مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك / العدد 38 : دجنبر 2015

من مواضيع العدد 38 : دجنبر 2015 :

- جريمة الاتجار بالبشر في الشريعة والقانون.
- إشكالية الطبيعة القانونية للعقود التجارية.
- الإجراءات القانونية لتذييل قرار التحكيم.
- مرتكزات المحاكمة العادلة في الشريعة الإسلامية.
- ازدواجية تدبير التركات بين الشريعة والقانون.
- بدائل الدعوى العمومية في التشريع المغربي.
- ماهية التحكيم الإلكتروني ومميزاته ومخاطره.

العدد الثامن والثلاثون : دجنبر 2015

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنيت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (مايقارب 3000كلمة).
- 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 كاتبيها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.new.ma
ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الثامن و الثلاثون : لشهر دجنبر 2015

محتويات العدد :

✓ كلمة العدد :

1. كلمة العدد 38 لشهر دجنبر2015 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكداك.....04

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. جريمة الاتجار بالبشر في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية : الدكتور محمد خلف بني سلامه أستاذ مشارك قسم الفقه وأصوله ، كلية الشريعة والقانون جامعة العلوم الإسلامية العالمية- الأردن.....06
3. إشكالية الطبيعة القانونية للعقود التجارية الدولية النموذجية : وليد صالح أحمد عبد الرب ، طالب يمني باحث في سلك الدكتوراه السنة الخامسة وحدة قانون الأعمال والاستثمار، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة.....19
4. الإجراءات القانونية لتذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية : الدكتور محمد المصطفى ولد أحمد محمود أستاذ متعاون في كلية العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة نواكشوط - موريتانيا.....37
5. التعليق على قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 433 الصادر بتاريخ 21 شتنبر 2010 في الملف عدد 2009/1/2/23 : جمال الخمار حاصل على دكتوراه في القانون الخاص ، مختبر قانون الأسرة والهجرة من جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة.....51
6. مبدأ استقلال القضاء مرتكز أساسي من مرتكزات المحاكمة العادلة في الشريعة الإسلامية : الدكتور نبهان سالم مرزق أبو جاموس أستاذ باحث في القانون الدولي العام الجامعة الإسلامية ، غزة-فلسطين.....62
7. ازدواجية تدبير التركات بين الشريعة والقانون الوضعي بالمغرب : الحسين الروحي ، باحث بمركز دراسات الدكتوراه ،تخصص الأنظمة القانونية القضائية الإدارية المقارنة ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس- الرباط.....78
8. بدائل الدعوى العمومية - قراءة في التشريع المغربي والمقارن : إعداد سميرة خزرون طالبة باحثة بماستر الوسائل البديلة لفض النزاعات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - فاس.....93
9. التحكيم الالكتروني : الدكتور نبيل زيد سليمان مقابله ، أستاذ مساعد في القانون الدولي الخاص كلية الشريعة والقانون – جامعة الجوف ونائب رئيس المركز الاستشاري لإعداد المحكمين الدوليين.....103

✓ تقارير :

10. تقرير حول ندوة : "إعداد مدونة السلوك والأخلاقيات القضائية في المغرب على ضوء المعايير الدولية" من تنظيم نادي قضاة المغرب واللجنة الدولية للحقوقيين.....117

11.تقرير حول ندوة بالرباط حول : "استقلال ومسؤولية السلطة القضائية في المغرب" من تنظيم نادي قضاة المغرب واللجنة الدولية للحقوقيين وجمعية عدالة.....121

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

12.Gouvernance d'un groupe de sociétés : ZERROUK IMENE FATIMA ZOHRA, chercheuse doctorante en troisième année,spécialité droit pénal des affaires, faculté Abu Bakr Belkaid, Tlemcen, ALGERIE.....125

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية
كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبيها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

كلمة العدد الثامن و الثلاثين لشهر دجنبر2015

بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكداك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، تحية طيبة إلى جميع رواد ومحبي مجلة الفقه والقانون الدولية ، نضع بين أيديكم العدد الجديد الثامن والثلاثون لشهر دجنبر 2015 والذي زخر بمجموعة من الدراسات والأبحاث القيمة عن جريمة الاتجار بالبشر في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، و إشكالية الطبيعة القانونية للعقود التجارية الدولية النموذجية.

وارتباطا بالقضاء ناقش العدد مبدأ استقلال القضاء كمرتكز أساسي من مرتكزات المحاكمة العادلة في الشريعة الإسلامية ، ثم قراءة عن بدائل الدعوى العمومية في التشريع المغربي والمقارن.

وفي ما يخص قضايا التحكيم شمل العدد الجديد دراسة عن الإجراءات القانونية لتذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية ، وعن التحكيم الالكتروني وماهيته ومميزاته ومخاطره.

وفي ما يتعلق بالأحوال الشخصية ناقش العدد قضية ازدواجية تدبير التركات بين الشريعة والقانون الوضعي بالمغرب ، ونشر تعليقا على قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 433 الصادر بتاريخ 21 شتنبر 2010 في الملف عدد 2009/1/2/23 . هذا فضلا عن دراسات وأبحاث أخرى باللغة الفرنسية .

مع تحيات المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

مجلة الفقه والقانون العدد 38 دجنبر 2015

جريمة الاتجار بالبشر في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

الدكتور محمد خلف بني سلامه أستاذ مشارك

قسم الفقه وأصوله - كلية الشريعة والقانون

جامعة العلوم الإسلامية العالمية- الأردن

Email : mohadbanisalameh@yahoo.com

الملخص :

من مزايا الشريعة السمحة أنها جاءت بأحكام سامية أغلقت منفذ الخلل، فالناس تحت مظلة الشريعة السمحة يتمتعون بكامل حريتهم قال تعالى : (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ) فهذه الآية وغيرها تقرر وحدة الأصل للإنسان مما يقتضي عدم التمايز، ومن مظاهر تحريم الاسترقاق في الشريعة التحريم بكافة صور ومظاهر الاتجار بالبشر فالإنسان مخلوق مكرم لقوله تعالى: (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ).

فظاهرة الاتجار بالبشر محرمة في الإسلام وهي من كبائر الإثم والفواحش. والإسلام يعمل بأحكامه ومبادئه على رفع الظلم والقهر عن الإنسان وإقامة العدل والكرامة والحرية للإنسان من حيث هو إنسان. وترتيباً على هذا تسعى المنظمات الدولية من خلال الاتفاقيات الدولية وحث الدول على سن التشريعات للحد من هذه الظاهرة.

المقدمة :

الحمد لله القوي المتين القاهر الظاهر الملك الحق المبين لا يخفى على سمعه خفي الأنين ولا يغرب عن بصره حركات الجنين ذل لكبريائه جبابرة السلاطين، أحمده حمد الشاكرين وأسأله معونة الصابرين وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له في الأولين والآخرين وأشهد أنَّ محمداً عبده ورسوله المصطفى على العالمين.

قال تعالى : (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً) (الإسراء: 70).

إن قضية الاتجار بالبشر قضية واقعية بين الأمم ولا سيما في أيامنا هذه، وقد ظهرت هذه الظاهرة وانتشرت في العالم انتشاراً واسعاً حتى أصبحت هذه الظاهرة لها وقعها في المجتمعات المختلفة وأصبحت تشكل خطراً داهماً للكثير من الدول.

فالإتجار بالبشر تجارة محرمة وتشكل جريمة نكراء وقد بلغت قيمة التجارة السنوية له حوالي (32) مليار دولار في الأعوام الأخيرة وبالتالي فهي تعد ثالث أكبر تجارة بعد تجارة المخدرات والسلاح، ويصل عدد الأشخاص الذين يتم الاتجار بهم حوالي (3 ملايين) شخص وغالبية هؤلاء هم من الأطفال والنساء ولذلك تعد هذه الظاهرة من أبرز التحديات التي تواجه القرن الحالي حتى باتت هذه الجريمة تؤرق الضمير العالمي في هذه الآونة والتي تعد انتهاكاً صارخاً لحقوق الإنسان وأبسط حرياته الأساسية.

وأصبحت هذه الظاهرة دولية غير مقتصرة على دولة بعينها ولها أشكال وأنماط مختلفة من دولة إلى أخرى وأن هذه الأشكال تتطور في ظل ثورة الاتصالات وهي جريمة منظمة قد تتم على المستوى الدولي أو المحلي.

وكانت دعوة رسول الله ε قائمة على أساس الدعوة لحرية الإنسان والقضاء على عبودية البشر للبشر، فكان من أبرز دلائل تكريم الإنسان الحرية الإنسانية فعمل ε على تضييق منابع الاسترقاق ووسع منافذ التحرير فعمل على الترغيب بتحرير العبيد يقول المستشرق الألماني (آدم متز) أن العتق يعد مبدأ من مبادئ الإسلام ويضيف كان من البر والعادات المحمودة أن يوصي الإنسان قبل مماته بعتق بعض العبيد) [1].

ويقول المفكر نظمي لوقا (أن الرسول محمد (ص) قد جعل العبدان والأحابيش سواسية وملوك قريش) [2].

فوجد العبيد الكرامة والحرية في تعاليم الإسلام الإصلاحية وجعل الإسلام منهم سادات المسلمين ووقفت قيادات قريش الاستقراطية في درجة الدعوة التي ترنو إلى تحرير العبيد وتنادي بالمساواة التامة بينهم وبين السادة.

وترتيباً على كل ما تقدم تسعى المنظمات الدولية للحد من هذه الظاهرة وذلك من خلال الاتفاقيات الدولية وحث الدول على سن التشريعات التي تجرم الوقائع المرتكبة لصور الاتجار بالبشر.

أهمية البحث :

1- تسليط الضوء على جريمة الاتجار بالبشر.
2- الإسهام في نشر المعرفة العامة عن طريق التعريف بهذه الجريمة والبحث في سبل الوقاية منها ومنعها والمعاقبة عليها.

إشكالية البحث :

تتلخص إشكالية هذه الدراسة فيما يلي :

1- ماهية الاتجار بالبشر ومدى عناية الإسلام والتشريعات الدولية بها.
2- أسباب الاتجار بالبشر وأشكاله ونتائجه.

---

(1) آدم متز، الحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجري، القاهرة، 290/1.

(2) نظمي لوقا، محمد، الرسالة والرسول، دار الكتب العلمية، بيروت، ص185.

3- مدى عناية الإسلام والمجتمع الدولي بجريمة الاتجار بالبشر.

4- الوسائل المتبعة لمكافحة الاتجار بالبشر وسبل تطويرها.

خطة البحث :

المبحث الأول : الاتجار بالبشر.

المطلب الأول : مفهوم الاتجار بالبشر.

المطلب الثاني : التطور التاريخي لمشكلة الاتجار بالبشر.

المطلب الثالث : مرجعية مكافحة الاتجار بالبشر في الرؤية الفقهية الإسلامية والقانونية.

الفرع الأول : المرجعية الفقهية الإسلامية في مكافحة الاتجار بالبشر.

الفرع الثاني : المرجعية القانونية لمكافحة الاتجار بالبشر.

المبحث الثاني : صور الاتجار بالبشر وأسبابه وآثاره.

المطلب الأول : صور الاتجار بالبشر.

المطلب الثاني : الفئات المستهدفة من الاتجار بالبشر.

المطلب الثالث : أسباب الاتجار بالبشر.

المطلب الرابع : أثر الاتجار بالبشر.

المبحث الثالث : تحريم الاتجار بالبشر.

المطلب الأول : تحريم الاتجار بالبشر في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني : مكافحة الاتجار بالبشر في القوانين الوضعية.

الخاتمة والتوصيات.

المبحث الأول : ماهية الاتجار بالبشر :

المطلب الأول : مفهوم الاتجار بالبشر:

الاتجار في اللغة: ممارسة البيع والشراء تقول اتجر اتجاراً والتجارة حرفة التاجر والبشر يطلق على الإنسان المفرد وغيره[1].

[1] ابن منظور، لسان العرب، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، 450/1.

والاتجار بالبشر يعني: تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقيلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر. أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض استغلال ويشمل الاستغلال كحد أدنى استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء[1].

ويقصد بقضية الاتجار بالبشر في الاصطلاح القانوني : (كل تصرف بطريق القوة الخشنة أو الناعمة يقع على إنسان بقصد استغلال جسده فيما يمس حياته أو حريته أو كرامته في داخل البلاد أو عبر الحدود الوطنية لتلك البلاد) [2].

المطلب الثاني : التطور التاريخي لمشكلة الاتجار بالبشر:

مشكلة الاتجار بالبشر ليست وليدة الحاضر حيث ظهر هذا المصطلح مصطلح –الاتجار بالبشر- قديماً فهي مشكلة ضاربة في التاريخ وحتى يتم فهم هذه الظاهرة بشكل صحي لا بد من الوقوف على تطورها التاريخي.

ومن المعلوم أنه وفي عصور ما قبل الميلاد سادت قاعدة (القوي يسيطر على الضعيف)، ومن هنا بدأت جذور المشكلة وانقسمت البشرية إلى سادة وعبيد وظهرت مع هذا الانقسام أبشع صور الاستغلال للإنسان، وعندما جاءت الديانة المسيحية أقرت الرق الذي أقرته اليهودية من قبل، وأكد القديسون على شرعية خدمة الرقيق لسادتهم، كما أكد هؤلاء على أن الطبيعة جعلت بعض الناس أرقاء وبعضهم سادة وبهذا أصبحت هذه المشكلة شرعية في الكتب السماوية المحرفة على أيدي القديسين، ومع ظهور حركة الاستكشاف التي عمت العالم في القرنين السادس والسابع عشر ظهرت حركة القنص الآدمي على سواحل القارات والمناطق المكتشفة، ومن هنا عرف العالم ظاهرة الاتجار بالبشر وذلك من خلال تجارة الرقيق، وكان لبريطانيا دور كبير في تعزيز هذه المشكلة والتاريخ مليء بالشواهد على ذلك فلقد بلغت هذه التجارة أوجها قبل حرب الاستقلال الأمريكية وكانت قواعدها في لندن وليفربول وبروستول ولقد كانت الملكة إليزابيث الأولى التي حكمت من (1558-1603) تشارك فيها، حيث عملت على إعارة التجار بعض أساطيلها لجلب الرقيق وكانت شريكة لجون هوكنز والذي عرف بأكبر نخاس في التاريخ حيث رفعته الملكة إلى مرتبة النبلاء، إعجاباً ببطولته، ولقد حاولت حكومات انجلترا من إضفاء الصبغة الشرعية على هذه التجارة فطلبت من رجال الدين مبرراً لهذه التجارة فأسعفوها بنصوص التوراة، وبالتالي كان استعباد الزنوج عند الأوروبيين مباحاً وكان الرقيق يعاملون بشدة تودي بحياتهم أحياناً[3]، وعلى الرغم من ذلك فقد وضعت قوانين للرقيق ولكنها كانت في أغلب الأحيان ضدهم ومنها قانون (بترونيا) الذي ينص على : (يحرم على السادة إلزام العبيد بمقاتلة الوحوش إلا بإذن من القاضي). ولقد انتشرت آفة تجارة العبيد وصور استغلال البشر في أمريكيا وفي الكثير من دول أوروبا الغربية واستمر هذا الحال حتى ظهرت حركات مكافحة الاستعباد واستغلال البشر بشتى أنواعه خلال القرون الثلاث الماضية وتزايدت هذه المشكلة في الخفاء حتى أصبحت أسوأ حال مما هي عليه في العصور الوسطى حتى وصلت إلى ما وصلت إليه في أيامنا الحالية على الرغم من كثرة التشريعات ومبادئ العدالة والحرية والمساواة التي

(1) http://www.child-trafficking.info/upload/files/13043390265198.pdf.

(2) Harith Faruqi: Faruqi's Law Dictionary, Libareirie, Duliban, Beirut, 2006, P.55.

(3) Edward Wsaid: Orentalism, Vintage Books, 25th Ed, New York, 2003, P. 77.

تكفلها القانون. ونخلص إلى القول أن الدول الأوروبية وأمريكا هم منشأ هذه المشكلة وذلك بسبب ممارستهم الخاطئة، في حين جاء الإسلام بتعاليمه السمحة ليجتث الأفكار التي تعمل على تعزيز الرق والاستعباد[1].

المطلب الثالث : مرجعية مكافحة الاتجار بالبشر في الرؤية الفقهية الإسلامية والقانونية :

الفرع الأول : المرجعية الإسلامية في مكافحة الاتجار بالبشر :

من المعلوم أن الشريعة الإسلامية جاءت لحماية مقاصد الإنسان على اختلاف درجاتها ومنها (الدين والنفس والعقل والعرض والمال) وذلك لعموم الآيات القرآنية ومنها قوله تعالى : (وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ) (البقرة: 195)، وقوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) (النساء : 29)، وقوله (ص) : "إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا ألا هل بلغت اللهم اشهد"[2].

ومن درجاتها كذلك الأهل والأقارب لقوله تعالى : (وَأُوْلُواْ الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللّهِ) (الأنفال : 75)، ثم كان من درجاتها أولئك الضعفاء والمهمشين لعموم الآيات ومنها قوله تعالى : (وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ {24} لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ) (المعارج: 24-25). ومن حيث تحرير الوسائل فلها حكم المقاصد والغاية لا تبرر الوسيلة وعليه فليس للمسلم الحق في إيقاع الظلم على الآخرين أو الاحتيال أو الخداع أو الغش، والآيات الدالة على ذلك كثيرة منها : (وَمَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَن يَغُلَّ وَمَن يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ) (آل عمران : 161)، وكذلك فإن التكليف وإبرام العقود منوطان بالإرادة بالجملة وتحرير الإرادة يتعلق بالتكليف وإبرام العقود أمّا الضمان فالعبرة فيه بالعدوان[3].

الفرع الثاني: المرجعية القانونية لمكافحة الاتجار بالبشر:

كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948 هو بداية الانطلاق للإعلان عن مكافحة الاتجار بالبشر حيث جاء في نص المادة (1) منه : (يولد جميع الناس أحراراً متساوين في الكرامة والحقوق) ونصت المادة (2) فيه على : (لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز)، ونصت المادة (3) على : (لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه). وبناءً على ذلك قامت العديد من الدول بوضع التشريعات والاستراتيجيات الوطنية لمكافحة هذه الظاهرة.

وعليه فإن الشريعة الإسلامية اعتمدت في مكافحة هذه الجريمة وهي جريمة متعددة الأشكال والصور على الدين حيث توعدت الشريعة المجرم بالعقاب الأخروي وعلى القضاء من خلال زجره بالعقوبة المنصوص عليها ليكون ذلك زاجراً للآخرين، أما القانون فيتضح أنه جمع كل جرائم الاتجار بالبشر بجريمة وهذه هي (الاتجار بالبشر).

---

(1) http://www.xzx4ever.com/vb/showthread-php?t=7736.

(2) حديث صحيح، أبو داود، حديث رقم 5156.

(3) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت 157/24.

المبحث الثاني : صور الاتجار بالبشر وأسبابه وآثاره :

المطلب الأول : صور الاتجار بالبشر:

للاتجار بالبشر العديد من الصور والتي عرفتها المجتمعات البشرية على مر التاريخ ومن أبرز هذه الصور :

أولاً : الدعارة[1] :

وهي من أبرز صور المتاجرة بالنساء وتظهر بصور مختلفة :

1- شبكات الفجور والبغاء حيث يتم من خلال هذه الشبكات إيهام الفتيات في الحصول على الأعمال المناسبة مقابل أجور مالية باهضة ليتم بعد ذلك تسفيرهن بطريقة غير شرعية إلى دول تقوم باستغلالهن لممارسة البغاء.
2- الإثارة عبر شبكات الانترنت الإباحية حيث يتم تصوير النساء في مشاهد خليعة وإباحية.
3- السياحة الجنسية إذ اعتبرت العديد من الدول السياحة الجنسية مصدر من مصادر دخلها القومي.

ثانياً : استغلال العمالة الوافدة : وذلك من خلال تشغيل العمال بالأعمال الشاقة والصعبة جداً وتعرض هؤلاء العمال للمعاملة السيئة وعدم حصولهم على حقوقهم ومنعهم من العودة إلى أوطانهم فضلاً عن استعبادهم[2].

ثالثاً : تجارة الأعضاء البشرية وتتم هذه التجارة تحت وطأة الحاجة للمال حيث يمارس العاملون بهذه التجارة أحد أهم صورها والتي توفر لهم المال الوفير وهي تجارة الأعضاء البشرية والتي تتم بسهولة ويسر تحت وطأة التهديد أو الحاجة[3].

رابعاً : استغلال الأطفال[4] :

وذلك من خلال :

1- الاستغلال الجنسي لهؤلاء الأطفال وذلك بعد التحايل عليهم.
2- التسول حيث يتم استعمال الأطفال في الأماكن العامة بعد القيام بتشويه صورهم وقطع أطرافهم وإلباسهم الثياب الرثة.
3- التجنيد حيث يتم تجنيد الأطفال في صفوف الجيش ليتم استغلالهم في الكشف عن حقول الألغام.
4- استغلالهم للعمل في المصانع بأقل الأجور.
5- العمل القسري بهدف الحصول على لقمة العيش.
6- استخدامهم كقطع غيار بشري حيث يتم بيع أعضائهم بعد اختطافهم ولاحظ لهم إلا أقل الأموال.

---

(1) Gane Mayer: The Dark Side, Doubleday, New York, 2008, P. 79-80.

(2) http://www.manaralyemen.com/news.4746.html.

(3) cato/topics/64598/posts/127474.

(4) PatrickBurnett & Fairoze Manji: from the slave Trade to "Free" trade: How Trade Under Mines democracy and Justice in Africa, Fahamu Net Work for Social Justice. Oxford/ Nairobi, 2007.

المطلب الثاني : الفئات المستهدفة من الاتجار بالبشر[1] :

الأطفال والنساء والعمال هم الفئات المستهدفة في عملية الاتجار بالبشر، وبالسؤال لماذا هذه الفئات هي المستهدفة بعينها؟ هل السبب: الجوع، الفقر، المرض! ونجد أن تلك الأسباب مجتمعة هي الأسباب الحقيقية لنمو هذه الظاهرة والدوافع وراء ذلك إضافة إلى السلوك الذي فرضته القوى الدولية المتنفذة. وهذه الفئات هي :

أولاً : النساء : انصبت ممارسة الاتجار على النساء بهدف استغلالهن جنسياً بشتى صور الاستغلال ومعظم اللواتي يقعن ضحية هذا الاستغلال من صغيرات السن.

ثانياً : الأطفال وهم فئة مستهدفة للمتاجرة ابتداء من الاستغلال الجنسي وتشغيلهم بالمهن الشاقة وبيعهم كعبيد.

ثالثاً : العمال وهم من يعملون عند صاحب العمل مقابل أجر تحت إشراف صاحب العمل، وكثيراً ما يتعرض العمال للاستعباد والأعمال القسرية وعندها يكون عقد العمل عقد استعباد ويتحول العامل من عامل إلى عبد لا حقوق له وهؤلاء العمال قد يكونوا من النساء والرجال والأطفال.

المطلب الثالث : أسباب الاتجار بالبشر :

أسباب الاتجار بالبشر عديدة ولكنها تتداخل مع بعضها البعض ومن الصعب فصلها فالفقر الناتج عن سياسة توزيع الثروة والسلطة في العالم بطريقة غير عادلة يتحكم فيها في الغالب شمال الكرة الأرضية ومع انفتاح السوق العالمي وأسواق الجنس المنظم سواء بواسطة الانترنت أو الوقوف على الطرقات لبيع الجسد دون إرادتهم والهجرة كذلك لأجل العمل حيث يتم أيضاً استغلال الكثير في المصانع والمزارع وفي خدمة البيوت وفي المطاعم كما تلعب الحروب وعدم الاستقرار السياسي والكوارث الطبيعية دوراً في وقوع ضحايا الاتجار بأيدي المجرمين والتي تأخذهم إلى المجهول حيث يتم انتهاك ما تبقى من إنسانيتهم[2].

المطلب الرابع : أثر الاتجار بالبشر:

الآثار المترتبة على هذه المشكلة متعددة سواء على المستوى الفردي أو الجماعي ومنها :

أولاً: الانعكاسات الاجتماعية ومنها[3] :

1- التفكك الأسري وانهيار شخصية الأطفال قبل بنائها والذي قد يؤدي إلى انتشار الجريمة.
2- إشاعة الفساد وخرق الآداب للدول المصدرة بعد عودة العناصر التي احترفت السلوك الإجرامي.
3- انتهاك حقوق الإنسان وهي حقوق الحياة، الحرية والمأكل، العمل مما يؤدي إلى انهيار البنية الاجتماعية وانخفاض المعدلات الصحية.

---

(1) http://www.manaralyemen.com/news-4746/html.

(2) http:/www.sudanile.com/2008-05-19-17-39-36/115-2009-01-24-08-25.

(3) سوزي عدلي ناشد، الاتجار بالبشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية، العدد 2، 2003 كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ص172 وما بعدها.

4- هدر الصحة العامة للدول والقضاء على مقومات الدول بسبب المتاجرة بالأعضاء البشرية.

ثانياً : الآثار الاقتصادية والسياسية ومنها[1] :

1- ارتفاع معدل الجريمة والتأثير على النظام السياسي للدول الناتج عن تزايد البطالة والفقر وانخفاض معدلات التنمية كل هذا يؤدي إلى إهدار قيمة الردع العام للجريمة بعد إدراك ما حققه المجرم من مكاسب هائلة من النقود.
2- دعم الجريمة المنظمة فالدول المصدرة للبشر مسؤولة بطريق غير مباشر عن الاشتراك في دعم الجريمة المنظمة بدلاً من العمل على مكافحتها والتعاون مع المنظمات الدولية بهذا الشأن مما يؤدي إلى تنامي معدل الجريمة الدولية.
3- إهدار قيمة العدالة الضريبية.
4- زيادة معدل التضخم والقضاء على الطبقة الاجتماعية الوسطى في المجتمع مما يؤدي إلى حدوث اختلال في الميزان الاقتصادي.
5- هدر المستقبل الاقتصادي والسياسي للدولة من خلال حرمانها من القوى البشرية فحرمان تلك الدول من عناصر البناء الاجتماعي يعمل على حرمانها من كيان سياسي واقتصادي لها، وأهم تلك العناصر الأطفال فهم دعائم بناء المجتمعات.

المبحث الثالث : تحريم الاتجار بالبشر :

الاتجار بالبشر شيء يخالف فطرة الإنسان، لأن الإنسان في فطرته يحب الحرية والأمن في حياته، فالاتجار بالبشر حقيقته انتهاك في حقوق الإنسان، لذلك نهى الإسلام عنه كما سعت الحكومات في معظم دول العالم لوضع أنظمة وقوانين فاعلة لتحريم هذه الظاهرة.

المطلب الأول : تحريم الاتجار بالبشر في الشريعة الإسلامية :

الإسلام أول من حارب الاتجار بالبشر ومما يدل على ذلك ما ذكره أهل التفسير، يقول ابن كثير -رحمه الله- في تفسير قوله تعالى : (وَلا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاء إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّناً لِّتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا) (سورة النور: 33)، كان أهل الجاهلية إذا كان لأحدهم أمة، أرسلها تزني، وجعل عليها ضريبة يأخذها منها كل وقت فلما جاء الإسلام حرم هذا؛ وكان سبب نزول هذه الآية الكريمة في شأن عبد الله بن أبي بن سلول المنافق فإنه كان له إماء فكان يكرههن على البغاء طلباً لخراجهن ورغبة في أولادهن ورئاسة منه فيما يزعم لعنه الله[2].

ويقول القرطبي في قوله تعالى : (لِّتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا) أَي الشيء الذي تكسبه الأمة بفرجها والولد يسترق فيباع[3].

---

(1) http://kenanaonline.com/users/elstehaAveocato.

(2) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 324/2.

(3) القرطبي، تفسير القرطبي، 169/3.

الفرع الأول : جهود النبي (ص) في مكافحة الرق والاتجار بالبشر :

إن المتأمل في التوجيهات النبوية التي رسخها نبي الإنسانية محمد (ص) في العمل من رفع شأن العبيد والإماء يعرف بحق أنها كانت مكرمة للعبيد في الإسلام ومن التوجيهات النبوية في مكافحة الرق والاتجار بالبشر:

أولاً : تحذيره (ص) ممن إيذاء العبيد : ومن شدة حرصه (ص) على مشاعر هذه الفئة من البشر أنه كان يغضب من إيذائهم أو الإساءة إليهم، فعن أبي مسعود الأنصاري قال: كنت أضرب غلاماً لي فسمعت من خلفي صوتاً (اعلم أبا مسعود أن الله أقدر عليك منك عليه) فالتفت فإذا هو رسول الله (ص) فقلت يا رسول الله هو حر لوجه الله فقال : (أما لو لم تفعل للفحتك النار أو لمستك النار) [1].

ثانياً : وصيته (ص) بالعبيد : كان (ص) وهو يجود بروحه وقد حضره الموت يوصي بالعبيد والإماء، فعن علي (ض) قال : (كان آخر كلام رسول الله (ص) الصلاة الصلاة اتقوا الله فيما ملكت إيمائكم) [2].

ثالثاً : تشريع قاعدة (كفارة ضرب العبد عتقه) : شرع الإسلام منفذاً لتحرير العبيد عن طريق تشريع قاعدة (كفارة ضرب العبد عتقه) وهذا لم يكن أيام الجاهلية فمنح حق الحرية للعبد إذا ضربه سيده، يقول (ص) : (من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته أن يعتقه) [3].

رابعاً : أمره (ص) باحترام العبيد والإماء والإحسان إليهم: كان (ص) أرفق الناس بالعبيد، فعن المعرور بن سويد قال رأيت أبا ذر وعليه حُلة وعلى غلامه مثلها فسألته عن ذلك قال : فذكر أنه ساب رجلاً على عهد رسول الله (ص) فعيره بأمه قال فأتى الرجل النبي (ص) فذكر ذلك له فقال (ص) (إنك امرؤ فيك جاهلية إخوانكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يديه فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فإن كلفتموهم فأعينوهم عليه)[4].

خامساً: منع (ص) من الاستهزاء أو السخرية بالعبيد وحذر الفقهاء من استخدامهم الوقت الطويل، وها هو رسول الله (ص) يقول لمن عيّر العبد (إنك امرؤ فيك جاهلية) [5].

سادساً: جهود النبي (ص) في حشد الجهود الشعبية من أجل تحرير العبيد يقول (ص) (سلمان منا أهل البيت) [6].

---

(1) صحيح مسلم، 92/5.

(2) مسند أحمد بن حنبل 78/1 صحيح وهذا إسناد حسن.

(3) صحيح مسلم، 90/5.

(4) صحيح مسلم، 93/5.

(5) صحيح مسلم « كتاب الأيمان « باب إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه ، حديث رقم 1661.

(6) رواه الحاكم في المستدرك (598/3) ، والطبراني (261/6) من طريق كثير بن عبد الله المزني ، عن أبيه ، عن جده : أن رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم خط الخندق عام حرب الأحزاب ، حتى بلغ المذاحج ، فقطع لكل عشرة أربعين ذراعا، فاحتج المهاجرون : سلمان منا ، وقالت الأنصار: سلمان منا. فقال رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم : فذكره.

الفرع الثاني : حرمة الاتجار بالبشر في الشرع :

عمل الإسلام على تحريم صور ومظاهر الاتجار بالبشر فعن أبي هريرة (ض) عن النبي (ص) قال : قال الله تعالى (ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يُعط أجره) [1].

فالإسلام يرى أن الاتجار بالبشر من أبواب الخيانة والظلم والله عز وجل خصم لجميع الغادرين وقد شدد على هذه الأصناف الثلاثة وهم الذين ارتكبوا جرماً شنيعاً يتعلق بحقوق الإنسان فأحدهم غدر بأخيه الإنسان فعاهده عهداً وحلف عليه بالله ثم نقضه والثاني باع أخاه الإنسان الحر والثالث أكل مال أخيه الإنسان الأجير وهو داخل في إثم المتاجرة بالبشر كالثاني لأنه استخدمه بغير حق وخالف الأمر النبوي[2].

(أعط الأجير أجره قبل أن يجف عرقه) وجريمة الاتجار بالبشر التي حرمها الإسلام مارسها المجتمع الجاهلي الماضي والحاضر وقبائل العرب والفرس والرومان قبل بعثة النبي ε وكانوا يمارسون هذه التجارة بصور مختلفة فكانوا يقطعون الطرق على الأحرار ويسرقون أموالهم ويبيعونهم في الأسواق على أنهم عبيد وقد مارس الأمريكان مثل هذا السلوك مع الزنوج فأقاموا الهيئات التي تبيع وتشتري فيهم وهم أحرار ومارسوا كل صور التمييز العنصري في حقهم، كما ظهرت الجماعات الربحية المتاجرة بالأطفال والنساء من أجل الاستغلال الجنسي التجاري بالإضافة إلى استغلال هذه الجماعات للكوارث الطبيعية والحروب لممارسة نشاطها، وهذا ما حدث مع الضحايا في البوسنة والهرسك بعدما قام الجيش الصربي بذبحه فتم بيع الآلاف من الفتيات والأطفال والعالم يسمع ويرى كما كشفت كارثة تسونامي عن أرقام مخيفة لنساء وأطفال تم الاتجار بهم، وتحولت أوروبا وأمريكا إلى مراكز كبرى للاتجار بالبشر من جانب العصابات المنظمة التي تحصد سنوياً عشرات المليارات من الدولارات بسبب الاتجار بالأطفال والنساء وذلك وفقاً لإحصائيات المنظمات الأمريكية، وقد عمل الإسلام على تحريم بيع الأحرار وحارب تجارة البشر بالبشر وحرم إكراه الفتيات على ممارسة البغاء فقال تعالى : (وَلا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاء إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّناً لِّتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا) (سورة النور : 33).

وجريمة الاتجار بالبشر تعمل على انتهاك حقوق الإنسان وتنتهك حقوقهم في العيش في بيئة آمنة فهي تعمل على نزعهم من أسرهم ومن بين آبائهم وأمهاتهم إلى نار الاستغلال الجنسي والتعذيب وهذه المظاهر محرمة في الإسلام حاربها الرسول الأكرم (ص).

(وهكذا كان المنهج النبوي في التعامل مع مظاهر الاسترقاق والاتجار بالبشر ليسجل أمام الله تعالى ثم التاريخ أن النظام الإسلامي هو أول نظام في تاريخ البشرية ناهض الاسترقاق وحارب المتاجرة بالبشر) [3].

المطلب الثاني : مكافحة الاتجار بالبشر في القوانين الوضعية :

لقد عملت دول العالم على مكافحة هذه الظاهرة وسنت لذلك التشريعات الوطنية وبينت العقوبات المترتبة على هذه الجريمة، فعلى الصعيد العربي حرصت جامعة الدول العربية على الاهتمام بالبعد الخاص بحقوق الإنسان

---

(1) صحيح البخاري، 776/2.

(2) http://www.saaid.net/mohamed/232htm.

(3) http://www.saaid.net/mohamed/232htm.

بهذه المسألة تنفيذا للميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي اعتمد في عام 2004 في مؤتمر القمة العربي بتونس ودخل حيز التنفيذ عام 2008 والذي نص في المادة (10) على: (حظر الرق والاتجار بالأشخاص في جميع صورهما والمعاقبة على ذلك وعلى حظر السخرة والاتجار بالأشخاص من أجل الدعارة والاستغلال الجنسي أو استغلال دعارة الغير أو أي شكل آخر أو استغلال الأطفال في النزاعات المسلحة).

وقد وقعت الجامعة على بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال، كما تعمل الجامعة على حث الدول الأعضاء ببذل الجهود ولإصدار القوانين الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر ونشر البرامج التربوية والثقافية لتوعية كافة الفئات الاجتماعية.

كما عملت الجامعة على إطلاق المبادرة العربية لتعزيز القدرات الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر في شهر آذار/2010 بالتعاون مع المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر ومكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، وقد استجابت الدول العربية لهذا الاهتمام.

