يتابع بها الطالب دراسته، القيام لدى الهيئة المكلفة بالتدبير - الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي - بتسجيل جميع الطلبة المقيدون لدى المؤسسة المؤهلين للاستفادة من نظام التأمين الاجباري الأساسي عن المرض الخاصة بالطلبة.

ويتعين على كل مؤسسة التبليغ الدوري إلى الهيئة المكلفة بالتدبير قائمة بأسماء الطلبة تتضمن، عند الاقتضاء، مبلغ الاشتراكات المستحقة، مع الزامها بدفع الاشتراكات المستحق أدائها على الطلبة بشكل منتظم، وفي حالة مخالفة ذلك، يجوز للطلبة اللجوء إلى الإدارة الممثلة في مصالح وزارة الصحة التي تأمر الشخص المذكور بتسوية وضعيته خلال أجل 30 يوماً، وفي حالة التخلف عن تطبيق ذلك، تبقى المؤسسة مدينة بالاشتراكات المستحقة، ابتداء من تاريخ استحقاقها للصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي، مضاف إليها نسبة 1% في المائة عن كل شهر أو جزء شهر من التأخير.

ولوقف أي تلاعبات بخصوص تحديد لوائح الطلبة المرشحين للاستفادة من هذا النظام، فإن القانون يعاقب بالغرامة، كل شخص يمتنع عن تبليغ القوائم المنصوص عليها أو عن الإدلاء عمداً بتصاريح كاذبة لدى الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي أو لدى الأشخاص المكلفين بالتحقق من الالتزام بإجبارية التأمين عن المرض .

(1) المادة 23 من القانون 116.12 المتعلق بنظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة.

(2) نصت المادة 82 من مدونة التغطية الصحية على مجموعة من المهام التي أسندتها المشرع للصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي في سبيل تدبير نظام التأمين الاجباري الاساسي عن المرض ونذكر من بينها :

- تحصيل اشتراكات المنخرطين؛
- إرجاع مصاريف الخدمات المضمونة أو تحملها مباشرة،
- إبرام الاتفاقيات الوطنية مع مقدمي الخدمات الطبية وفق الشروط المحددة في القانون؛
- إعداد الحسابات المتعلقة بتدبير نظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض...

وبالموازاة مع ذلك، يعطي القانون للطلبة المعنيين الحق في اللجوء إلى القضاء المختص قصد الحصول على التعويض عن الأضرار الناتجة عن الخدمات التي وقع حرمانهم من الاستفادة منها. كما يمنح القانون للطلبة، الذين أغفل تسجيلهم، الحق في طلب تسجيل مباشرة لدى الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي.

ونشير إلى أن حق الطالب في الخدمات يمكن أن يتوقف بقوة القانون في عدة حالات نذكر من أبرزها:

- إذا لم يتوصل الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي بمبلغ الاشتراك المستحق الخاص به.
- عندما تبلغ الوكالة الوطنية للتأمين الصحي أو الطالب عن استفادته من تغطية صحية أساسية أخرى، إما بصفته الشخصية أو بكونه من ذوي حقوق شخص مؤمن.
- في حالة انقطاع عن الدراسة، لفترة تزيد على 6 أشهر، لأسباب غير المرض أو الحمل أو تعرض الطالب لحادثة أو صدور قرار إداري مؤقت أو إحالة على القضاء⁽¹⁾.

غير أن وقف الخدمات لا يتم تلقائيا عند تحقق هذه الحالات بل يجب على الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي أن يقوم بمجرد علمه بإحدى هذه الحالات المذكورة بإخبار الطالب بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل بالتغيير الذي هم وضعيته، وعند انصرام جل ثلاثين 30 يوما من تاريخ توجيه الرسالة المذكورة دون تمكن الطالب من إثبات دفعه لمبلغ الاشتراك المستحق لفائدة الصندوق أو إثبات عدم انقطاعه عن الدراسة أو عدم استفادته من تغطية صحية أساسية أخرى يتم إيقاف الحق في الخدمات .

المطلب الأول : التنظيم المالي :

نظرا لكثرة وارتفاع تكاليف تسيير أنظمة التأمين الصحية الإجبارية ترصد الدولة لهذه الأنظمة موارد مالية مهمة تكفي لسد المبالغ الضخمة التي تصرفها كتعويضات للمستفيدين .
ويمكننا أن نميز في إطار الموارد المالية التي خصصها المشرع لتدبير نظام التأمين الإجباري الخاص بالطلبة بين نوعين من الموارد موارد عامة -الفقرة الأولى- وموارد خاصة -الفقرة الثانية-.

الفقرة الأولى : الموارد العامة للنظام :

خلافا للتأمين الإجباري الأساسي عن المرض المطبق على الموظفين و المأجورين و أصحاب المعاشات الذي يعتمد أساسا على واجبات الاشتراكات والاقتطاعات من المنبع⁽²⁾، فإن التأمين الإجباري الخاص بالطلبة وبالرغم من أنه يمول أيضا من اشتراكات طلبة التعليم العالي والتكوين المهني الخاص إلا أن الجزء الأهم من موارده المالية تستخلص من الميزانية العامة للدولة.

و تشمل الموارد العامة لهذا النظام المصادر الآتية :

(1) مساهمة الدولة : نصت الفقرة الأولى للمادة 10 من القانون 116.12 على الآتي :

(1) المادة 16 من القانون 116.12 .

(2) تقتطع اشتراكات الموظفين من المنبع، و بالنسبة للمأجورين فيدفعها المشغل إلى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وفق الشروط والإجراءات المحددة بنص تنظيمي.

".....تتحمل الدولة المساهمة السنوية التي تمثل المبلغ الاجمالي لاشتراكات طلبة المؤسسات المشار اليها في المادة 3 التابعة للقطاع العام..."

وبالتالي فإن التأمين الإجباري عن المرض الخاص بالطلبة يجد مصدر تمويله الأساسي في مساهمة الدولة التي تصرف من الميزانية العامة بمقتضى قانون المالية على عكس التأمينات الصحية الأخرى الخاصة بالمأجورين و الموظفين التي تعتمد على واجبات الاشتراك كمصدر تمويل بالدرجة الأولى⁽¹⁾.

(2) العائدات المالية .

(3) جميع الموارد الأخرى التي يمكن أن ترصد للنظام بموجب نصوص تشريعية أو تنظيمية : أغلب أنظمة التأمين الصحية في دول العالم لا تكفيها الاشتراكات كمورد رئيسي لتسديد حاجيات الضمان الاجتماعي ونفس الأمر بالنسبة لمساهمة الدولة، ومن هذا المنطلق عمدت بعض التشريعات المقارنة إلى التنقيص على موارد جديدة لفائدة أجهزة التغطية الصحية، حيث أحدث المشرع الفرنسي ما يسمى بالمساهمة الاجتماعية المعممة « contribution social généralisée »، بمقتضى الفصول من 127 إلى 135 من القانون المالي لسنة 1991 وهي تفرض على الأشخاص الذين لهم محل إقامة في فرنسا أو مصالح اجتماعية أو الذين يباشرون نشاطا مهنيا فوق التراب الفرنسي. ولتجدد مبلغ هذه المساهمة في 1,1 % من الدخل، غير أن، هذا المبلغ قد ارتفع سنة 1993 إلى 2,4 % .

وإلى جانب هذه المساهمة توجد موارد أخرى إضافية، والتي تتحدد في 15% من قسط التأمين على السيارات، وتدفع هذه المبالغ من طرف شركات التأمين إلى الوكالة المركزية لأجهزة الضمان الاجتماعي، بالإضافة إلى رسم على الكحول الذي يخصص لفائدة صندوق تأمين المرض بالنظر إلى الأخطار التي تنجم عن تعاطي المواد الكحولية على صحة الإنسان، وأخيرا الرسم المفروض على الشركات الصناعية للأدوية والحد بنسبة 5% من مصاريف إشهار الأدوية⁽²⁾.

ويرى بعض الباحثين⁽³⁾ أن تخوف المشرع المغربي من فرض مثل هذه الموارد على أرباب العمل يعود بالأساس إلى هاجس الضغط الضريبي المرتفع الذي يهدد الاستثمار مادام المغرب يسعى إلى زيادة فرص الاستثمار سواء منه الداخلي أم الخارجي عكس التشريع الفرنسي الذي ساعدته الظروف الاقتصادية والاجتماعية الملائمة لإلزام المقاولات والشركات بتأدية مساهمات خاصة تنعش بها صناديق نظام التأمين الصحي بفرنسا، ولعل هذا الأمر من أهم أسباب تصنيف نظام التغطية الصحية الفرنسي من بين أفضل أنظمة التأمين الصحية بالعالم .

(1) برسم السنة الجامعية لسنة 2015/2016 و حسب تصريحات الوزيرة المنتدبة لدى وزير التعليم العالي السيدة سمية بن خلدون سيبلغ عدد طلبة القطاع العام الذين ستتحمل الدولة واجبات اشتراكهم حوالي 260 ألف طالب بكلفة قدرت بحوالي 120 مليون درهم.

(2) عيسى أطريح، التغطية الصحية "التأمين الأساسي الإجباري عن المرض نموذجاً"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون التجاري المقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2005/2006، ص:80.

(3) عيسى أطريح، مرجع سابق، الصفحة 108.

الفقرة الثانية: الموارد الخاصة للنظام:

تتمثل أساسا في اشتراكات طلبة مؤسسات التعليم العالي و التكوين المهني الخاص، الهبات والوصايا، ثم الزيادات والغرامات وجزاءات التأخير المستحقة تطبيقا لمقتضيات هذا القانون .

1) الاشتراكات التي يتحملها الطلبة : الأصل أن هذا النظام يقوم على مجانية اشتراك في التغطية الصحية للطلبة، غير أن هذه المجانية تقتصر فقط على الطلبة المسجلين في مؤسسات التعليم العالي العام والتكوين المهني العام⁽¹⁾، أما بالنسبة لطلبة القطاع الخاص فإن الأمر ليس كذلك، بحيث فرضت المادة 11 من القانون 116.12 على طلبة مؤسسات التعليم العالي الخاص والتكوين المهني الخاص المتوفرة فيهم الشروط القانونية أداء واجب الاشتراك الجزافي كاملا⁽²⁾. وبالرجوع لمقتضيات المرسوم رقم 2.15.657⁽³⁾ بتطبيق القانون رقم 116.12 فسيؤدي طلبة القطاع الخاص رسما في حدود 400 درهم، في حين ستتحمل الدولة واجب اشتراكات الطلبة بالقطاع العام.

كما أن نفس المادة ألزمت المؤسسات المعنية بمهمة تحصيل مبالغ الاشتراك المستحق أداءها على الطلبة عند تقييدهم أو عند إعادة تقييدهم ، وفي حالة تماطل هذه المؤسسات عن القيام بالتزام تحصيل واجبات الاشتراك أو أنها حصلت لها لفائدها أو امتنعت عن تأديتها لفائدة الجهاز المكلف بالتدبير فإنها تعتبر في جميع الأحوال مدينة في الاشتراكات التي يتحملها الطلبة اتجاه الصندوق الوطني للاحتياط الاجتماعي .

2) الهبات والوصايا⁽⁴⁾.

3) الزيادات والغرامات و جزاءات التأخير المستحقة تطبيقا لمقتضيات هذا القانون : و هي غرامات وردت في الباب السابع من القانون 116.12 المخصص للعقوبات ونذكر من بين هذه الغرامات ما نصت عليه المادة 26 التي أحالت بدورها على العقوبة الواردة في المادة 132 من مدونة التغطية الصحية والتي تعاقب الشخص الخاضع

⁽¹⁾ تشير في هذا الصدد إلى أن قاعدة مجانية انخراط طلبة التعليم العالي العام و التكوين المهني العام في هذا النظام ليست مطلقة ونهائية، بحيث أن الفقرة الأخيرة للمادة 10 من القانون 116.12 أجازت للدولة إمكانية فرض مساهمة على طلبة القطاع العام المستفيدين من النظام بحيث نصت المادة 10 من القانون 116.12 على الاتي :

"..... تتحمل الدولة المساهمة السنوية التي تمثل المبلغ الإجمالي لاشتراكات طلبة المؤسسات المشار إليها في المادة 3 التابعة للقطاع العام. غير أنه يمكن أن يطلب من هؤلاء الطلبة تحمل مساهمة وفقا للشروط والكيفيات المحددة بنص تنظيمي". ليبقى السؤال مطروحا حول طبيعة هذه المساهمة خاصة وأن هذه التسمية تثير بعض الإشكالات القانونية فهل يقصد بها واجب الانخراط / الاشتراك أم أنها أداء من نوع خاص؟ كما يثار التساؤل أيضا حول الحالات التي يمكن فيها للدولة اللجوء إلى فرض هذه المساهمة؟

⁽²⁾ تجدر الإشارة إلى أن الالتزام بأداء واجب الاشتراك الجزافي يشمل أيضا الطلبة الذين يتابعون الدراسة في مسالك تكوين مؤدى عنها بمؤسسات للتعليم العالي أو للتكوين المهني التابعة للقطاع العام أو لمؤسسات تابعة لقطاع و زاري أو موضوعة تحت وصايته .

⁽³⁾ المادة 5 من المرسوم رقم 2.15.657 صادر في 18 من ذي القعدة 1436 (3 شتنبر 2015) بتطبيق القانون رقم 116.12 المتعلق بنظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة، الجريدة الرسمية عدد 6395 ذو القعدة 1436 (14 شتنبر 2015).

⁽⁴⁾ تشير في هذا الصدد إلى أن نفاذ الهبات والوصايا يتوقف على قبول الموهوب له أو الموصى له للهبة أو الوصية، وللمزيد من التفصيل في الموضوع يراجع :

- عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في الفقه والقانون ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 1997، ص:177 وما بعدها.

للقانون العام او الخاص من الأشخاص المحددين في المادة 13 الذي لم يتم خلال الأجل القانوني⁽¹⁾ بدفع واجب الاشتراكات للصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي بغرامة من 5000 إلى 50.000 درهم، علاوة على ذلك يترتب عن كل تأخير في الدفع تطبيق زيادة نسبتها 1% في المائة عن كل شهر تأخير أو جزء شهر من التأخير. وذلك دون الإخلال بحق الهيئة المكلفة بتدبير نظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض في تطبيق الإجراءات والعقوبات المنصوص عليها في القانون 65.00 وفي أنظمتها الأساسية وضوابطها أو عن إقامتها دعوى قضائية لتحصيل واجب الاشتراكات المذكورة".

خاتمة :

يتبين من خلال دراسة نظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة، أن هذا النظام تعتربه عدة نقائص ومن ثم لنا عليه مجموعة من الملاحظات :

- فعلى مستوى شروط الاستفادة لم يحدد المشرع موقفا صريحا بخصوص الطالب الذي يتابع دراسته في نفس السنة الجامعية بمؤسسة تعليم عالي أو تكوين مهني عمومية بالموازاة مع تسجيله بإحدى مؤسسات التعليم العالي أو التكوين المهني التابعة للقطاع الخاص. فهل سيخضع هذا الطالب لقاعدة المجانية في الانخراط و تبعا لذلك ستتحمل الدولة نسبة اشتراكه، أم أنه سيؤدي واجب الاشتراك الجزافي المنصوص عليه في المادة 9 من القانون 116.12 ؟

- قاعدة مجانية انخراط طلبة التعليم العالي و متدربي التكوين المهني العام في هذا النظام ليست مطلقة ونهائية، ذلك أن الفقرة الأخيرة للمادة 10 من القانون 116.12 أجازت للدولة إمكانية فرض مساهمة على طلبة القطاع العام المستفيدين من النظام ، وهو ما يدفعنا إلى طرح السؤال حول طبيعة هذه المساهمة؟ خاصة وأن هذه التسمية تثير بعض الاشكالات القانونية لتفسيرها، فهل يقصد بها واجب الانخراط / الاشتراك، أم أنها أداء من نوع خاص؟ كما يثار التساؤل أيضا حول الحالات التي يمكن فيها للدولة اللجوء الى فرض هذه المساهمة؟

- على مستوى الخدمات التي يقدمها هذا النظام والتي أحال فيها القانون 116.12 على مدونة التغطية الصحية، فإنها وإن كانت تشمل عددا مهما من العلاجات، إلا أنها مع ذلك لا تزال قاصرة على ضمان بعض الخدمات الأساسية، وذلك بسبب نص المشرع المغربي على مجموعة من العلاجات المستثناة من الضمان نذكر من أهمها :

- علاجات تقويم الأسنان والفكين التي يجرم منها الاستفادة الذي يفوق عمره 16 سنة.
- عمليات الجراحة التجميلية بالنسبة للمستفيد الذي أصابته تشوهات جراء تعرضه لحادثة سير أو حريق أو جرح بالسلاح الأبيض...

ونشير في النهاية إلى أن المراحل المتبقية لدخول القانون رقم 116.12 حيز التطبيق تتمثل أساسا في إصدار عدد من القرارات التطبيقية من طرف الوزراء المعنيين، الوزير المكلف بالمالية (قرار واحد)، وزير الصحة (5 قرارات)، وهي مرحلة تلي المصادقة على المرسوم التطبيقي لهذا القانون، بالإضافة إلى إنجاز البوابة الإلكترونية من طرف المؤسسات الثلاث وهي مكتب التكوين المهني وإنعاش الشغل، والمكتب الوطني للأعمال الجامعية الاجتماعية والثقافية، والوكالة الوطنية للتأمين الصحي، وكذا إطلاق حملة تواصلية لإخبار وتأسيس الطلبة ومؤسسات التعليم العالي والتكوين المهني والقطاعات المعنية بهدف ضمان انخراط الجميع في تفعيل هذا المشروع.