أولاً: القانون الأردني[1]:

نصت المادة (8) من قانون منع الاتجار بالبشر رقم 9 لسنة 2009 على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر أو بغرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين كل من ارتكب إحدى جرائم الاتجار بالبشر". ونصت أيضاً المادة (9) في نفس القانون على أنه: "يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة مدة لا تزيد على عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار كل من:

1- ارتكب إحدى الجرائم الاتجار بالبشر المنصوص عليها في البند (2) من الفقرة (أ) من المادة (3) من هذا القانون.
2- ارتكب أياً من الجرائم الاتجار بالبشر في إحدى الحالات التالية :
- إذا كان مرتكب الجريمة قد أنشأ أو نظم أو أدار جماعة إجرامية منظمة للاتجار بالبشر أو انضم إليها أو شارك فيها.
- إذا كان من بين المجني عليهم إناث أو ذوي إعاقة.
- إذا ارتكبت الجريمة من خلال الاستغلال في الدعارة أو أي شكل من أشكال الاستغلال الجنسي أو نزع الأعضاء.
- إذا ارتكبت الجريمة باستعمال السلاح أو التهديد باستعماله.
- إذا أصيب المجني عليه نتيجة لارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بمرض عضال لا يرجى شفاءه.
- إذا كان مرتكب الجريمة زوجاً للمجني عليه أو أحد الأصول أو الفروع أو الولي أو الوصي.
- إذا كان مرتكب الجريمة موظفاً عاماً وارتكبها من خلال استغلال وظيفته أو خدمته العامة.

(1) http://www.lob.gov.jo/ui/laws/searchno.jsp?no=98year-2009.

ثانياً : القانون البحريني :

قامت حكومة البحرين بالتفاعل مع التوجهات الدولية المعاصرة بخصوص مكافحة الاتجار بالبشر، حيث أصدرت المملكة القانون رقم (1) لسنة 2008 بخصوص مكافحة الاتجار بالأشخاص وتضمن القانون العقوبة المقررة والمساعدات المقدمة لضحايا الجريمة والإجراءات التي تقوم بها السلطات لمكافحة هذه الجريمة، كما قامت السلطات الرسمية باتخاذ التدابير التنفيذية للحد من هذه الظاهرة، وقامت المملكة بالتوقيع على العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر وتسليم المجرمين أو المتهمين والمحكوم عليهم في هذه الجرائم كما عملت مؤسسات المجتمع المدني على مكافحة هذه الجريمة[1].

ثالثاً : القانون الكويتي[2] :

تنص المادة (178) من قانون الجزاء الكويتي رقم (16) لسنة 1960 على أن: "كل من خطف شخصاً بغير رضاه وذلك بحمله على الانتقال من المكان الذي يقيم فيه عادة إلى مكان آخر بحجزه فيه يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تجاوز عشر سنوات فإذا كان الخطف بالقوة أو التهديد أو بالخيلة كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سبع سنوات ولا تجاوز خمس عشرة سنة فإذا كان المجني عليه معتوهاً أو مجنوناً أو كانت سنه أقل من الثامنة عشر سنة كانت العقوبة الحبس المؤبد، وفي جميع الحالات تضاف إلى عقوبة الحبس غرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على خمسة عشر ألف دينار".

القانون العماني[3] :

تنص المادة (260) من قانون الجزاء العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (4) لسنة 1974م على أنه "يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة كل من استعبد شخصاً أو وضعه في حالة تشبه العبودية". كما تنص المادة (261) من القانون ذاته على أنه "يعاقب بالسجن من ثلاث سنوات إلى خمس كل من أدخل إلى الأراضي العمانية أو أخرج منها إنساناً بحالة العبودية أو الرق أو تصرف به على أي وجه كان أو استلم أو حاز أو اكتسب أو أبقاه على حالته".

خامساً : القانون المصري :

بيّن قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم (64) لسنة 2010 عقوبات تلك الجريمة في الفصل الثاني منه وخصص الفصل الخامس لبيان حماية المجني عليهم ووضع عقوبة عامة لجريمة الاتجار بالبشر وهي السجن المشدد وغرامة لا تقل عن 50 ألف جنيه ولا تتجاوز 200.000 جنيه.

إلا أن مكافحة هذه الجريمة لا بد لها من منظومة عربية شاملة، لمواجهتها ويكون ذلك من خلال شراكة فعالة بين الحكومات ومنظمات المجتمع المدني والقطاع الخاص وذلك بمحاربة الفقر ودعم التنمية والقضاء على الجهل.

---

(1) مركز الإعلام الأمني البحريني.

(2) http://www.nauss.edu.sa/ArDigitalLibrary/ScientificTheses/Documents/Master1426-1427 CJ cj12006.pdf.

(3) http://www.nauss.edu.sa/ArDigitalLibrary/ScientificTheses/Documents/Master1426-1427 CJ cj12006.pdf.

الخاتمة :

وفي ختام هذا البحث نعرض لأهم النتائج في النقاط الآتية:

أولاً : أن أَي جريمة ضد الإنسان هي جريمة منافية للشريعة لأن الإنسان مخلوق مكرم وهو خليفة الله على أرضه وأن أفضل وسيلة للقضاء على هذه الظاهرة هو الاقتداء بهدي رسول الله (ص).

ثانياً : أن جريمة الاتجار بالبشر تأخذ بالنمو بشكل ملحوظ وبأشكال وصور مختلفة.

ثالثاً : يعد الفقر من أهم أسباب ظهور هذه الجريمة.

التوصيات :

1- الالتزام بمبادئ الشريعة السمحة للقضاء على هذه الجريمة.
2- سن القوانين على المستوى المحلي والدولي التي تكافح هذه الجريمة.
3- تفعيل أساليب الحماية من هذه الجريمة.
4- التنسيق ما بين الجهات المختلفة للحد من هذه الجريمة.
5- معاقبة وتجريم كل من ثبت صلته بهذه الجريمة.
6- عقد المؤتمرات والندوات الإعلامية لوضع الحلول الجذرية لهذه الجريمة.
7- معرفة أسباب وقوع ضحايا هذه الجرائم ضحية لها.

مجلة الفقه والقانون العدد 38 دجنبر 2015

إشكالية الطبيعة القانونية للعقود التجارية الدولية النموذجية

وليد صالح أحمد عبد الرب، طالب يمني

باحث في سلك الدكتوراه السنة الخامسة

وحدة قانون الأعمال والاستثمار، جامعة محمد الأول

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة.

مقدمة :

لقد أصبحت التجارة الدولية تحتل مركز الصدارة في العلاقات التجارية الدولية الحديثة،وتعد المحور الرئيسي الذي تدور حوله هذه العلاقات، خاصة في ظل تسارع وتيرة العولمة بأبعادها الاقتصادية والاجتماعية، ولاشك أن هذا التطور قد رافقه حاجه ماسة إلى ضرورة مواكبة قانونية لضبط وتفعيل صيغ التعاملات التجارية الدولية، ووضع قواعد قانونية جديدة لمواكبة كل التطورات العلمية والتكنولوجية التي شهدها حقل التعامل التجاري الدولي، حيث أصبح المجتمع الدولي للتجار حقيقة يتعذر إنكارها والذي يحتكم المتعاملون داخله إلى قواعد تراعي عامل السرعة والثقة والائتمان وتقوم على أساس حماية توقعات الأطراف.

ومع تطور التجارة الدولية وتعقدها أصبحت العقود البسيطة غير مستجيبة لخصوصيات ومتطلبات هذه التجارة، وهنا استشعر المتعاملين في التجارة الدولية ورجال القانون يدعمهم في ذلك الخبراء الاقتصاديون الحاجة إلى وجود آليات قانونية جديدة قادرة على التعبير عن التطورات المتلاحقة في ميدان التجارة الدولية، خاصة بعدما أثبتت التجربة العلمية محدودية وقصور قواعد الإسناد الوطنية على الإحاطة بجميع حاجيات عقود التجارة الدولية، التي تعرف تطور سريعا يصعب على القوانين الوطنية ملاحقتها. أمام هذا ظهرت العقود التجارية الدولية النموذجية كآلية قانونية حديثة في محيط التجارة الدولية، وإذا كانت العقود التجارية الدولية النموذجية قد نجحت إلى حد كبير في التأطير العملي للمعاملات التجارية الدولية في مختلف المجالات، إلا أنها مازالت تطرح إشكالية حول طبيعتها القانونية، بما يعني رصد مدى قدرة العقود التجارية الدولية النموذجية في التأطير القانوني للمعاملات التجارية الدولية.

ومن هنا يظهر أن إشكالية الطبيعة القانونية للعقود التجارية الدولية النموذجية، قد أثارت جدل فقهي حول مدى اتسام العقود التجارية الدولية النموذجية بصفة القاعدة القانونية في القانون الخاص الدولي فانقسم رأيهم حول طبيعتها إلى اتجاهين، اتجاه معارض لإقرار الصفة القانونية على العقود التجارية الدولية النموذجية (المبحث الأول)، واتجاه مؤيد لإقرار الصفة القانونية على العقود التجارية الدولية النموذجية (المبحث الثاني).

المبحث الأول : الاتجاه المعارض لإقرار الصفة القانونية عن العقود التجارية الدولية النموذجية.

ذهب بعض الفقه لعدم الاعتراف بالصفة القانونية للعقود التجارية الدولية النموذجية، حيث يرفض هذا الاتجاه الإقرار بها من منطلق التمسك بمفاهيم معينة فلسفتها تتمثل في حصر الظاهرة القانونية في نطاق ضيق، ويستندون أصحاب هذا الاتجاه في طرحهم على أساس غياب أسس النظام القانوني في العقود التجارية الدولية النموذجية (المطلب الأول) ، وكـذا على عدم توافر صفة القواعد القانونية في العقـود التـجارية الدولية النموذجية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : غياب أسس النظام القانوني في العقود التجارية الدولية النموذجية :

تتطلب القاعدة القانونية في أي نظام قانوني وجود سلطة تشريعية معينة لإصدار القانون، ووجود سلطة تنفيذية أو إدارية تمتلك سلطة فرض احترام القانون وتوقع الجزاء على من يخالفه، ووجود سلطة قضائية تفصل في النزاعات المرتبطة بتطبيق القواعد القانونية ولذلك فالقانون وفقا لهذه النظرية يرتبط بوجود الدولة لأن القانون في حد ذاته عملية فنية تعتمد على وجود مجتمع منظم[1]. ويرى أنصار هذا الاتجاه المعارض لإقرار الصفة القانونية عن العقود التجارية الدولية النموذجية، أن النظام القانوني لا يقوم إلا بوجود القواعد القانونية الآمرة، والملاحظ في القواعد الواردة في العقود التجارية الدولية النموذجية أنها قواعد مكملة، متروك أمر أعمالها إلى الأطراف في العقود المتعلقة بالتجارة الدولية[2]، ولما كانت القواعد المكملة هي عبارة عن كماليات كما يدل الاسم فلا يمكن أن ينشأ عنها نظام قانوني[3].

ويستند أنصار هذا الاتجاه على أن التسميات التي أطلقت على العقود التجارية الدولية النموذجية، مثل قواعد واقع أو شبه آمرة يعد بمثابة تلاعب بالألفاظ ولا يكشف عن حقيقة قانونية قائمة لأن القاعدة القانونية إما أن تكون كذلك أو لا تكون، وهي إما قاعدة آمرة أو مكملة لا وسط بينها أو شبه آمرة[4]، بالإضافة إلى أن العقود التجارية الدولية النموذجية، لا تحتوي على قواعد كافية تغطي كافة المسائل التي تثور في إطار العلاقات الخاصة الدولية لدرجة أن يستغني عن كل إحالة إلى قانون وطني، حيث أنه إذا كان هذا المنهج يشمل على قواعد مرتبطة بتفسير وإبرام

---

[1]. أبو العلا علي أبو النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة، 1999، ص97.

[2]. ومثال على ذلك ما نجده في مقدمات العقود النموذجية لتصدير وبيع المصانع والآلات مع تركيبها كالنموذجين رقم " 188" و " 188 أ " واللذين أعدتهما اللجنة الاقتصادية الأوربية سنة 1987، والتي تنص على أن " تلك الشروط العامة تكون واجبة التطبيق عدا التعديلات التي يدخلها الطرفان باتفاق صريح ثابت بالكتابة "، بما يعني أن تطبيقها اختياري غير مفروض على أطراف العقد التجاري الدولي النموذجي. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 42.

[3]. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية إنتقادية، دار النهضة العربية، 1989، ص 369.

[4]. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 70.

العقود التجارية الدولية النموذجية، إلا أنه قد يخلو من القواعد القانونية التي تحكم مسائل أخرى على درجة كبيرة من الخطورة والأهمية، من ذلك أهلية الأطراف، والتقادم المسقط وكذا الفوائد التأخيرية[1]. وهذا النقص يقر به أنصار قانون التجارة الدولية، فيقرر الأستاذ '' فوشار '' صراحة أنه لا يدعي '' أن قانون التجارة بين الشعوب يشكل نظاما قانونيا بالمعنى الفني للاصطلاح، أي كمجموعة متماسكة، مستقلة وشاملة لكل جوانب النشاط الذي ترمي وعلى نحو يكمل ثغرات العقد المؤكد وجودها والتي لا يمكن تلافيها"[2]، وفي نفس السياق يؤكد الأستاذ " برتول جولدمان " على أنه إذا كانت قواعد القانون التجاري بين الشعوب تعتبر قواعد قانونية بالمعنى الصحيح، إلا أن ذلك يقدح في أن ذلك القانون يشكل في الحقيقة مع أجهزة الجماعة التي يتكون فيها نظاما قانونيا غير كامل"[3]، فالقواعد المهنية الواردة في العقود التجارية الدولية النموذجية لا تنظم في الواقع كل المشكلات التي يمكن أن تثور في عقود التجارة الدولية، فهي لا تشكل قواعد قانونيه مؤهله لتكوين نظام قانوني، وذلك من منطلق أن العقد الفردي لا يمكن أن يحيط بكل شيء وغير قادر على مواجهة ما قد يثور من منازعات في شأن العقود التجارية الدولية[4]. فالعقود التجارية الدولية النموذجية المنظمة لعمليات البنوك والتي أرستها غرفة التجارة الدولية بباريس، لاحظ البعض، أنها لا تجيب على كل المسائل التي يمكن أن تطرح في العمل، حيث أن الثغرات أو القصور فيها لا يمكن تلافيه. ونفس الحال بشأن عمليات التمويل '' Eurodollards '' والقروض المستندية عموما، ويرى البعض أنه حتى داخل النطاق المستقل والمعترف به، فإن النظام المهني الدولي تشوبه الثغرات وسوء الصنعة وعيوب الصياغة ويكون حينئذ من المفيد بالنسبة للمهنيين أن يعدو الوسائل التي تعالج عدم كمال عقودهم النموذجية[5] .

كما إن جوهر أي نظام قانوني يتمثل في وجود الجماعة أو التنظيم، أي أن لكل مجموعة اجتماعية نظام قانوني، جوهره هو القواعد الأساسية والآمرة وهذه الصفة لا تتوفر إلا إذا كنا بصدد جماعة متماسكة ومتضامنة دون أن ينقصها التنظيم اللازم لقيام مثل هذا النظام[6]، ومثل هذا التنظيم لا يمكن الادعاء بوجوده في ظل جماعات التجار المتعددة وغير المتجانسة والمتعارضة المصالح، وهذا كله لا يتفق وفكرة التنظيم، اللازمة لوجود النظام القانوني[7].

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن أي نظام قانوني لا يقوم له أساس ما لم تقترن قواعده بجزاء يكفل احترامها وبقائها، على غرار النظام القانوني للدولة الذي يتميز بوجود ذلك الجزاء الذي تضطلع الدولة بواسطة أجهزتها بتوقيعه عند الاقتضاء، وما يلاحظ أن العقود التجارية الدولية النموذجية تفتقد إلى ذلك الجزاء[8] . مع أن أنصار قانون قانون التجارة الدولية قد أكدوا وجود جزاءات من نوع خاص في العقود التجارية الدولية النموذجية، فإن واقع

---

[1] _ محمد محسوب عبد الحميد درويش، قانون التجارة الدولي، بحث تأصيلي في النظام القانوني للتجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 384.

[2]- Philippe Fouchard, l'état face aux usages du commerce international, Travaux du comité français de droit international privé, 1973-1975, Paris: Dalloz, 1977, p74.

[3]- (B). Goldman, la lex Mercatoria dans les contrats et arbitrage international, réalités et perspectives, Paris, clunet, 1979, p226.

[4] . أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 373.

[5] .(PH)Kahn, lex mercatoria et euro- obligations, in mélange, schmitthoff, franck-fort, 1974, p237.

[6] . محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق القاهرة، السنة الجامعية 1997، ص 46.

[7] . محمد طارق، الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية، مقال منشور في الجريدة القانونية على الموقع الالكتروني : www.alkanounia.com, العدد 155, تاريخ الزيارة 2015/9/7.

[8] . بهاء هلال الدسوقي، قانون التجاري الدولي الجديد، رسالة للحصول على درجة الماجستير، كلية الحقوق القاهرة، السنة الجامعية 1993، ص 175.

التجارة الدولية يؤكد أنه لا يمكن توقيع جزاء معين خارج دائرة تنفيذ أحكام أو قرار التحكيم الذي لا يتأتى في التجمع المهني أو الوسط التجاري بل في اللجوء إلى السلطات العامة في الدولة، والقضاء الوطني كتعبير عن هذه السلطة، والتي أنكرت على أحكام العقود التجارية الدولية النموذجية صفة القواعد القانونية، بل قرر طبيعتها التعاقدية، كما أنه على فرض اعتبار أنها تشكل عادات فإنه لا محل للتفرقة فيها بين عادات داخلية وأخرى دولية إذ هي في الحالتين، تفتقد إلى صفة القواعد القانونية، وإن كانت ملزمة فإن أساس ذلك هو خضوع الأطراف وارتضائهم إياها للتطبيق على عقودهم[1]، حيث إن قضاء الدولة يمكنه رفض تذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية، ويصبح عديم القيمة لأن التنفيذ لا يتأتى من التجمع المهني أو من سلطة الهيئات المهنية [2]. كما أن فكرة النظام القانوني تفترض بالضرورة وجود أبنية وتنظيما ومؤسسات ومن تم وجود سلطة تمنح كيانا ووجودا للقواعد[3]، وبالتالي فإن التحكيم التجاري الدولي لا يمكن اعتباره سلطة في المجال الدولي أو حتى النظر إلية كمظهر للسلطة المهنية[4] .

وإذا كانت القواعد المهنية الواردة في العقود التجارية الدولية النموذجية، لا تجيب إلا على عدد محدود فقط من المسائل التي تثور بصدد العقود التجارية الدولية، فإن هذه العقود لا يمكنها الوصول إلى مستوى كمال الأنظمة القانونية الوضعية، وضرورة بحث هذه العقود عن كل ما يقربها لتصبح نظاما قانونيا، بكل معنى للاصطلاح. فإن التساؤل يثور حول المصدر الذي يمكن أن تستقي منه كل ما يكمل نقائصها ويسد ثغراتها وينزلها منزلة القواعد القانونية[5].

يرى أصحاب هذا التوجه، أن العقود التجارية الدولية النموذجية تعتمد على النظم القانونية الوطنية في إعمالها، وفي جوهرها وفي إثبات فعاليتها، وذلك من خلال السند والدعم والتكملة التي تقدمها تلك النظم لتأكيد فعالية العقود التجارية الدولية النموذجية، سواء من خلال إفساح المجال لتواجدها وكذا عبر تأكيد القضاء الوطني لدورها[6] . ويتبين ذلك من خلال بعض الحلول والمفاهيم المرتبطة أساسا بالقوانين المدنية الوطنية، والتي انتقلت لتأخذ مكانتها في العقود التجارية الدولية النموذجية، ومما يؤكد تأثر هذه الأخيرة بمفاهيم القوانين الوطنية، نجد على سبيل المثال أهمية الالتزام بالتسليم، حيث أن نظرة بعض القوانين المدنية إلى البيع تنصب أساسا على أثره الناقل للملكية، واعتبار الالتزام بالتسليم حينئذ أثرا واقعيا مترتبا على ذلك يتعين على البائع أن يحققه فعلا للمشتري، و يروى أن مجمل العقود التجارية الدولية النموذجية أقامت تنظيما ثنائيا لالتزامات البائع والمشتري، وتهتم بالالتزام بالتسليم وحددت شروطه وآجاله بما يضمن نقل الملكية، وحددت تعبيرات مثل التسليم المطابق لشروط العقد[7] .

---

[1] . أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 70.

[2] . محمد طارق، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2007. 2008، ص 61.

[3] . محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 47.

[4] . محمد محسوب عبد المجيد درويش، نظرية قانون التجار الدولي بين الوهم والحقيقة، الطبعة الأولى، مطبعة حمادة القاهرة، 2003، ص 99.

[5] . محمد طارق، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 61.

[6] . أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 375.

[7] . رضا محمد عبيد، الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق القاهرة، السنة الدراسية 1979، ص 165.

وكما هو معلوم في القوانين المدنية الوطنية، التزام البائع بضمان العيوب الخفية بالمبيع، وهو ما يتجسد ذلك في العقود التجارية الدولية النموذجية، حيث يكون البائع المهني مسؤولا عما يظهر في مجرى الاستعمال العادي للشيء من عيوب تنكشف فيما بعد وترجع إلى فعله (وفعل عماله)، كما يلاحظ أن فكرة عدم المطابقة أو النقص والشوائب التي تظهر بالفحص لدى التسليم والواردة في مجمل العقود التجارية الدولي النموذجية، تقترب من فكرة العيب الخفي الواردة في القوانين الوطنية، ويصعب التمييز بين المفهومين القانونيين لتماثل النتائج والآثار المترتبة عليهما[1] . إلا أن أنصار هذا الاتجاه لنفي الصفة القانونية عن العقود التجارية الدولية النموذجية، يروى بأنها نظام قانوني غير كامل يعتمد القوانين الوطنية في أعمالة وفي جوهره، مما يعني ذلك إهدار الأساس الذي يقوم عليه هذا القانون من حتمية استبعاد القوانين الوطنية غير الملائمة للتجارة الدولية، ثم ما هو المقصود بالنظام القانوني غير الكامل ؟ فهو قول غير مفهوم هل يعني أنه في بعض الوقت وفي بعض الحالات له صفة النظام القانوني، وفي أحيان أخرى ليس كذلك ؟ فإن هذا القول فيه كثير من الخلط بين ما يتمناه فقهاء قانون التجارة الدولية، الأمر الذي لا يحتمل سوى أن تكون لهذه القواعد صفة النظام القانوني الكامل أو ليس لها هذه الصفة، فلا حل وسط بينهما[2].

وبناء على ما سبق يصعب الاعتراف بصفة النظام القانوني لقواعد العقود التجارية الدولية النموذجية فمن أين تستمد الجماعة الدولية والهيئات المهنية المصدرة لها، تماسكها ؟ وأين التضامن بين أعضائها ؟ فالتجارة بين الدول النامية والصناعية لا تقوم على وجود التوازن أو التضامن، بل تتأسس على الاستغلال والاحتكار، ونفس الشيء في العلاقات العقدية التجارية بين الدول الصناعية ذاتها هناك صراعات تجارية حادة[3]، فالوقت الحاضر يشهد منافسات تجارية بين اليابان والمجموعة الأوربية والاتحاد الأمريكي الكندي المكسيكي على أسواق العالم الثالث وثرواته وكذلك على أسواق الدول المتقدمة ذاتها، بالإضافة إلى أن الوسط الاجتماعي الذي تتطور خلاله التجارة الدولية متسع جدا ومنقسم للغاية وممزق إلى ما لا نهاية، لدرجة أن المرء يتشكك من أن ذلك الوسط قادر على تكوين إطار ما لروابط لها حد أدنى من التنظيم[4] .

وتظل هذه التناقضات والصراعات أمرا طبيعيا في مجال التجارة الدولية، حيث يهدف الفاعلون في التجارة الدولية إلى تحقيق الربح من خلال استخدام كل الأدوات والوسائل التجارية، وكذا تجنيد الآليات القانونية لتخدم مصالحهم والتي من بينها العقود التجارية الدولية النموذجية، ولعل خير مثال على هذا واقعة مدينة ملاهي ديزني الأوربية في فرنسا، حيث اشترطت الشركة الأمريكية التي تشيد المدينة أن يتضمن العقد النموذجي مع الحكومة الفرنسية شرط التحكيم ورفضت الحكومة الفرنسية ذلك العقد النموذجي على أساس أن القانون الفرنسي لا يجيز التحكيم في العقود الإدارية، ولكن التمسك الذي عبر عنه الطرف الأمريكي بهذا الشرط وأمام حاجة الدولة الفرنسية لهذه المدينة اضطرت الحكومة الفرنسية إلى إصدار قرار بقانون لجواز التحكيم في هذا المشروع[5].

---

[1] . ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، 1995، ص 400.

[2] . بهاء هلال دسوقي، قانون التجار الدولي الجديد، مرجع سابق، ص 172.

[3] -Osman filali, les principes généraux de la lex mercatoria: contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, bibliothèque de droit privé, tome 224, paris, 1992, p454.

[4] . محمد محسوب عبد المجيد درويش، نظرية قانون التجار الدولي بين الوهم والحقيقة، مرجع سابق، ص 67.

[5] . بهاء هلال دسوقي، قانون التجار الدولي الجديد، مرجع سابق، ص 109.

المطلب الثاني : عدم توافر صفة القواعد القانونية في العقود التجارية الدولية النموذجية :

يرى أنصار الفقه المنكر عدم توفر صفة القواعد القانونية في العقود التجارية الدولية النموذجية، من منطلق التسليم بأنها تشكل مجالا التقت فيه المصالح المشتركة للتجار على مدى أكثر من عقد من الزمن، إلا أنهم يروى إنها لا تتوفر على تنظيم قانوني في المجال التجاري الدولي، بحيث أن هذه القواعد القانونية في العقود التجارية الدولية النموذجية أعدت من ممثلين غير رسميين لعدة دول، ثم لاقت رواجا بين المتعاملين في الفرع التجاري الذي تنظمه، ولم يشارك أغلب المتعاملين في إعدادها[1]. ويذهب الفقه في رصد مساوئ القواعد القانونية في العقود التجارية الدولية النموذجية والتي تعيق إضفاء الطبيعة القانونية الكاملة عليها، وتدور هذه المساوئ حول فكرة عدم تلمس جانب الأمان القانوني واستقرار العلاقات التجارية الدولية.

يتمثل الوجه الأول في ما إذا كانت تلك العقود التجارية الدولية النموذجية ترجمة للقواعد التعاقدية التي أقرتها الجهات والنقابات المهنية بناء على تفويض تشريعي كما هو الحال بالنسبة للنقابات والتنظيمات المهنية في إطار النظام القانوني الداخلي، والتي تحوز قدرا من الوظيفة العامة، رغم بقائها تنظيما خاصا. و تمثل العقود التجارية الدولية النموذجية نوعا من اللوائح التنظيمية، أو هي مصدرا للقواعد الشبه آمرة بالنسبة لعملائها طالما أن الهدف منها هو تنظيم المهنة، حيث إن الجهات المهنة تمارس قدرا من السلطة العامة بناء على تفويض من القانون، وبالتالي إن من ينظم العملية التعاقدية الدولية ليس العقد في الحقيقة وإنما القانون الطائفي الذي يتخفى وراء العقد[2].

ويتمثل الوجه الثاني في ما إذا كانت تلك العقود التجارية الدولية النموذجية تتجاوز حدود تنظيم المهنة ولا يكون الهدف منها تنظيم النشاط المهني في مجمله، وإنما تغليب مصالح أعضاء المهنة على مصالح عملائهم، وبالتالي يكون إعمال قواعد العقود التجارية الدولية النموذجية تجسيدا لعدالة عرجاء، لكونها تكون فقط لصالح الطرف الأقوى اقتصاديا في العلاقات التجارية الدولية، كما أن هذا المنهج يتجاهل تنوع العدالة الإقليمية أو نسبيتها من دولة إلى أخرى في مختلف النظم القانونية الوضعية، فقواعد العقود النموذجية واجبة التطبيق في مجال التجارة الدولية، هي من وضع هذا الطرف في الواقع، فهي بذلك تجسد قانون الأقوى[3]، الذي يقوم على هجر كل رقابة قانونية على العقود النموذجية الدولية باسم حرية التجارة[4].

ويحدث هذا الوضع غالبا عندما يصدر العقد عن مشروع واحد أو عن عدة مشروعات متكتلة، وفي حالة تنافس مع مشروعات أخرى، بحيث يمكن للعميل الاستعانة عن التعاقد مع أحد تلك المشروعات باللجوء إلى مشروع أو مجموعة من المشاريع الأخرى، وهنا تمثل أحكام تلك العقود بالنسبة له قواعد آمرة أو شبه آمرة لما تتيحه إمكانية الاختيار بين المشروعات من حرية [5]. إلا أن هناك من لا يعتبر القوة الاقتصادية معيارا لفرض القانون على الطرف الضعيف، لأن القوة الاقتصادية ليست صفة ملازمة للمشروعات الكبرى والقوية اقتصاديا، فضخامة المشروع لا تعني

---

[1] . بهاء هلال دسوقي، قانون التجار الدولي الجديد، مرجع سابق، ص 109.

[2] . محمد محسوب عبد المجيد درويش، نظرية قانون التجار الدولي بين الوهم والحقيقة، مرجع سابق، ص 109.

[3] . محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 52.

[4]- Batiffol (a),réflexions sur la coordination des systéms nationaux, op.cit,p174.

[5] . محمد طارق، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 64.

دائما القوة، مادام بإمكان تاجر صغير أن يتمتع باحتكار محلي يماثل مشروعا دوليا[1]، كما أن هناك بعض الفقه من يرى بأن القوة تكمن غالبا في السيطرة الفنية والتقنية أكثر منها في القوة الاقتصادية، وأن هذا التفوق الفني هو الذي يمكن المهني من فرض شروط تعسفية، فهذا الأخير وبسبب تعوده على إبرام العقود يعلم عادة الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد، وهو يعرف أيضا ما يجري به العمل في مهنته، ويمتلك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها، بالإضافة إلى الشروط التي يستطيع فرضها على من يتعاقد معه[2]. إلا أنه قد يلتبس الآمر عندما نكون أمام حالة احتكار للنشاط التجاري الدولي من قبل مشروع واحد أو مجموعة من المشاريع، والتي توافقت بينها على التعامل وفقا لعقد نموذجي واحد، ويتجاوز هذا العقد حدود تنظيم المهنة، إذ لا يكون ثمة تفويض تشريعي لقيام تلك الجهات بتنظيم المهنة، ويكون الغرض من العقد النموذجي هو مجرد تغليب مصلحة ذلك المشروع أو تلك المجموعة من المشروعات على مصلحة العملاء وهنا نكون أمام حقيقة الإذعان[3]، وهو ما يجعل التجار الصغار في التجارة الدولية الالتزام بإتباع القواعد التي يقررها أصحاب المشاريع العملاقة والمنظمات المهنية المحتكرة لبعض الأنشطة التجارية الدولية.

ويرى أصحاب هذا التوجه إن الاعتراف بصفة القاعدة القانونية بسب كونها قاعدة ذات فاعلية، كما هو الحال بالنسبة لفاعلية العقود التجارية الدولية النموذجية في حقل التجارة الدولية، يعد دعوة الإقرار بقواعد قاطع الطرق واعتبارها واجبة الإتباع، والاعتراف بقانونية القواعد التي تحاول الشركات الكبرى أن تفرضها على التجار الصغار، مما يحتم عليهم الرضا بأوضاعهم وباعتبارها قواعد قدرية وتكون بالتالي قواعد قانونية، تقوم على عدم توازن وغياب لأبسط قواعد العدالة، ويروى أن المجتمع عندما يفوض جهات أخرى لخلق القواعد القانونية، يشترط أن تكون مبنية على الرضا من قبل المجتمع والمخاطبين بقواعد هذه الجهات لا على الإكراه، كما يرونه في حالة قواعد العقود التجارية الدولية النموذجية[4]. وهناك من اعتبر أن استقرار أحكام العقود التجارية الدولية النموذجية على نحو أصبحت معه تشكل عادات اتفاقية وقواعد عرفية، يتم اللجوء إليها لتكملة النقص في اتفاقيات الأطراف، فهي بمثابة أحكام مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين في العقود الدولية يتم العمل بها طالما لم يتفق الأطراف على ما يخالفها، وتستمد قواتها من خضوع الأطراف لها وارتضاهم إياها لحكم عقودهم[5] .

إلا أن أصحاب هذا التوجه يروى أن العقود التجارية الدولية النموذجية لا تطبق إلا بوصفها شروط تعاقدية، تتجرد من الطابع القانوني، وهي لا تستمد قوتها الملزمة إلا من اتفاق الأطراف عليها، ولا يمكن تصور وجود قاعدة قانونية بعيدا عن سلطان الدولة، فهي لا تعدو أن تكون مجرد عادات ذات صبغة تعاقدية أو اتفاقية،[6] فحسب البعض، البعض، فإن العادة التجارية لا تصير قاعدة قانونية إلا إذا تحولت إلى عرف، وهو الأمر الذي يجعلها ملزمة تبعا لذلك الوصف، وعلى الرغم من تكرار الأخذ بالعادات، فإن ذلك لا يؤدي إلى منحها صفة العموم التي تتمتع بها القواعد

---

[1] . محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 128.

[2] . حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 270 و 271.

[3] . العربي ميعاد، عقود الإذعان، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة دار السلام الرباط، 2004، ص 397.

[4] . محمد محسوب عبد المجيد درويش، نظرية قانون التجار الدولي بين الوهم والحقيقة، مرجع سابق، ص113.

[5] . محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 445.

[6] - Michel Pédamon, y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ?, Paris: Sirey, 1959, p335.

العرفية نتيجة الاختلاف حول الصور المعمول بها في كل عقد على حدة، حيث يصعب القول بتحول هذه العادات إلى قواعد عامة.

فاختلاف العادات المعتمدة في كل عقد وداخل الحرفة أو المهنة يمنع اتصافها بصفة العمومية ويجعل تسميتها بالأعراف نوعا من التسرع، والقول بأن العادة تحتل مرتبة وسطى بين القاعدة القانونية والعرف، أو أنها تعد قاعدة قانونية، خلط وقع فيه أنصار القانون الموضوعي للتجارة الدولية بين العرف والعادة[1].

فالقاعدة القانونية هي دائما قاعدة عامة وخارجة عن مجال الاتفاقيات والعقود، أما العقود التجارية الدولية النموذجية فتظل دائما ذات صفة اتفاقية أو تعاقدية يمكن تسميتها بقاعدة فردية فهي خلق إرادي[2]، حيث يتم ابتداءها بواسطة منظمة مهنية تمثل في الغالب مصالح أحد أطراف العقد، والمسلم به أن قدرة الإرادة الفردية تتوقف عند إمكانية خلق قواعد فردية ولا تتعداها إلى خلق قواعد عامة، فالمتعاقدين يمكنهما – وفقا لمبدئي سلطان الإرادة ونسبية آثار العقود – إنشاء قواعد تلزمهما فقط دون أن يمتد أثرها الملزم إلى أشخاص ليسوا بأطراف في العقد، حيث إن القواعد التي يكون لها أثر إلزامي عام تحتاج إلى إرادة جماعية تقر إلزاميتها، وهو الأمر الذي لا يمكن التسليم به في ضوء الواقع الحالي للعقود التجارية الدولية النموذجية، مع أن تواتر الشروط العقدية الصريحة في العقود قد يتوافق تماما مع مبدأ الحرية التعاقدية مع انه لا يعني في ذات الوقت إمكانية خلق قواعد قانونية لم تكن موجودة من قبل في النظم القانونية التي تخضع لها العقود التجارية الدولية النموذجية [3]. كما أن شيوع القاعدة المعيارية ليس كافيا لاكتساب الصفة القانونية، فالممارسات العقدية الشائعة تبقي شروطها عقدية تستمد قيمتها من اندماجها في العقود ولا يكسبها الشيوع قيمة قانونية ذاتية، حيث يحتاج ذلك لشرطين:

الشرط الأول : الكف عن ذكرها في العقود التجارية الدولية النموذجية فالعادة أو العرف لا يولدان إلا في اللحظة التي يكتفي الأطراف بوجودها في المعاملات دون ذكرها في العقد.