(1) المحدد في الخمسة عشر يوما الموالية لتقييد أو إعادة تقييد الطالب وذلك حسب المادة السابعة من المرسوم رقم 2.15.657 المتعلق بتطبيق القانون رقم 116.12 المتعلق بنظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بالطلبة

✓ نَقَارِير : ✓

نقير حول مناقشة أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص،

جامعة محمد الخامس أكسال، كلية العلوج القانونية والاقتصادية والاجتماعية- الرباط

حول موضوع : " إشكالية العقوبة المبررة - دراسة مقارنة - "



من إعداد الطالب الباحث : محمد الحمياني

تحت إشراف فضيلة الدكتورة لطيفة المهدي

شهدت رحاب كلية الحقوق بالرباط أكسال مؤخرًا مناقشة أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص تقدم بها الطالب الباحث محمد الحمياني¹، حول موضوع : "إشكالية العقوبة المبررة-دراسة مقارنة"، تحت إشراف الدكتورة لطيفة المهدي.

وقد تشكلت لجنة المناقشة من الأساتذة الأجلاء :

الأستاذ الدكتور : عبد العزيز الحيلة .. رئيسًا.

الأستاذ الدكتور محمد الإدريسي العلمي المشيشي عضوا.

الأستاذة الدكتورة لطيفة المهدي مشرفة.

الأستاذ الدكتور عبد السلام سليمان عضوا.

وقد قررت اللجنة قبول الرسالة ومنحها ميزة مشرف جدا.

وفيما يلي نص التقرير الذي تقدم به الطالب الباحث أمام لجنة المناقشة والذي تضمن أهم مضامين هذه الأطروحة التي تشكل إضافة نوعية للخزانة العلمية المغربية حيث تأتي لسد خصائص في موضوع يعرف شح المراجع والكتابات القانونية خاصة الوطنية منها، وتزداد أهمية الأطروحة لتزامنها مع ورش الإصلاحات التي تعرفها المنظومة الجنائية المغربية في أعقاب الاعلان عن الميثاق الوطني لإصلاح منظومة العدالة ومسودة تعديل القانون الجنائي الجديد.

1- قاض بالمحكمة الابتدائية لفكيك ببوعرفة سابقا، ونائب لوكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بطنجة حاليا، عضو نادي قضاة المغرب.

الحمد لله الذي خلق فسوى، وقدر فهدى، خلق الإنسان من علق، وعلمه بالقلم، كما علمه ما لم يعلم.

السيد الرئيس، السادة الأساتذة أعضاء اللجنة العلمية، أيها الحضور الكريم

يكون الحكم المخالف للقانون أحيانا بمنأى عن رقابة محكمة النقض، وذلك في حالة ما إذا كانت العقوبة التي صدر بها الحكم المطعون فيه تدخل بنوعها وقدرها في حدود العقوبة التي كان من الممكن الحكم بها لو أن الحكم قد صدر صحيحا وفقا للقانون، تلك هي " بنظرية العقوبة المبررة"

وغني عن البيان أن المشرع المغربي - حسب ما يستفاد من مقتضيات المادة 537 من ق م ج - قد حصر تطبيق العقوبة المبررة في نطاق الخطأ في الإشارة للنص القانوني المطبق على الواقعة، وحالة الخطأ في التكييف، وحالة الخطأ في عدد التهم أو إحداها، بما ينبئ بأن المشرع كان واعيا بأن الأمر يتعلق بحالة استثنائية عن قواعد النقض الجنائي. فنظرية العقوبة المبررة هي إحدى النظريات الهامة في النقض الجنائي والتي يتعين تمحيص محتواها وبيان مداها وإيضاح خصائصها وتحديد شروطها ورصد آثارها، إذ يقرر الفقه والقضاء شروط يجب توفرها على اعتبار أنها استثناء من قواعد النقض الجنائي.

وبخصوص الإشكاليات التي عالجتها هذه الأطروحة فتمحور عموما حول مجموعة من التساؤلات كالتساؤل عما إذا كان تقدير العقوبة على هذا الأساس لا يتناقض مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يوجب على المحكمة تكييف الواقعة طبقا للنص القانوني!! والتساؤل عن إمكانية تناقض محكمة النقض مع وظيفتها في السهر على التطبيق الصحيح للقانون لأنها تقرر أحكاما ليست كذلك، وأيضا التساؤل عن مدى زعزعة الثقة في القضاء وإضعاف فعالية القانون!؟؟.

كما أنه إذا علمنا أن العقوبة تقدر وفق خطورة وشخصية المتهم استنادا إلى التكييف القانوني للجريمة، فكيف يتم الإبقاء على العقوبة التي روعي في تقديرها تكييف للجريمة على نحو معين رغم عدم صحته هذا التكييف، وبالتالي دلالة الخاطئة على خطورة المتهم!؟ وكيف يمكن لمحكمة النقض إقرار عقوبة روعي تقديرها على معطيات قانونية مغلوطة وكانت حاسمة في تفريد الجزاء!؟؟.

كذلك إذا أدين المتهم عن تهم متعددة، أليس من مصلحته الحكم ببراءته من إحداها إذا كانت هذه التهمة يعتبر معها إذا ارتكب جريمة مستقبلا في حالة عود خلافا للقانون، فضلا عن تأثيرها السلبي في مدة رد الاعتبار ومدة الإفراج الشرطي!؟؟.

أليس للمتهم في جميع الأحوال مصلحة في اعتبار التكييف الصحيح إذا كان - من الناحية الأدبية - أقل خطورة من التكييف الذي اعتمده محكمة الموضوع...؟؟.

أمام الرغبة في التعرف على الإجابات الدقيقة على هذه الإشكاليات القانونية، فإننا لم نقتصر فقط على استعراض ما يوجد في القوانين والأنظمة حول الموضوع، بل اشتملت دراستنا على ما يجب أن يكون، على ضوء الدراسة التأصيلية التحليلية والانتقادية، وفق تصورات منهجية استهدف التعرض لما يثيره الموضوع من مسائل قانونية وعملية مهمة. اختياري لهذا الموضوع لم يكن نتيجة لما أثاره لدي من فضول معرفي واستفزاز فكري فقط، وإنما كذلك نظرا لأهميته النابعة من مجموعة من الدوافع أهمها:

- أن العقوبة هي أخطر ما يواجه به المتهم، وأن الخطأ فيها بمثابة خطأ في أعلى ما يملك الإنسان وهي حريته أو أمواله أو شرفه بحسب نوع العقوبة.

- أن مرحلة النقض هي المرحلة الأخيرة والحاسمة في مسار البت في الدعوى العمومية، وهي المجال الأبرز لمناقشة القانون وتفسيره، والمجال الخصب للاجتهاد القضائي وإعمال الفكر القانوني. ولم يكن البحث في هذا الموضوع سهلا يسيرا، بل صادفنا خلاله عدة صعوبات علمية وعراقيل عملية نلخصها فيما يلي:

- أن النظام الجنائي المغربي لا يتضمن سوى نصا قانونيا واحدا هو المادة 537 من قانون المسطرة الجنائية التي تعرضت لموضوع العقوبة المبررة.

- ندرة المراجع المتخصصة بحيث لم نعثر على أي كتابة في الموضوع من طرف الفقه المغربي، كما لم ينل معالجة كافية من طرف الفقه المقارن.

- ما فرضه علينا الموضوع من الانتقال إلى العديد من الجامعات والمكتبات لاسيما خارج أرض الوطن. والدراسة المتخصصة والبناءة لهذا الموضوع فرضت علينا الاعتماد على المنهج الاستنباطي والمقارن، وذلك قصد استجلاء ضوابط وشروط إعمال النظرية في القضاء المغربي أو المقارن، ونطاقها ومبررات إعمالها. وقد اقتضت الدراسة على هذا الأساس تقسيم الموضوع إلى باين، حيث تعرضنا في الباب الأول إلى ماهية العقوبة المبررة ومبررات تطبيقها عبر فصلين، خصصنا الأول لمفهوم النظرية ومجال تطبيقها. وفي الفصل الثاني علجنا مبررات تطبيق نظرية العقوبة المبررة، حيث توقفنا على ضابط المصلحة من الطعن باعتباره المبنى الأساسي للنظرية، ثم تعرضنا لمعيار الاعتبارات العملية وما اعتمده القضاء من تبريرات واقعية. وبالنسبة للباب الثاني فخصص للتوسع القضائي في تطبيق نظرية العقوبة المبررة وآثاره، حيث علجنا الفصل الأول توسع قضاء النقض في تطبيق نظرية العقوبة المبررة، والحالات التي أدخلتها في نطاق التطبيق. أما في الفصل الثاني فتعرضنا لمختلف الآثار المترتبة عن هذا التوسع.