الشرط الثاني : هو التأكد من قبول الجماعة لها وشعورها بأنها إلزامية لا يجوز خرقها، بالإضافة إلى أن رضا أهل المهنة بقاعدة ما لا يكفي لاكتسابها الصفة القانونية بل يجب لترتفع لهذا المستوى أن يتوفر شعور جماعي بقانونيتها[4]. إلا أن تحقق هذين الشرطين لا يعني إغفال ملاحظة جوهرية هي أن قواعد وشروط العقود التجارية الدولية النموذجية لا تلزم غير المهنيين أو المنتمين لمهن قريبة ومرتبطة بفرع التجارة التي تأطرها تلك العقود، ولا تعتبر بالنسبة لهؤلاء أعرافا أو قانونا حتى لو تم اطلاعهم عليها، وإنما تكون لها قيمة عقدية إذا جرى إدماجها في العقود، أما إذا لم تندمج في العقد صراحة أو ضمنا فيكون لها قيمة تفسيرية واسترشادية يهتدي بها القاضي والمحكم عند غموض نص العقد التجاري الدولي النموذجي[5] .

---

[1] . أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 363و337.

[2] . نرجس البكوري، دور العادات والأعراف في تأصيل قواعد التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، العام الجامعي 2007-2008، ص 30.

[3] . محمد طارق، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 66.

[4] . محمد محسوب عبد المجيد درويش، قانون التجار الدولي، مرجع سابق، ص 381.

[5] . محمد محسوب عبد المجيد درويش، نظرية قانون التجار الدولي بين الوهم والحقيقة، مرجع سابق، ص114.

ويرى أصحاب هذا التوجه بأن العقود التجارية الدولية النموذجية لا يمكن أن تكون قواعد قانونية وذلك لكون أن المجتمع أو الوسط المهني (المنظمة المهنية) هو ليس تجمعا أو مؤسسة نظامية قرينة أو مقابلة لسلطة الدولة، إذ ليست لها من الوجهة القانونية البحتة سلطة فرض قواعدها[1]. فهم يروى العقود التجارية الدولية النموذجية في هذا السياق بأنها ذات طابع اختياري فهي بمثابة توجيه وإرشاد ومجرد اقتراحات أو صيغ قانونية معروضة على المتعاملين في ساحات التجارة الدولية ومن ثم فإنها لا تتمتع بقوة قانونية في حد ذاتها[2]، فهي في هذه الحالة تفتقد إلى عنصر الإلزام الذي يعتبر عنصر جوهري من عناصر القاعدة القانونية، آمرة كانت أو مكملة، فالعقود التجارية الدولية النموذجية والشروط العامة وسائر العادات المهنية هي مجرد اقتراحات أو صيغ قانونية معروضة على رجال التجارة الدولية الذين يتمتعون بكامل الحرية في تبنيها أو رفضها، وهم يعلمون أنها غير ملزمة إلا إذا اختاروها صراحة أو ضمنيا، وحتى في هذه الحالة فإن مصدر إلزامها العقد لا غير، وبسبب افتقادها إلى صفة الإلزام مردة إلى انعدام السلطة الحقيقية التي تكفل احترامها، وبالتالي غير صحيح القول بأن الهيئات والمنظمات المهنية تعتبر هي تلك السلطة، حيث يلاحظ أن تلك الهيئات لا يتجاوز دورها مجرد اقتراح على أعضائها صيغ وشروط تعاقدية، وعلى خلاف سلطة الدولة التي تصدر قواعد قانونية ذات إلزام واضح[3]. وما يؤكد هذا الطرح هو الخبرة العملية المستمدة من سلوك القاضي في مواجهة العقود التجارية الدولية النموذجية، حيث أن القاضي يقوم برقابة مشروعية شروط العقد التجاري الدولي النموذجي، ومدى مخالفته للقواعد القانونية النظامية الأعلى أو الأسس أي قواعد قانون الدولة، وهذا يتفق والمنطق القانوني[4]، حيث أن القاضي يتحقق من دراية الطرف الضعيف أو المذعن بمضمون العقد، كما يراقب مدى رضا الطرف المذعن بشروط العقد والتي كان يمكنه رفضها، ولكن ليس من حقه التفاوض عليها، وهذا الرضا الواعي لهذه الشروط وإدراكه لنتائجها ولآثارها التعاقدية، وهذا الأمر ما كان ممكنا للقاضي فيما لو كانت هذه الشروط قواعد قانونية[5] .

كما يرى أصحاب هذا التوجه بأن رقابة القاضي لشروط العقد التجاري الدولي النموذجي، هي رقابة عدالة وحماية للطرف الضعيف اقتصاديا، بل إن القاضي إذا وجد شرطا مخالفا لقاعدة آمرة في قانون دولته، سيحكم برفض تطبيقه كشرط تعاقدي أو يبطله إذا استدعى الأمر ذلك، ولا شك هنا من أن السلطة المخولة للمحاكم في رفض الشرط أو إبطاله أو تقويمه، سواء باسم المساواة أو العدالة، تتعارض مع فكرة اعتبار قواعد وشروط العقد التجاري الدولي النموذجي قواعد قانون[6] . ومن هنا يحاول القاضي حماية الطرف الضعيف عن طريق تفعيل آلية تفسير العقد العقد على الوجه الذي يحقق مصلحته أما لو اعتبرنا أن العقد التجاري الدولي النموذجي بمثابة مجموعة من القواعد القانونية، فإن حماية الطرف الضعيف ستكون واجبة بتدخل تشريعي لا برقابة مشروعية من طرف القاضي[7] .

---

[1] . ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص378.

[2] . أبو العلا علي أبو النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، مرجع سابق، ص99.

[3] . أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص336.

[4] . عبد الرحمن العلالي، قانون الإرادة في المنازعات الخاصة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق سلا، عام 2007.2006، ص71.

[5] . محمد طارق، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 67.

[6] . أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص71.

[7] . محمد محسوب عبد المجيد درويش، قانون التجار الدولي، مرجع سابق، ص381.

وإذا كانت الحجج التي ساقها أنصار نفي الصفة القانونية عن العقود التجارية الدولية النموذجية، هي غياب أسس النظام القانوني في هذه العقود وعدم توافر صفة القاعدة القانونية و شروطها، وذلك من خلال الربط بين فكرة النظام القانوني وبين الدولة على نحو لا يمكن معه وجود نظام قانوني خارج إطار الدولة . إلا أن ما يعاب على هذا النقد أنه يعرف نوعا من المبالغة، حيث ربط فكرة النظام القانوني بالدولة على نحو لم يتصور وجوده بدونها، ما يؤدي إلى حصر مفهوم النظام القانوني في مجال ضيق يقتصر على مجتمع الدولة بالمفهوم الحديث، رغم أن ما نحن بصدده هنا هو قواعد تطبق على العلاقات التجارية الدولية، وفي مجال التجارة تذوب الفوارق بين المجتمعات والدول، لأن التجارة هي لغة وثقافة عالمية تستخدمها كل الشعوب[1]. ومن هذا المنطلق يرى بعض الفقه أن العقود التجارية الدولية النموذجية تولد في الوسط المهني وتعمل على تأطيرها التجارة الدولية مما يضفي عليها صفة القواعد القانونية انطلاقا من مسلمة أن الدولة لا تحتكر وحدها صناعة القانون .

المبحث الثاني : الاتجاه المؤيد لإقرار الصفة القانونية للعقود التجارية الدولية النموذجية :

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى اعتبار تواتر العمل وتطبيق العقود التجارية الدولية النموذجية التي تنشأ في المجتمع التجاري الدولي، قد أدى مع مرور الوقت إلى تحويل هذه العادات الاتفاقية إلى أعراف ملزمة تجتمع فيها صفتي العمومية والتجريد، الأمر الذي يضفي عليها الصفة القانونية، وعلى الرغم من اختلاف العادات حسب الأوساط التجارية الدولية المهنية التي تشكلت فيها، إلا أن ذلك ليس من شأنه المساس بالصفة القانونية للعقود التجارية الدولية النموذجية. كما أن استقرار العمل بهذه العادات والأعراف وتكرار تطبيقها على نحو مضطرد وتغلغلها في إطار مجتمع معين يحكم مصالحة المشتركة، ثم أدراجها في العقود التجارية الدولية النموذجية أضفى عليها القانون الملزم فتحولت إلى قواعد مجردة.

فالفلسفة الأساسية لهذا الاتجاه تنطلق من أن الدولة لا تحتكر وحدها صناعة القانون، ونكشف عن هذا التوجه من خلال الوقوف عند فكرة النظام القانوني وآلية العقود التجارية الدولية النموذجية (المطلب الأول)، ثم نعالج أوصاف القاعدة القانونية وانطباقها على العقود التجارية الدولية النموذجية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : فكرة النظام القانوني وآلية العقود التجارية الدولية النموذجية :

للوقوف على فكرة النظام القانوني وآلية العقود التجارية الدولية النموذجية، كان لابد أن نضع العقود النموذجية في إطارها العام هو اعتبارها آلية قانونية من مصادر القواعد الموضوعية في التجارة الدولية، وبالتالي مادام أن القانون هو تنظيم وتعبير عن المجتمع الذي يسري فيه، فإن العقود التجارية الدولية النموذجية هي جزء داخل النسق القانوني لقانون التجارة الدولية، لذا يلزم أن نحدد في البداية مفهوم النظام القانوني في ضوء النظرية العامة للقانون (الفقرة الأولى)، ثم نحاول معرفة مدى تعبير آلية العقود التجارية الدولية النموذجية عن نظام قانوني مستقل للتجارة الدولية (الفقرة الثانية).

[1]. إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 384.

الفقرة الأولى : مفهوم النظام القانوني في ضوء النظرية العامة للقانون :

يعرف النظام القانوني L'ordre Juridique بأنه نظام تدريجي لقواعد السلوك له صفة ملزمة[1]، أو كما يعرفه الأستاذ الإيطالي " كيرتي جيالدينو Curti-Gialdino " بأنه " مجموعة متناسقة من القواعد تتأتى من مصادر مترابطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ، ونفس الرؤية للحياة وللعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها"[2]. ويرى الأستاذ " ميشيل فيراللي M.Virally " بأنه هو " نظام تهذيب الروابط الاجتماعية، يميزه ليس فقط وضع قواعد ... ولكن أيضا أنشاء نظم مخصصة لضبط الروابط الاجتماعية ... أو حل المنازعات"[3].

ولكن الملاحظ على تلك التعريفات تبدو أنها ناقصة، حيث أنها تركز من ناحية على مركبات النظام القانوني، أو عناصره، وهي القواعد النظامية أو السلوكية، ومن ناحية ثانية، فإنها ترتكز على الطابع التدريجي لتلك القواعد، وعلى وظيفتها من حيث تنظيم الروابط الاجتماعية وضبطها، وبهذا التحليل يبدو أن تلك الآراء قد أغفلت عن الجانب العضوي أو الخلاق في النظام القانوني وهو وجود هيئة متماسكة لها سماتها الخاصة، وقدرتها على خلق القواعد السلوكية التي ركز عليها أنصار التعريفات السابقة، فكما أن الإنسان جسد وروح، فالنظام القانوني هو الآخر هيكل ومضمون أي منظمة أو وحدة معينة تخلق قواعد تنظيمية[4].

ولعل تحليل الفقيه الإيطالي " سانتي رومانو Santi Romano" هو الأقرب إلى المنطق السليم فهو ينبه إلى الجانب العضوي للنظام القانوني ، ولهذا نجده يتكلم عن institution juridique بدلاً من كلامه عن ordre juridique، فكلا الاصطلاحين يعنيان النظام القانوني ولكن الأول أشمل وأدق من الثاني. فعنده تعتبر فكرة النظام القانوني فكرة مركبة ، لأن القانون قبل أن يكون قاعدة وقبل أن يكون صلة بالروابط القانونية فهو تنظيم، بناء، توجه المجتمع ذاته الذي يسري فيه والذي به يشكل وحدة أو كائن قائم بذاته[5]. وهذا يقود إلى القول بأن كل نظام قانوني يتكون من جانبين : الأول جانب عضوي Aspect institutionnelle أو نظامي وهو وجود تنظيم لوحدة اجتماعية معينة، تنظيم له وجود حقيقي وملموس، وهذا ما أطلق عليه التنظيم Institution، أما الجانب الآخر فهو الجانب القاعدي Aspect normatif، أي وجود القواعد القانونية[6]، والملاحظ في هذا أن الجانب الأول هو الأسبق في الوجود، بل يمكن القول بأن الجانب العضوي أو التنظيم هو القانون ذاته، بينما لا تكون القواعد إلا تعبيرا عنه، وهذا ما تتبناه الدراسات الحديثة، حيث يكون مفهوم القانون باعتباره نظاما قانونيا

---

[1] .RIGAUX (F), droit public et droit privé dans les relations internationales,paris-pedone,1977,p439 .

[2]-GIALDINO Curti (A),l'autonomie de la volonté des parties en droit international privé, Recueil des cours de l'aca-démie de droit international,Tom137,T.III,1972,p.794.

[3] . أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 311.

[4] . أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 312-313.

[5] . حيث يقول الفقيه : Santi Romano : "Le Droit Avant d'être Norme, Avant d'Avoir Trait à un ou plusieurs Rapports Sociaux, est Organisation, structure Attitude de la société Même dans la Quelle il est En vigueueur et qui par lui S'érige en unité, en être existant par soi-même".

[6] . أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 314.

أوجده مجتمع منظم عبر مؤسسة أو عدة مؤسسات تعبر عن وجود هذا المجتمع، وتعمل على سد حاجاته بما فيها الحاجات القانونية[1].

واعتبر الدكتور محمد محسوب درويش، في وقوفه عند عناصر النظام القانوني إلى أنها ثلاثة عناصر، الأولى القواعد المعيارية وهي العنصر الأبرز في النظام القانوني، والثانية هي المفاهيم والأنظمة القانونية والمبادئ العامة للقانون والقيم، وهذه تشكل نظاما تحتيا يمثل الأساس الذي تتغذى عليه القواعد القانونية، والعنصر الثالث يكمن في المؤسسة ممثلة في المجال الجغرافي والمجال الاجتماعي للقانون أي المجال البشري الذي يعمل القانون على تنظيمه[2].

ويرى أصحاب هذا التوجه أن ربط وجود القاعدة القانونية بوجود مشرع لها حتى تتوافر لها الصفة القانونية، هو أمر غير سديد لكون وجود القاعدة هو أمر مستقل عن وجود السلطة التشريعية له، لأن الواقع يؤكد وجود قواعد قانونية قبل وجود مشرع لها، وهو الأمر الذي نجده في القواعد القانونية التي يكون مصدرها العرف الدولي، وهي قواعد قانونية ملزمة تنشأ دون مشرع ومن ثم تحوز الصفة الملزمة لها دون سلطة تشريعية[3]. فالقانون يتكون في كل مجتمع سواء وجدت أجهزة لخلقة أم لا، ولا يعد تنظيم الدولة ضروريا لخلق القانون، فالنظام القانوني الوطني يمكن أن يوجد بجانبه أكثر من نظام قانوني، ومنها الجمعيات والنقابات، حيث هذه الوحدات تضع تنظيمات آمرة وقواعد سلوكية، حيث يكون النظام الوطني هو نظام المجتمع كله، وداخل هذا النظام يوجد العديد من المراكز التي تنشئ القانون، يطلق عليها علم الاجتماع الحديث بالجماعات الخاصة، والتي تفرز قانونها الخاص على هامش قانون الدولة[4].

وهكذا نجد أن القانون لم يعد علما قائما بذاته تنشأ فكرته من مخيلة القائمين على وضعه في جهاز الدولة عن طريق سلطتها التشريعية، بل هو علم يستمد من الظروف الواقعية للحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، يتغير القانون بتغير تلك الظروف ويتطور بتطورها. وهذا شأن المشكلات والمسائل الخاصة ذات الطابع الدولي التي تطورت معها، منذ ميلاد ظاهرة تنازع القوانين والتي يرجع تأريخها إلى ما قبل الميلاد مناهج حلول هذه الظاهرة، واستعدت بالتالي ظهور مناهج متعددة لفض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي[5]. وإذا ما رجعنا إلى العقود التجارية الدولية النموذجية فهي تعتبر مصدرا من مصادر قانون التجارة الدولية، حيث يلزمنا معرفة مدى تعبير آلية العقود التجارية الدولية النموذجية عن نظام قانوني مستقل، حتى نتمكن من الإجابة عن إشكالية الطبيعة القانونية للعقود التجارية الدولية النموذجية.

---

[1] . سعد الدين أمحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة حسيبة بن بو علي الشلف، كلية العلوم القانونية والإدارية الجزائر، العام الجامعي 2007- 2008، ص 132.

[2] . محمد محسوب عبد المجيد درويش، قانون التجار الدولي، مرجع سابق، ص 90.

[3] . عباس ماضوي، المصادر التقليدية غير الاتفاقية للقانون الدولي العام، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر، العام الجامعي 2012-2013، ص 22.

[4] . محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص44.

[5] . احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، والاختيار بين الشرائع، أصولا ومنهجا، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، الطبعة الأولى، 1996، ص7.

الفقرة الثانية : مدى تعبير آلية العقود التجارية الدولية النموذجية عن نظام قانوني مستقل :

لقد أصبح مجتمع التجار الدولي اليوم حقيقة لا يمكن إنكاره، وهو ما يتطلب وجود قواعد تحكم المعاملات داخله، وتلبي مصالح المتعاملين فيه، فهناك التنظيم والبناء المتمثل في الجماعة الدولية للتجارة ورجال الأعمال والمتماسكة بدرجة كافية[1]، ولا يصح الاحتجاج بتعدد مجتمعات التجارة أو المنظمات المهنية، حيث أنه حتى في النظام القانوني الوطني للدولة معينة تتعدد الوحدات الاجتماعية فيه، كجماعة التجار، الزراع، المهنيين، حيث يشملهم جميعا، مجتمع واحد، ومع ذلك يعد نظاما قانونيا، وكذلك الحال في النظام الدولي فإن تعدد الدول والوحدات السياسية والقانونية الأخرى، لم يحل دون الاعتراف بوجوده وبصفته كنظام قانوني دولي[2].

كما إن ممارسوا التجارة الدولية يظهرون، كمجتمع دولي حقيقي يعود استقلاله وذاتيته إلى التضامن الذي يربط أعضاءه عبر الحدود، فقانون التجارة الدولية يشكل عموما نظاما قانونيا، فقد اجتمع له العناصر اللازمة لذلك، حيث أن قواعده أصبحت قواعد سلوكية يحترمها المخاطبين بها، يطبقها القاضي أو المحكم وأجهزة إكراه تكفل فعالية النظام[3] . وتشكل العقود التجارية الدولية النموذجية داخله مصدرا وآلية من خلق الجماعات والهيئات المهنية والواردة على نحو تفصيلي واضح الدقة، لتكون مناسبة للتعامل لدى أعضاء هذا المجتمع، وهي لشمول أحكامها نجد التجار يتشبثون بها كدستور لتعاملهم وضعته جماعتهم المهنية دون التفات إلى قانون وطني معين، ويعمل القاضي أو المحكم الدولي على تطبيق أحكامها وفصولها على النزاعات المرتبطة بها[4].

ومن هنا يظهر أن النظام القانوني في قانون التجارة الدولية، يحتاج إلى وجود مجتمع منظم، وأن يصل هذا التنظيم لحد خلق مؤسسة اجتماعية تكون مظاهرها وجود أبنية اجتماعية تمارس دور السلطة داخل المجتمع، وتملك قدرة خلق القانون سواء بتخصيص جهة معينة داخل المجتمع للقيام بهذا الدور أو بإضفاء شرعية على النشاط العفوي لأعضاء المجتمع كما هو الحال في العقود التجارية الدولية النموذجية داخل مجتمع التجارة الدولية. ثم إن هذا النظام القانوني للعقود التجارية الدولية النموذجية قد يتعايش مع غيره في نفس المجال الاجتماعي، وهي ظاهرة تعدد النظم القانونية داخل نفس المجتمع ويكون ناتج عن تعدد المؤسسات الاجتماعية التحتية والتي تتبع المؤسسة الاجتماعية الرئيسية ، فنجد أنه رغم تعدد نماذج وأشكال العقود النموذجية وتعدد الجهات والمنظمات المهنية المصدرة لها، إلا أنها في النهاية تنظم في إطار مجتمع التجار الذي يأطره وينظمه النظام القانوني للتجارة الدولية[5].

وبالتالي فإن العقود التجارية الدولية النموذجية قد اكتسبت مفهوما فنيا ورسخ في الفكر القانوني كمجموعة من القواعد الذاتية التي تقدم حلولاً مباشرة لمشكلات العلاقات التعاقدية العابرة للحدود. وبغض النظر عن مكونات هذا القانون، فإن الفقه قد جرى على القول إجمالا بأن الأمر يتعلق بقواعد قانونية normes juridique، باعتبار توفر الخصائص العامة للقاعدة القانونية فيها وينبني على ذلك أن مجموع تلك القواعد الذاتية

---

[1] .Fouchard (PH), l'arbitrage commercial international, Paris, librairie Dalloz, 1965, p418.

[2] . بها هلال دسوقي، قانون التجار الدولي الجديد، مرجع سابق، ص107.

[3] . أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 321.

[4] . ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 364.

[5] . محمد طارق، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 72.

للتجارة الدولية يمكن أن يشكل نظاما قانونيا système juridique، موازيا للنظام القانوني الذي تضعه الدولة[1].

المطلب الثاني : أوصاف القاعدة القانونية وانطباقها على العقود التجارية الدولية النموذجية :

لقد استقر الفقه على تعريف القانون بأنه '' مجموعة القواعد العامة المجردة المقترحة التي تنظم العلاقات المختلفة في المجتمع والمقترنة بجزاء توقعه السلطة العامة في الدولة على من يخالفها ''، وبالتالي فإن قوام القاعدة القانونية أنها تتكون من عنصرين الأول هو عنصر الفرض والثاني عنصر الحكم، ويعرف الفرض بأنه ظاهرة أو واقعة معينة متى حدثت رتب عليها القانون أثر معينا لها، أما الحكم فهو الأثر الذي يرتبه القانون على حدوث الفرض وبالتالي فإن أي قاعدة قانونية تتكون من عنصر الفرض وعنصر الحكم فهما ضروريان ومتلازمان[2] .

كما أن مجموع القواعد الموضعية الخاصة بالعقود التجارية الدولية تتوفر لها صفة النظام القانوني Système juridique، وذلك بصفة إجمالية، ومقتضى هذا التكييف أن كل القواعد التي يقوم عليها قانون التجارة بين الشعوب لها صفة القاعدة القانونية Règle de Droit بخصائصها المعروفة في النظرية العامة للقانون، وهذا ما اتجه إليه بالفعل جانب من الفقهاء[3]. ولكن مهما يكن فإن هذا التأكيد يدعو لمناقشة مدى اتسام قواعد قانون التجارة الدولية بالسمات الخاصة أو الصفات والشروط المطلوب توافرها في القاعدة القانونية من خلال أوصاف القاعدة القانونية (الفقرة الأولى)، ثم نبين مدى توفر أوصاف القاعدة القانونية في العقود التجارية الدولية النموذجية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : أوصاف القاعدة القانونية :

تتميز القاعدة القانونية بعدة خصائص تميزها عن غيرها من القواعد الاجتماعية، إذ عدم توفر أحد هذه الخصائص في القاعدة القانونية يجعل هذه القاعدة لا تتصف بالطابع القانوني، وإن اتصفت بطابع اجتماعي آخر كما لو كانت قاعدة أخلاقية أو قاعدة من قواعد المجالات غير الملزمة بالمعنى القانوني الذي تحدده القاعدة القانونية[4] .

فالقاعدة القانونية هي قاعدة عامة مجردة من وضع سلطة نظامية تهدف إلى تنظيم روابط وعلاقات الأفراد في المجتمع، ومصحوبة بجزاء يكفل احترامها وتوقعه السلطة المختصة عند الاقتضاء[5]، فهي بذلك تنظم سلوك الأفراد ونشاطهم في المجتمع ولا تتوفر لها الخصائص المذكورة إلا لكفالة خير المجتمع وتقدمه، بالتوفيق بين حرية الفرد ومصالح الجماعة. والقاعدة القانونية بهذا المفهوم هي أداة من أدوات الضبط الاجتماعي social control الذي يعني ممارسة المجتمع لنوع من السيطرة على تصرفات وسلوك الأفراد الذين ينتمون إليه وما يتخذه المجتمع من الوسائل

---

[1] . أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص309.

[2] . محمد أحمد حسن محمود الشربيي، النظام القانوني للعقد الدولي، أطروحة لحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق عين شمس، السنة الجامعية 2003، ص671.

[3] . محمد محسوب عبد المجيد درويش، قانون التجارة الدولي، مرجع سابق، ص132.

[4] . عبد السلام علي المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، الكتاب الأول، المدخل لعلم القانون، الجزء الأول ،نظرية القانون، الطبعة الثانية، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، 1988، ص32.

[5] . أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص323.

التي تكفل تكييف سلوك الأفراد على نحو يتلاءم مع ما اصطلحت عليه الجماعة من قواعد وقوالب العمل والتفكير المقررة في هذا المجتمع[1] . ولا يخفى أن القاعدة القانونية، إن كانت ترمي إلى تحقيق العدالة وإن لم تبلغها فهي على الأقل تعمل على توفير الآمان القانوني La sécurité juridique للروابط والعلاقات التي تنشأ بين الأفراد في الجماعة[2].

ويستفاد من خاصية العموم والتجريد في القاعدة القانونية، أن القاعدة القانونية لا تخاطب شخصا معينا بذاته أو تتناول حاله أو واقعة معينه بذاتها، بل هي تصدر بصورة مجردة عن الأشخاص والوقائع، فهي تنطبق على عموم الأشخاص وعموم الوقائع، وعموم الأشخاص ليس المقصود بهم جميع الأشخاص داخل المجتمع، ولكن يقصد بهم من ينطبق عليهم الوصف المطلوب لتطبيق القانون، ولو كانوا ينتمون لفئة معينة مثل فئة التجار أو فئة المهنيين كالأطباء أو المهندسين، وبالتالي طالما كانت القاعدة خاصة بفئة معينة دون غيرها واشترطت ذلك فهي قاعدة تتمتع بوصف العموم والتجريد[3]، فالقاعدة القانونية عامة من حيث تطبيقها، ومجردة من حيث نشوئها أي لا تنشأ لحالة معينة بالذات بل لكل الحالات الممثلة في المستقبل[4]. إلا أن القاعدة القانونية، خصوصا في مفهوم الفكر الرسمي أو الشكلي أي القاعدة التي تصدر عن السلطة التشريعية، لا تكون كذلك إلا إذا كانت نابعة من جهة لها الاختصاص بوضعها، وكانت هناك أيضا جهة تسهر على كفالة احترامها، بتوقيع الجزاء على من يخرج عليها[5]، فالجزاء أمر هام وضروري لكفالة احترام القاعدة القانونية والالتزام بها، فهو يحقق الردع الحقيقي لدى الكافة. ولا بد من توفر شروط في الجزاء[6]، إذ يجب أن يكون منصوصا عليه في القانون، وأن يتم توقيعه بواسطة سلطة معينة في النظام القانوني كالدولة أو إحدى مؤسساتها الاعتبارية[7]. وبصفة عامة فإن أساس أي نظام قانوني أو أي قاعدة قانونية تتخذ تتخذ لنفسها وصف تعبير القانون لابد أن تتوفر على شرطي الفرض والحكم وخصائصها المتمثلة في العموم والتجريد في التطبيق وتوقيع الجزاء بواسطة سلطة معينة.

الفقرة الثانية : توفر أوصاف القاعدة القانونية في العقود التجارية الدولية النموذجية :

يرى أصحاب هذا التوجه بأن قواعد العقود التجارة الدولية النموذجية هي قواعد قانونية داخل نظام قانوني متكامل للتجار الدوليين، واعتبرها قواعد قانونية بالمعنى الفني[8]، وذلك تأسيسا على أن سن القاعدة القانونية في مجال مجال القانون الخاص الدولي أمر ينبع من الواقع العملي، حيث هناك فرق شاسع بين سن القاعدة القانونية الموجهة لوسط مهني داخلي متجانس، ويخضع لسياسة تشريعية خاصة، وبين سن القاعدة القانونية في مجال التجارة الدولية، حيث نكون أمام طوائف ووسط منسجم ومتوحد إلى حد ما على المستوى العملي . لذلك كان من الطبيعي أن تبرز

---

[1] . أحمد أدرويش، الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود سلسلة المعرفة القانونية، الكتاب الرابع، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الأولى، بدون تاريخ النشر، ص20.

[2] . أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص324.

[3] . عبد السلام علي المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، مرجع سابق، ص35.

[4] . محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون . القاعدة القانونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 17.

[5] . سعد الدين أحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مرجع سابق، ص 134.

[6] . عادل بسيوني، نشأة الشرائع القديمة وتطورها، دار الثقافة العربية بجامعة القاهرة، طبعة 2000- 2001،ص50.

[7] . محمد أحمد حسن محمود الشربيني، النظام القانوني للعقد الدولي، مرجع سابق، ص672.

[8] . أبو العلا علي أبو النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، مرجع سابق، ص 96.

معظم قواعده القانونية من اعتبارات مهنية عملية قوامها تسهيل المعاملات التجارية وضبط الحد اللازم من الشرف والأمانة في مباشرة التجارة الدولية، وهنا تظهر العقود التجارية الدولية النموذجية كتعبير عن القواعد المجيبة عن حاجيات هذا المجتمع[1]. ويبدو هذا التأكيد لم يأت من فراغ فهل تنطبق أوصاف القاعدة القانونية على تلك القواعد، وهل هناك سلطة تقوم بصياغتها وتحدد مضمونها، وهل يوجد جزاء يكفل فعاليتها؟ .

يتجه الرأي الغالب بأن سلطة الدولة لا تعتبر مصدرا وحيدا للقانون فلا يجب الربط بين القانون وجهاز الدولة لدرجة يصبح غيابها كافيا لنفي الصفة القانونية عن العقود التجارية الدولية النموذجية، فلا يمكن النظر إلى القانون على أنه تعبير من إرادة الدولة ففي هذا تضيق لمجال الظاهرة القانونية، لأن السلطة في النطاق القانوني يقصد به وجود آلية لتنفيذ القانون والرقابة على تنفيذه مهما كانت هذه السلطة[2]. ولذلك اعتبروا أن قواعد العقود التجارية الدولية النموذجية تشكل قواعد قانونية حقيقية، وذلك من منطلق إنها تتمتع بأوصاف القاعدة القانونية من عدة جهات وهي :

فمن جهة أولى فالعقود التجارية الدولية النموذجية تأخذ صفة القاعدة القانونية، فهي تضبط أو تنظم سلوكا أو نشاطا لأفراد جماعة معينة، وأنها تنظم العلاقات التي تجري بين أشخاص ينتمون إلى وسط اجتماعي، حيث تتركز هيئات أو منظمات مهنية تعبر عن المصالح المتعلقة بهذا الوسط، ويتوفر لها نفوذ وسلطة مهنية تمكنها من إفراز الأحكام والعادات المهنية، من خلال ما تضعه من تنظيم سليم، وفق وجهة نظرها لجوانب ومتطلبات النشاط التجاري[3]. وهذه العقود التجارية الدولية النموذجية يجري إتباعها بصفة منتظمة ومتواترة، وتأخذ بها مؤسسات التحكيم الدولية[4]، وعلى أساس أن ما تقدمه العقود التجارية الدولية النموذجية من حلول هي الحلول السليمة والمقبولة من طرف جميع الفاعلين التجاريين، وبهذا فالعقود النموذجية تكتسب صفة القاعدة القانونية ذات الأصل العرفي (أو غير التشريعي)، التي لم تقررها سلطة تشريعية[5].

ومن جهة ثانية فهذه الأحكام التي تتضمنها صيغ العقود التجارية الدولية النموذجية، قد تحققت لها فعلا صفة العمومية والعلم المسبق بها، فالواقع يثبت أن المجرى العلمي للنشاط التجاري الدولي يسير وفقا لصيغ العقود التجارية الدولية النموذجية، ولا يقلل من أهمية هذه العقود، أن تجري الإشارة من المتعاملين إلى وثيقة دولية أو أن تستبعد بعض أحكامها، لأن هذه القواعد الواردة في العقد التجاري الدولي النموذجي له صفة القواعد المكملة وأن طبيعة النشاط التجاري الدولي في كثير من الأحيان تقتضي نوعا من المرونة، كما أن المحكم أو القاضي في صدد حكم النزاع التجاري الدولي يستطيع أن يعود إلى العقود التجارية الدولية النموذجية السابقة وأن يطبق بنودها لفض المنازعة المطروحة عليه[6] . وبالتالي فإن العقود التجارية الدولية النموذجية عادة ما تتضمن أحكام معينة لعادات

---

[1]. محمد طارق، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص75.

[2]. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 58.

[3]. محمد طارق، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص76.

[4]. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 381.

[5]. GOLDMAN Berthold, frontière du droit lex mercatoria, op.cit, p390.

[6]. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 382.

التجارة الدولية، وهو ما حقق لها صفة الذيوع والانتشار الفعلي في الأوساط المهنية، حيث أن تكرار إتباعها واستقرار العمل بمقتضيات أهلها لتحقق بذلك صفة العمومية[1].

ومن جهة ثالثة، فإن الجزاء سمة من سمات النظام القانوني وأمر ضروري لكفالة احترام القاعدة القانونية والحفاظ على هيبتها، إلا أن الجزاء عنصر إضافي لفاعلية القاعدة القانونية وليس عنصرا لوجودها، فهناك قواعد قانونية معترف بها، ومع ذلك لا تتمتع بالجزاء الذي يكفل احترامها[2]، ونجد أن العقود التجارية الدولية النموذجية تتضمن جزاءات على من يخالف أحكامها يتفق وخصوصيات المجال الذي تنظمه[3] . وتتنوع الجزاءات المضمنة في العقود التجارية الدولية النموذجية على نحو يتلاءم مع طبيعة أشخاص المجتمع الذي تسود فيه، فهناك جزاءات مالية وأخرى أدبية[4]، ومن أمثلة هذه الجزاءات المالية والأدبية، تقديم كفالة لضمان مصاريف التحكيم أو عدم تنفيذ الحكم[5]، ونشر أسماء الأطراف التي لا تنفذ أحكام التحكيم أو منع الطرف المخالف من العضوية في التجمعات المهنية أو الطائفية وقد تصل إلى حد إسقاط عضويته، أو حرمانه من المشاركة في المعارض الدولية[6]، وكذلك الحرمان من ارتياد البورصات العالمية واللجوء إلى التحكيم مستقبلا[7]، فهذه الجزاءات ذات تأثير حقيقي على سلوك الفاعلين الاقتصاديين الدوليين، إذ أن تلك الجزاءات عندما تطبق تنال من سمعة التجار وتؤثر على الموقف المالي والتجاري داخل الأسواق العالمية[8]. فأطراف العلاقة الاقتصادية الدولية عندما يلجئون إلى تبني أحد العقود التجارية الدولية النموذجية، فإنهم لا ينشئون فحسب قواعد فردية بل يساهمون في تكريس العمل بقواعد قانونية تأطر التجارة الدولية[9]، وبالتالي يتحول الفاعلون التجاريون إلى مهندسي القانون الذي يحكم معاملاتهم في مجال التجارة الدولية[10]. ومما يؤكد هذا الطرح هو أن أطراف النظام القانوني للتجارة الدولية والمتعاملين بآلية العقود التجارية الدولية النموذجية هم أكثر من غيرهم حرصا على تنفيذ قواعدها وكفالة احترامها وتنفيذ الالتزامات الواردة فيها، وذلك ضمانا لسمعتهم التجارية، وهذا ما يظهر في التزامهم بأحكام التحكيم أو أحكام القضاء التي تصدر بصدد منازعات عقود التجارة الدولية[11] .

خاتمة :

ومن خلال ما سبق يتبين بأن العقود التجارية الدولية النموذجية هي قواعد جديدة تنموا يوما بعد يوم، وما التطلع لأن تولد متكاملة ولا يشوبها النقص إلا نوعا من المزايدة غير المنطقية، إذ سيكون مستقبلا لعاملي الوقت

---

[1] . محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 85.

[2] . نرجس البكوري، دور العادات والأعراف في تأصيل قواعد التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 32.

[3] . محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2003، ص 52.

[4] . نادر محمد ابراهيم، مركز القواعد غير الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000، ص 237.

[5] . سعد الدين أحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مرجع سابق، ص 135، الهامش رقم 4.

[6] . محمد أحمد حسن محمود الشربيني، النظام القانوني للعقد الدولي، مرجع سابق، ص 685.

[7] . أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات وعقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق مصر، السنة الجامعية 2000-2001، ص 194.

[8] . أبو العلا علي أبو النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، مرجع سابق، ص 103.

[9] . محمد محسوب عبد المجيد درويش، قانون التجارة الدولي، مرجع سابق، ص 515.

[10] -Mohammed JALAL ESSAID, l'introduction à l'étude de droit ,imprimerie Najah Eljadida, Casablanca,4 éme éd,2010, p86.

[11] . محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 1986، ص 70.

والجهود الدولية الدور الكبير في بناء هذا النظام القانوني المتكامل، فضلا على أن العاملين في حقل التجارة الدولية يظهرون كوحدة متماسكة بدرجة كافية، فهم مرتبطون بعلاقات ومعاملات وثيقة على نحو يجعلهم يشكلون مجتمع دولي حقيقي، كما أن طبيعة القاعدة التشريعية بما تتصف به من عمومية لا يمكنها أن تواجه جميع الحالات المتصور وقوعها عملا، لذلك كانت العقود التجارية الدولية النموذجية أكثر استجابة للواقع العملي الذي يفيد شيوع استخدامها، وإذا سلمنا جدلا بأن هذه العقود لا تتمتع بنظام قانوني متكامل، أفلا يكفي ذلك لحل الكثير من المشاكل الرئيسية الكثيرة كتوفير الوقت والمال للأطراف المتعاقدة وتحقيق الأمان القانوني الذي ينشدونه.

مجلة الفقه والقانون العدد 38 دجنبر 2015

الإجراءات القانونية لتذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية

د. محمد المصطفى ولد أحمد محمود

أستاذ متعاون في كلية العلوم القانونية

والاقتصادية بجامعة انواكشوط -موريتانيا

مقدمة :

يتضمن قرار التحكيم الخلاصة التي تتوصل لها هيئة التحكيم بشأن النزاع المعروض عليها، وهو النتيجة التي يسعى الأطراف لتحقيقها من وراء اختيارهم لفض نزاعهم عن طريق التحكيم، وقد حظيت هذه النتيجة أو الخلاصة في الحقل القانوني بتسميات عدة من أبرزها القرار والحكم، غير أن جانبا من الفقه[1] فضل في التحكيم استخدام كلمة "قرار" تمييزا له عن حكم القضاء.

وبما أن القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية لم يتطرق أي منها – حسب اطلاعي – لتعريف قرار التحكيم، فقد حاول الفقه استدراك ذلك وقدم تعريفات متعددة، لعل أبرزها تعريفه بأنه: "القرار الذي تصدره هيئة أو محكمة تحكيمية مختصة ومشكلة تشكيلا صحيحا في نزاع رفع إليها وفق القواعد الإجرائية المتفق عليها، سواء كان صادرا في موضوع النزاع أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه"[2].

والمقصود في هذا البحث هو قرار التحكيم الفاصل في موضوع النزاع المنهي للخصومة، سواء كان صادراً بإجابة المدعي إلى طلباته كلها أو بعضها أو برفضها جميعاً.

وإذا تقرر أن النتيجة التي يهدف الأطراف للتوصل إليها من خلال عرضهم للنزاع على التحكيم تتمثل في تنفيذ القرار المنهي للخصومة، فإن هذا الأخير لا يكون سندا تنفيذيا إلا إذا تم تذييله بالصيغة التنفيذية من قبل السلطة المختصة بذلك في دولة التنفيذ، التزاما بالمبادئ المتعارف عليها في إطار القانون الدولي الخاص والتي منها مبدأ

---

[1] محمد فاضل الليلي ، الحكم التحكيمي ، مجلة المرافعة ، عدد مزدوج: 19/18 ، نونبر 2008 ، ص: 125

[2] رضوان الكسوسي ، الحكم التحكيمي مشتملاته وتقنياته ، مجلة المغربية ، عدد 117 ، نونبر/ دجنبر 2008 ، ص: 102

خضوع إجراءات التنفيذ لقانون الدولة التي تباشر فيها هذه الإجراءات[1]، أي أن صاحب المصلحة في تنفيذ القرار حال امتناع الطرف الآخر عن تنفيذه يكون ملزما باتباع الإجراءات المنصوص عليها في الدولة المراد تنفيذ قرار التحكيم فيها.

ومن خلال الاطلاع على القانون الموريتاني وبعض القوانين المقارنة يمكن القول بشكل عام إن مسطرة تذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية تنحصر في تقديم طلب بذلك للجهة المختصة به في بلد التنفيذ، فما هي طبيعة طلب الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي؟ ومن يحق له التقدم به؟ وما هي الأوراق التي يتعين إرفاقها به؟ وهل ثمت شروط مرتبطة به يجب إثباتها؟ وإذا كانت ثم فعلى من يقع عبء إثباتها؟ وما هي الجهة المختصة التي يتم تقديم الطلب لها؟ وما هو نطاق سلطتها بشأن تذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية؟ وهل يحق لها مراجعة القرار لتتأكد من صحته أم أنها تكتفي بالرقابة الشكلية عليه؟

هذه الأسئلة يحاول هذا البحث تقديم إجابة لها من خلال تقسيمه لمبحثين يتم تخصيص الأول منهما لـ(**طلب الصيغة التنفيذية وإثبات شروطها**) ويتطرق الثاني لـ(**الجهة المختصة بتذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية وسلطتها**)

المبحث الأول : طلب الصيغة التنفيذية وإثبات شروطها :

يتوقف تذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية على تقديم طلب من المحكوم له مرفقا بالسندات التي يتطلبها القانون في هذا الشأن (المطلب الأول) إضافة لإثبات توافر الشروط اللازمة لذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول : طلب تذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية :

يقتضي تناول طلب تذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية الحديث عن كيفية تقديمه (الفقرة الأولى) ثم التطرق للسندات التي ينبغي إرفاقها به (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : كيفية تقديم طلب تذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية :

يخضع تقديم طلب تذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية – حسب الرأي الراجح في الفقه – لقانون البلد المراد تنفيذه فيه عملا بمبدأ خضوع إجراءات التنفيذ لقانون الدولة التي تباشر فيها هذه الإجراءات، وهذا النهج هو الذي سارت عليه اتفاقية نيويورك؛ التي تركت مهمة تحديد الإجراءات التي يجب اتباعها للاعتراف بقرار التحكيم الأجنبي وتنفيذه لقانون الدولة التي سيجري التنفيذ على إقليمها[2]، وبهذا تكون اتفاقية نيويورك قد أرست مبدأ المعاملة الوطنية في هذا المجال، مما يعني أن الدول الموقعة على هذه الاتفاقية تلتزم بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية وفقا

[1] فؤاد الصفريوي ، نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، في كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة الحسن الثاني ، الدار البيضاء ، السنة الجامعية 1996/1995 ، ص: 278

[2] المستشار خالد أحمد عبد الحميد ، دور القضاء في الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم ، العمل القضائي والتحكيم التجاري ، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى ، العدد 7 ، 2005 ، ص: 67

لقواعد المرافعات السارية فيها دون تمييز، ودون إخضاعها لشروط أكثر تشددا أو لرسوم أكثر تكلفة بدرجة ملحوظة عن الشروط الخاصة بتنفيذ قرارات التحكيم الوطنية[1].

وبرجوعنا إلى القوانين الوطنية في هذا المجال نجدها مختلفة في طريقة تعاطيها مع كيفية تقدم طلب تذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية، ويختلف تصنيفها لهذا الطلب تبعا لذلك؛ فبعض القوانين الوطنية تعتمد تقديم الطلب المذكور وفقا للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، وبعضها الآخر يفضل طريقة تقديمه بعريضة مطلبية تقدم لرئيس المحكمة المختصة، كما أن بعض الدول يختلف الفقه والقضاء فيها بشأن تقديم الطلب آنف الذكر بين قائل بتقديمه مرورا بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، وقائل بتقديمه في عريضة مطلبية لرئيس المحكمة المختصة.

وفي هذا الإطار يقرر القانون الموريتاني اعتماد طريقة تقديم الطلب لرئيس محكمة الولاية التي صدر القرار أو يقع تنفيذه في دائرة اختصاصها معتمدا مبدأ المساواة بين قرارت التحكيم الوطنية والأجنبية فيما يتعلق بالإجراءات اللازمة لتذييلها بالصيغة التنفيذية، حيث أكدت مدونة التحكيم الموريتانية في المادتين 31 و 61 منها أن الحصول على الأمر بتنفيذ قرارات التحكيم يتم عن طريق تقديم طلب بذلك إلى رئيس محكمة الولاية، ولا فرق في ذلك – حسب المادتين المشار إليهما – بين قرارات التحكيم الوطنية[2] والأجنبية[3].

وقد احتدم الخلاف في الفقه والقضاء المغربيين حول الإجراء الذي تطلب به الصيغة التنفيذية لقرار التحكيم في المغرب، بين اتجاه يرى اعتماد الإجراء نفسه المتبع لطلب تنفيذ القرار القضائي الأجنبي والمتمثل في دعوى مرفوعة إلى المحكمة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى العادية، واتجاه يرى الاقتصار فقط على تقديم طلب لرئيس المحكمة الابتدائية للدائرة المراد تنفيذ القرار فيها حسب الأصول المتبعة لطلب تذييل قرار التحكيم الوطني بالصيغة التنفيذية[4]، كما سار الاجتهاد القضائي المغربي هو الآخر في اتجاهات متضاربة، حيث أيد البعض منه معاملة قرارات التحكيم الأجنبية كما تعامل الأحكام القضائية الأجنبية[5]، في حين ذهبت اجتهادات قضائية أخرى إلى أن قرارات التحكيم الأجنبية تعامل معاملة مماثلة لقرارات التحكيم الوطنية وهو ما أكده قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الذي جاء فيه (...أن قانون المسطرة المدنية في باب التحكيم لا يميز بين قرار التحكيم الأجنبي أو الوطني من حيث المسطرة الواجب سلوكها للحصول على الصيغة التنفيذية ...)[6].

وإذا كان القانون الموريتاني وجانب من الفقه والقضاء المغربيين تبنيا طريقة تقديم طلب لرئيس المحكمة (محكمة الولاية بالنسبة للقانون الموريتاني والمحكمة الابتدائية بالنسبة لبعض الفقه والقضاء المغربيين) فإن قوانين بلدان أخرى اتفقت مع الرأي الثاني للفقه والقضاء المغربيين وتبنت تقديم الطلب عن طريق الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، مثل قانون المرافعات في كل من مصر، والكويت، وقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني لسنة 1952،

---

[1] عامر فتحي لابطاينة ، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 2008 ، ص: 249

[2] انظر المادة 31 من مدونة التحكيم الموريتانية ، منشورة في الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية ، عدد: 981 ، بتاريخ 30 أغسطس 2000 ، ص: 479

[3] المادة 61 من مدونة التحكيم الموريتانية ، منشورة في الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية ، مرجع سابق ، ص: 481

[4] فؤاد الصفريوي ، نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب ، مرجع سابق ، ص: 286

[5] جسد هذا التوجه قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الذي ذهب إلى (... أن قانون المسطرة المدنية المغربي يعتبر قرار التحكيم حكما، وبالتالي فهو لا يكتفي بإلحاقه بالأحكام من حيث الوصف وإنما يعتد به من ناحية آثاره كحكم لا كاتفاق...)

[6] قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ: 21/ ماي 1985 منشور بالمجلة المغربية للقانون عدد 126، لسنة 1996 ، ص: 241

حيث قرر كلل من قانون المرافعات في الكويت ومصر أن تذييل قرارات التحكيم بالصيغة التنفيذية تبدأ إجراءاته برفع الدعوى أمام المحكمة المختصة وهي المحكمة الكلية في القانون الكويتي والمحكمة الابتدائية في القانون المصري، بناء على طلب المدعي (طالب التنفيذ) بصحيفة تودع قلم كتابتها، ويجب أن تتضمن الصحيفة بيانات معينة نصت عليها المادتان 45 مرافعات كويتي و63 مرافعات مصري[1]، وفي الاتجاه ذاته ذهب قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني لسنة 1952 فيما يتعلق بالقرارت الأجنبية؛ حيث نص في المادة الرابعة منه على أنه "تقام الدعوى بطلب تنفيذ قرار أجنبي باستدعاء يقدم إلى محكمة البداية التي يقيم المحكوم عليه ضمن صلاحياتها"[2]، ولم يبتعد القانون السعودي عن هذا التوجه حيث أقر إجراء رفع الدعوى كذلك بالنسبة للقرارات التحكيمية التي يتم تنفيذها في المملكة العربية السعودية، إلا أن القانون السعودي يشترط لتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية على الأراضي السعودية أن تكون الدولة التي صدر فيها القرار قد ذيلته بالصيغة التنفيذية[3].

ويشترط لرفع دعوى تذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية ما يشترط لرفع الدعوى عادة من توافر المتقدم بها على الأهلية، والصفة، والمصلحة، مع الإشارة إلى أن الأطراف في هذه الدعوى هم الأطراف الأصليون الذين كانوا في الخصومة أمام هيئة التحكيم أو من حل محلهم كالورثة أو السنديك بالنسبة لكتلة الدائنين، مما يترتب عليه عدم قبول التدخل في دعوى تذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية [4].

وتجدر الإشارة هنا أنه لا خلاف حول جواز اللجوء إلى التحكيم إذا تعلق النزاع بأشخاص القانون الخاص، طبيعيين كانوا أو معنويين، وهو ما يعني أنه يستوي فيمن له الحق في طلب تنفيذ قرار التحكيم أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا ما دام خاصا[5]، لكن الأمر ليس كذلك بالنسبة للشخص المعنوي العام، إذ ثار جدل فقهي كبير حول ما إذا كان الشخص المعنوي العام بإمكانه تقديم طلب لتذييل قرارات التحكيم بالصيغة التنفيذية أم لا؟[6].

ولعل الجدل الفقهي الذي ثار في هذه المسألة كان سببا في اختلاف مواقف التشريعات الوطنية فيها، حيث يمنع التشريعات الشخص العام من اللجوء إلى التحكيم ولا يجيز له ذلك في مجال التجارة الداخلية إلا بشروط مشددة، وبعضها الآخر – وهو الأغلب – لا يفرق في جواز اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بين الأشخاص الخاصة والأشخاص المعنوية العامة، وأخذا بهذا الغالب يمكن القول بأنه يستوي في اللجوء إلى السلطة القضائية الوطنية المختصة لطلب تذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية أن يكون طالب التنفيذ شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا من أشخاص القانون الخاص أو من أشخاص القانون العام، وهذا هو التوجه الذي سار عليه المشرع الموريتاني إذ أنه أجاز للدولة والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها إبرام اتفاق التحكيم في النزاعات الناتجة عن علاقات دولية ذات طابع اقتصادي أو تجاري أو مالي[7]، وما دام الأمر كذلك فإن القاعدة العامة تقرر أن "الفرع يتبع الأصل" وبناء عليه

---

[1] حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنه) ، دار الكتاب القانونية ، مصر 2006 ، دون ذكر الطبعة ، ص: 580 و 581

[2] عامر فتحي لابطاينة ، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص: 236و237

[3] محمد المصطفى ولد أحمد محمود ، حجية وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ، رسالة لنيل شهادة الماستر في قوانين التجارة والأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة محمد الأول ، وجده ، 2010 ، ص: 62

[4] فؤاد الصفريوي ، نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب ، مرجع سابق ، ص: 288

[5] حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنه) ، مرجع سابق ، ص: 572

[6] محمد ولد الشيخ ، تنفيذ قرارات التحكيم التجاري في القانون الموريتاني ، رسالة لنيل دبلوم في الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ، في كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، بجامعة محمد الأول في وجده ، السنة الجامعية 2007/2006 ، ص: 102

[7] انظر: المادة 8 من مدونة التحكيم الموريتانية ، منشورة في الجريدة الرسمية ، مرجع سابق - ص: 478

عليه تكون مدونة التحكيم الموريتانية قد أجازت للدولة والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها تقديم طلب للحصول على الصيغة التنفيذية لقرارات التحكيم المتعلقة بالنزاعات المشار إليها في المادة الثامنة منها، وفي الاتجاه ذاته سار قانون المرافعات في كل من الكويت ومصر[1] إذ لم يفرق أي منهما بين ما إذا كان طلب الأمر بالتنفيذ مقدما من شخص طبيعي أو معنوي خاص أو عام.

الفقرة الثانية : السندات التي ترفق بطلب الصيغة التنفيذية :

يتوقف تذييل قرارات التحكيم بالصيغة التنفيذية على تقديم طلب بذلك من صاحب المصلحة يحتوي على سندات وبيانات يحددها قانون الدولة التي يراد تنفيذ القرار على إقليمها، والتشريعات الوطنية بهذا الخصوص لا يوجد اختلاف كبير بينها، إذا ما استثنينا الخلاف الحاصل في الطريقة التي يقدم بها الطلب إلى الجهة المختصة بالتنفيذ، أما ما سوى ذلك فإن التشريعات الوطنية تكاد تتفق بشأنه؛ إذ أنها في أغلبها تقر ما تضمنته المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك، والتي تتضمن مجموعة من الشروط الشكلية فيما يتعلق بطلب تذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية يجب على طالب التنفيذ استيفاؤها حتى يمكن النظر في طلبه[2]، وهذه الشروط مفادها أن من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما في المادة الثالثة عليه أن يقدم مع الطلب :

1) أصل القرار التحكيمي الرسمي أو صورة منه تتوافر فيها الشروط المطلوبة لرسمية السند.
2) أصل اتفاق التحكيم أو صورة منه تتوافر فيها الشروط المطلوبة لرسمية السند.
3) ترجمة رسمية للسند أو الاتفاق إلى لغة الدولة المطلوب إليها التنفيذ على إقليمها إذا كانا محررين بغير هذه اللغة، ويشهد على هذه الترجمة مترجم رسمي أو محلف أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي.[3]

فهذه الشروط هي ذاتها التي تنص عليها القوانين الوطنية في كثير من الدول وكمثال على ذلك نصت مدونة التحكيم الموريتانية في الفقرة الثانية من المادة 61[4] على أنه : "على الطرف الذي يستند إلى قرار تحكيم أو يقدم طلبا لتنفيذه أن يقدم :

- أصل القرار المشهود بصحته على الوجه الصحيح أو صورة منه مطابقة للأصل.
- واتفاق التحكيم الأصلي المشار إليه في المادة 46[5] من هذه المدونة أو صورة منه مطابقة للأصل.
- وتكون الوثيقتان المذكورتان مرفقتين عند الاقتضاء بترجمة رسمية لهما إلى اللغة العربية".

---

[1] حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنه) ، مرجع سابق ، ص: 572 و 573

[2] عبد الطيف مشبال ، الرقابة القضائية اللاحقة على صدور الحكم التحكيمي والتفاقية نيويورك ، مساهمة في ندوة بعنوان: قضايا الاستثمار والتحكيم من خلال توجهات المجلس الأعلى ، الندوة الجهوية الرابعة سنة 2007 ، ص: 151

[3] المستشار خالد أحمد عبد الحميد ، دور القضاء في الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم ، العمل القضائي والتحكيم التجاري ، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى ، العدد 7 ، 2005 ، ص: 69

[4] انظر: مدونة التحكيم الموريتانية ، منشورة في الجريدة الرسمية ، مرجع سابق ، ص: 481

[5] تنص الفقرة الأولى من المادة 46 من مدونة التحكيم الموريتانية على أنه: "تبت هيئة التحكيم في اختصاصها وفي أي اعتراض يتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم المدرج في العقد على أنه اتفاق مستقل عن شروطه الأخرى، والحكم ببطلان العقد من طرف هيئة التحكيم لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".

ويؤدي تخلف أي من هذه الوثائق إلى إمكانية رفض تذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية، وفي هذا المضمار جاء قرار الغرفة التجارية بمحكمة ولاية نواكشوط، الصادر بتاريخ 2004/06/24 حيث نص في حيثياته على ما يلي: "...وحيث إن مقدم الطلب أرفقه بأصل القرار التحكيمي مع ترجمته إلى اللغة العربية، وأغفل تقديم أصل اتفاق التحكيم الذي يحتوي على شرط التحكيم أو صورة منه مطابقة للأصل مع ترجمتها إلى اللغة العربية طبقا لما تقضي به المادة 61 من مدونة التحكيم الموريتانية، مما يتعين معه التصريح بعدم قبول طلبه..."[1].

وعلى الرغم من أن غالبية القوانين الوطنية تشترط لتذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية الشروط المذكورة آنفا، فإن ذلك لم يمنع من شذوذ بعضها عن هذا التوجه إذ نجد من بين القوانين الوطنين من لا يدرج أصل اتفاق التحكيم أو صورة مصدقة منه مع ترجمتها إذا كان القرار بغير اللغة العربية؛ نلمح ذلك في نص المادة 6 من القانون الأردني لتنفيذ الأحكام الأجنبية التي جاء فيها أنه "يترتب على المحكوم له أن يقدم إلى المحكمة صورة مصدقة عن القرار المطلوب تنفيذه مع صورة مصدقة عن ترجمتها إذا كان القرار بغير اللغة العربية وصورة أخرى لتبليغها للمحكوم عليه"[2] كما نلاحظ أن القانون السعودي يشترط إضافة إلى الشروط الواردة في اتفاقية نيويورك أن يكون قرار التحكيم مذيلا بالصيغة التنفيذية من المحكمة المختصة في الدولة التي صدر فيها، وهو أمر يرجعه البعض إلى التشدد الذي يطبع نص المادة 1/5 من اتفاقية جامعة الدول العربية فيما اقتضته من وجوب اشتمال الصورة الرسمية للقرار على الصيغة التنفيذية التي تضعها السلطة المختصة في الدولة التي صدر فيها القرار، وهذا الشرط لم يفلت من سهام النقد لما يترتب على إعماله من كلفة ومشقة ومضيعة للوقت، مع أنه يسبب ازدواج الإجراءات حيث يطلب المحكوم له من السلطة المختصة في الدولة التي صدر فيها القرار تذييله بالصيغة التنفيذية، في الوقت الذي لا يطلب فيه التنفيذ إلا على إقليم دولة أخرى مما يقتضي تقديمه مرة أخرى إلى السلطة المختصة في الدولة الأخيرة بطلب تزويد القرار بأمر التنفيذ[3]، أضف إلى ذلك أن الخطاب الذي تضمنته الصيغة التنفيذية لا يعدو أن يكون خطابا موجها إلى السلطة المختصة بالتنفيذ الجبري في الدول الأجنبية التي صدر فيها القرار وليس خطابا موجها إلى السلطة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ في الدولة التي يطلب إليها التنفيذ[4]، وهي سلطة وطنية وليست مكلفة بالامتثال لذلك الخطاب الصادر من سلطة أجنبية.

المطلب الثاني : إثبات شروط منح الصيغة التنفيذية :

يقتضي العمل بالقاعدة العامة في مجال الإثبات القول إن عبء إثبات الشروط الأساسية اللازمة لتذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية يقع على عاتق المدعي أي طالب الصيغة التنفيذية، وذلك على اعتبار أن هذا الأخير هو الذي يدلي بالقرار وهو صاحب المصلحة في تذييله بالصيغة التنفيذية، وبناء على ذلك يكون من الطبيعي تحميله عبء إثبات توافر الشروط المطلوبة لإجابة طلبه، لأن ذلك هو الذي ينسجم في واقع الأمر مع القاعدة العامة المقررة في مجال الإثبات والتي تلقي بالبينة على المدعي.

---

[1] حكم صادر عن الغرفة التجارية بمحكمة ولاية نواكشوط، في القضية رقم: 32/04 تاريخ 2004/06/24 أورده محمدو ولد الشيخ في بحث "تنفيذ قرارارت التحكيم التجاري في القانون الموريتاني" مرجع سابق ، ص: 102

[2] عامر فتحي لابطاينة ، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص: 236

[3] حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنه)، مرجع سابق ، ص: 584

[4] حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنه) ، مرجع سابق ، ص: 585

مسايرة على ما يبدو لهذا الاتجاه ذهبت بعض الاتفاقيات الدولية إلى تحميل طالب التنفيذ عبء إثبات الشروط الواجب توافرها في قرار التحكيم المطلوب تنفيذه وإثبات صحتها[1]، من تلك الاتفاقيات مثلا نذكر اتفاقية جنيف الخاصة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية التي أوجبت على من يتقدم بطلب تنفيذ قرار تحكيمي خاضع لنطاق تطبيقها أن يدلي بوثائق ومعلومات من شأنها إثبات توافر شروط صحة القرار فألزمت طالب التنفيذ بإقامة الدليل – إذا ما اقتضى الأمر ذلك – على أن :

1 – هذا القرار قد صدر في دولة من الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية وأن طرفي التحكيم خاضعان لقضاء هذه الدولة المتعاقدة.

2 – أن يكون القرار قد صدر على أثر اتفاق تحكيم (شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم) صحيح طبقا للقانون الواجب التطبيق عليه.

3 – أن القرار قد صدر من قبل محكمة تحكيمية شكلت تشكيلا صحيحا طبقا لاتفاق الأطراف وحسب ما تقضي قواعد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم[2].

فطالب التنفيذ – حسب هذا الرأي – عليه أن يثبت أن القرار المراد تنفيذه قد أصبح نهائيا وقابلا للتنفيذ، وأنه قد صدر بناء على اتفاق تحكيم صحيح، وأن تشكيل محكمة التحكيم كان مطابقا لاتفاق الأطراف، أو عند الاقتضاء طبقا للقانون الواجب التطبيق، وأنه قد صدر وفق إجراءات صحيحة، واستوفى كافة الضمانات المتعلقة بحقوق الدفاع إلى غير ذلك من الشروط[3].

والواقع أن طلب إقامة الدليل على ثبوت هذه الأمور بهذه الطريقة من شأنه أن يفسح مجالا رحبا أمام الطرف الآخر، أي الطرف الذي صدر القرار في غير مصلحته لإثارة الطعون ووضع العقبات والعراقيل أمام تنفيذ القرار التحكيمي، لذا فقد أحسنت اتفاقية نيويورك صنعا عندما أزاحت بصفة عامة هذه الأعباء عن كاهل طالب التنفيذ، فيكفي في ظل اتفاقية نيويورك أن يقدم طالب التنفيذ نص قرار التحكيم واتفاق التحكيم أو صورة معتمدة منهما لكي يفترض أن هذا القرار صحيحا ونهائيا وواجب التنفيذ[4]، والسبب في ذلك أن إلقاء عبء إثبات كافة الشروط المطلوبة لتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي على عاتق طالب التنفيذ غالبا ما يؤدي إلى عجز هذا الأخير عن القيام بذلك، الأمر الذي يترتب عنه في كثير من الحالات رفض طلبه الرامي إلى تنفيذ القرار[5]، ولعل هذا هو ما دفع اتفاقية نيويورك إلى عدم وضع اشتراط إثبات كون القرار التحكيمي قد صدر نهائيا ضمن الالتزامات الملقاة على عاتق طالب التنفيذ، كما أنها أغفلت ما ذهبت إليه اتفاقية جنيف من إلزام طالب التنفيذ بإقامة الدليل – إذا ما اقتضى الأمر ذلك – على صحة شروط القرار التحكيمي[6]، وفتحت المجال أمام الخصم الذي يريد أن يعترض على التنفيذ ليثبت توافر إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة الخامسة من الاتفاقية، فإذا تمكن من هذا وأفلح فإن ذلك يؤدي

---

[1] فؤاد الصفريوي ، نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب ، مرجع سابق ، ص: 299

[2] عبد الطيف مشبال ، الرقابة القضائية اللاحقة على صدور الحكم التحكيمي والتفاقية نيويورك ، مرجع سابق ، ص: 252

[3] فؤاد الصفريوي ، نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب ، مرجع سابق ، ص: 300

[4] عبد الطيف مشبال ، الرقابة القضائية اللاحقة على صدور الحكم التحكيمي والتفاقية نيويورك ، مرجع سابق ، ص: 252

[5] فؤاد الصفريوي ، نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب ، مرجع سابق ، ص: 300

[6] عبد الطيف مشبال ، الرقابة القضائية اللاحقة على صدور الحكم التحكيمي والتفاقية نيويورك ، مرجع سابق ، ص: 251

إلى رفض طلب الأمر بالتنفيذ، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الاتفاقية المشار إليها والتي جاءت تقضي بأنه: "لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ القرار بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالقرار إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليه الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

أ- إن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه القرار .

ب- أن الخصم المطلوب تنفيذ القرار عليه لم يعلن إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه .

ج- أن القرار فصل في نزاع وارد في مشارطة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودها فيما قضى به . ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من القرار الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء القرار الغير متفق على حلها بهذا الطريق.

د- أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

هـ- أن القرار لم يصبح ملزما للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة فى البلد التي صدر فيها أو بموجب قانونها صدر القرار "[1].

وهذا يعتبر من أهم ما جاءت به اتفاقية نيويورك، ذلك أنها قلبت قواعد الإثبات، بنصها على عدم جواز رفض الاعتراف بالقرار التحكيمي الأجنبي وتنفيذه ما لم يقدم المنفذ عليه للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ دليلا أو إثباتا يهدم القرار التحكيمي، وقد حددت هذه الحالات على سبيل الحصر، فأصبح القرار التحكيمي قائما بذاته يحمل طابع التنفيذ، ولا يشترط فيمن يطلب تنفيذه إلا إرفاق المستندات المطلوبة[2].

وهكذا يتبين من خلال نص الفقرة الأولى من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك أن هذه الاتفاقية قد جعلت تنفيذ القرار هو الأصل، ويكون على الخصم الذي يعترض على هذا التنفيذ، أن يقيم الدليل على وجود حالة من الحالات المؤدية إلى رفضه حسب ما هو مقرر في المادة الخامسة المشار إليها.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه إذا كان الاتجاه الأول يميل إلى إلقاء عبء إثبات شروط الأمر بالتنفيذ على المحكوم له، والاتجاه الثاني ينحو نحو فرض الدليل على المحكوم عليه على النمط الذي بينا، فإن هناك اتجاها ثالثا تأخذ به بعض التشريعات يمثل حدا وسطا بين الاتجاهين السابقين، وهو الاتجاه الذي يعتمد مسطرة يواجه فيها بين الطرفين وتتم من

[1] السيد طارق مجاهد ، مقال بعنوان: اتفاقية نيويورك والاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه ، منشور بتاريخ 30،08،2010 على موقع: http://www.elssafa.com/vb/showthread.php?p=27374

[2] عامر فتحي لابطاينة ، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص: 250

خلالها مناقشة شروط الصيغة التنفيذية بحضور الطرفين معا، ومن خلال هذه المناقشة التي يجريها قاضي التنفيذ مع الخصمين يخرج بقناعة حول صحة القرار أو عدم صحته[1]، وعلى إثر ذلك يصدر أمره بالتنفيذ أو يحجم عن ذلك.

وإذا كان إثبات شروط الصيغة التنفيذية ثار جدلا بشأن الطرف الذي يلزم به، فإن الجهة المختصة بمنحها لم تسلم هي الأخرى من الجدل بخصوص تشكلتها، ومدى السلطات المخولة لها، وهذا ما سنتطرق له في المبحث الموالي.

المبحث الثاني : الجهة المختصة بمنح الصيغة التنفيذية وسلطتها :

تعتبر الجهة المختصة بمنح الصيغة التنفيذية لقرار التحكيم مثار جدل فقهي بين من يقصرها على رئيس المحكمة، ومن يرى بأنها هي المحكمة بكامل تشكلتها، كما أن السلطة المخولة لهذه الجهة لم تسلم هي الأخرى من وجود جدل بشأنها، حيث يرى البعض أنها تقتصر على رقابة شكلية، بينما يرى البعض الآخر أن من حق هذه الجهة القيام بمراجعة القرار، وبناء على ما تقدم سأتعرض في هذا المطلب للجهة المختصة بمنح الصيغة التنفيذية (المطلب الأول) على أن أتناول السلطة المخولة لها بهذا الشأن في (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الجهة المختصة بمنح الصيغة التنفيذية :

تكمن فائدة قرار التحكيم في حسمه للنزاع الدائر بين أطرافه غير أن تلك النتيجة إذا امتنع المحكوم ضده من تنفيذها تظل حبرا على ورق ما لم يتم تحويل القرار التحكيمي لسند تنفيذي عن طريق تذييله بالصيغة التنفيذية من طرف الجهة المختصة بذلك في بلد التنفيذ، وذلك على اعتبار أن قوة قرار المحكمين لا يستمدها من صدوره فحسب بل لا بد من تذييله بالصيغة التنفيذية، ومنح القاضي لهذه الأخيرة يفسر بأنه تدخل لإعطاء الرسمية لقرار المحكمين، إذ أن هذا الأخير يعد قضاء خاصا لا يستمد أية قوة من السلطة العامة، والصيغة التنفيذية هي التي ترفعه إلى مرتبة قرارات المحاكم[2]، وتختلف الجهة المختصة بمنح الصيغة التنفيذية لقرارات التحكيم تبعا لموقف كل تشريع من التعامل مع تلك القرارات، فالتشريعات التي تعامل هذه القرارات معاملة الأحكام القضائية الأجنبية، تكون الجهة المختصة بالنسبة لها بإصدار الأمر بتنفيذ تلك القرارات هي المحكمة بكامل تشكلتها، أما التشريعات التي تعاملها معاملة قرارات التحكيم الداخلية، فإن الجهة المختصة بالنسبة لها تتمثل في رئيس المحكمة وحده[3]، مع العلم أن بعض التشريعات يجعل إصدار الأمر بالتنفيذ من اختصاص قاضي التنفيذ كما هو الحال في القانون الفرنسي[4]، حيث إنه بموجب تعديل قانون الإجراءات رقم 650 لسنة 1991 نص هذا الأخير على أن قاضي التنفيذ هو الجهة المختصة[5]، وفي بعض الأحيان يناط هذا الاختصاص في قوانين وطنية أخرى كقانون المرافعات الإيطالي لعام 1942 بمحكمة الاستئناف التي يقع في دائرتها محل التنفيذ، بل إن بعض القوانين مثل القانون السويدي والفنلندي تجعل الأمر بتنفيذ هذه القرارات من اختصاص موظف إداري[6].