السيد الرئيس، السادة الأساتذة أعضاء اللجنة العلمية :

على ضوء ما سبق خلصنا إلى تسجيل عدة ملاحظات مؤاخذات نوجزها فيما يلي :

أولا : التناقض مع مبدأ الشرعية الجنائية :

إذ أنه في الوقت الذي يؤكد الفصل الثالث من القانون الجنائي أنه " لا يسوغ مؤاخذة أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لا يقرها القانون"، نجد المشرع بموجب المادة 537 من قانون المسطرة الجنائية يقر عقوبة لا يقرها القانون وإنما فرضتها الوقائع الثابتة فقط، وتسايهه في ذلك محكمة النقض التي تدين الطاعن من أجل جريمة تقر هذه المحكمة نفسها أنه لم يرتكبها، والمبرر في ذلك هو عامل " انتفاء المصلحة" أو عامل "سرعة البت في الطعون" !!.

ورفضنا لذلك لا يعني رفضنا لسرعة التجريم في حد ذاته، وإنما يعني إصرارنا على التمسك الصارم بشرعيته، وتجنب أي انحرافا خطيرا في النظرة إلى مدنية التجريم وبشرية المجرم، ذلك أنه لا مصلحة سواء بالنسبة للمحكوم عليه، أو بالنسبة للنيابة العامة خير من مصلحة تطبيق القانون.

ثانيا : تراجع محكمة النقض عن وظيفتها الأساسية :

حيث إنه في الوقت الذي أكد فيه المشرع من خلال المادة 518 من ق م ج من أن محكمة النقض تتولى النظر في الطعون بالنقض المقدمة ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم الجزئية، وتسهر على التطبيق الصحيح للقانون، ثم أكد المشرع أيضا من خلال المادة 534 من ق م ج من أن يتركز الطعن بالنقض في القرارات والأحكام القابلة للطعن على مجموعة من الأسباب من ضمنها الخرق الجوهرى للقانون وانعدام الأساس القانوني...، عاد نفس المشرع

مرة أخرى ليفاجئنا من خلال المادة 537 من نفس القانون، على أنه إذا كانت العقوبة المحكوم بها هي نفس العقوبة المقررة في النص المنطبق على الجريمة المرتكبة فلا يمكن نقض المقرر بدعوى وجود خطأ في التكييف أو الخطأ في عدد التهم في حالة تعددها، أي الخطأ في تطبيق القانون!!.

تأسيسا على ذلك يكون المشرع على هذا النحو بإقراره لعقوبة اعتبرها مبررة قد وقع في تناقض غير مبرر... وجعل من وظيفة محكمة النقض البحث عن أي "أساس يبرر العقوبة المقضي بها" ولو كانت هذه العقوبة مخالفة للقانون.

ثالثا: التعارض مع مبدأ تفريد العقاب:

يستفاد من خلال مقتضيات الفصول 141 إلى 161 من ق.ج أن للقاضي سلطة تقديرية في تحديد العقوبة وتفريدها انطلاقا من النموذج القانوني للجريمة كما حدده لها المشرع، وحسب شخصية المجرم وخطورته وسوابقه... بل أحيانا حسب ما إذا كان هذا الأخير فاعلا أصليا أو شريكا، فكيف يمكن لمحكمة النقض في حالة الخطأ في التكييف القانوني من طرف محاكم الموضوع، إقرار عقوبة روعي في تقديرها على معطيات قانونية مغلوطة وكانت حاسمة في تفريد الجزاء!! وكيف يمكنها الإبقاء على تكييف قانوني له دلالتة الخاطئة على خطورة المتهم!!.

فضلا عن ذلك فإنه يمكن القول أن المشرع لما سمح لمحكمة النقض التأكد فقط من قيام إحدى الجرائم أو بعضها دون الباقي - في حالة تعددها - وإقرار العقوبة المحكوم بها من لدن محاكم الموضوع، إنما هو نفس منه للسلطة التقديرية للقاضي في تقدير العقوبة استنادا إلى خطورة المتهم وظروف ارتكابه للجريمة.

ثم إن المشرع ومعه محكمة النقض بإقرارهما لنظرية العقوبة المبررة في هذا الشق لم يميز بين ما إذا كان الأمر يتعلق بتعدد مادي أو تعدد معنوي.

رابعا: عدم مراعاة الحق في الدفاع:

إن للمتهم الحق في معرفة التكييف الحقيقي الذي تبنته محكمة النقض قبل مناقشتها لقضيته، وليس عند إصدار قرارها برفض الطعن تطبيقا لنظرية العقوبة المبررة، علما أن المتهم قد لا يؤسس دفاعه دائما على تقدير العقوبة أو استبعاد ظرف من ظروف التشديد، أو استجلاء ظرف من ظروف التخفيف...، بل قد يؤسس دفاعه على انعدام الصفة الجرمية أساسا بمناقشة أركان الجريمة أو الجرائم بما يستدعي - في نظره على الأقل - التصريح ببراءته.

خامسا: نتائج غير قانونية وآثار سلبية أخرى:

إن تطبيق نظرية العقوبة المبررة يكون له التأثير البالغ على مركز ومستقبل المحكوم عليه، ذلك أنه مما لا شك فيه أن هناك تدرجا معنويا بين الجرائم من وجهة النظر الاجتماعية حتى ولو تساوت عقوبتها، وأن للمتهم مصلحة معنوية أكيدة في نقض الحكم ومؤاخذته بالجريمة حسب وصفها القانوني السليم، بل إن المسألة قد تتخذ أبعاد اجتماعية مرتبطة بنظرية المجتمع للمحكوم عليه استنادا إلى وصف التهمة التي نسبت إليه.

كما قد تتخذ أبعادا إدارية مرتبطة بوظيفة المحكوم عليه أو منصبه، أو بسجله القضائي ومدى استفادته من رخص أو حقوق مرتبطة بوصف وتكييف التهمة المحكوم من أجلها، مثل رد الاعتبار أو الإفراج الشرطي...

سادسا: التعارض مع المبادئ الدستورية:

إذا كان المشرع الدستوري قد أكد من خلال الفصل 110 من الدستور على أنه " لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون، ولا تصدر أحكام القضاء إلا على أساس التطبيق العادل للقانون...". بما يفرض ذلك على القضاء ضرورة احترام المبادئ الأساسية المرتبطة بضمانات المحاكمة العادلة لكل مائل أمام القضاء، وإصدار العقوبة طبقا للقانون، غير أنه بتطبيق نظرية العقوبة المبررة لاسيما بالشكل المتوسع فيه يكون القضاء قد انحاز عن تلك المهمة الجوهرية وخالف المبدأ الدستوري المنصوص عليه.

سابعاً وأخيراً: التعارض مع مقومات الأمن القضائي والقانوني:

حيث أكد الفصل 117 من الدستور أنه "يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحررياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون" بما يعني أن المشرع الدستوري قد أسس لمبدأ الأمن القضائي كإحدى الأهداف المطالب القضاء بتحقيقها، إلا أن التحولات الطارئة في تطبيق العقوبة وإقرار محكمة النقض لأحكام وعقوبات غير قانونية بدعوى أنها مبررة، لا يتماشى مع مبدأ الأمن القضائي كمبدأ دستوري، بل يشكل هدراً حقيقياً لأبرز مقوماته. وختاماً أتقدم بالشكر الجزيل والإمتنان العميق إلى أستاذتي الدكتورة لطيفة المهدي التي يعود لها الفضل بعد الله سبحانه وتعالى في إنجاز هذا البحث وفيما صح فيه واكتمل، حيث لم تدخر جهداً في توجيه كل الإرشادات والنصائح التي أنارت طريق البحث، والتي تعلمت منها الاحترام في التواصل والانضباط في التعامل، فجزاها عني خير الجزاء.

كما أتقدم بخالص الشكرات وأصدق التقديرات إلى السادة الأساتذة أعضاء اللجنة العلمية الذين شرفوني بقبولهم حضور هذه المناقشة من أجل لفت الانتباه لكل تصحيح أو تكميم والإشارة لكل تقويم أو تقييم. فتحية إلى أستاذتي الدكتورة عبد العزيز الحيلة الذي تعلمت على يديه خصال الهدوء والتروي والأخلاق العالية، وتحية إخلاص ومحبة خاصة إلى أستاذتي الدكتورة محمد الإدريسي العلمي المشيشي الذي زادنا شرفاً بقبوله المشاركة في هذه المناقشة.

الشكر الوافر والثناء العاطر للأستاذ الدكتور عبد السلام بنسليمان الذي لم يتوانى عن تقديم يد المساعدة كلما التجأت إليه.