---

[1] فؤاد الصفريوي ، نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب ، مرجع سابق ، ص: 301

[2] مقال ، محمد فاضل الليلي ، الندوة الجهوية الحادية عشر بالعيون 2007/02/01 الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى ، ص: 276

[3] محمدو ولد الشيخ ، تنفيذ قرارات التحكيم التجاري في القانون الموريتاني ، مرجع سابق ، ص: 106و107

[4] حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنه) ، مرجع سابق ، ص: 577

[5] محمدو ولد الشيخ ، تنفيذ قرارات التحكيم التجاري في القانون الموريتاني ، مرجع سابق ، ص: 108

[6] حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنه) ، مرجع سابق ، ص: 577

والحقيقة أن هناك تلازما بين إجراء طلب تذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيية والجهة المختصة به، فإذا قلنا إن الإجراء الذي يطلب به الأمر بالتنفيذ يتمثل في العريضة أو الطلب، فإن هذا يفضي إلى القول بأن الجهة المختصة تتمثل في هذه الحالة في رئيس المحكمة المختصة، وعلى النقيض من ذلك إذا تقرر أن الإجراء الذي يطلب به منح الصيغة التنفيذية هو الدعوى، فإن ذلك يؤدي بالضرورة إلى القول بأن الجهة المختصة تكون في هذه الحالة هي المحكمة بتشكلتها العادية[1]، ولعل هذا الخلاف الحاصل على مستوى التشريعات الوطنية فيما يتعلق بالجهة المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ قرارات التحكيم والإجراءات الواجب اتباعها أمامها؛ هو ما فرض على الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية الإحالة فيما يتعلق بتلك الإجراءات والجهة المخولة بمنح قرار التحكيم الصيغة التنفيذية إلى القانون الوطني في الدولة التي يراد تنفيذ القرار فيها، وهو ما تم بالفعل حيث أصبح من المقرر أن الاختصاص بطلب تنفيذ قرارات التحكيم وكذا الإجراءات القضائية الواجب اتباعها من أجل إصدار الأمر بالتنفيذ يعد من الأمور الخاضعة للقانون الوطني للدولة التي سينفذ قرار التحكيم فيها[2]، وذلك فيما يبدو إعمالا للمبدأ العام الذي تم تبنيه من طرف الاتفاقيات الدولية والقاضي بإخضاع قواعد المرافعات لقانون القاضي في دولة التنفيذ[3]، ويعلل ذلك بأن القاضي الوطني هو المختص بإعطاء الأحكام – مهما كان مصدرها – الصيغة التنفيذية، كما أن تنفيذ ما تأمر به المحاكم الأجنبية مباشرة يتعارض مع سلطة الدولة وسيادتها لأن الدولة هي وحدها التي تصدر أوامر تنفيذ الأحكام على إقليمها، فلا بد إذن من أن يعطي القاضي الوطني الأمر بتنفيذ القرارات الأجنبية قضائية كانت أم تحكيمية عن طريق تذييلها بالصيغة التنفيذية [4]، وفي هذا الإطار يتفق قانون المرافعات في كل من الكويت ومصر بشأن تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية وذلك بتقديم "طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى"[5] ويلاحظ في هذا الصدد أن قرارات القضاء المغربي وإن كانت قد عرفت خلال فترة من الزمن بعض التردد بشأن تحديد الإجراءات التي يخضع لها تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي، إلا أنها بدأت تستقر في السنوات الأخيرة على اتجاه معين يتمثل في تشبيه قرارات التحكيم الأجنبية بقرارت التحكيم الوطنية وإخضاعها للإجراءات التي تخضع لها هذه الأخيرة، ومن جملتها تحديد السلطة المختصة بمنح الصيغة التنفيذية، وبالفعل إذا استثنينا قرارا صادرا عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 10 يوليو 1975 الذي أعطى اختصاص النظر في طلب الأمر بتنفيذ قرار تحكيم أجنبي للمحكمة فإن الاتجاه الذي أخذته بعد ذلك مختلف الأحكام والقرارات الصادرة في الموضوع تصب جميعها في الاتجاه الآخر الذي يمنح هذا الاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية بصفته هذه وليس للمحكمة في شكلها العادي[6].

أما القانون الموريتاني فقد قرر مبدأ المساواة بين قرارات التحكيم الأجنبية والوطنية فيما يتعلق بالجهة المختصة بمنح الصيغة التنفيذية والإجراءات المتبعة أمامها، حيث جاء في المادة 61 من مدونة التحكيم الموريتانية "...وينفذ بناء على طلب يقدم لرئيس محكمة الولاية ..."، وهنا لا بد من إبداء ملاحظة حول منح المدونة الموريتانية الاختصاص لرئيس محكمة الولاية، وهي أنه كان أولى بالمدونة أن تمنح هذا الاختصاص لرئيس الغرفة التجارية التي كانت موجودة زمن

---

[1] فؤاد الصفريوي ، نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب ، مرجع سابق ، ص: 291

[2] محمد المصطفى ولد أحمد محمود ، حجية وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ، مرجع سابق ، ص: 72

[3] محمدو ولد الشيخ ، تنفيذ قرارات التحكيم التجاري في القانون الموريتاني ، مرجع سابق ، ص: 108

[4] محمد المصطفى ولد أحمد محمود ، حجية وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ، مرجع سابق ، ص: 72

[5] حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنه) ، مرجع سابق ، ص: 577

[6] فؤاد الصفريوي ، نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب ، مرجع سابق ، ص: 292و293

صدور المدونة لأن أغلب الحالات التي يلجأ أطراف النزاع فيها إلى التحكيم تتعلق بالمعاملات التجارية، وهو ما يعني أنه من الضروري أن تكون الجهة المختصة بمنح الصيغة التنفيذية لقرار التحكيم مختصة بالشأن التجاري، ومن هذا المنطلق يكون من الضروري إجراء تعديل على المدونة يكون بموجبه منح الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية من اختصاص رئيس المحكمة التجارية[1] فذلك في رأيي أنسب وأكثر فاعلية للتحكيم.

المطلب الثاني : سلطة الجهة المختصة بمنح الصيغة التنفيذية :

يثور إشكال قانوني يتعلق بمدى سلطة الجهة المختصة بمنح الصيغة التنفيذية لقرارات التحكيم – بغض النظر عن ما إذا كانت هي رئيس المحكمة، أم هي المحكمة بكامل تشكلتها – هذا الإشكال يتعلق بما إذا كانت الجهة المختصة يحق لها إعادة النظر في تلك القرارت أم أن سلطتها تقتصر فقط على مراقبتها ولا تشمل إمكانية إعادة النظر فيها؟

معالجة هذا الإشكال القانوني تتطلب الانطلاق أولا من تحديد ما إذا كان القانون الوطني للدولة المراد تنفيذ قرار التحكيم فيها تأخذ بنظام المراجعة أم أنها تكتفي فقط بنظام المراقبة؟ لأن نظام المراجعة يقوم على إعطاء الجهة المختصة بمنح الصيغة التنفيذية لقرارات التحكيم الحق في مراجعة جوهر قرار التحكيم من حيث الموضوع، للتحقق مما إذا كانت هيئة التحكيم التي أصدرته قد راعت جملة من الأمور من أبرزها: اتفاق التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على كل من موضوع النزاع وإجراءات التحكيم، الأمر الذي لا يمكن أن يتأتى دون مراجعة الموضوع الذي بت فيه قرار التحكيم إضافة إلى الأسباب التي عليها بنت هيئة التحكيم قرارها[2]، ففي ظل نظام المراجعة لا تقتصر سلطة الجهة المختصة على التحقق من توفر القرار على الشروط الأساسية المطلوبة لتنفيذه وإنما تمتد سلطتها إلى مراجعته من ناحية الموضوع، فيكون لها أن تتعرض للوقائع وأن تنظر في مدى صحة تطبيق القانون بل لها أحيانا أن تدخل إلى مضمون القرار فتعيد تقدير مبدأ التعويض المحكوم به، أو تفسير العقد مثار النزاع، أو أن تعيد النظر في قوة دليل استعمل في الإثبات أو ما إلى ذلك[3].

لكن نظام المراجعة هذا على الرغم من وجاهة بعض الحجج التي يرتكز عليها فإنه قد تعرض لنقد شديد من قبل بعض من الفقه، قائلين إنه يؤدي إلى إفراغ مبدأ اكتساب قرار التحكيم لحجية الشيء المقضي به بمجرد صدوره – والذي تم تبنيه من الكثير من التشريعات – من محتواه، هذا بالإضافة إلى أنه قد يفتح الباب أمام إعادة تفسير العقد الأصلي محل النزاع وما قد ينجم عن ذلك من مراقبة أدلة الثبوت وتقدير الضرر،[4] ونتيجة لهذا النقد الوجيه الذي وجهه الفقه في فرنسا وفي غيرها من البلدان لنظام المراجعة، فقد تم العدول عنه بهدف استعاضته بنظام أكثر مرونة هو نظام المراقبة الذي تعتنقه في الوقت الحاضر غالبية عظمى من التشريعات وتأخذ به سائر الاتفاقيات،[5] وهو نظام نظام يجعل دور الجهة المختصة بمنح الصيغة التنفيذية لقرارات التحكيم مقتصرا على مجرد مراقبة شكلية وخارجية للقرار، وذلك بالقدر الذي يكفي للتحقق من توافر الشروط التي تسمح بمنح قرارات التحكيم الصيغة التنفيذية

[1] في الوقت الذي صدرت فيه مدونة التحكيم الموريتانية عام 2000 كانت توجد غرف تجارية هي المختصة بالشؤون التجارية وفي عام 2006 تم استحداث المحاكم التجارية وحلت محل الغرف التجارية التي كانت موجودة قبلها

[2] محمدو ولد الشيخ ، تنفيذ قرارات التحكيم التجاري في القانون الموريتاني ، مرجع سابق ، ص: 109

[3] فؤاد الصفريوي ، نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب ، مرجع سابق ، ص: 295

[4] محمدو ولد الشيخ ، تنفيذ قرارات التحكيم التجاري في القانون الموريتاني ، مرجع سابق ، ص: 109

[5] فؤاد الصفريوي ، نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب ، مرجع سابق ، ص: 296

وانتفاء موانع ذلك[1]، وهو ما يعني أن نظام المراقبة لا يسمح للجهة المختصة بمنح الصيغة التنفيذية بالتعرض لجوهر النزاع الذي بت فيه القرار ولا إعادة تقدير الوقائع أو البحث في ملائمة تعليل قرار التحكيم...[2].

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن "الأمر الصادر بتنفيذ قرار المحكم – والذي يعتبر بمقتضاه واجب التنفيذ – يقصد به مراقبة عمل المحكم قبل تنفيذ قراره من حيث التثبت من وجود مشارطة التحكيم، وأن القرار قد راعى الشكل الذي يتطلبه القانون سواء عند الفصل في النزاع أو عند كتابة القرار دون أن يخول للقاضي الفصل في القرار من الناحية الموضوعية، ومدى مطابقته للقانون... "[3].

فلا يملك رئيس المحكمة المختصة حق النظر في النزاع وإنما تتحدد مهمته في مباشرة رقابة خارجية للشروط الواجب توافرها فيصدر أمره بالتذييل بالتنفيذ أو يمتنع عن ذلك، دون أن تمتد سلطته لأبعد من ذلك، وفي هذا الاتجاه رفض قرار للمجلس الأعلى في المملكة المغربية نقض قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الذي ذهبت فيه إلى استبعاد النظر في مسألة التقادم لما يتطلبه ذلك من نظر لجوهر النزاع[4]، وتتحدد سلطة القاضي المصري بخصوص تنفيذ قرارات التحكيم أساسا بالرقابة الخارجية على القرار من ناحية الشكل والإجراءات، فلا تمتد إلى موضوع القرار إلا للتحقق من عدم تعارضه مع قرار سابق صادر عن القضاء المصري أو مخالفته للنظام العام في مصر.

لكن هذه السلطة يمكن أن تتجاوز ذلك إلى النظر في موضوع القرار ذاته نظرا لأخذ المشرع المصري بمبدأ المعاملة بالمثل[5]، أما القانون السعودي فإنه يلزم القاضي الوطني أن يتأكد قبل منح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي الأجنبي أن هذا الأخير قد روعيت عند صدوره الإجراءات التي يحددها نظام التحكيم في تلك الدولة وأنه قد تم تذييله بالصيغة التنفيذية التي تعتمدها أنظمة الدولة الأجنبية، وعليه أخيرا أن يتأكد من عدم وجود ما يتعارض مع الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية وإذا ما وجد في القرار ما يخالف ذلك قام باستثنائه من التنفيذ وأصدر أمره بتنفيذ باقي البنود التي يشملها القرار.

ولا يعني ما سبق أن القاضي عند قيامه بتذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية يبحث في موضوع النزاع ويدقق فيه، فهذا ليس من اختصاصه حتى ولو كان القرار محليا صادرا في المملكة العربية السعودية، بل يقتصر دوره على التحقق فقط من صحة القرار من الناحية الشكلية وخلوه مما يمنع منحه الصيغة التنفيذية[6].

---

[1] محمد المصطفى ولد أحمد محمود ، حجية وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ، مرجع سابق ، ص: 74

[2] آمال أحمد الفزايري ، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، مرجع سابق ، ص: 135 وعبد الحميد المنشاوي ، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية ، طبعة 1995 (دون ذكر مؤسسة النشر) ص: 79 ومحمدو ولد الشيخ ، تنفيذ قرارات التحكيم التجاري في القانون الموريتاني ، مرجع سابق ، ص: 110

[3] آمال أحمد الفزايري ، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، مرجع سابق ، ص: 136

[4] السيد عبد الرحمن المصباحي ، التحكيم من خلال العمل القضائي للمجلس الأعلى ، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى ، العدد 2005/7 ص:134 ، والقرار المشار إليه هو قرار المجلس الأعلى عدد 162 الصادر بتاريخ 1979/8/3 وقد نص على أن "التقادم يرتبط بموضوع النزاع، ولا يدخل في نطاق المسائل التي تكتسي صبغة النظام العام، ولذا فإن المحكمة كانت على صواب عندما اكتفت بالنظر فقط فيما إذا كان قرار التحكيم مستوفيا للشروط التي يتطلبها الفصل 16 وما بعده من الاتفاقية المغربية الفرنسية"

[5] المستشار خالد أحمد عبد الحميد ، دور القضاء في الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم ، دفاتر المجلس الاعلى ، مرجع سابق ، ص: 77

[6] محمد المصطفى ولد أحمد محمود ، حجية وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ، مرجع سابق ، ص: 80

وفي صدد تحديد فقه المرافعات لمدى ولاية القاضي المختص بمنح الصيغة التنفيذية قيل إنه مطالب برقابة كل الشكل الذي يوجبه القانون لإصدار الأحكام التحكيمية، وأية مخالفة يلحظها تؤدي إلى بطلان القرار توجب عليه حتما أن يمتنع عن إصدار الأمر بتنفيذه، فهو لا يمنح الصيغة التنفيذية إلا إذا استوثق من توافر الشكل الذي يتطلبه القانون ولو لم يتعلق بالنظام العام، لأن عليه أن يراعي مصلحة الخصم الغائب,[1] ويباشر القاضي رقابة خارجية على القرار أي رقابة من حيث الظاهر وتتناول الشكل للتأكد من خلو القرار من موانع التنفيذ، ومثال ذلك أن يكون اتفاق التحكيم منطويا على بطلان ظاهر، أو يكون قرار المحكمين مشتملا على خرق واضح للنظام العام فيراقب القاضي القرار للتأكد من مطابقته لهذه القواعد، أو أن يكون القرار خاليا من توقيع المحامين، أو خاليا من أي أسباب أو ليس حاسما لموضوع النزاع، حيث لا يكون قرار محكمين في هذه الحالة[2].

وقد أوجب القانون المصري على المحكمة التي تنظر طلب تنفيذ قرارات التحكيم أن تتحقق من توافر عدة شروط حددتها المادة 298 من قانون المرافعات وهي : اختصاص هيئة التحكيم بالقرار في المنازعة، وصحة إجراءات التحكيم، وحيازة قرار التحكيم لقوة الأمر المقضي، وعدم تعارضه مع قرار سبق صدوره من المحاكم المصرية، وعدم مخالفته للنظام العام أو الآداب في مصر.

وأضافت المادة 299 شرطا أخيرا هو أن يكون القرار صادرا في مسألة يجوز فيها التحكيم طبقا للقانون المصري [3]، ومن الملاحظ في هذا المجال أن القضاء الفرنسي لم يأخذ بنظام المراقبة في مجال تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية إلا بعد قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 7 يناير 1964، في حين أنه أخذ بهذا النظام في مجال تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية قبل هذا الوقت بكثير، وعلى وجه الخصوص بعد صدور قرار محكمة النقض بتاريخ 27 يوليو 1937 الذي أعطى لقرار التحكيم صبغة تعاقدية، وأنزل قرارات التحكيم الأجنبية منزلة قرارات التحكيم الوطنية، الأمر الذي ساعد كثيرا على استبدال نظام المراجعة في شأن هذه القرارات بنظام المراقبة[4].

وينتقد بعض الفقه إعطاء الجهة المختصة بمنح الصيغة التنفيذية لقرارت التحكيم سلطات واسعة معتبرا أن ذلك غير مرغوب فيه لأنه قد يؤدي بالمحكمة إلى الجنوح والهوى والدخول إلى الموضوع باسم الرقابة الشكلية، بالإضافة إلى أن مفهوم الشكل والموضوع قد تظهر حوله خلافات، يكون بسببها ما ينظر إليه البعض على أنه من الشكل يعتبره البعض الآخر من الموضوع [5]، وهذا الرأي رغم وجاهته ومنطقيته فأنه لم يسلم من النقد والمطالبة بعكسه حيث جاء جاء رأي فقهي آخر يقول إن الجهة المختصة بتنفيذ قرار التحكيم تملك التحقق من جميع الأسباب التي تجيز رفع الدعوى ببطلان قرار التحكيم وقد أعربت الدكتورة آمال الفزايري[6] عن تأييدها لهذا الرأي معللة ذلك بما يترتب على الأخذ بهذا التوجه من كسب الوقت للخصوم، وتخفيف عبء تكديس القضايا أمام محاكم التنظيم القضائي في الدولة.

---

[1] آمال أحمد الفزايري ، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، مرجع سابق ، ص: 138

[2] عامر فتحي لابطاينة ، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص: 227

[3] المستشار خالد أحمد عبد الحميد ، دور القضاء في الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم ، دفاتر المجلس الأعلى ، مرجع سابق ، ص: 77و78

[4] فؤاد الصفريوي ، نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب ، مرجع سابق ، ص: 296و297

[5] عامر فتحي لابطاينة ، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص: 228

[6] آمال أحمد الفزايري ، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، مرجع سابق ، ص: 139

في ختام هذا البحث الذي تطرق لمسألة إجرائية مهمة في المجال القانوني لها دور كبير في استقرار المعاملات وحفظ الحقوق وإنهاء النزاعات، يتبين أنه رغم أن الأصل هو افتراض العمل بمقتضى مبدأ حسن النية بين أطراف النزاع فيما يتعلق بتنفيذ قرار التحكيم من قبل الطرف الذي صدر في مواجهته اختيارا بناء على رضاه بعرض النزاع على التحكيم الذي يعني قبوله بنتيجته، فإن احتمال عدم التنفيذ من أجل تفادي استمرار النزاع يدفع لافتراض امتناع المحكوم ضده عن تنفيذ قرار التحكيم وفي هذه الحالة يكون حق المحكوم له مهددا بالضياع ما لم تكتمل عناصر السند التنفيذي في القرار التحكيمي الذي بحوزته، وليتم له ذلك يكون عليه أن يبدأ في إجراءات تذييل القرار بالصيغة التنفيذية وفقا للإجراءات الواجب اتباعها في الدولة التي يطلب من قضائها إصدار الأمر بالتنفيذ، أمام الجهة التي يمنحها القانون هذه السلطة، لتتأكد من سلامة قرار التحكيم من كل الشوائب التي يمكن أن تكون عقبة أمام إمكانية تذييله بالصيغة التنفيذية، فتتحقق من شرط أو مشارطة التحكيم، وأن النزاع المتضمن في أي منهما هو الذي طرح على هيئة التحكيم، وأن المحكم تتوافر فيه الشروط القانونية المطلوبة، وبناء على ذلك تصدر الجهة المختصة قرارها بالتنفيذ أو برفضه، وفي كلتا الحالتين يتم تدوين الأمر على الحكم المراد تنفيذه، وذلك بهدف إثبات استكمال قرار التحكيم لعناصر السند التنفيذي في حالة تذييله بالصيغة التنفيذية، أما إذا صدر الأمر بالرفض فإن الفائدة من تدوينه على الحكم المراد تنفيذه تكمن في تنبيه المحكمة التي يمكن أن يرفع إليها طلب التنفيذ مرة ثانية على وجود أسباب تحول دون إصدارها للأمر بالتنفيذ فيدفعها ذلك للبحث عن هذه الأسباب، لأن رفض الصيغة التنفيذ لا يحول دون إعادة طلبها مرة ثانية.

2015 دجنبر 38 العدد الثامن

التعليق على قرار صادر عن المجلس الأعلى

تحت عدد 433 الصادر بتاريخ 21 شتنبر 2010 في الملف عدد 23/2/1/2009.

ذ : جمال الخمارحاصل على الدكتوراه

في القانون الخاص من مختبر قانون الأسرة

والهجرة من جامعة محمد الأول كلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية – وجدة

أولا: نص القرار :

القاعدة : لا تستحق المطلقة المتعة بل التعويض عند ثبوت مسؤولية الزوج عن الفراق.

المتعة لا يحكم بها إلا في حالة الطلاق أو التطليق الذي يتم بناء على طلب الزوجة فإنه لا يحكم لها بالمتعة و إنما يحكم لها بالتعويض بعد أن تثبت مسؤولية الزوج عن الفراق.[1]

باسم جلالة الملك

حيث يستفاد من أوراق الملف ومن القرار المطعون فيه رقم 735 الصادر عن محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 5 نوفمبر 2008 في الملف رقم 07/742 أن المدعية تقدمت بواسطة دفاعها بمقال مسجل بتاريخ 2 فبراير 2007 أمام المحكمة الابتدائية بوجدة في مواجهة المدعى عليه تعرض فيه أنها متزوجة به غير أنه منذ زواجهما وهو يسيء معاملتها ويقوم بضربها ويمنعها من زيارة عائلتها وأنه استنادا إلى مقتضيات المواد 83و84و85 من مدونة الأسرة فإنها تلتمس : الحكم بتطليقها من المدعى عليه بسبب الشقاق وبأدائه لها تعويضا قدره أربعون ألف درهم لكونه

[1]- قرار منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد12، السنة 2010، ص 83 ومابعدها.

مسئولا عن الفراق، وأدلت بوثائق وأجاب المدعى عليه بأن ادعاءات المدعية باطلة تفتقر إلى الدليل، وأنه أعد لها سكنا جديدا ومستقلا عن عائلته وقد مكثت فيه أكثر من تسعة أشهر ثم غادرت بيت الزوجية بدون سبب، وقد رفع ضدها دعوى من أجل الرجوع إلى بيت الزوجية وصدر حكم بذلك بتاريخ 2007/4/19 في الملف 07/.63 وأنها امتنعت من الرجوع إليه حسب محضر امتناع في ملف التنفيذ عدد 07/54 ، ملتمسا رفض الطلب، وأدلى بوثائق وبعد إجراء محاولة الصلح بين الطرفين وفشله، تقدمت المدعية بواسطة دفاعها بتاريخ 2007/8/6 بطلب إضافي التمست فيه الحكم على المدعى عليه بأدائه لها نفقتها حسب 800 درهم شهريا ابتداء من تاريخ الإهمال 2006/12/31 إلى تاريخ الحكم بالتطليق، وبأدائه لها كالئ صداقها وقدره عشرة ألاف درهم، وتحديد مدة الإجبار في الأقصى مع النافذ المعجل والصائر، وبعد انتهاء الإجراءات، قضت المحكمة بتاريخ 2007/10/9 في الملف رقم 07/307 بتطليق المدعية نعيمة من المدعى عليه عزوز طلقة بائنة للشقاق، وبأدائه لها مؤخر صداقها المحدد في 10000 درهم ومتعتها بحسب 8000 درهم وتكاليف سكناها حسب 1500 درهم ونفقتها حسب 350 درهما شهريا ابتداء من 2007/1/1 إلى تاريخ 2007/5/17، مع النفاذ المعجل والصائر، وبتوجيه ملخص الحكم لضابط الحالة المدنية لمكان ازدياد الطرفين لاتخاذ المتعين، فاستأنفه الطرفان بواسطة دفاعهما، بحيث استأنفه المدعى عليه استئنافا أصليا في حين استأنفته المدعية استئنافا فرعيا وبعد انتهاء الإجراءات، قضت محكمة الاستئناف الحكم المستأنف وهذا هو القرار المطلوب نقضه من الطرف الطاعن بواسطة دفاعه، بمقال يتضمن وسيلتين أجاب عنه دفاع المطلوبة في النقض بمذكرة ترمي إلى رفض الطلب.

فيما يتعلق بالمقطع الأول من الوسيلة الثانية المتخذة من خرق المادة 84 من مدونة الأسرة، ذلك أن الطاعن أثار بأن هذه المادة تنص على أنه يراعى في تقدير مستحقات الزوجة فترة الزواج والوضعية المادية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه،إلا أن المحكمة قد عممت الحديث عن مسؤولية التطليق دون الحديث عن أسباب ومسؤولية الزوجة في إيقاعه، لأن العارض لا مسؤولية له في النازلة، وقد أدلى بما يفيد امتناعها عن الرجوع لبيت الزوجية، ومع ذلك حكم بواجب المتعة المقدر في 8000 درهم مع أنها المسئولة الوحيدة عن طلب التطليق، وما ادعته في جلسة الإصلاح يبقى مجردا عن الإثبات، والقرار المطعون فيه لما لم يجب عما أثاره الطاعن في شأن مسؤوليتها عن التطليق فإنه جاء غير معلل ومعرضا للنقض.

حيث تبين صحة ما أثاره الطاعن في هذا المقطع من الوسيلة الثانية، ذلك أن المطلوبة قد طلبت في مقالها الرامي إلى التطليق بسبب الشقاق تعويضها بمبلغ 40.000 درهم باعتبار الطاعن هو المسئول عن سبب الفراق، بينما قضت لها المحكمة بمتعة قدرها 8000 درهم، وأنه بمقتضى المادة 84 من مدونة الأسرة فإن المتعة إنما يحكم بها في حالة الطلاق أو التطليق الذي يتم بطلب الزوج، والمحكمة لما حكمت لها بالمتعة رغم أنها طلبت الحكم لها بالتعويض، ودون أن تحدد مسؤوليته عن الفراق لترتب على ذلك التعويض المستحق لهها عند الاقتضاء، فإنها تكون قد خرقت المادة المحتج بها وعرضت قرارها للنقض جزئيا فيما ذكر.

وحيث يعيب الطاعن في الوسيلة الأولى، المتخذة من عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني وسوء التعليل أن محكمة الاستئناف لم تجب عن الدفع كون المطلوبة في النقض قد تنازلت عن الدعوى التي التمست بمقتضاها الحكم لها بنفقتها عن الفترة ما قبل الطلاق، وأنه أدلى بنسخة حكم يفيد تنازلها عن تلك الفترة ومن ثم فإن المدة المحكوم لها بالنفقة لا تمت إلى الحقيقة بصلة، فضلا على أنه حكم لها بالصداق مع أنها أخذته تبعا للتنازل المذكور

لكن حيث إن التنازل المتمسك به من طرف الطاعن يتعلق بفترة تبتدئ من 2006/6/22، في حين أن الطاعن يقر أثناء جلسة البحث بأن زوجته خرجت من بيت الزوجية ابتداء من 2007/1/1 وهو التاريخ الذي اعتمدته محكمة الموضوع للحكم لها بنفقتها، وبالتالي فإن التنازل لا علاقة له بالمدة المحكوم بها، كما أن الطاعن لم يثبت أداء كالئ الصداق بحجة مقبولة، وأن الثابت كتابة لا يزول إلا بالكتابة، وأن التنازل لا يشير إلى براءة ذمته منه لذلك يبقى النعي غير مؤسس.

وحيث يعيب الطاعن في المقطع الثاني من الوسيلة الثانية، بأنه مقتنع كون القضية ستحال على ابتدائية بركان، لعدم الاختصاص المكاني لابتدائية وجدة باعتبار أن بيت الزوجية يتواجد بمدينة السعدية، وأن ما أدلت به المستأنف عليها من شهادة السكنى هو تحريف للحقيقة لأنها لا تسكن بمدينة وجدة وأن القرار المطعون فيه لم يجب على هذا الدفع لذلك يتعين نقضه.

لكن حيث إنه من جهة قد صدر حكم بالتطليق للشقاق، وأنه استنادا إلى المادة 128 من مدونة الأسرة فإن المقررات القضائية الصادرة بالتطليق تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية، ومن جهة أخرى فإن المحكمة المختصة استنادا إلى عقد الزواج المعتمد بدائرتها وشهادة سكنى المطلوبة المدلى بها بالملف، لذلك يبقى ما أثير غير مقبول في جزء منه وغير مؤسس في الجزء الأخر.

لهذه الأسباب :

قضى المجلس الأعلى بنقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما قضى به من متعة المطلوبة.

السيد إبراهيم بحماني رئيسا، والسادة المستشارون: عبد الكبير فريد مقررا، وأحمد الحضري ومحمد ترابي وحسن منصف أعضاء، وبمحضر المحامي العام السيد عمر الدهراوي، وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة فاطمة أوبهوش.

ثانيا : نص التعليق :

مقدمة :

العلاقة الزوجية ليست علاقة تابع بمتبوع وليست علاقة مادية، إنما هي علاقة إنسانية تسمو فوق التبعية وفوق المادة، ومن ثم لا يمكن أن تستمر بالقوة أو بسلطان القانون وإنما تظل بالمودة والمحبة لقوله تعالى : "فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"[1] ولهذا شرع الله الطلاق وحتى لايسهل الطريق إلى الطلاق لأتفه الأسباب وضع الله القيود والضوابط السالف ذكرها، ثم شرع مبدأ التعويض ويسمى أيضا بالمتعة عن الطلاق، فقال تعالى" وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين"[2]، وفي هذا الصدد قال ابن حزم أن هذه المتعة فريضة من الله كما أنها عامة في كل مطلقة دخل بها زوجها أو لم يدخل بها[3].

[1]. سورة البقرة، الآية 229.

[2]. سورة البقرة، الآية 241.

[3]. أحمد بن علي حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، نشر المكتبة العلمية، المدينة المنورة، دون ذكر الطبعة وتاريخها، ص 123.

وليس هذا الحكم مجمعا عليه فأكثر الفقهاء يرون أن الطلاق لا يرتب أي تعويض أو أية مسؤولية لأنه مباح شرعا فإذا مارس الزوج حقه فلا تترتب عليه أي شيء.

فهل المتعة يقصد بها التعويض في الفقه الإسلامي؟وما مفهوم المتعة الواردة في القران الكريم؟وما علاقة المتعة بالتعويض في القانون المغربي؟ وإلى أي حد يمكن حرمان الزوجة من المتعة على أساس أنها تستحق التعويض فقط؟ وما هي حدود استفادة الزوجة من التعويض في الفقه الإسلامي والقانون المغربي؟ وهل كان المجلس الأعلى موفقا في قراره القاضي بوضع حد فاصل مابين المتعة والتعويض؟ وهل للمتعة مفهوم خاص في الفقه الإسلامي؟فهل يمكن أن تحرم الزوجة من حقها في المتعة والتعويض كما هو في هذا القرار موضوع التعليق؟ وإلى أي حد وفق المشرع المغربي في ضمان الحقوق المالية للمطلقة؟ وهل هذه الحقوق المالية تضمن الحماية القانونية والقضائية للمرأة المطلقة المهاجرة؟

وللإحاطة بمختلف هذه الإشكاليات ، ارتأينا تناول هذا الموضوع في ثلاث مطالب على الشكل التالي :

المطلب الأول : النساء بين المتعة والتعويض في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني : المطلقة بين المتعة والتعويض في العمل القضائي.

المطلب الثالث : ضمان الحقوق المالية للمطلقة في الخارج.

المطلب الأول : النساء بين المتعة والتعويض في الفقه الإسلامي :

لسنا بحاجة إلى أقوال الأئمة أو نصوص القوانين وأحكام المحاكم، لتقرير مبدأ تعويض المطلقة فقد شرع الله هذا وفرضه لقوله تعالى" ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، متاعا بالمعروف حقا على المحسنين"[1]، وقوله تعالى" وللمطلقات متاعا بالمعروف حقا على المتقين"[2].

وقد اتجه بعض الفقهاء إلى القول بأن الأمر هنا اقترن بما يصرفه عن الوجوب إلى الندب لأنه قد تخصص بالمحسنين و المتقين وهذه صفات لا يعلمها إلا الله تعالى[3].

وهذا التفسير لايستقيم مع سياق هذه الألفاظ في القرآن الكريم، فقد قيل لنبي الله يوسف وهو في السجن ولم يكن القوم يعلمون أنه نبي" نبئنا بتأويله إنا نراك من المحسنين"[4] وعندما احتجز أخوه في مقابل صواع الملك الذي وجد في رحله قال له إخوته وهم لا يعرفونه وقد كان بمثابة وزير للمالية "إن له أبا شيخا كبيرا، فخذ أحدنا إنا نراك من المحسنين"[5].

---

[1]. سورة البقرة، الآية 236.

[2]. سورة البقرة، الآية 241.

[3]. السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني، شرح الراجية، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة 1944، ص 312.

[4]. سورة يوسف، الآية 36.

[5]. سورة يوسف، الآية 78.

والله تعالى يقول" فاتقوا الله ما استطعتم"[1]كما طلب الله من المشركين التقوى على لسان الأنبياء فقال تعالى" إذ قال لهم أخوهم لوط ألا تتقون"[2] وقال تعالى " إذ قال لهم شعيب ألا تتقون"[3] وقال تعالى " إذ قال لهم أخوهم نوح ألا تتقون"[4] وقال تعالى "إذ قال لهم أخوهم صالح ألا تتقون"[5].

فالإحسان والتقوى أوصاف وصفات يعلمها الناس ولهذا خاطبهم الله بها وطلبها منهم.

وعلى هذا نجد من العلماء من فسر المتعة الواردة في القرآن الكريم بأنها تعويض، قال الشيخ محمد عبده " المتاع الحسن، بمنزلة الشهادة لنزاهتها والاعتراف أن الطلاق كان من قبله، لعذر يختص به لا من قبلها"[6].

وقال أحدهم "لما كان طلاق الزوج زوجته مضرا بها، مسيئا لسمعتها في بعض الظروف، فنرى الشريعة الإسلامية رتبت على الطلاق أثرا يرمي إلى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة وذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج لمطلقته يسمى المتعة"[7]، قال تعالى " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين"[8]، ولكن بعض العلماء نسبة إلى بعض أقوال في الفقه الحنفي[9] يفسر المتعة بأنها:

1- واجبة: إذا كان الطلاق قبل الدخول والخلوة وكان عقد الزواج قد خلا من تسمية المهر أو نفى فيه المهر أو سمى تسمية فاسدة.
2- متعة مستحبة : وذلك للمطلقة بعد الدخول أو الخلوة سواء سمي لها مهرا أم لا، وتضاف هذه المتعة إلى المهر الواجب.

فالمتعة عند هؤلاء هي بدل عن المهر إذا لم يتفق عليه أو اختلف فيه وهنا تصبح واجبة.

وتكون مستحبة للمطلقات في الحالات الأخرى كإضافة للمهر، والمتعة عندهم كسوة كاملة تبعا لعسر الرجل ويساره.

وبالرجوع إلى قواعد اللغة العربية نجد أن المتاع هو" كل ما يتمتع وينتفع به ويرغب في اقتنائه كالسلع والمال و الطعام، ونجد معنى"ّأمتعني" بفراقه أي جعل متاعي فراقه"[10].

فالمتعة مقابل الفراق ولهذا قال اللغويون إن متعة المرأة ، ما وصلت به بعد الطلاق لتنتفع به من نحو مال أو خادم، وبالرجوع إلى ألفاظ القرآن الكريم نجد أن الحكم عام" وللمطلقات متاع بالمعروف"، فهو يشمل جميع

---

[1]. سورة التغابن، الآية 16.

[2]. سورة الشعراء، الآية 161.

[3]. سورة الشعراء، الآية 177.

[4]. سورة الشعراء، الآية 106.

[5]. سورة الشعراء، الآية 142.

[6]- محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم المعروف بتفسير المنار، (دون ذكر الطبعة وتاريخها)، الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، ص127.

[7]. أحمد الغندور: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مطبعة دار الوفاق، بيروت 1985، ص 120.

[8]. سورة البقرة، الآية 241.

[9]. عبد الرحمان تاج: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة 1996، ص 150.

[10]. - محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، مطبعة مصطفى البابلي الحلبي، القاهرة، (1342ه)، دون ذكر الطبعة، ص 132.

المطلقات ولهذا قال أهل الظاهر بأن المتعة الواجبة على المطلق سواء طلق قبل الدخول أو بعده، وسواء كان تطليقا، وسواء كان قد جعل لها صداقا أم لا وذلك لعموم الآية[1].

وهو أيضا قول الإمام الطبري، وهو رواية للإمام أحمد ابن حنبل وروى عن الإمام على قولهّ لكل مطلقة متعةّ وعن الزهري مثله[2].

والمتعة ليست هي الكسوة، بل هي المال بمعناه العام ولم تكن عند أسلافنا، محصورة في هذا المعنى الضيق، كما لم تكن ضئيلة، فقد روي البخاري واحمد [3]أن أمير المؤمنين الحسن بن علي عندما طلق زوجته عائشة الخثعمية بعث إليها ببقية صداقها وبمتعة عشرة ألاف درهم، مع هذا قالت" متاع قليل من حبيب مفارق"، فإذا رضيت الزوجة المطلقة بما يقدمه المطلق من تعويض عن الطلاق، فلا معقب لأحد.

وإن لجأت إلى القضاء، أما الإنكار الزوج لمبدأ التعويض أولإختلافهما على المقدار، فالأمر الذي لاشك فيه أن التعويض واجب ، فالطلاق أبيح للضرورة فإن لم تكن ضرورة فهو تعسف يوجب التعويض مع التأديب وإن وجدت ضرورة ولحق الزوجة ضرر منه ويجب إلزام الزوج بالتعويض إن كان لذلك مقتضى، وإن كانت الزوجة هي التي فشلت في الحياة الزوجية[4].

المطلب الثاني : المطلقة بين المتعة و التعويض في العمل القضائي :

هل للقضاء أن يبحث في سبب الطلاق أو التطليق وخاصة إذا كان مقدم من طرف الزوجة، حتى إذا استبان أن الزوجة قد تعسفت في استعمال حقها، تحرم من مستحقاتها الشرعية؟

وبالرجوع إلى القرار موضوع التعليق، حيث إن هذا الأخير ميز مابين المتعة والتعويض، ففي حالة عدم ثبوت مسؤولية الزوج في الفراق لا تستحق المطلقة المتعة، وكما سبق الإشارة فإن الفقه الإسلامي والذي يعتبر قانونا في حالة غياب نص في مدونة الأسرة طبقا للمادة 400 من مدونة الأسرة ، واجب التطبيق أيضا من طرف القضاء لا يميز مابين المتعة والتعويض، ولذلك فإن المجلس الأعلى في هذا القرار لم يكن على صواب عندما حرم المطلقة من المتعة على أساس أنها لا تستحق التعويض لعدم ثبوت مسؤولية الزوج عن الفراق طبقا للقواعد العامة المنصوص عليه في قانون الالتزامات والعقود، إلا أنه إذا حرمت المطلقة من التعويض لعدم وجود خطأ من جانب الزوج سبب ضررا للزوجة فإنها تستحق المتعة لأن هذه الأخيرة لها طبيعة خاصة يرجع فيه إلى قواعد الفقه الإسلامي على أساس أن المادة 400 من مدونة الأسرة تحيل على قواعد الفقه الإسلامي وليس على قانون الالتزامات العقود، فالمتعة في حد ذاتها تعويضا وتستحق في جميع الحالات سواء كانت مسؤولية الزوجة في الفراق ثابتة أم غير ثابتة.

وجاء في قرار المجلس الأعلى بأن المتعة لا يحكم بها إلا في حالة الطلاق أو التطليق الذي يتم بناء على طلب الزوج ، إلا أنه في هذا القرار نحن أمام التطليق للشقاق، ومعلوم أن هذا النوع من التطليق ليس في الحقيقة إلا

---

[1]. - محمد أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مطبعة دار الكابت العربي، القاهرة، طبعة 1387هـ، ص 34.

[2]. - محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، دون ذكر الطبعة وتاريخها، ص 231.

[3]. محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء الثاني، مطبعة الكليات الأزهرية، مصر، 1968، ص 78.

[4]. - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية بيروت، الطبعة الثانية، 1977، ص 123.

صلحا، فلا وجود في الفقه الإسلامي بالتطليق للشقاق كما أن المادة 94 من مدونة الأسرة نصت على ذلك حيث جاء فيها" إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة82 أعلاه"، وبذلك فإن الشقاق لا يدخل في خانة الطلاق ولا التطليق ، فهو نزاع نشب ما بين الزوجين ولا يهم من قدمه للمحكمة من أجل حله، وبذلك فإن قدمته الزوجة وفشلت محاولات الصلح ومن ثم التطليق لا يعني أن الزوجة لا تستحق المتعة ولا التعويض، لأن هذين الأخيرين حقا لهما في جميع الأحوال.

ولذلك ما ذهب إليه المجلس الأعلى بأنه لم يتم الحديث عن أسباب ومسؤولية الزوجة في إيقاع الطلاق، ومع ذلك حكم لها بواجب المتعة مع أنها مسئولة في انفصام الرابطة الزوجية وذلك بامتناع الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية، وحيث إن امتناع الزوجة من الرجوع لا يعني أنها مسئولة في إنهاء الرابطة الزوجية ، لأنه لا وجود لخطأ بل إن امتناع الزوجة من الرجوع إلى بيت الزوجية قد يكون حقا في حالة ما إذا كانت قد طالبت بسكن منفرد، وخاصة أنه ليس لنا ما يفيد في حالتنا هذه تخصيص مسكن مستقل للزوجة وبالتالي ليست مسئولة في إنهاء الرابطة الزوجية.

وبالرجوع إلى المادة 84 من مدونة الأسرة والتي استدل بها المجلس الأعلى في قراره هذا والذي جاء فيه بأن "المتعة المنصوص عليها في هذه المادة إنما يحكم بها في حالة الطلاق أو التطليق الذي يتم بطلب الزوج"، ونلاحظ بأن تفسير نص المادة تم تمطيطه أكثر من اللازم على أساس أن الفقرة الأولى من المادة 84 لم تتحدث على أن المتعة يحكم بها في حالة الطلاق أو التطليق الذي يتم بطلب الزوج، وإنما تحدثت عن مشتملات مستحقات الزوجة بصورة عامة ولا يوجد ما يفيد باستثناء الزوجة من المستحقات في حالة إذا كانت هي التي طلبت بالتطليق أو الطلاق، حيث إن هذه المادة جاءت عامة ونصت على مستحقات الزوجة بصيغة الوجوب، حيث استعمل المشرع لفظ" تشمل" مستحقات الزوجة، وعليه فإن مستحقات الزوجة من النظام العام، ولا يمكن بأي حال حرمان الزوجة منها ولو كانت هي المسئولة في إنهاء العلاقة الزوجية.

وقد نص المشرع في المادة 84 من مدونة الأسرة بأنه" والمتعة التي يراعي في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج ، و أسبا ب الطلاق ،ومدى تعسف الزوج في توقيعه"، وقد نص المشرع على هذه المعايير من أجل تحديد المتعة، لأنها قابلة للزيادة والنقصان، وليس من أجل حرمانها منها على أساس أنها مسئولة في إنهاء الرابطة الزوجية، وإنما تستحق المتعة وجوبا ولو كان مبلغها رمزيا لأنها مفروضة في جميع الأحوال.

المطلب الثالث : ضمان الحقوق المالية للزوجة المطلقة في الخارج :

بما أنه توجد جالية مغربية مهمة في الخارج هل سيتم تذييل هذه القرارات التي تحرم الزوجات من أي تعويض بالصيغة التنفيذية في الخارج وخاصة بأوربا؟

عند تعذر الإصلاح بين الزوجين فإن مدونة الأسرة عملت على ضمان الحقوق المالية للمطلقة، حيث تقوم المحكمة بتحديد المبالغ المالية التي يودعها الزوج بكتابة الضبط بالمحكمة داخل أجل أقصاه ثلاثون يوما طبقا لمقتضيات المادة 83 من مدونة الأسرة، فالحقوق المالية للزوجة مضمونة سواء كان الطلاق بإرادة من الزوج أو بطلب من الزوجة[1].

[1]- أستاذنا إدريس الفاخوري: بعض مظاهر قيم حقوق الإنسان في مدونة الأسرة الجديدة ، مجلة الملف العدد 9 سنة 2005، ص: 164 .

وإذا كانت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لم تشر إلى مسألة الطعن في المستحقات، فإن مدونة الأسرة أشارت إلى مسألة الطعن في الأحكام الصادرة عن قضاء الموضوع في المادة 128، حيث ميزت في المقررات القضائية بين الجانب المتعلق بإنهاء الرابطة الزوجية والذي لا يقبل أي طعن، و الشق المتعلق بتقدير المستحقات المالية والذي يخضع للطعن وفق الإجراءات العادية1 .

ولذلك فإن المشرع المغربي بإيراد هذه القواعد الحمائية لصالح الزوجة المطلقة قد تجاوز الانتقادات الدولية التي كانت تعتبر أن الأحكام القضائية المغربية لا تنصف الزوجة فيما يتعلق بتحديد المستحقات المالية ، حيث اعتبرت محكمة النقض البلجيكية في قرار صادر عنها بتاريخ 2003/09/29 أن الشكل الوحيد للمستحقات المالية للزوجة المطلقة هو ما يعطى لها في العدة، ولذلك فإن القانون المغربي يخالف النظام العام2، كما أكدت أيضا محكمة الاستئناف ببر وكسيل هذا المبدأ على أساس أن القانون الوطني للزوجين لا ينص على ضمانات مالية وبما فيها النفقة لصالح الزوجة المطلقة بعد الطلاق ، ولذلك استبعدت هذه الأخيرة القانون المغربي للأسرة لأنه مخالف للنظام العام الدولي البلجيكي3.

غير أن ما يثير بعض الصعوبات بين التشريع المغربي والتشريع الأوربي، في مجال المستحقات المالية لصالح الزوجة المطلقة ما يتعلق بالالتزام بالنفقة، إذ أن النفقة لصالح هذه الأخيرة طبقا للقانون الأوربي غير محددة بفترة معينة، على خلاف التشريع المغربي حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 84 من مدونة الأسرة " تشمل مستحقات الزوجة:الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه"، مما يجعل الأحكام المغربية في هذا الإطار غير قابلة للتطبيق في أوربا،حيث استبعدت محكمة الاستئناف ببر وكسيل القانون المغربي للأسرة فيما يخص تقدير نفقة الزوجة المطلقة، لأن هذه النفقة محددة لفترة معينة (العدة)، ولذلك اعتبرت هذه الأخيرة أن القانون المغربي للأسرة يتعارض مع النظام العام البلجيكي والنظام الأخلاقي للأسرة4.

---

[1]- جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى ما يلي :"إن تقدير النفقة من سلطة محكمة الموضوع والمحكمة لما قضت بالزيادة تكون قد استعملت سلطتها وبنتها على حالة الطرفين المادية والاجتماعية وباقي عناصر التقدير ".

-القرار عدد 480 المؤرخ في 2005/10/19 ملف شرعي عدد 2005/1/2/130 (غير منشور) .

كما جاء قرار صادر عن المجلس الأعلى ما يلي :" المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو بالخلع أو الفسخ تكون غير قابلة للطعن في جزئها القاضي بإنهاء الرابطة الزوجية و المطبقة بأثر فوري باعتبارها قاعدة مسطريه"

-القرار عدد 454 المؤرخ في 2005/10/12 ملف شرعي عدد 2005/01/02/12 (غير منشور).

[2] - Cass, N° : JC0 39 T1 ; daté : 29/09/2003 ; N°: S0 101 34 F.

(Site électronique : www.juridate.be/cgi-juris/jurf.pl , visité le 15-6-2007).

[3]- Cour d'appel de Bruxelles ; N° JY913 J1_ 2 daté 19/03/1991 ; N° de rôle : 12532 .

(Site électronique : www.juridate.be/cgi-juris/jurf.pl , visité le 25-7-2007).

[4]- Cour d'appel de Bruxelles N° JB021F2_1 daté : 15/1/2002 N°de rôle ;2000- AR – 28.

(site électronique : www.juridate.be/cgi-juris/jurf.pl , visité le 25-7-2007) .

ومن أجل تطبيق قانون الأسرة المغربي في أوربا، نص المشرع المغربي على مبدأ التعويض عن الضرر الذي يصيب أحد الزوجين إما بسبب الإكراه أو التدليس أو بسبب التعسف في إنهاء الرابطة الزوجية.1

حيث جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالحسيمة2 " وحيث إن المحكمة ومالها من سلطة تقديرية ترى تحديد التعويض في المبلغ 20000 درهم"، وعليه فإن هذه المقتضيات الواردة في مدونة الأسرة دفعت بمحكمة الاستئناف بفرنسا3 إلى إصدار قرار جاء فيه ما يلي " بما أن مدونة الأسرة أصبحت تتضمن مقتضى مماثل للفصل 266 من القانون المدني الفرنسي فيما يخص التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق فإنه لا يمكن قبول طلب الزوجة الرامي إلى التعويض استنادا للقانون الفرنسي".

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الأوربي يستلزم من الزوجين في حالة الطلاق الإتفاقي القيام بالتسوية الاتفاقية، وتوزيع جميع الممتلكات المشتركة وتوثيق هذه الحقوق المتفق عليها بشكل دقيق في متن الاتفاق الأولي وفي عقد مستقل وقد منح المشرع الأوربي الحرية لإرادة الزوجين فيما يقررانه، مما يسمح للمغاربة المقيمين في أوربا إما اختيار القانون الأوربي أو القانون المغربي باعتباره القانون الوطني في ما يخص تدبير أموالهما المشتركة4.

إلا أن الضمانات التي يقررها التقنين المدني الأوربي للزوجين مقارنة مع التشريع المغربي تجعل الزوجان يرغبان في الخضوع للقانون الأوربي، الذي يوجب عليهما في حالة وجود عقارات مشتركة اللجوء إلى جرد الممتلكات من قبل

---

[1] - وقد أخذت بهذا المبدأ محكمة مصر الكلية منذ سنة 1926، إذا صدر حكم في 1926/1/20 جاء فيه "حيث إنه لا نزاع في أن الزوجين المسلمين يعلمان حق العلم ما تقتضيه الشريعة الغراء ، فمن ذلك لا تقبل السماح بالطلاق جزافا ، فإن الزواج لم يقصد به الاستمتاع الشهواني فقط بل الغرض أسمى وأشرف من ذلك ، هو تكوين وإيجاد الرابطة والألفة بين الزوجين و أهلهما و ما يترتب عنه دوام العمران ولكن قد تعتريها أمور قد تكون فوق طاقة الزوجين ، ففضت حكمة الله وجود مشروعية الطلاق ، فهو إذن حق مشروع لكن للضرورة وليس من المروءة والإنسانية ولا من الإيمان أن يتزوج شخص من امرأة و لغير سبب يطلقها فسوء استعماله ذلك الحق الذي أعطي له قد أساء إلى الحق وإلى نفسه ،و إلى غيره،و ليس لصاحب الحق قانونا أن يسيء إلى الغير باستعماله ما خول له من الحقوق ، فالمحكمة ترى مع المدعية أحقيتها في طلب التعويض من المدعى عليه ضمانا لها من الضرر بسبب سوء استعماله هذا الحق".

-أورده سالم الهنساوي: قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء الطبعة الأولى 1980 ، مطبعة دار آفاق الغد، ص:159 .

[2] - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالحسيمة، رقم 622 ملف رقم 04/452 بتاريخ 2005/9/15 (غير منشور).

غير أن ما يمكن ملاحظته هو أن القضاء المغربي من خلال مدونة الأسرة تعامل بنوع من التضارب في مجال تقدير مستحقات الزوجة المطلقة.

فقد صدر حكم عن قسم قضاء الأسرة بوجدة جاء فيه ما يلي :" وحيث إن المشرع ضمن المادة 67 من نفس القانون اعتبر أن المستحقات المذكورة مقرونة بمراعاة مدى مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الطلاق ، وحيث إن المحكمة بعد إطلاعها على موقف كل من الزوجين اتضح بأن الزوجة التي غادرت بيت الزوجية إلى الخارج مما استنتجت معه المحكمة بأن المدعية هي الراغبة في الطلاق وحيث إنها اعتبارا لما سلف فإن المحكمة لم ترى موجبا موضوعيا وواقعيا للحكم لها بالمستحقات المطلوبة، لثبوت كامل مسئوليتها في الفراق مما يتعين رفض طلبها بشأنها".

- حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بوجدة عدد 395 ملف رقم 04/452 بتاريخ 2005/9/15 (غير منشور).

والرأي فيما نعتقد أنه ليس من المعقول حرمان الزوجة المطلقة في هذه الحالة من مستحقاتها التي يقرها القانون والشريعة الإسلامية وأن هذا الحكم بالتأكيد لن يكون له مجال للتطبيق في بأوروبا بصفة عامة ، وكما يقول الفقيه إدريس الفاخوري"وإن كانت بعض الأحكام من المعقول أن تنص على بعض المستحقات الهزيلة انسجاما مع النص التشريعي الذي ينص على أنه يجب مراعاة مدى تعسف الزوج و كذا مستوى المعيشة، و مدة الزوجية ، فإنه ليس من المعقول و من المنطق أن يتم حرمان الزوجة من كل مستحقاتها لأن في ذلك خرق لنصوص مدونة الأسرة و كذا لمقتضيات الشريعة الإسلامية".

- أستاذنا إدريس الفاخوري: سلطة القضاء في تقدير المستحقات عند انتهاء الرابطة الزوجية ، ندوة دولية في موضوع مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحصيلة و المعوقات المنظمة في يومي 15 و 16 مارس 2007 بوجدة (غير منشورة).

[3] - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 12 فبراير 2005، أورده منير الشيخي، التطليق بسب الشقاق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة والمقارن، السنة الجمعية 2006/2005، ص: 69.

[4]- Site électronique www.notaire.be, (visité le 12/08/2007).

الموثق، الذي يوجب عليه القيام باتخاذ جميع الإجراءات التي ينص عليها القانون، وإن كان قانون وجود العقارات يتدخل من أجل الحد من اتفاق الأطراف وحماية الطرف المتضرر، فإن الأمر لا يثير إشكالا إذا كان موقع الممتلكات في موطنها المشترك1.

وعلى خلاف ذلك عندما يكون موقع بعض الممتلكات في المغرب، فقد يلجأ أحد الزوجين إلى التدليس أو الغبن، خاصة وأن المشرع المغربي لا يعترف بحق المرأة في أن تمتلك حصة من الممتلكات مساوية لحصة الزوج عند انتهاء الزواج، وحتى عندما تكون هذه الحقوق القانونية ثابتة للمرأة باتفاق مسبق، فإن الرجل هو الذي يدير الممتلكات التي تملكها المرأة أثناء الزواج أو عند الطلاق في الغالب، وأمام غياب نص تشريعي في المغرب نجد أن التشريع الأوربي يعاقب كل من تحايل على القانون وذلك بإخفاء الممتلكات عن الآخر بعقوبات جنائية سالبة للحرية أو مادية بالإضافة للعقوبات المدنية كحرمانه من الأموال التي قام بإخفائها2.

إذا كان التشريع الأوربي يعطي للمطلقات كل حقوقهم المالية ويلزم كل مطلق بنفقة مستمرة وكذلك الاستفادة من المكتسبات المالية خلال الزواج أو قبله أو بعده حسب الاتفاق ، فإن حرمانهم من المتعة والتعويض تجعل تنفيذ هذه الأحكام في أوربا مستحيلة لمخالفتها للنظام العام الأوربي، الذي أصبح يتخذ بعدا دوليا.

خاتمة :

مما لاشك فيه أن هذا القرار موضوع التعليق قد تناول موضوعا مهما يتعلق بحدود استفادة المطلقة من التعويض أو المتعة، والراجح فقها أن لا وجود للتفرقة مابين المتعة والتعويض، فالمطلقة تستحق في جميع الأحوال المتعة، وعليه فإن حرمان الزوجة من المتعة والتعويض من شأنه أن يثير مشاكل عدة وخاصة تنفيذ هذه الأحكام في الخارج، حيث من المستبعد تذييل مثل هذه الأحكام بالصيغة التنفيذية.

لائحة المراجع :

- قرار منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد12، السنة 2010.
ـ أحمد الغندور: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مطبعة دار الوفاق، بيروت 1985.
ـ أحمد بن علي حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، نشر المكتبة العلمية، المدينة المنورة، دون ذكر الطبعة وتاريخها.
ـ السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني، شرح الراجية، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة 1944.
- محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم المعروف بتفسير المنار، (دون ذكر الطبعة وتاريخها)، الهيئة العامة للكتاب، القاهرة.

[1] - François Rigaux : Droit international privé, T 2, Bruxelles, Larcier 1977.p 120.

[2]- Mohamed M'salha: Le droit familial Marocaine dans l'ordre juridique belge entre fidélité et modernité prometteuse thèse présentée pour l'obtention du grade de docteur en droit université catholique de Louvain faculté de droit Louvain- la- neuve novembre 1999.p.160.

ـ محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء الثاني، مطبعة الكليات الأزهرية، مصر، 1968.
ـ عبد الرحمان تاج : أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة 1996.
– محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، مطبعة مصطفى البابلي الحلبي، القاهرة، (1342هـ)، دون ذكر الطبعة.
– محمد أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مطبعة دار الكابت العربي، القاهرة، طبعة 1387هـ.
– محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تاويل القرآن، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، دون ذكر الطبعة وتاريخها.
– محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية بيروت، الطبعة الثانية، 1977.
– أستاذنا إدريس الفاخوري : بعض مظاهر قيم حقوق الإنسان في مدونة الأسرة الجديدة ، مجلة الملف العدد 9 سنة 2005.
– سالم البهنساوي : قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء الطبعة الأولى 1980 ، مطبعة دار آفاق الغد.
– أستاذنا إدريس الفاخوري : سلطة القضاء في تقدير المستحقات عند انتهاء الرابطة الزوجية ، ندوة دولية في موضوع مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحصيلة و المعوقات المنظمة في يومي 15 و 16 مارس 2007 بوجدة (غير منشورة).
ـ منير الشيخي، التطليق بسب الشقاق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة والمقارن، السنة الجمعية 2006/2005.
- François Rigaux: Droit international privé, T 2, Bruxelles, Larcier 1977.p
- Mohamed M’salha: Le droit familial Marocaine dans l’ordre juridique belge entre fidélité et modernité prometteuse thèse présentée pour l’obtention du grade de docteur en droit université catholique de Louvain faculté de droit Louvain- la- neuve novembre 1999.

مبدأ استقلال القضاء مرتكز أساسي من مرتكزات المحاكمة العادلة في الشريعة الإسلامية

الدكتور نبهان سالم مرزق أبو جاموس

أستاذ باحث في القانون الدولي العام

الجامعة الإسلامية – غزة / فلسطين

Email : nabhan20091@hotmail.com

المقدمة :

يشكل مبدأ القضاء المستقل والفعّال والنزية في الشريعة الإسلامية مطلباً شرعياً، صمام أمن وأمان للمواطن والمجتمع، وركيزة أساسية من الركائز العديدة للمحاكمة العادلة، والاستقرار والتوازن في مختلف العلاقات والمعاملات، فلا يمكن الحديث عن محاكمات عادلة بدون قضاء مستقل.

هدف الدراسة :

تهدف الدراسة إلى توضيح مفهوم استقلال القضاء والمرتكزات التي يقوم عليها، ومدى ارتباطه بالمحاكمة العادلة، ونقاط الالتقاء في مفهومي مبدأ استقلال القضاء والمحاكمة العادلة، وموقف الشريعة الاسلامية من استقلال القضاء والضمانات التي وضعتها لتحقيق هذا المبدأ.

مشكلة الدراسة :

تتمثل المشكلة الأساسية في ما مدى دور مبدأ استقلال القضاء في تعزيز ضمانات بالمحاكمة العادلة في الشريعة الاسلامية؟

تتفرع عنها إشكاليات فرعية منها :

- هل ساهم مبدأ القضاء المستقل في إرساء المحاكمة العادلة؟
- هل المحاكم مستقلة في عملها وإجراءاتها وقضائها أم أنها خاضعة في جزء أو كل لتأثيرات ونفوذ السلطات أخرى؟
- ما موقف الشريعة الاسلامية من مبدأ استقلال القضاء والمحاكمة العادلة؟

منهج الدراسة :

اعتمد الباحث على الأسلوب الوصفي والتحليلي لقواعد الشريعة الإسلامية من خلال استخراج النصوص المتعلقة بها وقدرة مبدأ استقلال القضاء في المساهمة في فعالية المحاكمة العادلة وسبل تدعيمها.

خطة الدراسة :

تتكون الدراسة من مقدمة تحتوي على هدف الدراسة ومشكلتها، ومنهجها، فمن أجل دراسة هذا الموضوع فإنني أقسم هذه الدراسة إلى مبحثين النحو التالي :

المبحث الأول : مفهوم مبدأ استقلال القضاء ودورة في المحاكمة العادلة في الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني : حصانة القاضي وعدم قابليته للعزل في الشريعة الإسلامية.

وثم ينتهي البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج.

المبحث الأول : مفهوم مبدأ استقلال القضاء ودورة في المحاكمة العادلة في الشريعة الإسلامية :

تعد وظيفة القضاء هي الفصل في الخصومات بين الناس، وللنهوض بهذه الوظيفة يستلزم أن يكون القاضي بمنأى عن كل تأثير أو تدخل يؤدي إلى ميل ميزان العدالة في يده أو انحرافه عن مسألة الحياد والنزاهة، لذلك كان مبدأ استقلال القضاء من أهم المبادئ التي تقوم عليها المحاكمة العادلة [1]، فقد أهتم رسول الله صلى عليه وسلم بالقضاء منذ البديات الأولى لنشوء الدولة الإسلامية، وأخذ على عاتقة مهمة الفصل في المنازعات وقطع الخصومات بنفسه؛ ولكن مع اتساع رقعة الدولة الإسلامية أسند مهمة القضاء إلى بعض ولاته في الفصل بين الخصوم في المنازعات [2] ، وهذا ستدعي دراسته من خلال مطلبين الأول مبدأ الاستقلال القضاء في الشريعة الإسلامية، والثاني نماذج تطبيقات لاستقلال القضاء لإرساء محاكمة عادلة.

المطلب الأول : مبدأ استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية :

إذا كانت الحقوق تحفظ بالقضاء، والحريات تصان بالقضاء، والعدل يتحقق بالقضاء، وعمارة المجتمع تكون بالقضاء [3] واستقرار الأوضاع والمعاملات يكون بالقضاء، فينبغي بالمقابل أن يكون للقضاء مظهر يناسب عظمة

(1) د.محمد سلام مذكور، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة1964، ص27.

(2)د.محمد سلام مذكور، القضاء في الإسلام، المرجع السابق.

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

رسالته هو مظهر الاستقلال، لذا يُعد استقلال القضاء ركيزة أساسية لحيادته وبُعده عن المؤثرات المخلة بمسيرته وبقدر ما تكون العناية بترسيخ هذا المبدأ وتطبيقه تتحقق بشكل أدق وأكمل غايته المقصودة منه وهي إقامة العدل والقسط بين الناس في سائر الحكومات والخصومات [1] قال تعالى : [إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ). [2]

ويتحقق استقلال القضاء كمؤسسة من خلال توافر أن يكون القضاء سلطة من سلطات الدولة الثلاث، وليس مجرد وظيفة تتولاها المحاكم، وكما يتحقق ذلك كأفراد بقيامهم بمهامهم، ومتحررين من أي تدخل بوعد أو وعيد أو إشراف أو رقابة، ويمارسون واجبهم دون تدخل أي جهة أخرى. [3]

ويقصد باستقلال القضاء : " ألا يخضع القضاة في ممارستهم لعملهم لسلطات أي جهة أخرى وأن يكون عملهم خالصا لا قرار الحق والعدل خاضعا لما يمليه الشرع والضمير دون أي اعتبار آخر. [4]

إنّ المقصود باستقلال القضاء في الشريعة هو ألا يخضع القضاة والمحاكم في الدولة تحت تأثير السلطة التنظمية أو السلطة التنفيذية أو أي شخص أو جهة أخرى، [5] من شأنه أن ينحرف بالقضاء عن هدفه الأسمى هو إقامة العدل بين الناس وإيصال الحقوق إلى أهلها، [6] وعلى أن يكون عملهم خالصاً لإقرار الحق والعدل خاضعاً لما يمليه الشرع أو القانون أو الضمير دون أي اعتبار أخر، وأن تكون الأحكام والقرارات الصادرة منهم نافذه غير ممكن التعديل أو الإلغاء أو التعليق عليها من قبل أي جهة [7]، وهذا يقتضي استقلال القضاء أيضاً امتناع القضاة عن الاستجابة أو القبول أو الخضوع لأي تدخل أو تأثير سواء كان مادياً أو معنوياً ، وسواء تم بكيفيه مباشرة أو غير مباشرة أو أي وسيلة كانت [8]، قال الله عز وجل (إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ...) [9]وقال الله تعالى (وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءهُمْ...) [10], قال الله تعالى (يَا دَاوُودُ إِنَّا إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ...) [11]عن ابن عمر – رضي الله عنهما – قال : قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم:–من أعان على خصومة بظلم , أو يعين

(1) د.حسين عبد العزيز آل الشيخ، مبادئ القضائية في الشريعة الإسلامية وارتباط النظام القضائي في المملكة العربية السعودية بها، دار التوحيد للنشر بالرياض - المملكة العربية السعودية،2005، ص34.

(2) سورة النساء: من الآية 58.

(3) طراد فهيد نصير الشريف، استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، ص3.

(4) الدكتور محمد شلال حبيب، ضمانات استقلال القضاء في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة عنابة، الجزائر،العدد الأول، 1982،ص 42.

الدكتور عبد الرحمان عياد، أصول علم القضاء، مطابع معهد الإدارة العامة الرياض، المملكة العربية السعودية، 1981،ص 81.

(5) طراد فهيد نصير الشريف، استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص3.

(6) د.محمد عبد القادر أبو فارس، القضاء في الإسلام، دار الفرقان للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، ط4، 1995، ص89.

(7) طراد فهيد نصير الشريف، استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص3.

(8) نايف سعد محمد الغامدي، المحكمة الجزائية المتخصة دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقيه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية العدالة الجنائية قسم الشريعة والقانون، رسالة ماجستير غير منشورة، 2014، ص30.

(9) سورة النساء: من الآية 105.

(10) سورة المائدة: من الآية 49.

(11) سورة ص: من الآية 26.

على ظلم , لم يزل في سخط الله حتى ينزع في رواية : " من أعان على خصومة بظلم , فقد باء بغضب من الله " (1)

وعليه فإذا تحقق استقلال القضاء، فإن القضاة والمجتمع سينعمون بالعدل والطمائنية، والهدوء والاستقرار، والأمن النفسي والاجتماعي، وقد أدرك ذلك السلف الصالح من هذه الأمة فأهتموا بالقضاء، واختاروا له أفاضل الرجال واتقاهم وأكفأهم، ولم يسمحوا بالاعتداء على صلاحياته الممنوحة له كما لم يسمحوا بالتأثير عليه سلباً لإخراجه عن مسار العدالة (2)، بذلك ظل القضاة في الإسلام مستقلين عن كل مؤثر سواء من قبل رجال السلطة التنفيذية أو غيرهم من ذوي النفوذ أو الأقارب وأظهر ميزة يمتاز بها القضاء في ذلك العهد حرية القاضي في قضائه. (3)

وهذا واضح بما قام رسول صلى الله عليه وسلم به حيث لم يقيد أحداً من ولاه القضاء سواء أكان ذلك من ضمن الولاية العامة أم في خصومة خاصة بل كان القضاة يتمتعون باستقلالهم التام في أحكامهم دون أدنى تدخل من أحد في قضائهم، وهذا ثابت من حديث كلف علياً بفضاء اليمن (عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلام قَالَ : بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهم عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى الْيَمَنِ قَاضِيًا فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ تُرْسِلُنِي وَأَنَا حَدِيثُ السِّنِّ، وَلا عِلْمَ لِي بِالْقَضَاءِ، فَقَالَ: إِنَّ اللَّهَ سَيَهْدِي قَلْبَكَ وَيُثَبِّتُ لِسَانَكَ، فَإِذَا جَلَسَ بَيْنَ يَدَيْكَ الْخَصْمَان فَلا تَقْضِيَنَّ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الآخَرِ كَمَا سَمِعْتَ مِنَ الأَوَّلِ، فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يَتَبَيَّنَ لَكَ الْقَضَاءُ، قَالَ : فَمَا زِلْتُ قَاضِيًا أَوْ مَا شَكَكْتُ فِي قَضَاءٍ بَعْدُ) (4)

والخلاصة أن مفهوم استقلال القضاء في الإسلام يعني عدم تدخل أي أحد في عقيدة القاضي وعدم خضوعه لأي تأثير أو ضغط من جانب أي سلطة في الدولة، فلا سلطان على القضاة إلا الشريعة الإسلامية القائمة على مباديء العدل والمساواة بين المتقاضين.

المطلب الثاني : نماذج تطبيقية لاستقلال القضاء في الشريعة الإسلامية لإرساء المحاكمة العادلة :

سنعرض نماذج تطبيقية وتوضح مدى استقلال القضاء في ظل الشريعة الإسلامية وهي كالتالي :

أولاً : عدم تدخل السلطة التنفيذية في أعمال السلطة القضائية :

الشريعة الإسلامية لم تسمح بأي حال من الأحوال لأي إنسان مهما كانت مكانته أن يتدخل في شأن من شئون القضاء ، حتى لو كان أميراً قد ولاّه منصب القضاء، ولا فرداً له نفوذ ومكانة خاصة عند السلطان، وليس للخليفة أو الأمير في هذا المجال إلا النصح والإرشاد إن اقتضى الأمر ذلك، وتتجلى ضرورة التأكيد على عدم جواز تدخل السلطة التنفيذية في أعمال القضاء، (5) كان النبي صلى الله عليه وسلم يتولى القضاء بنفسه ، ولا يقبل شفاعة شفاعة ولا وجاهة في تنفيذ حدود الله وما كان لأحد من أصحابه، يتجرأ على التدخل في قضائه، وما أدل على ذلك ما روته أمّ المومنين عائشة رضي الله عنها – أيضاً – : أَنَّ قُرَيْشًا أَهَمَّهُمْ شَأْنُ الْمَرْأَةِ الْمَخْزُومِيَّةِ الَّتِي سَرَقَتْ ، فَقَالُوا : وَمَنْ

(1) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب القضاء، باب: في الرجل يعين على خصومة من غير أن يعلم أمرها، رقم الحديث(3598) .

(2) نايف سعد محمد الغامدي، المحكمة الجزائية المتخصصة دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقيه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مرجع سابق، ص31.

(3) عبد الوهاب خلاف، السلطات الثلاث في الإسلام، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة،1953، ص521 .

(4) جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، كتاب أدب القاضي، دار الحديث، ط1، 1995/ ج5/ص35.

(5) أحمد صيام أبو أحمد، مبدأ استقلال القضاء في الدولة الإسلامية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي من كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية فلسطين – غزة، رسالة غير منشورة، 2005، ص148 .