ثم أتوجه بالدعاء لوالدي رحمه الله ... بأن يتغمده الله بواسع رحمته وأن يجمعنا به في دار كرامته. كما أقدم بالشكر إلى والدتي المباركة أطل الله بقاءها ومتعتها متاع الصالحين، فما فتأت بالدعاء لي أثناء الليل وأطراف النهار بالتوفيق والسداد، اللهم جازيها خير ما جزيت به والدته عن أولادها وبارك في عمرها وارزقني برها. وأشكر كذلك الحضور على اقتطاعهم جزء من وقتهم لحضور هذه المناقشة العلمية والاستماع لما سيدور من ملاحظات ونقاشات.

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

نقري حول ندوة المكئب الجهوي لنادي قضاة المغرب للائرة الاستئنافية بالقنيطرة حول موضوع "النفتيش القضائي ومسنلزمان السلطة القضائية"



من إعداد الأستاذ : أنس سعدون

عضو نادي قضاة المغرب وعضو المرصد

الوطني لاستقلال السلطة القضائية بالمغرب

Email : Anass.adoun@gmail.com

في اطار أنشطته الثقافية الموسمية نظم المكئب الجهوي لنادي قضاة المغرب بالقنيطرة يوم الجمعة 10 أبريل 2015 ابتداء من الساعة الرابعة بعد الزوال، مائدة مستديرة حول موضوع "النفتيش القضائي ومستلزمات السلطة القضائية"، وهو اللقاء الذي عرف حضور قضاة ومحامين وفعاليات حقوقية تنتمي لمنظومة العدالة والجامعة. استهل اللقاء بكلمة افتتاحية لرئيس المكئب الجهوي لنادي قضاة المغرب بالقنيطرة ذعبد الرزاق الجباري أكد فيها على السياقات التي يأتي فيها تنظيم اللقاء مستحضرا النقاشات المرتبطة بالقوانين التنظيمية المتعلقة بالسلطة القضائية المعروضة أمام البرلمان.

ثم أعطيت الكلمة لرئيس نادي قضاة المغرب الدكتور عبد اللطيف الشنتوف الذي أكد على أهمية الموضوع الذي يعد شديد الارتباط بسؤال استقلال السلطة القضائية، لافتا الانتباه إلى ما لعبته مؤسسة النفتيش من أدوار إيجابية أحيانا للرفع من مردودية المحاكم وتحقيق النجاعة القضائية، ومسئلا الضوء على بعض الاختلالات التي تعرفها منظومة النفتيش والتي كان لها انعكاس سلبي في كثير من الأحيان عبر تاريخ القضاء المغربي، حيث وقف على بعض أوجه الخلط الذي يقع بين ما يندرج ضمن عملية النفتيش من مساطر إدارية وقضائية لا تتصل بمنطوق الحكم، وكذا مسائل التخليق، وما بين هو داخل في اطار القرار القضائي الذي لا يخضع إلا لضمير القاضي وطرق الطعن المنصوص عليها قانونا، داعيا إلى إقرار مبادئ قانونية موضوعية واضحة ودقيقة لاختيار المفتش العام والمفتشين تراعي مبادئ الحكامة والتباري المنصوص عليها دستوريا، ووجوب تلقي أطر المفتشية لتكوين دقيق في مجال اشتغالها وخاصة التكوين على مبادئ الحكامة وثقافة حقوق الانسان ومبادئ استقلال السلطة القضائية بالأساس، وإقرار آليات لضمان عدم جعل جهاز النفتيش بيد السيد الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية وإنما جعله في خدمة العملية القضائية برمتها، وتطوير دوره لكي ينتقل مما هو تقني وإداري محض، إلى دور تأطيري عن طريق إصدار تقارير

سنوية متاحة للعموم وعقد أنشطة متعلقة بمجال التفتيش لخلق وعي عام لدى القاضيات والقضاة بأهمية التفتيش ودوره الخلاق.

وختم رئيس نادي القضاة مداخلته بطرح سؤال حول ماهية التفتيش الذي نريده في الوقت الراهن، حيث اقترح الاعتماد على ثلاث مرجعيات للإجابة على هذا السؤال تتمثل أساسا في المرجعية الدولية الحقوقية، والمرجعية الدستورية، ومرجعية الخطب الملكية، مذكرا بخطاب 20 غشت 2009 الذي دعا فيه جلالة الملك إلى تفعيل التفتيش القضائي البناء.

وتناول الكلمة الدكتور محمد الهيني (عضو جمعية عدالة وعضو نادي قضاة المغرب، نائب الوكيل العام بمحكمة الاستئناف بالقيظرة)، حيث أثار عدة تساؤلات حول صلة نظام التفتيش بنظام المحاسبة والمراقبة كآلية دستورية وقانونية داخلية للتقييم، وعلاقة التفتيش بقواعد الحكامة الجيدة المنصوص عليها دستوريا، متسائلا عن الحاجة إلى استقلالية التفتيش وبحث طبيعته، وطبيعة المساعدة التي يقدمها للمجلس الأعلى للسلطة القضائية طبقا للفصل 116 من الدستور، مؤكدا استحالة التمييز بين مجال التأديب الذي يقع من اختصاص المجلس الأعلى للسلطة القضائية عن التفتيش بوصفه مقدمة للبحث والمراقبة والمساءلة والتقييم.

وأكد الدكتور محمد الهيني عن ضرورة استقلال التفتيش القضائي عن وزارة العدل التي صارت بقوة الدستور أجنبية عن السلطة القضائية، مبدئا استغرابه عن استمرار بعض الجهات في ترويج أفكار تسعى للهيمنة والتحكم من خلال الدعوة للإبقاء على اشراف السلطة التنفيذية على جهاز التفتيش، بالنظر للآثار الخطرة للتفتيش وأثره على استقلال القضاء كمؤسسة واستقلال القاضي كفرد بحكم أدوار التفتيش في المراحل السابقة ولاسيما الانتقالية الحالية المتسمة بانعدام الضمانات، لكن ذلك لم يمنع من بحث علاقة التفتيش بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية، والتأكيد على وجوب توفير ضمانات استقلاليته عن المجلس وعن نظام المقرر وجهة المتابعة وجهة الحكم، مما سيرتب عنه التفكير في حسن اختيار المفتشين وضمانات التعيين والاستحقاق والكفاءة، وعلاقة التفتيش العام بالتفتيش التسلسلي.

وختم مداخلته بالدعوة للتفكير في إعداد ميثاق أخلاقي لنظام التفتيش ودليل للقاضي في مرحلة التفتيش، والحرص على شفافية مؤسسة التفتيش من خلال نشر تقاريرها في الجريدة الرسمية للرقابة عليها من طرف المجتمع المدني، مؤكدا على الرفع من أهمية دور الجمعيات المهنية في تفعيل التفتيش وتخليق مرفق القضاء ودعم جودته وحماية حقوق مستهلكي خدماته، لأن التفتيش من مهامه تجويد الخدمة القضائية بما يكفل حماية المتقاضين وصون مبادئ حسن سير العدالة.

ودعا الدكتور عبد الله أبو إياد العلوي، أستاذ جامعي متخصص بجامعة عبد الملك السعدي بطنجة في مداخلته، إلى ضرورة تغيير تسمية مؤسسة التفتيش اعتبارا لإيجاباتها السلبية والمتجاوزة، موصيا في الوقت ذاته بضرورة وضع آليات لاشتغال المفتشية العامة حتى تقوم بدورها الذي لا علاقة له بالمجال القضائي وإنما بطريقة تقديم الخدمة القضائية.

وأكدت الأستاذة سهام بنمسعود (القاضية بالحكمة الابتدائية بمكناس والعضوة في جمعية نادي قضاة المغرب) على ضرورة تقوية منظومة التفتيش القضائي قانونا وتأطيرا، في نفس الوقت الذي دعت فيه الأستاذة لبنى فريالي (قاضية بالحكمة التجارية بمكناس) إلى تحديد مجال عمل المفتشية، وضرورة اشتغالها بآليات تراعي إكراهات العمل القضائي المغربي.

وعرفت المائدة المستديرة تقديم عدة عروض من بينها العرض الذي تقدم به ذحاتم بكار (محام بهيئة المحامين بالقيظرة، ونائب رئيس المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية) حيث أكد على ضرورة مقارنة هذا الموضوع مقارنة شاملة، رافضا الاعتماد على مقارنة مهنية محضة تهم القضاة فقط، مذكرا بأهمية ربط هذا الموضوع بالأهداف

الكبرى لاستقلال السلطة القضائية، ومشيرا إلى أن مؤسسة التفتيش شأنها شأن مؤسسة النيابة العامة تبقى من مداخل التحكم في القضاء الذي يعد مطمعا لجهات من السلطات الاخرى، مقترحا مقاربة انفتاحية للقضاء على المجتمع المدني بما يكفل حماية حقوق المتقاضين .