يُكَلِّمُ فِيهَا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ؟ فَقَالُوا : وَمَنْ يَجْتَرِئُ عَلَيْهِ إِلَّا أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ ، حِبُّ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَكَلَّمَهُ أُسَامَةُ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : (أَتَشْفَعُ فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ ؟!) ، ثُمَّ قَامَ فَاخْتَطَبَ ، ثُمَّ قَالَ : (إِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ قَبْلَكُمْ ، أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ ، وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الحَدَّ ، وَايْمُ اللَّهِ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعْتُ يَدَهَا) [1] كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، أول من فصل السلطة القضائية عن السلطة التشريعية، وجعل مرجع القاضي هو الخليفة مباشرة، وهذا من أعظم دعائم استقلال القضاء، **قال الأوزاعي** : " أول من تولى قضاء فلسطين عبادة بن الصامت ، وكان معاوية قد خالفه في شيء أنكره عليه عبادة في الصرف ، فأغلظ له معاوية في القول ، فقال له عبادة : لا أساكنك بأرض واحدة أبداً ، ورحل إلى المدينة، فقال له عمر: ما أقدمك ؟ فأخبره ، فقال : ارجع إلى مكانك ، فقبح الله أرضاً لست فيها ،ولا أمثالك ، وكتب إلى معاوية : لا إمرة لك على عبادة"، [2] وبذلك منع عمر بن الخطاب الحاكم التنفيذي لفلسطين معاوية بن أي سفيان من التدخل في القضاء وسلبه سلطته في مواجهة القاضي وجعل العلاقة بين القاضي والخليفة مباشرة. [3]

كما حصل بين شريك النخعي قاضي الكوفة وبين الأمير موسى بن عيسى، فيحكى أنه جلس ذات يوم في مجلس القضاء، وإذا بامرأة تدخل عليه وتقول له:أنا بالله ثم بك يا نصير المظلومين، فنظر إليها شريك وقال : مَنْ ظلمك؟ قالت : الأمير موسى بن عيسى ابن عم أمير المؤمنين، فقال لها : وكيف؟ قالت: كان عندي بستان على شاطئ الفرات وفيه نخل وزرع ورثته عن أبي وبنيت له حائطًا، وبالأمس بعث الأمير بخمسمائة غلام فاقتلعوا الحائط؛ فأصبحت لا أعرف حدود بستاني من بساتينه؛ **فكتب القاضي إلى الأمير** : "أما بعد.. أبقى الله الأمير وحفظه، وأتم نعمته عليه، فقد جاءتني امرأة فذكرت أن الأمير اغتصب بستانها أمس، فليحضر الأمير الحكم الساعة، والسلام."
فلما قرأ الأمير كتاب شريك غضب غضبًا شديدًا، ونادى على صاحب الشرطة، وقال له : اذهب إلى القاضي شريك، وقل له –بلساني– : يا سبحان الله!! ما رأيت أعجب من أمرك! كيف تنصف على الأمير إمرأة حمقاء لم تصح دعواها؟ فقال صاحب الشرطة: لو تفضل الأمير فأعفاني من هذه المهمة، فالقاضي كما تعلم صارم، فقال الأمير غاضبًا: اذهب وإياك أن تتردد، فخرج صاحب الشرطة من عند الأمير وهو لا يدري كيف يتصرف، ثم قال لغلمانه: اذهبوا واحملوا إلى الحبس فراشًا وطعامًا وما تدعو الحاجة إليه، ومضى صاحب الشرطة إلى شريك، فقال القاضي له: إنني طلبت من الأمير أن يحضر بنفسه، فبعثك تحمل رسالته التي لا تغني عنه شيئًا في مجلس القضاء!! ونادي على غلام المجلس وقال له: خذ بيده وضعه في الحبس، فقال صاحب الشرطة : والله لقد علمت أنك تحبسني فقدمت ما أحتاج إليه في الحبس، وبعث الأمير موسى بن عيسى إليه بعض أصدقائه ليكلموه في الأمر فأمر بحبسهم، فعلم الأمير بما حدث، ففتح باب السجن وأخرج مَنْ فيه، وفي اليوم التالي، عرف القاضي شريك بما حدث، فقال لغلامه: هات متاعي وألحقني ببغداد، والله ما طلبنا هذا الأمر (أي القضاء) من بني العباس، ولكن هم الذين أكرهونا عليه، ولقد ضمنوا لنا أن نكون فيه أعزة أحرارا، فلما عرف الأمير موسى بذلك، أسرع ولحق بركب القاضي شريك، وقال له : يا أبا عبد الله أتحبس إخواني بعد أن حبست رسولي ؟ فقال شريك: نعم؛ لأنهم مشوا لك في أمر ما كان لهم أن يمشوا فيه، وقبولهم هذه الوفادة تعطيل للقضاء، وعدوان على العدل، وعون على الاستهانة بحقوق الضعفاء، ولست براجع عن غايتي أو يردوا جميعًا إلى السجن، وإلاَّ مضيت إلى أمير المؤمنين فاستعفيته من القضاء، فخاف الأمير وأسرع بردِّهم إلى الحبس، وجلس القاضي في مجلس القضاء، واستدعى المرأة المتظلمة وقال : هذا خصمك قد حضر.. فقال الأمير: أما وقد

(1) أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب إقامة الحدود على الشريف والوضيع، وباب كراهة الشفاعة في الحد إذا رفع إلى السلطان، رقم الحديث(3475).
(2) د.حامد محمد أبو طالب، التنظيم القضائي الإسلامي، ط1، بدون دار نشر، 1982، ص47.
(3) نايف سعد محمد الغامدي، المحكمة الجزائية المتخصصة دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقيه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مرجع سابق، ص31.

حضرت فأرجو أن تأمر بإخراج المسجونين، فقال شريك : أما الآن فلك ذلك ثم سأل الأميرَ عما تَدَّعيه المرأة، فقال الأمير: صدقت.. فقال القاضي شريك: إذن ترد ما أخذت منها، وتبني حائطها كما كان..قال الأمير : أفعل ذلك، فسأل شريك المرأة: أبقي لك عليه شيئًا؟ قالت: بارك الله فيك وجزاك خيرًا، وقام الأمير من المجلس وهو يقول : مَنْ عَظَّمَ أمرَ اللِه أذل الله له عظماء خلقه، [1] فتأمل هيبة القضاء، ومدى احترام وتقدير الناس لهم حكاماً ومحكومين فما أعظم قضاة الأمس، اعتزوا بالله فأعزهم، وطلبوا الحق مرضاة لله ، ونصر للمظلوم، فنصرهم الله على كل جبار!!

ثانياً : الاستقلال المالي للقضاة :

حرصت الشريعة الإسلامية على نزاهة القضاء؛ لكي يتمكن القاضي من الاحتفاظ بكرامته وهيبته أمام الناس، فأوجب له راتباً في بيت مال المسلمين يكفيه ومن يعول فلا يضطر أن يستدين لحاجته؛ لأن الاستدانة من شأنها أن تضعف القاضي في الحق في بعض الأحيان، وهذا يعجل القاضي أمناً من كيد الكائدين أيّاً كانوا، [2] وهذا مؤيد من خلال الآثار من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين والسلف الصالح وأذكر منها : [3]

- ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه فرض لعتاب بن أسيد درهمين في كل يوم لما ولاّه قاضياً على مكة، فقال عتاب بن أسيد "فقد رزقني رسول الله صلى الله عليه وسلم كل يوم درهمين، فلا أشبع الله بطناً لا يشبعه كل يوم درهمان".
- وكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى معاذ بن جبل وأبي عبيدة عامر بن جراح حين بعثهما إلى الشام أن انظرا رجالاً من صالحي من قبلكم فاستعملوهم على القضاء، وارزقوهم وأوسعوا عليهم من مال الله تعالى"
- وعين عمر بن الخطاب رضي الله عنه زيد بن ثابت على القضاء وفرض له رزقاً ورزق القاضي شريحاً في كل شهر مائة درهم، ورزق علياً خمسمائة درهم، وبعث إلى الكوفة عماراً وعثمان بن حنيف وابن مسعود ورزقهم كل يوم شاة، نصفها لعمار ونصفها لابن مسعود وعثمان وكان ابن مسعود قاضيهم ومعلمهم"
- وقول علي بن أبي طالب رضي الله عنه"..... وأفسح له في البذل ما يزيل علّته، وتقلُّ حاجته إلى الناس، وأعطه من المنزلة لديك ما لا يطمع فه غيره من خاصّتك، فيأمن بذلك من اغتيال الرجال له عندك" [4]

ومن أجل حمايته من التأثيرات الشخصية والروابط المادية والمصلحة التي تنشأ بينه وبين الآخرين بسبب مزاولة مهنة أخرى غير القضاء، منعت الشريعة الإسلامية عمل القاضي في أي عمل أخر غير القضاء حتى يكون صافي الذهن، ومرتاح راحة تامة على أن الراتب الذي يتقاضاه كافي له ولأولاده حتى لا يحتاج إلى البحث عن عمل أخر، وهذا ما أكدته من نهي عن عمل القاضي بالتجارة وغيرها، ما رود عن النبي صلى الله عليه وسلم عن جد أبي الأسود المالكي رضي الله عنه أنه قال"ما أعدل وال اتجر في رعيته" [5]؛ وروي عن شريح القاضي أنه قال : شرط عليّ عمر بن الخطاب حي وسّدني القضاء ألا أبيع ، ولا أبتاع، ولا أرتشي ، ولا أقضي وأنا غضبان"، [6] لأن العمل في التجارة يصاحبها عادة التهاون والمحاباة، وهذا من شأنه يخدش العدل، فعليه إن

---

(1) د.محمد عبد القادر أبو فارس، القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص201 .

(2) أحمد صيام أبو أحمد، مبدأ استقلال القضاء في الدولة الإسلامية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي من كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية فلسطين – غزة، رسالة غير منشورة، 2005، ص148 .

(3) ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، مكتبة القاهرة، مطبعة الفجالة الجديدة، 1968، 34/10 .

(4) محمود محمد عرنوس، تاريخ القضاء في الإسلام، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، 2008، ص17.

(5) مسند الشاميين للطبراني، ج2، ص272، رقم الحديث 1322. .

(6) ابن قدامة، المغني، ج10/ص118 .

الجانب المعيشي للقضاة مهم جداُ حتي يكونوا متفرغين للعمل القضائي غير منشغلين البال بما قد يؤثر على عمله من التفكير في رزق الأولاد، بحيث أن لا يقع القضاة في كل من شأنه أن يحيطهم بشبهات، وكان لابد أن توفر لهم الدولة مستوى معيشي معقول يجنبهم من القلق المالي بتخصيص رواتب مجزية تحقق لهم ظروف معيشية مستقرة.

ثالثاً :المساواة بين الناس في موقف القضاء :

من أهم المبادئ التي يقوم عليها القضاء في الشريعة الإسلامية مبدأ المساواة بين الخصوم، ولهذا المبدأ تطبيقات عديدة أهمها :

أولاً : المساواة بين الخصمين بصرف النظر عن اختلاف مكانة كل منهما :

وهذه المساواة أصل هام من أصول العقيدة الإسلامية فالإنسان هو خليفة الله في الأرض. وقد ساوى الله بين خلفائه يقول الله تعالى : (إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللهِ أَتْقَاكُمْ) [1] وقال الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم: "كلكم بنو آدم. آدم خُلق من ترابَ لينتهين قوم يفتخرون بآبائهم". [2] ، وتروي السنّة الفعلية للنبي عليه السلام كثيراً من الوقائع التي تؤكد بالفعل حرص النبي على أن يساوي بين المسلمين، بل بينه وبين غيره من المسلمين، من هذه ما حدث عندما كان النبي وعلي بن أبي طالب ورجل يسمى مرتد بن أبي مرشد، وكان معهم بعير واحد فأرادا أن يركب الرسول ويمشيا ففرض عليه السلام قائلاً : "لستما بأقوى على المشي مني، ولست بأغنى عن الأجر منكما [3]."

وقد حفل التاريخ الإسلامي بما يؤكد تطبيق هذا المبدأ الخصمين في مجلس القضاء. فقد روي أن رجلاً اشتكى عليّاً يوماً إلى عمر بن الخطاب عندما كان خليفة المسلمين فنادى عمر الإمام عليّاً بعبارة : "يا أبا الحسن"، ونادى الخصم باسمه. فغضب علي، فقال له عمر: لماذا غضبت، هل لأنني ساويتك مع الخصم؟ فقال له : لا ولكن لأنك كنيتني ولم تكنه [4].

وروي أن عليّاً بن أبي طالب وجد درعه عند رجل نصراني فأقبل به على شريح قاضيه يخاصمه مخاصمة رجل من عامة رعاياه. وقال : إنها درعي ولم أبع ولم أهب. فسأل شريح النصراني: ما تقول فيما يقول أمير المؤمنين؟ قال النصراني:ما الدرع إلا درعي وما أمير المؤمنين عندي بكاذب. فالتفت شريح إلى علي يسأله: يا أمير المؤمنين هل من بيّنة؟ فضحك علي وقال : أصاب شريح. ما لي بيّنة. فقضى بالدرع للنصراني [5].

ولم يقبل القاضي شريح شاهدَيْ علي لأن أحدهما كان ابنه والآخر مولاه، وتأكد المبدأ بقول الماوردي : إن على القاضي "التسوية في الحكم بين القوي والضعيف، والعدل في القضاء بين المشروف والشريف وقد ربط

(1) سورة الحجرات: آية(13).

(2) محمد ناصر الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، المحقق/زهير الشاويش، الناشر المكتب الإسلامي، بيروت، ط3. 1408هـ، رقم الحديث(4568).

(3) يحي شرف الدين النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، ج392/4.

(4) أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، دار المعرفة، 1413هـ، ج136/10..

(5) أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، دار المعرفة، 1413هـ، ج136/10..

الماوردي بين هذا المبدأ ووقار القاضي، فقرر أن وقار القاضي يوجب عليه "أن يكون دخول جميع المتنازعين إليه من شريف ومشروف مطرقاً" (1)

ثانياً ـ عدم تقديم قضية في دورها على قضية أخرى :

لم يكن القضاء في صدر الإسلام يعرف ما يسمى الآن بجدول القضايا الذي ترتب فيه القضايا بالجلسة، حسب دورها في هذا الجدول. بل كان القاضي يجلس في مجلس القضاء، وَيَرِدُ إليه الخصوم ليفصل في خصوماتهم، وقد حرص الفقه الإسلامي على تأكيد مبدأ هام في عدم التمييز بين الخَصوم، فأوجب على القاضي أن ينظر القضايا حسب أولوية حضور أطرافها، وقدر ذكر ابن قدامة ما هو قريب من ذلك إذا حضر إلى مجلس القضاء خصوم كثيرة قدم الأول فالأول، وهذا ما أكده ابن المنذر بقوله: الأحسن أن يتخذ خطياً ممدوداص طرفه يلي مجلس الحاكم والطرف الآخر يلي مجلس الخصوم حتى يأتي على آخرهم، (2)وذكر الإمام الكاساني أنه من أدب القضاء "أن يقوم الخصوم على مراتبهم في الحضور، الأول فالأول، لقوله عليه الصلاة والسلام : المباح لمن سَبَقَ إليه. وإن اشتبه عليه حالهم استعمل القرعة فقدّم من خرجت قرعته (3)."

وإمعاناً في العدل، ورحمة بالناس، أُعطي الغريب أولوية في نظر قضيته حتى لا يتعطل عن السفر إلى بلده، ذلك أن الغرباء إذا خاصموا بعض أهل المصر إلى القاضي أو خاصم بعضهم بعضاً أو خاصمهم بعض أهل المصر فإنه يقدمهم في الخصومة على أهل المصر، لما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال : قدِّم الغريب، فإنك إذا لم ترفع به رأساً ذهب وضاع حقُّه فتكون أنت الذي ضيّعته ذلك أنه لا يمكنه الانتظار فكان تأخيره في الخصومة تضييعاً لحقِّه (4).

ثالثاً ـ المساواة بين الخصمين في مجلسهما أمام القاضي :

من مظاهر المساواة بين الخصمين والتي حرص الفقه الإسلامي على تأكيدها وجوب أن يتساوى الخصمان أمامه فلا يقرِّب أحدهما ويُبْعِد الآخر، ولا يسمح لأحدهما بالجلوس ويترك الآخر واقفاًولا يُجْلِس أحدهما على وسادة ويجلسَ الآخر على الأرض، وقد روي عن عمر بن الخطاب وعن ابن أبي كعب رضي الله عنهما أنهما اختصما في حادثة إلى زيد بن ثابت ، فألقى لعمر بن الخطاب وسادة: فقال عمر رضي الله عنه : "هذا أول جورك"، وجلس بين يديه ولم يجلس على الوسادة (5).

ويرسم الإمام علاء الدين أبو بكر الكاساني هذا المبدأ باعتباره من آداب القضاء كالتالي : "ومنها أن يسوّي بين الخصمين في الجلوس فيُجلسهما بين يديه، لا عن يمينه ولا عن يساره لأنه لو فعل ذلك فقد قرّب أحدهما في

(1)الإمام أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية، الناشر: دار الحديث – القاهرة، 2014، ص26.
(2)ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج121/10.
(3)الكاساني، البدائع والصنائع، ج7/ص13.
(4)ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج122/10.
(5)البيهقي، ج136/10.

مجلسه. وكذلك لا يُجْلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره لأن لليمين فضلاً عن اليسار [1] ، ويؤكد الإمام الماوردي هذا المبدأ فهو يتطلب من القاضي "أن يساوي بين الخصمين في مقعدهما [2]."

ويقول ابن القيم : "في تخصيص أحد الخصمين بمجلس.. مضرّتان: إحداهما طمعه في أن يكون الحكم له فيتوى قلبه وجنانه. والثانية أن الخصم الآخر ييأس من عدله ويضعف قلبه وتنكسر حجته". وقد وضح هذا المبدأ في كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري بما يعرف برسالة القضاء إذ جاء بها : "آسِ بين الناس في مجلسك... حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك [3]."

رابعاً ـ المساواة بين الخصمين في المعاملة بالجلسة :

من أهم مظاهر المساواة بين الخصمين، أن تكون معاملة القاضي لكل منهما في الجلسة على قدم المساواة. فلا يبشّ في وجه أحدهما ويعبس في وجه الآخر، ولا ينظر لأحدهما نظرة احترام وينظر للآخر نظرة ازدراء، ولا يحيّي أحدهما عند دخوله ويشيح بوجهه عند دخول الآخر عليه، وقد رسم الإمام الكاساني هذا المبدأ "أن يسوّي بين الخصمين في النظر والنطق والخلوة. فلا ينطلق بوجهه إلى أحدهما، ولا يسارّ أحدهما، ولا يومئ إلى أحدهما بشيء دون خصمه، ولا يرفع صوته على أحدهما، ولا يسأل أحدهما عن حاله ولا عن خبره شيء من أُموره [4]."

ويؤكد ابن القيم هذا المبدأ قائلاً : "إذا عدل الحاكم (القاضي) في هذا بين الخصمين فهو عنوان عدله في الحكومة فمتى خص أحد الخصمين بالدخول عليه أو القيام له أو بصدر المجلس والإقبال عليه والبشاشة له وينظر إليه كان عنوان حيفه وظلمه [5]."

وفي أن على القاضي أن "يساوي بين الخصمين في النظر إليه وكلامه لهما ولا يخص أحدهما بترتيب ولا نظر ولا كلام". وربط الإمام الماوردي بين هذا المبدأ وبين الوقار الواجب للقاضي في مجلسه فقرّر أن وقار القاضي يوجب عليه أَلاَّ أحداً بكلام أو سلام [6].

خامساً ـ لا يقضي القاضي دون سماع الطرفين :

فليس للقاضي في الإسلام أن يقضي بناء على سماع أحد الطرفين دون الطرف الآخر. ويجب أن يكون سماعه لأحد الطرفين في حضور الطرف الآخر، وهو ما يقتضي أن يكون كل من الخصمين فاهماً للغة التي يتكلم بها الطرف الآخر.

وفي هذا يقول الرسول الكريم لعلي بن أبي طالب عندما بعثه قاضياً على اليمن": فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تَقْضِ حتى تسمع كلام الآخر كما سمعت كلام الأول، فإنه أحرى أن يتبيّنَ لك القضاء [7]."

---

(1)الكاساني، البدائع والصنائع، مرجع سابق، ج7/ص17.

(2)أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الأحكام السلطانية، ص248-205.

(3)الكاساني، البدائع والصنائع، ج7/ص13.

(4)الكاساني، البدائع والصنائع،مرجع سابق، ج7/ص9.

(5)ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1423، ص24.

(6)أدب القاضي للماوردي (ص249-250).

(7)البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق،ج136/1.

ويقول الإمام الكاساني إن على القاضي "أَلاَّ يُكَلِّمَ أحدهما بلسان لا يعرفه الآخر ولا يخلو بأحد في منزله ولا يضيف أحدهما فيعدل بين الخصمين في كل هذا لما في ترك العدل فيه من كسر قلب الآخر [1] .."

سادساً ـ حياد القاضي بين الخصمين :

ليس للقاضي في الإسلام أن يُعِين أحد الخصمين في دفاعه أو أن يقدم له حججاً تساعده ضد الطرف الآخر. ويحدد الإمام الكاساني واجب القاضي في هذا الشأن بقوله: إن من آداب القضاء "أن لا يلّقن أحد الخصمين حجته لأن فيه مكسرة قلب الآخر ولأن فيه إعانة أحد الخصمين فيوجب التهمة" أي أن القاضي بهذا المسلك يُتهم بعدم الحياد بين الخصمين [2] .

المبحث الثاني : حصانة القاضي وعدم قابليته للعزل في الشريعة الإسلامية :

يُعد مبدأ حصانة القاضي ضد العزل ضمانة أساسية للقاضي وتأكيد الاستقلاليه، وقد قدرت الشريعة الإسلامية القضاء حق قدره لأنه ولاية جليلة القدر عظيمة الشأن، [3] وعليه فلا شك أن القضاة هم الذين يبسطوا للعدالة يده، ويسعوا لحفظ الحقوق ورعاية الحريات ويكون عرضه لجملة من المخاطر قد تلحقه سواء من جانب السلطة التنفيذية أو من الأفراد، فمبدأ عدم القابلية للعزل إحدى الوسائل الحماية الإدارية للقضاة تفرضها طبيعة العمل القضائي، وموجبات رسالة العدالة، [4] ولما لها من أهمية في حفظ الاستقرار النفسي والوظيفي لدى القضاة لذا سنتدرس مفهوم وأهداف مبدأ حصانة القاضي ضد العزل في مطلب ثم موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل في مطلب ثان.

المطلب الأول : مفهوم وأهداف مبدأ حصانة القاضي ضد العزل :

الفرع الأول : مفهوم مبدأ حصانة القاضي ضد العزل :

مفهوم الحصانة القضائية بينها وبين مبدأ عدم قابلية القاضي للعزل تباين واضح وجلي، وإن عرف بعض الفقه بأن الحصانة نفس مفهوم مبدأ عدم قابلية القاضي للعزل، وهذا خلط بين المفهومين فيقصد بالحصانة هو قيد قانوني مؤقت يحول دون تحريك الدعوى العمومية إلا بعد الحصول إذن, [5] أما مبدأ عدم قابلية القاضي للعزل يقصد يقصد بهذا المبدأ "لا يجوز فصل القاضي أو وقفه عن العمل أو إحالته إلى المعاش قبل الأوان أو نقله إلى وظيفة أخرى غير قضائية إلا في الأحوال والقيود التي نص عليها القانون" [6] فلكي يمسك القاضي بميزان العدالة ، يجب ألا ألا يخشى على وظيفته ومستقبله؛ لذلك لابد من تقرير هذا المبدأ لتشيع الطمأنينة في نفس القاضي الذي يستطيع أن يحكم طبقاً للشرع وضميره والقانون، وهو آمن على وظيفة، وعلى هذا النحو فإن مبدأ عدم القابلية للعزل يُعد

(1)الكساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج7/ص9.

(2)الكاساني، البدائع والصنائع، مرجع سابق، ج7/ص17.

(3) عمر بكار، ضمانات استقلال القضاء الإدراي الجزائري، جامعة محمد خيضر- بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق تخصص قانون إدراي، رسالة ماجستير غير منشورة، 2015، ص23.

(4) عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدراية، القسم الأول الإطار النظري للمنازعات الإدارية، ط1، جسور النشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص127.

(5) عبد العزيز أحمد محمد الصقري، نطاق الحصانة القضائية من حيث الأشخاص والجرائم والإجراءات والمكان والزمان، سلطنة عمان، محكمة القضاء الإداري، 2011، ص5.

(6)عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدراية، المرجع السابق، ص128.

جوهر استقلال القضاء ونتيجة طبيعية لمبدأ الفصل بين السلطات، وإذا كانت العدالة أساسها ومصدرها استقلال القضاء، فإن هذه الاستقلال لن يتحقق إذا لم يحصن القاضي ضد العزل وما يلحقه من توابع أخرى كتوقيفه عن العمل أو إحالته إلى التقاعد المبكر أو نقله إلى وظيفة أخرى غير قضائية؛ إذ كيف يتسنى للقاضي أن يكون مستقلاً في تكوين رأيه وقناعته ليكون في مواقفه عادلاً في أحكامه ، إذا كان مصيره الوظيفي معلقاً بيد السلطة التنفيذية.[1]

وعليه فإن مبدأ حصانة القاضي ضد العزل ضمانة أساسية للمتقاضي أيضاً إذ بدونه لا يستطيع القاضي أن يرفع صوت القانون شامخاً وخاصة في مواجهة السلطة التنفيذية، إذا كانت هذه الأخيرة تملك صلاحيه إبعاده عن الوظيفة وتجريدة من الصفة القضائية، أما في حالة تمتع القاضي بالحصانة ضد العزل يضمن للمتقاضي أن يكون قاضيه مستقلاً ويتمتع بكافة الضمانات التي يمنحها إياه الدستور والقانون أمام القضاء، فلا يعد انتهاكاً لمبدأ الحصانة ضد العزل أن تبادر السلطة المختصة إلى إحالة القاضي إلى سن التقاعد.[2]

الفرع الثاني : أهداف مبدأ حصانة القاضي ضد العزل :

يُعد مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل من أبرز ضمانات استقلال القضاة، ولما كانت طبيعة الوظيفة تقتضي أن يضع القانون ثقته في ذكاء القاضي وضميره، ويعتمد عليه كأداة شخصية للعمل القضائي فيبعد عنه أيه مؤثرات أو ضغوط خارجية يمكن أن تفرض عليه آراء مسبقة أو مدفوعة بمصالح أخرى غير مصلحة النظام القانوني، ولا ريب أن ذلك يقتضي أولاً أن يكون القاضي مستقلاً استقلالاً وظيفياً، بما يعني أنه لا يخضع لسلطة رئاسية تُملي عليه ما يقضي به في دعوى منظورة أمامه أو أن يكون مسئولاً أمام هذه السلطة عن قضائه، وإنما هو خاضع فقط للقانون الذي يقوم بتطبيقه، وفقاً لما يمليه عليه اقتناعه وضميره، ويقضي ثانياً أن يكون هذه القاضي مستقلاص استقلالاً شخصياً بما يعني تحريره من الخوف وتأمينه من الحاجة بتقرير ضمانات دستورية وقانونية عديدة له لعل من أهمها عدم قابليته للعزل،[3] لا ريب في أن عزل القضاة سلاح خطير يهدد استقلالهم وينعكس أثره بالضرورة على حسن سير العدالة؛ لأن العبث بمستقبل القاضي أو حتى إمكان العبث به له آثاره الخطيرة على سلامة الأحكام وحسن سير القضاء،[4] ولهذا كان مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل من أهم الضمانات التي ترمز إلى استقلال القضاة حتى لا يختل ميزان العدالة في يديهمب، ولا يعني مبدأ حصانة القاضي ضد العزل أن يصبح القاضي مالكاً لتلك الوظيفة، وإن صدر عنه يسئ إليها أو يمس بشرفها، وإنما المقصود به تحصين القاضي إدارياً ضد السلطة التي عملت على تعيينه يحول دون إبعاده عن الوظيفة تعسفاً.[5]

وعليه فإن مبدأ حصانة القضاة ضد العزل يشكل حماية أساسية للقضاة والمتقاضين على حدٍ سواء ، ويعد رمزاً لاستقلال القضاء ومصدر حيادته، ودعامة أساسية لمحاكمة عادلة.

---

(1) عمر بكار، ضمانات استقلال القضاء الإدراي الجزائري، المرجع السابق، ص25.

(2)عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدراية، المرجع السابق، ص129.

(3)عمار بوضياف، مبدأ حصانة القاضي ضد العزل في الفقه الإسلامي والنظام الوضعية، مجلة الحقوق الكويت، السنة الثامنة، العدد الرابع، ديسمبر ، 1994، ص748.

(4)فاروق الكيلاني، استقلال السلطة القضائية، مركز العربي للمطبوعات، ط2، 1999، ص136.

(5)عمار بوضياف، مبدأ حصانة القاضي ضد العزل في الفقه الإسلامي والنظام الوضعية، المرجع السابق، ص748.

المطلب الثاني : موقف الشريعة من مبدأ حصانة القاضي ضد العزل :

الفرع الأول : مبدأ عدم قابلية عزل القاضي في القانون الفلسطيني :

إن مبدأ عدم قابلية القاضي للعزل هي ضمانة مهمة لاستقلال القضاء ونزاهته، ذلك بتجنب القضاة شبح العزل من السلطة التنفيذية أو التشريعة، ومن أجل حاطته بجو الاطمئنان أثناء قيامة بواجبه وسيره في عمله.[1] وقد نص القانون الأساسي الفلسطيني المعدل في المادة (99) فقرة (2) على مبدأ العزل بقوله " القضاة غير قابلين للعزل إلا في الأحوال التي يجيزها قانون السلطة القضائية" وكذلك نص قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م في المادة (27) "القضاة غير قابلين للعزل إلا في الأحوال المبينة في القانون" ومع ضمانة عدم القابلية للعزل لابد من ضمانة عدم إنزال رتبته، ولا نقله إلى مركز مساوٍ أو مركز أعلى دون موافقته، أو وموافقة الجهاز القضائي، وله الحق بالاحتفاظ بمهامة القضائية طاملا يرغب في الاحتفًاظ بها، ما خلا حالة الاحتفاظ المهنية الفادحة، والتي لا يرجع تقديرها إلى الحكومة بل السلطة القضائية نفسها.[2]

كل هذه الضمانات من أجل عدم تهديد القاضي بأي شئ من شأنه أن يؤثر على استقامه القاضي أو نزاهته، وأن لا يبقى تحت تأثير أصحاب النفود والمصلحة.[3]

الفرع الثاني : مبدأ عدم قابلية عزل القاضي في الشريعة :

يقصد به أصلاً تجنيب القاضي العزل التعسفي دون سبب من السلطة التنفيذية، ومن هنا وجدنا الدساتير المختلفة قيدت عزل القضاة بمقتضى القانون، فجوهر هذا المبدأ وغايته مشروع في الإسلام بلا شك؛ لأن عزل القاضي دون سبب ظلم لا تقره الشريعة، ويجب حماية القاضي من هذا الظلم، وهو أولى بهذه الحماية لأنه يتولى حماية الناس من الظلم،[4] ويعتبر من أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها استقلال القضاء هو استقرار القاضي في عمله، واطمئنانه على مستقبله، لأن مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل، حصانة من الحصانات المهمة التي تكفل مبدأ استقلال القضاء ونزاهته، لأن العزل يعتبر سلاح خطير يمكن بواسطته التخلص من أي قاضٍ غير مرغوب فيه لأي سبب من الأسباب.[5]

لا خلاف بين الفقهاء في أن لولي الأمر أن يعزل القاضي _ دون النظر إلى حصانته _ إذا ظهر منه خلل يستوجب ذلك كفسقه أو مرضه مرضاً يمنعه من القضاء أو اختل فيه شرط من الشروط الواجبة فيه،[6] ولكنهم اختلفوا في مدى قابلية القاضي للعزل مع بقاء أهليته للقضاء بناء على اعتباره كوكيل عن الأمير من جهة، وعلى وجوب حرمة هذا المنصب في نظر الناس من جهة ثانية،[7] على على النحو التالي :

---

(1)رحيل غرايبة، الحقوق والحريات السياسية في الشريعة الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ص457.

(2)فاروق الكيلاني، استقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص135.

(3)رحيل غرايبة، الحقوق والحريات السياسية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص458.

(4)رحيل غرايبة، الحقوق والحريات السياسية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص458.

(5)أحمد صيام سليمان أبو حمد، مبدأ استقلال القضاء في الدولة الإسلامية، الجامعة الإسلامية – غزة فلسطين، رسالة ماجستير غير منشورة، 2005، ص128.

(6)موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، دار إحياء التراث العربي، ط1. 1985، ج10/ص135، الكساني، بدائع الصنائع، ج16/7.

(7)الشربيني، المغني المحتاج، ج281/4.

فذهب بعضهم إلى أن للإمام عزل القاضي مطلقاً، وهو قول الحنفية وبعض المالكية وبعض الحنابلة،[1] **واستدل أصحاب هذا الرأي بعدة أدلة منها :** أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه عزل أبا مريم حيث قال : «لأعزلن أبا مريم، وأولين رجلاً إذا رآه الفاجر فرقه فعزله عن قضاء البصرة، وولى كعب بن سوار مكانه. [2] وكذلك تولية علي رضي الله عنه أبا الأسود الدؤلي ثم عزله، فقال له: لم عزلتني وما خنت وما جنيت؟ قال: رأيتك يعلو كلامك على الخصمين. ولأنه يملك عزل أمرائه وولاته على البلدان ، فكذلك قضاته [3] ، وذكر الكاساني أن عزل الإمام للقاضي ليس بعزله له حقيقة، بل بعزل العامة لما ذكر من أنّ توليته بتولية العامة، والعامة ولوه الاستبدال دلالة لتعلق مصلحتهم بذلك، فكانت ولايته منهم معنى في العزل أيضاً .[4]

وذهب آخرون إلى أنّ عزل القاضي لا يكون إلاّ لسبب، وهو قول جمهور المالكية والشافعية والحنابلة. [5]

واستدلوا بأنّ ولاية القاضي تصيره نائباً عن المسلمين، وليس نائباً عن الإمام، وبالتالي فما دام القاضي مقيماً ومستجمعاً لشروط أهلية القضاء، فليس من المصلحة عزله، ويأثم ولي الأمر إذا عزله، لأنّ في ذلك إفساداً لقضايا الناس، وهو عبث من الإمام، وتصرفه مصان عنه، [6] ويعتبر هذه عقد لمصلحة المسلمين فلا يملك الإمام عزله مع سداد حله كما لو عقد النكاح على موليته لم يكن له فسخة. [7]

وذهب بعض الحنابلة إلى أنّه ليس لولي الأمر عزل القاضي مطلقاً؛ لأنّ عقده كان لمصلحة المسلمين، فلا يملك الإمام عزله. [8]

قال أبي يعلى : "إنّ الإمام ليس له عزل القاضي ما كان مقيماً على الشرائط، لأنه بالولاية يصير ناظراً للمسلمين على سبيل المصلحة لا عن الإمام، ويفارق الموكل، فإنّ له عزل وكيله لأنّه ينظر في حق موكله خاصة". [9]

مما سبق بيانه أخلص إلى القول:أن الآراء السابقة تكاد تجتمع على رأي واحد هو أن العزل تحكمه ضوابط المصلحة، ولا يجوز للإمام عزل القاضي ما لم يتغير حاله، ولم تكن في عزلته مصلحة للمسلمين، بمعني إنّ عزل القاضي ينبغي أن يكون في مظنة المصلحة وكذلك استقالته، وهذا ما أكده **العلامة الفقيه محمد الطاهر ابن عاشور بقوله** : «والحاصل أنّه يفهم من مقصد الشريعة أن تكون الولاية في مظنة المصلحة، وأن لا يكون العزل إلا لمظنة المفسدة، لأن جميع تصرفات الإمراء منوطة بالمصالح" [10]

لذلك نستطيع أن نرجح اعتماد أقوال الفقهاء، واستناداً إلى روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها العامة، وأنه في العصر الحاضر يجب أن يكون عزل القضاة بتشريع وقانون خاص محدد ينظم عمل السلطة القضائية في دولة

(1)موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، دار إحياء التراث العربي، ط1. 1985، ج10/ص135، الكساني، بدائع الصنائع، ج16/7.