وأكد الدكتور نبيل بوحيمدي (مدير موقع العلوم القانونية، وعضو جمعية عدالة وباحث جامعي) على ضرورة معالجة الاشكاليات التي يثيرها موضوع تفتيش المحاكم من زاوية المؤيدات الدستورية وروح الدستور في تفسيره للوصول إلى نتيجة استقلال مؤسسة التفتيش وكذا النيابة العامة عن السلطة التنفيذية كمعطى دستوري ومجتمعي غير قابل للمساومة والنقاش، لأنه اختيار دستوري نابع من إرادة الأمة والملك، مقترحا بحث آليات اشتغال مؤسسة التفتيش بما يتوافق مع المعايير الدولية للتفتيش القضائي ومبادئ استقلال السلطة القضائية .

المائدة المستديرة عرفت فتح باب النقاش بين مختلف الحاضرين حيث تركزت المداخلات حول استعراض بعض ملامح تجارب القضاة مع جهاز المفتشية العامة، وتسييل الضوء على عدة اختلالات تعرفها منظومة التفتيش التي لا تراعي أبسط الضمانات الحقوقية الوطنية والدولية المتعارف عليها. حيث أوصى المشاركون باستمرار الترافع القضائي عن مبدأ استقلالية السلطة القضائية للتنزيل الديمقراطي للدستور بعيدا عن وصاية وزارة العدل مع التأكيد على مطلب نادي قضاة المغرب بوضع مدونة أخلاقية للتفتيش القضائي يتم العمل على احترامها طبقا للمفهوم الجديد للتفتيش القضائي الهادف لجعل التفتيش التسلسلي والمركزي على حد سواء، أداة ناجعة وفعالة ليس لتعقب الأخطاء وإقامة الدليل، بل أداة للسهر على توحيد مناهج العمل من خلال الاقتراح والتأطير، مع التقيد التام بمبدأ استقلال القضاء لينهض بدوره الممثل في تقديم مقترحات وحلول واضحة تقييما ومراقبة، للرفع من مستوى أداء سير المحاكم وحماية حقوق المتقاضين باعتباره جوهر وهدف العملية القضائية.

واختتمت أشغال المائدة المستديرة بتقديم عدة توصيات أهمها :

- استقلال المفتشية العامة للشؤون القضائية عن وزارة العدل بشكل تام ومطلق .
- تعيين المفتش العام بظهير ملكي بناء على اقتراح المجلس الأعلى للسلطة القضائية.
- إقرار آليات لضمان عمل المفتشية العامة بشكل مجرد دون تحكم من أعضاء المجلس أو رئيسه المنتدب .
- إقرار آليات لضمان الفصل بين عمل المفتشية والهيئة التأديبية وهي حصرا المجلس الأعلى للسلطة القضائية .
- إقرار مبادئ الحكامة وربط المسؤولية بالمحاسبة فيما يخص تعيين المفتش العام والمفتشين مع الزامهم بالخضوع للتكوين وخصوصا التكوين على الشعب بثقافة حقوق الانسان واستقلال السلطة القضائية والتخصص المهني.
- اقرار آليات لضمان قيام المفتشية العامة بدور توعوي تأطيري غير مباشر عن طريق تقارير دورية على حالة المحاكم ولقاءات وأنشطة في مجال التفتيش القضائي إضافة إلى دورها الأصلي مع بيان حدود التفتيش ووسائله.
- تكريس مبادئ الشفافية والجودة والالتزام بالقانون من طرف المفتشية.
- تكريس معايير موضوعية لاختيار هيئة التفتيش من ناحية التكوين والأخلاق والحيدة.
- تحديد مسطرة التباري على عضوية هيئة التفتيش المركزي والتسلسلي.
- ضبط علاقة التفتيش التسلسلي بالتفتيش المركزي مع تحويل التفتيش التسلسلي لهيئة جماعية مشكلة من خيرة قضاة محاكم الاستئناف تختارهم الجمعية العمومية للمحكمة
- اقصر التفتيش على ما هو أخلاقي ومهني وإداري من مساطر وإجراءات دون الجانب القضائي المتصل بالحكم القضائي الذي يخضع لمراقبة محكمة النقض.
- تكريس دور التفتيش القضائي في دعم التكوين المستمر للقضاة ونشر الممارسات القضائية الفضلى .

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

La politique étrangère du Maroc vis-à-vis de l'Union du Maghreb arabe : L'interaction entre politique interne et externe



EL Haji Hamid / Docteur - Chercheur

en Sciences juridiques et politiques

Email : elhajiamid@hotmail.com

Introduction :

Le Royaume du Maroc, sous la direction de sa S.M. le Roi Mohammed VI a développé un nouveau style de politique étrangère qui fait de la politique intérieure un prolongement stratégique de la politique extérieure. En effet, il y a plus d'une décennie, le Maroc a lancé des réformes structurelles afin d'améliorer le niveau de vie de la population et instaurer dans le pays une réforme démocratique. En effet, les réformes politiques, l'instauration des droits de l'Homme et le développement économique et social, ont donné des bases solides à la diplomatie marocaine pour rayonner à l'échelle régionale et internationale.

La mise en œuvre de la politique étrangère du Maroc d'aujourd'hui se caractérise donc par l'adoption d'une politique intérieure novatrice et réformatrice. En effet, pour développer une politique étrangère audacieuse, il est nécessaire de fonder une politique intérieure qui prend en considération le développement dans toutes ses dimensions. En outre, la politique étrangère du Maroc se nourrit de l'histoire du pays, sa position géographique, et bien évidemment de sa stabilité politique, du climat de sécurité et de son héritage civilisationnel, culturel et moral. Tous ces facteurs ont contribué à la restauration d'une

politique étrangère marocaine crédible et capable de défendre les intérêts du Maroc sur le plan extérieur.

Pour donner des garanties solides à sa politique étrangère, le Maroc a donc misé sur le renforcement de sa politique intérieure, notamment, par la mise en œuvre d'une réforme stratégique qui a touché à tous les niveaux. Au niveau économique, S.M. le Roi Mohammed VI a pu ouvrir un chantier de règne par le lancement en 2005 de l'Initiative Nationale pour le développement humain. Au niveau politique, il adopte une nouvelle constitution, en juillet 2011, qui répond aux aspirations démocratiques du peuple marocain.

En choisissant de renforcer sa politique intérieure, le Maroc a fait d'elle un prolongement stratégique et un vecteur pour lancer une politique étrangère capable de conforter la place et le rôle du Royaume. Effectivement, cette vision politique a été bien soulignée par S.M. le Roi dans son discours du 29 juillet 2010, dans lequel le Souverain a affirmé que «Le renforcement de la position du Maroc et de son rayonnement régional et international passe par une synergie accrue entre les politiques intérieure et extérieure»¹.

De ce qui précède, il est judicieux de préciser jusqu'à quel point il faut conjuguer la politique intérieure et la politique extérieure eu égard à la mise en œuvre de la politique étrangère du Maroc vis-à-vis de l'édification de l'unité du Maghreb arabe.

Pour répondre à cette problématique, il convient tout d'abord d'examiner la politique étrangère du Maroc quant à la construction de l'Union du Maghreb arabe **(I)**, puis, se pencher sur la disposition de la politique étrangère marocaine vis-à-vis de l'Algérie **(II)**.

I) Le Maroc et la construction de l'Union du Maghreb arabe :

La politique étrangère du Maroc s'est favorisée par la réussite des réformes internes pour lancer une nouvelle dynamique qui permet de donner de nouvelles horizons à la construction de l'Union du Maghreb arabe en œuvrant pour le sortir de la léthargie où il est plongé depuis plusieurs années et aussi de créer les conditions nécessaire pour s'engager dans un voisinage de complémentarité².

Pour mieux appréhender la politique maghrébine du Maroc, il convient, dans un premier temps, de s'interroger sur la conception politique et diplomatique du Maroc

¹ Discours du trône prononcé à Tanger à l'occasion du XI^{ème} anniversaire du règne, in le MATIN.ma, publié le 30/07/2010.

² Voir à ce sujet l'ouvrage de Touhami Tahiri-Alaoui, Mohammed VI. Le Cœur et la raison, Editions La Porte, imp. El Maarif Al Jadida, Rabat, 2009, pp. 192-193.

concernant l'édification du grand Maghreb (A), puis, sur la relation entre l'initiative d'autonomie des provinces du Sud et l'édification de l'Union du Maghreb arabe (B).

A) La perception marocaine relative à la construction de l'Union du Maghreb arabe :

Depuis son accession au Trône en 1999, S.M. le Roi Mohammed VI a affirmé, à plusieurs reprises, son engagement à ne ménager aucun effort pour dynamiser l'édifice maghrébin. Dans le discours royal du 30 juillet 2000, à l'occasion du premier anniversaire de l'intronisation du Souverain, S.M. le Roi a «mis l'accent sur le rôle que pourrait jouer l'édification d'une Union du Maghreb Arabe, où prévalent la solidarité et la paix, la complémentarité et la concorde, dans l'émergence d'un groupement économique régional fort qui puisse qualifier nos pays à relever les défis du partenariat aux côtés des groupements puissants»¹.

Par la suite, la politique étrangère du Maroc a fait de l'édification de l'Union du Maghreb Arabe une grande priorité. S.M. le Roi Mohammed VI, dans un important discours à la Nation, à l'occasion du 8^{ème} anniversaire de son accession au Trône, a déclaré que «l'édification de l'Union du Maghreb constitue, pour nous, une option fondamentale constante dans notre politique étrangère, et un point de convergence des priorités qui lui sont assignées»². De même, en 1999, sa Majesté a déclaré, dans un discours à l'occasion de la Fête du Trône, son attachement à imprimer à la diplomatie marocaine un nouveau souffle qui favorise les interactions et les synergies entre les politiques nationales et l'agenda international, particulièrement par la mise en œuvre de la construction d'une Union Maghrébine stable, intégrée et prospère³. Dans le même discours, Sa Majesté a affiché clairement l'engagement du Maroc à participer «à l'émergence des conditions nécessaires à la dynamisation de l'action maghrébine commune, en tant que choix stratégique propre à concrétiser les ambitions des cinq peuples de la région en matière de développement intégré et complémentaire»⁴. En outre, Sa Majesté le Roi Mohammed VI a déclaré le 30 juillet 2010 à l'occasion de la fête du trône que le Maroc accorde la priorité à son voisinage et à son environnement proche,

¹ Discours royal du 30 juillet 2000, à l'occasion du premier anniversaire de l'intronisation du Souverain.

² Discours à la Nation, à l'occasion du 8^{ème} anniversaire de l'accession du Souverain au Trône du Royaume (30/07/2007).

³ Discours à la Nation, à l'occasion du 10^{ème} anniversaire de l'accession du Souverain au Trône du Royaume (30/07/2009).

⁴ *Ibid.*

particulièrement, en considérant «l'intégration maghrébine comme une aspiration populaire profonde et une nécessité stratégique et séculaire pressante»¹.

Dans la même lignée, S.M. le Roi a précisé, dans le discours royal du 06 novembre 2011, à l'occasion du 36^{ème} anniversaire de la Marche Verte, que le Maroc est prêt à tout mettre en œuvre, tant sur le plan bilatéral que régional, pour concrétiser les attentes des générations présentes et futures aspirant à la construction d'un grand Maghreb arabe². Ainsi, le Souverain a donné les contours de la perception marocaine relative à la construction de l'Union du Maghreb arabe en précisant qu':

«Il s'agit d'un Maghreb qui transcende l'enfermement dans les postures figées et les antagonismes stériles, et qui ouvre la voie au dialogue, à la concertation, à la complémentarité, à la solidarité et au développement, un Maghreb qui, fort des cinq pays qui le composent, serait un véritable moteur de l'unité arabe, un partenaire agissant de la coopération euro-méditerranéenne, un facteur de stabilisation et de sécurisation de la zone sahélo-saharienne, et un acteur structurant de l'intégration africaine»³.

De ce qui précède, nous concluons que la politique maghrébine du Maroc se fonde sur un lien solide et permanent entre les politiques intérieure et extérieure. Il s'agit en fait d'un choix stratégique, bien calculé, qui perçoit que la politique extérieure est le prolongement immédiat de la politique intérieure d'où la priorité accordé par le Maroc à l'édification de l'UMA.

B) L'initiative d'autonomie au Sahara marocain et l'édification de l'Union du Maghreb arabe :

Conscient de l'importance qu'occupe la résolution du dossier du Sahara marocain dans l'accélération de la construction de l'Union du Maghreb arabe, le Maroc a, depuis avril 2007, présenté à l'ONU l'initiative marocaine d'autonomie, qui a eu le mérite d'opter fermement pour le changement du *statu quo* et de contribuer à trouver une solution politique consensuelle qui sera la garantie de la paix et de la stabilité dans la région du Maghreb arabe.

¹ Discours à la Nation, à l'occasion du 11^{ème} anniversaire de l'accession du Souverain au Trône du Royaume (30/07/2010).

² Marche Verte. Discours royal du 36^e anniversaire, in Le MATIN.ma, publié le 06/11/2011.

³ MAP, Marche Verte. Discours royal du 36^e anniversaire, in Le MATIN.ma, publié le 06/11/2011.

S.M. le Roi Mohammed VI a accordé à la récupération de nos provinces sahariennes une place de priorité dans l'édifice de la diplomatie marocaine vis-à-vis de la construction de l'Union du Maghreb arabe. Ceci s'explique par le fait que la question du Sahara constitue un intérêt fondamental pour la souveraineté du Maroc.

En 1999, sa Majesté a réitéré, dans un discours à la Nation, à l'occasion du 10^{ème} anniversaire de l'accession du Souverain au Trône, l'attachement du Maroc à l'Initiative audacieuse d'autonomie, d'abord pour sa crédibilité et sa vocation à réunir tous les fils du Sahara marocain. Ensuite parce qu'elle permet d'ouvrir un horizon maghrébin et régional capable de relever les défis du développement et nourrir l'espoir du progrès et de la prospérité des habitants des provinces du Sud¹. De même, dans son discours du 29 juillet 2010, adressé à la nation à l'occasion de la Fête du trône, S.M. le Roi a réitéré l'attachement indéfectible du Maroc à l'initiative d'autonomie pour les provinces du Sud, en déclarant que cette initiative audacieuse demeure une proposition réaliste, innovante et consensuelle, et qui, dans le cadre de l'ONU, vise à trouver une solution définitive à ce différend régional artificiel². En outre, cette initiative a été appuyée par la mise en œuvre de la vision ambitieuse du Souverain qui fait en sorte que le Sahara marocain soit en tête des bénéficiaires du processus de la régionalisation avancée et des efforts continus pour son développement³.

La solution à ce différend régional constituera l'épine dorsale de l'instauration de la paix dans la région du Maghreb arabe et constituera un rempart contre l'extrémisme, le terrorisme et le crime organisé. En outre, la résolution de ce différend par le rétablissement de la pleine légitimité des droits du Maroc quant à son intégrité territoriale va contribuer à instaurer des mécanismes de sécurité collective et sauvegarder la paix, la sécurité et la stabilité dans la région du grand Maghreb⁴.

En conclusion sur ce point, nous disons que l'édification de l'Unité du Maghreb arabe passe inévitablement par la reconnaissance de l'intégrité territoriale du Maroc et sa souveraineté sur ses provinces du Sud. Dans ce cadre, le Maroc a misé sur le renforcement de sa politique intérieure. En effet, en plus de l'unanimité nationale dont jouit l'Initiative

¹ Discours à la Nation, à l'occasion du 10^{ème} anniversaire de l'accession du Souverain au Trône du Royaume (30/07/2009).

² MAP, Dans le discours du trône prononcé hier à Tanger qui coïncide avec le XI^e anniversaire du règne, in Le MATIN.ma, publié le 30/07/2010

³ MAP, Dans le discours du trône prononcé hier à Tanger qui coïncide avec le XI^e anniversaire du règne, in Le MATIN.ma, publié le 30/07/2010.

⁴ CHERKAOUI (L.), Maghreb. À la recherche de la sécurité collective, in Le MATIN.ma, publié le 15/11/2011.

d'autonomie, le Maroc a lancé une stratégie de développement solidaire et global dans le Sahara marocain de sorte qu'elle soit un modèle de développement intégré et durable.

II) La normalisation des relations avec l'Algérie :

Il est à souligner que l'édification de l'Union du Maghreb arabe passe nécessairement par la normalisation des relations entre le Maroc et l'Algérie. Depuis 1999, le Maroc a multiplié les messages invitant l'Algérie à ouvrir une nouvelle page dans les relations algéro-marocaines **(A)**. De même, la diplomatie marocaine n'a épargnée aucun effort pour normaliser et concrétiser les liens de rapprochement avec l'Algérie **(B)**.

A) L'instauration d'une politique d'ouverture envers l'Algérie :

Depuis son intronisation, S.M. le Roi Mohammed VI n'a cessé d'inviter l'Algérie à la normalisation des relations entre les deux pays voisins. En effet, une telle normalisation constitue la clé de voûte de la construction de l'Union du Maghreb arabe. S.M. le Roi a souligné dans le discours du trône de 2002 qu'«On ne peut donner un contenu concret et dynamique à l'UMA qu'en dépassant les divergences et les antagonismes, en rejetant la conspiration, le démembrement et la lâche défection. Ceci, requiert, [...] la nécessité de faire prévaloir les valeurs de fraternité, de confiance et de solidarité»¹. S.M. le Roi, dans son discours à l'occasion de la fête du trône de 2004, a clairement manifesté la volonté de renforcer les relations du Maroc avec son voisinage immédiat, en déclarant sa détermination sincère à donner à ces relations «une nouvelle impulsion, notamment avec l'Algérie sœur, en veillant à leur relance et à leur assainissement, afin de répondre aux attentes de nos deux peuples, qui aspirent à bâtir un avenir de solidarité et de fraternité»². En effet, l'intensification des relations entre le Maroc et les pays du Maghreb, notamment l'Algérie, constitue selon la vision de S.M. le Roi, le moyen le plus approprié pour «donner un nouvel élan à l'édification de l'Union du Maghreb, dans la clarté, l'engagement, l'intérêt mutuel et le respect de la souveraineté des Etats membres et de leur intégrité territoriale»³. S.M. le Roi, dans son discours à l'occasion de la fête du trône de 2008 a déclaré:

«Nous entendons continuer, [...], de prendre des initiatives en toute sincérité et d'être à l'écoute de toutes les bonnes volontés, pour rétablir des relations normales entre le Maroc et l'Algérie, et bâtir un partenariat constructif avec ce pays voisin et frère. Ce

¹ Discours à la Nation, à l'occasion du 3^{ème} anniversaire de l'accession du Souverain au Trône du Royaume (30/07/2002).

² Discours à la Nation, à l'occasion de la fête du Trône (30/07/2004).

³ Discours à la Nation, à l'occasion de la fête du Trône (30/07/2004).

vœu procède naturellement de Notre attachement fidèle aux liens de bon voisinage qui unissent nos deux peuples frères»¹.

Il convient de souligner qu'aujourd'hui, la construction de l'Union du Maghreb arabe devient une nécessité voire même une priorité d'urgence pour contenir les conséquences des changements actuels qui annoncent la montée de la violence, du trafic d'armes et de drogues, des kidnappings et de la multiplication des capacités de nuisance entre autres². En effet, c'est dans ce contexte qu'on peut appréhender la politique de la «main tendue» pratiquée par le Maroc et son Roi qui n'a cessé de rappeler que:

«[L]e Maroc réitère sa disposition à tout mettre en œuvre, tant sur le plan bilatéral - et notamment avec l'Algérie sœur, dans le cadre de la dynamique constructive actuelle - qu'au niveau régional, pour la concrétisation commune des attentes des générations présentes et à venir qui aspirent à l'avènement d'un ordre maghrébin nouveau»³.

B) Le rôle de la diplomatie marocaine :

La diplomatie marocaine n'a épargnée aucun effort pour normaliser et concrétiser les liens de rapprochement avec l'Algérie en application sereine de la volonté affichée par S.M. le Roi Mohammed VI. À cet égard, le chef de la diplomatie marocaine a affirmé que le Maroc et l'Algérie ont pris, au plus haut niveau, la décision de normaliser les relations entre les deux pays voisins. Un processus auquel les deux pays ont procédé par la multiplication et l'échange de visites effectuées entre des ministres marocains et leurs homologues algériens⁴. Ces visites ont porté sur des sujets «extrêmement importants» comme l'agriculture et l'énergie. Ainsi, il a été décidé d'élargir la coopération entre les deux pays voisins de sorte qu'elle englobe d'autres domaines de partenariat⁵.

Les deux pays voisins sont, en réalité, contraints d'accélérer cette nouvelle tendance, notamment par la poursuite des visites, le renforcement du partenariat sur les plans sectoriels et l'amorçage d'un dialogue politique sérieux, dans la mesure où les deux pays doivent faire face à des problèmes communs qui menacent leurs intérêts, notamment le

¹ Discours à la Nation, à l'occasion de la fête du Trône (30/07/2008).

² MOHA (F.), Pour un Maghreb des peuples et des régions. «Relancer l'Union du Maghreb et dépasser les rancœurs», in Le MATIN.ma, publié le 08/11/2011.

³ MAP, Marche Verte. Discours royal du 36^e anniversaire, in Le MATIN.ma, publié le 06/11/2011.

⁴ MAP, Rabat-Alger, Une décision a été prise au plus haut niveau pour normaliser les relations. Le ministre des A.E a mis l'accent sur l'importance de poursuivre les contacts, in Le MATIN.ma, publié le 18/11/2011.

⁵ MAP, Relations maroco-algériennes. Feuille de route aux aspirations des peuples, in Le MATIN.ma, publié le 17/11/2011.

terrorisme qui menacent la stabilité de la région¹. À ce sujet, le ministre marocain des Affaires étrangères et de la Coopération a déclaré, le lundi 21 janvier 2013, suite à la prise d'otage à In Amenas en Algérie, que le Maroc exprime sa solidarité avec l'Algérie contre toutes les menaces sécuritaires et condamne le terrorisme sous toutes ses formes².

En termes de conclusion sur ce point, nous disons que la normalisation des relations entre l'Algérie et le Maroc constitue la voie idéale pour construire l'Union du Maghreb arabe. En effet, les deux pays voisins doivent se réconcilier avec leur histoire pour entretenir des relations de bon voisinage qui leur permettent de jouer un rôle pionnier dans l'édification du rêve maghrébin. Les deux pays sont aujourd'hui obligés de jouer un rôle moteur dans la construction du Grand Maghreb, ceci à l'instar du couple franco-allemand qui a cru à la fatalité du rapprochement pour fonder l'Europe. En effet, la construction de l'Union du Maghreb arabe profitera aux cinq pays de la région, parce que dans le nouvel ordre de la mondialisation, seuls les régions et les marchés intégrés peuvent émerger. En plus, dans le contexte des blocs régionaux, les intérêts économiques de tous les Etats de la région sont mis à mal par l'état du *statu quo* dans la région. Il est donc nécessaire de converger tous les efforts pour édifier l'Union du Maghreb qui favorisera l'émergence d'un acteur économique et politique majeur capable de faire face aux grands défis liés à la rareté des ressources naturelles, à la sécurité alimentaire, aux changements climatiques et aux énergies renouvelables etc.

Conclusion :

Aujourd'hui, il est incontestablement établi que politique intérieure et politique extérieure maintiennent des rapports étroits³ et que l'interaction est persistante entre l'interne et l'externe⁴. En effet, un Etat qui mène une politique intérieure réussie peut en profiter pour mener une politique extérieure courageuse et homogène capable de défendre ses intérêts et honorer son image sur la scène régionale et internationale.

Dans le cas du Maroc d'aujourd'hui et eu égard à la mise en œuvre d'une politique maghrébine ambitieuse, on peut affirmer que le Maroc a édifié un nouveau style de diplomatie active, efficace et conforme à la vision de S.M. le Roi Mohammed VI qui a pu

¹ MAP, Rabat-Alger, Une décision a été prise au plus haut niveau pour normaliser les relations. Le ministre des A.E a mis l'accent sur l'importance de poursuivre les contacts, in Le MATIN.ma, publié le 18/11/2011.

² MAP, Prise d'otage à In Amenas. Le Maroc exprime sa solidarité avec l'Algérie, in Le MATIN.ma, publié le 22/01/2013.

³ Claude ROOSENS, Les relations internationales de 1815 à nos jours, Tome 1 1815-1939, Bruylant-Academia s.a., 1997, p. 17.

⁴ Claude ROOSENS, Valérie ROSOUX & Tanguy DE WILDE D'ESTMAEL (dir.), La politique étrangère: Le modèle classique à l'épreuve, Presses Interuniversitaires Européennes, Bruxelles, 2004, p. 28-29.

donner à la politique étrangère du Maroc un aspect réaliste, pragmatique et qui prend en considération les intérêts des pays du Maghreb.

En somme, politique intérieure et politique extérieure sont intimement liées. Cette conclusion est parfaitement vérifiée car dans le contexte de la mondialisation et l'interdépendance croissante qui touchent toutes les entreprises humaines, toute activité politique interne prend instinctivement une dimension externe¹. C'est la raison pour laquelle le Maroc doit continuer à renforcer sa politique intérieure par l'adoption de d'autres mesures qui permettent de développer notre modèle démocratique, notamment par la poursuite des réformes politiques, sociales, économiques et bien évidemment l'engagement permanent pour l'Etat de droit et les droits de l'Homme. De même, la réussite de la politique intérieure du Maroc passe inévitablement par le redoublement des efforts pour trouver des réponses convenables aux problèmes liés à l'enseignement public, à la santé, à la justice, à la lutte contre le chômage, à la protection de l'environnement, à la lutte contre la corruption etc. - afin de favoriser les conditions nécessaires permettant au Royaume de mener une politique étrangère crédible et cohérente.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615

¹ *Ibid.*, p. 28-29.