(2)موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10/ص134.

(3)موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج10/ص135.

(4)الكاساني، بدائع الصنائع، ج16/7.

(5)منح الجليل 286/8 ، الشربيني، مغني المحتاج، 381/4 ، الفروع لابن مفلح 386/6 ، ابراهيم الحريري، القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء، دار عمار، ط1، 1999، ص29.

(6) د.محمد عبد القادر أبو فارس، القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص212 .

(7) الموسوعة الفقهية، ج323/33 .

(8) البهوتي، كشاف القناع، ج2/ص294 .

(9)محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الكتاب المصري، القاهرة، ودار الكتاب اللبناني ، بيروت، 2011، ص374.

(10)ابن قدامة: المغني، المرجع السابق، ج10/ص134.

الإسلام، وأن يكون ذلك باشراف السلطة القضائية نفسها، وليس بيد السلطة التنفيذية ولا التشريعية؛ لأن هذه أكثر تحقيقاً لمعنى استقلال القضاء والمحاكمة العادلة، وتعزيز سلطته في حماية الحق وصيانة الحريات وهذا مقصد الشريعة الإسلامية العام. [1] ولذلك نجد مبادئ الشريعة الإسلامية تتسع لإصدار قانون خاص باستقلال القضاء، وينص على عدم عزل القاضي من قبل السلطتين التنفيذية والتشريعية، وأن لا يتم العزل إلا من السلطة القضائية وفق حالات محددة تستوجب العزل مستوحاه من الفقه الإسلامي ، والتي تتلخص بالاخلال بالشروط الواجب توافرها في القاضي عند تعينه. [2]

وتظهر أهمية هذا المبدأ في توفير الحماية اللازمة للقضاة، وإلزام الجهة القائمة بالعزل بقيود وضوابط، إضافة إلى أنّ الحاجة العملية للأخذ بهذا تظهر قيمتها في الوقت الحاضر، وذلك لزيادة نفوذ السلطة التنفيذية على القضاء، وهذا التنوع يدل على أهمية المسألة وخطورتها، وارتكاز العزل على المصلحة يقتضي أن تكون المصلحة قطعية أو قريبة منها، ولا يكفي أن تكون ظنية أو وهمية، ويترتب على هذا أن حصانة القاضي منوطة باستمرار صلاحيته لأعمال القضاء ودوام أهليته، فإذا تغيرت حاله بما يعود على صلاحيته بالإخلال والضياع، وعلى أهليته لهذه الولاية بالفناء، أو صدر منه ما يتنافى وطبيعة عمله، أو اتصف بما ينافي أهلية القضاء، زالت أهليته وتعين على من بيده الأمر أن يعزله لما في بقائه من إسناد الأمر إلى غير أهله.

الخاتمة :

يتضح من خلال هذه الدراسة: أن استقلال القضاء هو مرتكز من مرتكزات المحاكمة العادلة والمحافظة على استقلال القاضي وحقوق المتقاضين بذلك، وخلصنا إلى جملة من النتائج والتوصيات نتاولها على النحو التالي:-

أولاً: النتائج :

1- استقلال القضاء كمؤسسة يتحقق من خلال توافر أن يكون القضاء سلطة من سلطات الدولة الثلاث، وليس مجرد وظيفة تتولاها المحاكم، وكما يتحقق ذلك كأفراد بقيامهم بمهامهم، ومتحررين من أي تدخل بوعد أو وعيد أو إشراف أو رقابة، ويمارسون واجبهم دون تدخل أي جهة أخرى.

1- استقلال القضاء في الشريعة هو ألا يخضع القضاة والمحاكم في الدولة تحت تأثير السلطة التنظمية أو السلطة التنفيذية أو أي شخص أو جهة أخرى.

2- عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، أول من فصل السلطة القضائية عن السلطة التشريعية، وجعل مرجع القاضي هو الخليفة مباشرة، وهذا من أعظم دعائم استقلال القضاء.

3- أنّ نظام الحصانة القضائية، وإن كان من أهم المبادئ التي تحفظ حرمة القضاء، ولا توهن القاضي في دينه، ويوجد ضمانة كافية يطمئن إليها القضاة على مصيرهم.

4- إن أخطر ما يهدد استقلال القضاء هو تدخل السلطة التنفيذية فيه بطرق وأساليب مختلفة.

5- ساوت الشريعة الإسلامية بين جميع أفرادة أمام التشريعاته، فلا يعفى منها أحد دون سبب يقتضية، حتى لو كان نبياً الله الذين اصفاهم، بل أن مسؤولية الإنسان تعظم بعظم المهمة.

(1)رحيل غرايبة، الحقوق والحريات السياسية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص457.

(2)رحيل غرايبة، الحقوق والحريات السياسية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص458.

6- الإسلام لا يسمح لأي إنسان مهما علت منزلته وارتفعت مرتبته ومكانته أن يتدخل في في شئون القضاة حين يكون حكمه عدلاً.

7- الراجح أنه يجوز عز الخليفة أو الحاكم للقضاة إذا توفرت أسباه ومقتضياته، ويمنع من عزله إذا لم هناك سبب يقتضيه.

8-حرصت الشريعة الإسلامية على مبدأ المساواة بين الخصوم، فإذا حدث خرق لمبدأ المساواة أمام القضاء في مجتمع من المجتمعات بأي وسيلة من الوسائل فلا توجد عدالة في ذلك المجتمع.

ثانياً:- التوصيات :

بعد إراد هذه النتائج لابد من بعض التوصيات التي تساعد على دعم استقلال القضاء في الشريعة وتحقيق المحاكمة العادلة وهي كالتالي :

1-ضرورة إعادة بناء المؤسسات القضائية على أسس جديدة، تنطلق من خلال الشريعة الإسلامية، باعتبارها منطلقاً في ذلك، لأنها تمتاز بالدقة والتنظيم والنزاهة إقامة العدل وحفظ النظام والامن.

2-وضع بعض التشريعات التي تضمن للقاضي استقلاله وتمتنع غيره من التدخل في إصدار الأحكام القضائية، كإيجاد عقوبة على من يتدخل أو يحاول التدخل في شؤون القضاء وإصدار الأحكام القضائية مهما كانت مكانته.

3-ضرورة الاستمرار في التوسعة على القاضي في رزقه وأعطائه امتيازات عديدة كي يستغني عما في أيدي الناس.

في اخر المقام أسأل الله عز وجل التوفيق والسداد فيما تم عرضه في هذا الموضوع، فإن وفقت فالحمد والمنه لله تعالى، وما كان من خطأ وتقصير ممن نفسي ومن الشيطان.

قائمةالمراجع :

-أولاً : الكتب :

1-ابراهيم الحريري، القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء، دار عمار، ط1، 1999.

2-أحمد بن الحسن أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق:محمد عطا، ط1، 1414هت، دار الباز.

3-حامد محمد أبو طالب، التنظيم القضائي الإسلامي، ط1، بدون دار نشر، 1982.

4-جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، كتاب أدب القاضي، دار الحديث، ط1، 1995.

5-سليمان بن الاشعث أبو داوود، سنن أبو داود، تحقيق:محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر سليمان بن أحمد أيوب أبو القاسم الطبري، تحقيق حمدي السلفي، ط1، 1405ه، مؤسسة الرسالة.

6-عبد الرحمن بن خلدون، مقدمة بن خلدون، دار الجيل، بيروت، دون سنة.

7-عبد الرحمن عياد، أصول علم القضاء، مطابع معهد الإدارة العامة الرياض، المملكة العربية السعودية، 1981.

8-حسين عبد العزيز آل الشيخ، مبادئ القضائية في الشريعة الإسلامية وارتباط النظام القضائي في المملكة العربية السعودية بها، دار التوحيد للنشر بالرياض - المملكة العربية السعودية.

9-عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدراية، القسم الأول الإطار النظري للمنازعات الإدارية، ط1، جسور النشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

10-عبد العزيز أحمد محمد الصقري، نطاق الحصانة القضائية من حيث الأشخاص والجرائم والإجراءات والمكان والزمان، سلطنة عمان، محكمة القضاء الإداري، 2011.
11-فاروق الكيلاني، استقلال السلطة القضائية، مركز العربي للمطبوعات، ط2، 1999.
12-رحيل غرايبة، الحقوق والحريات السياسية في الشريعة الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي.
13-الإمام أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية، الناشر: دار الحديث – القاهرة، 2014.
14-محمد شلال حبيب، ضمانات استقلال القضاء في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة عنابة، الجزائر،العدد الأول، 1982.
15-د.محمد سلام مذكور، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة1964.
16-محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية.
17-محمد عبد القادر أبو فارس، القضاء في الإسلام، دار الفرقان للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، ط4، 1995.
18-محمود محمد عرنوس، تاريخ القضاء في الإسلام، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، 2008.
19-محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الكتاب المصري، القاهرة، ودار الكتاب اللبناني ، بيروت، 2011.
20-موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، دار إحياء التراث العربي، ط1ـ 1985.
21- محمد ناصر الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، المحقق/زهير الشاويش، الناشر المكتب الإسلامي، بيروت، ط3ـ 1408هـ.
22- يحيى شرف الدين النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، ج392/4.

-رسائل علمية :

1-أحمد صيام أبو أحمد، مبدأ استقلال القضاء في الدولة الإسلامية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي من كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية فلسطين – غزة، رسالة غير منشورة، 2005.
2-عمر بكار، ضمانات استقلال القضاء الإدراي الجزائري، جامعة محمد خيضر- بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق تخصص قانون إدراي، رسالة ماجستير غير منشورة، 2015.
3-طراد فههد نصير الشريف، استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية.
4-نايف سعد محمد الغامدي، المحكمة الجزائية المتخصصة دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقيه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية العدالة الجنائية قسم الشريعة والقانون، رسالة ماجستير غير منشورة، 2014.

-مجلات :

- عبد الوهاب خلاف، السلطات الثلاث في الإسلام، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة،1953.
- عمار بوضياف، مبدأ حصانة القاضي ضد العزل في الفقه الإسلامي والنظام الوضعية، مجلة الحقوق الكويت، السنة الثامنة، العدد الرابع، ديسمبر ، 1994.

إزدواجية تدبير التركات بين الشريعة والقانون الوضعي بالمغرب

الحسين الروحي : جامعة محمد الخامس الرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

مركز دراسات الدكتوراه تخصص الأنظمة القانونية القضائية

الإدارية المقارنة فريق البحث تقييم السياسات العمومية الفوج 6

تقديم :

التركة مفهوم عامة ينطوي على دلالات ومعانى دينية أكثر منها قانونية. من الناحية الاجتماعية التركة مفهوم ذو حمولة خاصة لارتباطه بحالة الحزن الناتج عن مأثم، والذي له انعكاس مشؤوم بالمخيلة الاجتماعية الانسانية. ومصطلح تركة يوحي مباشرة الى فقدان عزيز وغالبا ما يتعلق الأمر بأقرب الناس، الوالدين، عندها تشتد المرارة وقد يصير الأمر الى انتكاسة في حياة المعزى. عرفت التركة عبر العصور البشرية تطورا بتطور التجمعات البشرية، فكان للأعراف والتقاليد الحيز الكبير في صياغة الأسس الاولى في تدبير التركات، وتولت الشرائع السماوية والوضعية زمام تأصيل أركان نظام المواريث. لم تتركت التجمعات البشرية عبر التاريخ منحة الميت، التركة، دون تحديد الى من تؤول تفاديا للصراع المتوقع بين ورثة الهالك. فاستبقت الصراع بميزان لقسمة ما خلفه الهالك من متاع الدنيا.

المقال الذي بين يدينا يطرح الاشكال الاتي: ان الدستور المغربي لسنة 2011م يشير في ديباجته الى أن (المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة، متشبثة بوحدتها الوطنية والترابية، وبصيانة تلاحم وتنوع مقومات هويتها الوطنية، الموحدة بانصهار كل مكوناتها، العربية – الإسلامية، والأمازيغية، والصحراوية الحسانية، والغنية بروافدها الإفريقية والأندلسية والعبرية والمتوسطية. كما أن الهوية المغربية تتميز بتبوء الدين الإسلامي مكانة الصدارة فيها، وذلك في ظل تشبث الشعب المغربي بقيم الانفتاح والاعتدال والتسامح والحوار، والتفاهم المتبادل بين الثقافات والحضارات الإنسانية جمعا). ويأكد الفصل الثالث من الدستور ذاته الى أن (الإسلام دين الدولة، والدولة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية). وتشير المادة 321 من مدونة الاسرة المغربية الى أن (التركة مجموع ما يتركه الميت من مال أو حقوق مالي)، وعليه فبمقتضى المادة 323 من نفس المدونة (الإرث انتقال حق بموت مالكه بعد تصفية التركة لمن استحقه شرعا بلا تبرع ولا معاوضة). والتركة بحسب منطوق المادة 332 تورث لذوي الحقوق

بشرط أن (لا توارث بين مسلم وغير المسلم، ولا بين من نفى الشرع نسبه). وبناء على الذي اتت به النصوص القانونية فأن التركة او الإرث بالمملكة المغربية يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية. إلا أن هذه الاحكام لا تنطبق على بعض تركة المتوفى، إذ توزع بناء على نصوص قانونية ليست بتلك المسطرة بمدونة الأسرة المغربية، ولا بالتي دونتها كتب المذهب المالكي المعتمد بالمملكة المغربية، ولا بالتي سطرتها قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية.

ماهي هذه الأنواع من التركات التي لا تدخل ضمن نطاق النصوص الدينية بحسب النصوص القانونية المغربية؟ من المستفيد منها وماهي التبريرات التي يقدمها المشرع لتوزيع هذه الأنصبة ؟ أم أن المشرع قد أغفل أو سهى عن هذه الأنصبة عند وضعها ؟ أم أن المشرع له تعريف أخر للتركة مما حدا به حذف هذه التركات من الميراث ؟ وما رأي فقهاء الشريعة المغاربة من هذه التركات ؟ للإجابة عن هذه الاسئلة كان لزاما التعريف بالتركة كمفهوم، وكيف تعاملت الأمم السابقة واللاحقة مع التركة لتجلي مكانتها عند غيرنا ولمقارنتها مع تعاليم الشريعة الإسلامية التي تتبوأ مكانة الصدارة بالدولة المغربية، ومنه مسائلة النصوص القانونية المغربية الواردة في هذا الصدد.

لغة جاء في قواميس اللغة العربية عامة أن التركة بكسر الراء تعني ما خلفه الميت من مال، ويقال هذا من تركة فلان يعني من مخلفاته. والتَرْكة بتسكين الراء تعني البيضة بعد أن يخرج منها الفرخُ. أما المعجم الوسيط فقد أتى لكلمة "التَرْكة" بمعاني عدة تصل الى ستة، فهي تعني بيضة النعامة، وتعني خوذة الحديد، وتعني البيضة بعد خروج الفرخ منها، وتعني فتاة عانس، وتعني امرأة مصون محفوظة في خدرها. وصافي التركة يعني قيمة التركة بعد دفع المصاريف الإدارية وسداد ديون المتوفى وتغطية خسائره.

لم تخرج النصوص القانونية الوضعية عن هذا التعريف الاصطلاحي للكلمة. فمدونة الاسرة المغربية لسنة 2004م تشير في المادة 321 الى أن (التركة مجموع ما يتركه الميت من مال أو حقوق مالية) وعلى نفس التعريف تجمع جل البلدان الإسلامية التي تعتمد نظام الإرث الإسلامي نظاما لتوزيع تركة الميت. وتجمع النصوص القانونية الوضعية على تعريف واحد للتركة فيما تختلف في تحديد إلى من تؤول وطريقة توزيعها بين ذوي الحقوق المستحقين للميراث. وتتحدث التشريعات البشرية المتعاقبة على أن التركة تؤول للأقرب فالأقرب من الميت، فأعطت الحق من الميراث للابن وللإخ... وقليل منها من خص النساء بميراث، بل كانت الأولوية للذكران من العالمين كما سيأتي عليه الذكر في الفقرات اللاحقة.

القسم الأول : لمحة تاريخية عن الميراث بالمجتمعات الإنسانية :

الفقرة الآتية تورد نماذج لتجمعات بشرية في وضع تشريعات لتنظيم حياة رعاياها في شقها الميراثي خاصة. تشريعات متنوعة راعى واضعها الوضعية الاقتصادية قبل الوضعية الاجتماعية، وغلبت فيها المصلحة الذاتية على المصلحة الجماعية. فبين اللاهوتي ذو المصدر السماوي والوضعي ذو مصدر أرضي بزغت حلول لخلافات مادية كانت تغديها اعراف وتقاليد ارتبط بظهور التجمعات الإنسانية.

المبحث الأول : قوانين بشرية في تدبير الميراث :

المطلب الأول : الميراث لدى الأمم السابقة[1] :

اقتصر الميراث في شريعة المصريين قبل الميلاد على منافع الأرض ولم يكن يتعداه إلى شيء اخر لغياب الملكية الخاصة. فالأرض ملك للفرعون الإله، ولا يملك المصري إلا بما تجود به الأرض مما عملت يداه. وتنتقل هذه المنفعة إلى الأرشد في الأسر ليحل محل المتوفي في زراعة الأرض. وكان المصريون القدامى لا يميزون بين الذكور والاناث في حيازة منفعة الأرض إلا إذا اختارت الأنثى التنازل عن حقا وذلك هو الأحوط لها. والأرشد في الأسرة دائرة تشمل الأبناء والزوج والأم والأخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات.

ولم يختلف الرمان القدامى في صيغة تعين الوارث كثيرا عن المصريين. فإذا كان المصريون يعطون أحقية الإرث للأرشد في الأسرة، فإن قدماء الرمان أقاموا نظام الخليفة. نظام يقتضي من رب الأسرة تعين خليفة له قبل مماته من فورعه أو من غيرهم، ليؤول إليه أمر تدبير شؤون الأسرة. ولا يتم قبول هذا الاختيار إلا بموافقة وجهاء القبيلة. وبتوالي السنين حصر امر الخليفة في فورع الميت ثم الأصول فالإخوة الأشقاء ونسلهم، ثم الاخوات الشقيقات ونسلهن، ثم الإخوة لأب ونسلهم، ثم الأخوات لأب ونسلهن، ثم الإخوة لأم ونسلهم، فالأخوات لأم ونسلهن، وفي غياب هؤلاء وعدم وجود قريب بعيد تنتقل التركة إلى بيت المال. ويحسب للرمان مساواتهم بين الذكور والإناث في كل طبقات ذوي الحقوق، لكن لم يسمحوا للزوج بالدخول في دائرة الورثة بحجة عدم القرابة.

والتزم اليونانيون كالرمان بصيغة الخليفة واختلفوا عنهم في كتابة الوصية لتفادي النزاعات المحتملة بين افراد الاسرة. وبرحيل الموصي يصبح الوصي رب الأسرة يتصرف في الأموال والأفراد، ولا يحدث أمر داخل الأسرة إلا بموافقته ورضاه.

المطلب الثاني : شريعة العرب الجاهلية في الإرث :

لم تكن القبائل العربية تدين بدين واضح تنبني عليه حياة الناس، وإنما كانت الشرائع والأحكام مزيج بين عقائد سماوية سابقة، كالحنفية واليهودية، وأحكام تصدر بناء على اهواء علية القوم. فدار الندوة بالنسبة للقرشين بمثابة مؤسسات دولة قائمة بذاتها بالمفاهيم العصرية، فيها تعقد الاجتماعات الحربية والسلمية، وتشرع الشرائع، ويعقد القران... ومن شرائع العرب، قبل دخولهم تحت راية الاسلام، أن المرأة لا ترث شيئا لكونها متاع يورث. فأسقطوا بزعمهم حق البنات والزوجات والأمهات وغيرهن من النساء من الميراث، فورثوا الإبن البالغ والأخ الأكبر والعم و ابن العم. وسبب ايلاء الأهمية للذكور دون الاناث في الميراث يرجع إلى حاجة القبيلة لمن يحمل السلاح لذود عنها ولحماية للعشيرة. بل أن المرأة الأرملة تحبس حتى تموت ليرثوا مالها إلا اذا شفع لها جمالها فتزوجها ولي المقتول ليتمتع بها و بمالها[2].

وكان الرجل يرث الرجل، من غير قرابة بينهما، لحلف او لتبني بينهما. فكان العرب يغلظون في الحلف الى درجة انهم الحقوا المتحالفين بالورثة. وللحليف الحق في طلب مال حليفه عند وفاته. وألحق ابن الغير المتبنى بالورثة

[1] محمد عبد الرحيم الكشكي، الميراث المقارن، دار النذير للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة 1969م، المؤلف متوفر بمكتبة الإسكندرية الرقمية على الرابط الآتي : http://dar.bibalex.org/webpages/mainpage.jsf?PID=DAF-Job:92947

[2] اورده الشيخ أبي نصر محمد بن عبد الله الإمام في كتابه " إعلام النبلاء بأحكام ميراث النساء"، دار النشر المتخصص للطباعة والنشر، طبعة 2003م.

إن كان بالغا، حتى أن الأمر عمل به في صدر الاسلام إلى حين نسخه بالوحي، ولنا في قصة الرسول صلى الله عليه وسلم وزيد بن حارثة خير مثال.

المطلب الثالث : الميراث في القانون الفرنسي :

لم يسمح المشرع الفرنسي بانتقال الميراث مباشرة إلى ذوي الميت إلا إذا تبث عدم وجود وصية او هبة مكتوبة[1]. ويتم اتباث صفة وارث بوثيقة رسمية صادرة عن موثق[2]. ويرتب القانون المدني الفرنسي الورثة على درجات، تسقط السابقة حق اللاحقة إن وجدت. فيأتي في الدرجة الأولى الأبناء والبنات وأولادهم لكل نصيب دون تميز بين الذكر الانثى، ثم يأتي في الدرجة الثانية الأب والأم والأخوة والأخوات وأولادهم عندها تقسم التركة نصفين النصف الأول للأب والأم مناصفة، والنصف الآخر يقسم بين الإخوة والاخوات وأولادهم، ويحيز الإخوة التركة كاملة عند غياب الأبوين والعكس صحيح، إلا في حالة موت احد الأبوين فان نصيب الإخوة يصير ¾ التركة. ثم يأتي الجد والجدة في الدرجة الثالثة، ويحل الأعمام والخالات وأبناء العمومة في الدرجة الرابعة[3].

اما الزوج الموجود(ة) على قيد الحياة، عند وجود فروع للهالك، فله (ها) الاختيار بين الاستفادة من منافع التركة دون ملكية التي هي بحوزة الاولاد من غير تصرف فيها إلى حين ممات الزوج، أو مليكة الربع التركة اختيارا مع اولادها أو قصرا مع اولاد الهالك من زواج أخر. و(ي)ترث مع الأبوين النصف، ومع احدهما ¾، والتركة كاملة بغيابهما. أو تخضع التركة لبنود عقد الزواج إن تم الأمر على نحو اتفاق بين الطرفين[4].

المبحث الثاني: الشريعة السماوية لتدبير نظام الارث :

المطلب الأول : الميراث في التوراة والإنجيل :

التوراة والإنجيل من الكتب السماوية التي نزلت على بني اسرائيل تباعا. فالتوراة نزلت على كليم الله موسى عليه السلام لتوضيح شريعة الله لليهود، والإنجيل أنزل على المسيح عيسى عليه السلام لتبيان تعاليم الله للنصارى. وتقسيم التركة من الأحكام التي تعرضت لها التوراة ولم يشر لها الإنجيل لكون المسيح عليه السلام أرسل لتتميم الناموس الموسوي، لذلك اعتنت الديانة المسيحية بالجانب الأخلاقي الرامي إلى السمو بالإيمان الحقيقي وتزكية المحبة الإلهية في النفوس ففي إنجيل لوق 12 **" وَقَالَ لَهُ وَاحِدٌ مِنَ الْجَمْعِ : «يَا مُعَلِّمُ ، قُلْ لأَخِي أَنْ يُقَاسِمَنِي الْمِيرَاثَ « فَقَالَ لَهُ : «يَا إِنْسَانُ، مَنْ أَقَامَنِي عَلَيْكُمَا قَاضِيًا أَوْ مُقَسِّمًا ؟ « وَقَالَ لَهُمُ: «انْظُرُوا وَتَحَفَّظُوا مِنَ الطَّمَعِ، فَإِنَّهُ مَتَى كَانَ لأَحَدٍ كَثِيرٌ فَلَيْسَتْ حَيَاتُهُ مِنْ أَمْوَالِهِ»**[5]. فكان المسيحيون الاوائل يتبعون شرائع اليهودية في تنظيم حياتهم.

جاء في الاصحاح السابع والعشرون من سفر العدد، العهد القديم **"... فقال الرب لموسى:(بحق تكلمت بنات صُلفحاد فتعطيهن مُلك نصيب بين أعمامهن وتنقل نصيب أبيهن إليهن. وتقول لبني إسرائيل: أيما رجل مات وليس له ابن تنقلون ملكه إلى ابنته. وإن لم تكن له ابنة تعطوا ملكه لإخوته. وإن لم يكن له إخوة تعطوا ملكه لأعمامه. وإن لم يكن لأبيه إخوة تعطوا ملكه لنسيبه الأقرب إليه من عشيرته فيرثه. فصارت لبني إسرائيل فريضة**

---

[1] المادة 721 من القانون المدني الفرنسي

[2] المادة 1-730 من القانون المدني الفرنسي.

[3] المادة 734 من القانون المدني الفرنسي.

[4] يمكن الاطلاع على مضامين الميراث بالقانون الفرنسي على البوابة الرسمية للإدارة الفرنسية https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/

[5] http://sttakla.org/Bibles/BibleSearch/showChapter.php?book=52&chapter=12&q=%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%8A%D8%B1%D8%A7%D8%AB+

قضاء، كما أمر الرب موسى." من هذا النص الوارد بالكتاب المقدس يتضح أن شريعة اليهود في الإرث وضعت اربعة درجات للورثة؛ فالولد الذكر اولى من غيره بتركة والده. والنص لم يحدد إن كان الإبن واحدا أم أكثر؟ ونجد في سفر التثنية الاصحاح الواحد والعشرون من العهد القديم **" إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ امْرَأَتَانِ، إِحْدَاهُمَا مَحْبُوبَةٌ وَالأُخْرَى مَكْرُوهَةٌ، فَوَلَدَتَا لَهُ بَنِينَ، الْمَحْبُوبَةُ وَالْمَكْرُوهَةُ. فَإِنْ كَانَ الابْنُ الْبِكْرُ لِلْمَكْرُوهَةِ، فَيَوْمَ يَقْسِمُ لِبَنِيهِ مَا كَانَ لَهُ، لاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُقَدِّمَ ابْنَ الْمَحْبُوبَةِ بِكْرًا عَلَى ابْنِ الْمَكْرُوهَةِ الْبِكْرِ، بَلْ يَعْرِفُ ابْنَ الْمَكْرُوهَةِ بِكْرًا لِيُعْطِيَهُ نَصِيبَ اثْنَيْنِ مِنْ كُلِّ مَا يُوجَدُ عِنْدَهُ، لأَنَّهُ هُوَ أَوَّلُ قُدْرَتِهِ. لَهُ حَقُّ الْبَكُورِيَّةِ."** بحسب منطوق النص فأن نصيب الإبن البكر يساوي نصيب اثنين من اخوانه الذكور. وفي غياب الأبناء ينتقل الميراث إلى البنات مباشرة ولا يوجد نص يبين كيفية توزيعه بينهن. لينتقل من بعد ذلك إن لم يوجدن إلى الإخوة، وإن غابوا انتقل إلى الأعمام ومن بعدهم إلى الأقرب عشيرة من الميت دون ذكر لنصيب كل فرد من نفس الطبقة.

اقصى الكتاب المقدس البنات من الميراث في حالة وجود الأبناء، كما أنه لم يذكر لا الزوجة ولا الأبوين من ضمن الورثة. واذا كانت قد ورث البنات استثناء في غياب الابن فإنه لم يسمح لباقي النساء من الطبقات الأخرى بولوج دائرة القربى رغم قربهم من الميت اكثر من الأقرب عشيرة. يرى احد كبار علماء اليهود أوريجينوس، ولد في الإسكندرية حوالي عام 185م، أن:" في هذا القانون ظلًا للخيرات السماويّة، إذ يرى هؤلاء الورثة الخمسة على الأرض فيرمزون للورثة في السماء. ففي الدرجة الأولى درجة الأبناء هؤلاء الذين لهم معرفة روحيّة، أما الدرجة الثانية "الابنة" فتشير لأصحاب العمل الممتاز، لأننا كما سبق فكرَّرنا أن الذكر يشير إلى الفكر أو العقل أو المعرفة، أما الأنثى فتشير إلى الجسد أو العمل والخدمة. الأولون يمثلون أصحاب التأمل والآخرون يمثلون المجاهدين في الخدمة والعمل. الدرجة الثالثة، أي درجة الإخوة، فيمثلون الذين يجاهدون متمثلين بالآخرين كإخوة لهم. الدرجة الرابعة أي العم ففي رأيه يمثل جماعة البسطاء الذين يمارسون العادات الطيبة دون عمق فكري. وأخيرًا درجة أي قريب تشير إلى الورثة الذين يضمهم الرب لأجل أي عمل يصنعونه في بساطة، إذ يشتاق الرب إلى خلاص الكل."[1]

المطلب الثاني : الإرث في الشريعة الاسلامية :

اعتمد نظام الإرث الإسلامي على الكسور الرياضية كالنصف والربع والسدس والثمن لتحديد أنصبة الورثة، عمليات حسابية لم يكن للبيئة العربية معرفة بها، وسابقة لم تعرفها الأمم السابقة عن ظهور الاسلام. ولم تتجاوز عدد الآيات التي صاغت نظام الإرث الاسلامي خمسا من آي الذكر الحكيم[2]، وردت كلها في سورة النساء؛ بدأت بالتعميم دون استثناء بقوله تعالى : لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ ۚ نَصِيبًا مَفْرُوضًا" الآية 7، واتبعت بالتفصيل وجيز قال تعالى " وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا " الآية 8 واردفت بقوله جل من قائل " يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ ۚ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ۖ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ۚ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ۚ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ۚ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ۚ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا ۚ فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ◊ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ

---

[1] يمكن الاطلاع على العهد القديم مع شرح لتعاليم الشريعة اليهودية : t-takla.org/pub_Bible-Interpretations/Holy-Bible-Tafsir-01-Old-Testament/Father-Tadros-Yacoub-Malaty/04-Sefr-El-Adad/Tafseer-Sefr-El-3adad__01-Chapter-27.html

[2] الآيات 7،8،11،12 و176 من سورة النساء، القرآن الكريم.

يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ۚ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ ۚ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ ۚ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ۚ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ۚ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ " الاية 11 و 12 ليختتم الحديث في نهاية السورة بقوله جل في علاه " يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ ۚ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ ۚ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ۚ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ ۗ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا ۗ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ " الآية 176. إن أية دراسة دقيقة بمعيار رياضية حديثة يمكن أن تكشف عن اخطاء بهذا النظام لو أنه من وضع عربي أمي لا يتقن الكتابة والقراءة. نظام فريد لم يسبق لبشر ان تعامل به لكونه واضح الأهداف والأسس حيث راعى المشرع مصالح ذوي القربى من الميت دون ان يغفل واحدا منهم. وحفظ للأشد منهم قربة حقوقهم من غيرهم وجعلهم في درجة اولى، فخص الأب والأم بنصيب لكونها السبب الطبيعي في وجود الميت، وخص الزوجة بنصيب لمساهمتها في بناء الاسرة، وجعل من الأبناء والبنات عصبة لحيازة بقية التركة لاستمرار نسله عبر العصور. ونصب الباقين من الورثة في درجة ثالثة عند غياب اصحاب الدرجة الاولى بعضهم أو جلهم. بل إن هذا النظام لم يغفل من حضر القسمة ممن لم تربطهم اية علاقة بالميت لعوزهم قال الله تعالى في الآية 8 من سورة النساء " وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا ".

نظام لم يستثني احد من قرابة الميت فاعترض عليه العرب. وسبب اعتراضهم توريث النساء ففي الحديث الذي رواه بن جرير أن ابن عباس فسر قوله تعالى" يوصيكم الله في اولادكم ..." أنه قال لما نزلت الفرائض التي فرض الله فيها ما فرض للولد الذكر والأنثى والأبوين كرهها الناس، أو بعضهم، وقالوا تعطى المرأة الربع أو الثمن وتعطى الابنة النصف و يعطى الغلام الصغير وليس من هؤلاء أحد يقاتل القوم ولا يجوز الغنيمة ! اسكتوا عن هذا الحديث لعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ينساه أو نقول له فيغير ! فقالوا : يا رسول الله تعطى الجارية نصف ما ترك أبوها وليست تركب الفرس ولا تقاتل القوم ويعطى الصبي الإرث وليس يغني شيئا- وكانوا يفعلون ذلك في الجاهلية ولا يعطون الإرث إلا لمن قاتل القوم ويعطونه الأكبر فالأكبر". اعتراض مرده نفحة الجاهلية المستبطنة في القلوب والتعايش مع اهل الكتاب من اليهود بالمدينة المنورة ومنعهم النساء من ميراث ابائهم.

القسم الثاني : توزيع التركة في ظل التشريعات والقانونين الوضعية بالمغرب :

المبحث الأول : توزيع التركة بمقتضى التشريع السماوي :

يخضع المغاربة المسلمون في توزيع تركة الهالك للمقتضيات الواردة بمدون الأسرة المغربية، الصادرة بالجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004، ظهير شريف رقم 22-04-1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 -فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 03- 70 بمثابة مدونة الأسرة. فتحدث المشرع في القسم الأول من الكتاب الخامس من المدونة عن شروط الوصية وإجراء تنفيذها، وفي القسم الثاني عن التنزيل. والتنزيل كم عرفه المشرع، المادة 315، يراد منه إلحاق شخص غير وارث بوارث وإنزاله منزلته.

فيما خصص المشرع الكتاب السادس من المدونة لتحديد الميراث معرفا بداية بالتركة، ثم الحقوق المتعلقة بالتركة والتي حددها في خمسة. وبين المشرع في المادة 323 على أن الإرث انتقال حق بموت مالكه بعد تصفية التركة

لمن استحقه شرعا بلا تبرع ولا معاوضة. وموت الهالك انقطاع خبره بموت حقيقي أو بحكم قضائي. وأتت المواد من 329 إلى 395 للحديث عن اسباب الإرث كالزوجية والقرابة، أسباب شرعية لا تكتسب بالتزام ولا بوصية، وقد تسقط عن صاحبها باختلاف الدين أو بارتكاب جرم في حق الهالك. وقسم القانون الورثة إلى اصحاب فروض وعصبة، فأصحاب الفروض ستة وهم الأم والجدة والزوج والزوجة والأخ للأم والأخت للأم. أما العصبة فهم ثمانية الإبن، وابنه وإن سفل، والأخ الشقيق والأخ للأب وابنهما وإن سفل، والعم الشقيق والعم للأب وابنهما وإن سفل. أما الأب والجد فيرثان بالفرض والتعصيب. وأخير الصنف الذي يرثون اما بالفرض أو التعصيب أربعة هم البنت، وبنت الإبن، والأخت الشقيقة، والأخت للأب. والفرض حدد في النصف والثلثين والثلث والربع والثمن والسدس. والحجب منع وارث معين من كل الميراث أو بعضه بقريب آخر. والحجب نوعان؛ الأول حجب اسقاط من الميراث لا ينال الإبن، والبنت، والأب، والأم، والزوج، والزوجة. والثاني حجب نقل من حصة الإرث إلى أقل منها. وفي حالة عدم وجود قريب للميت فأن امواله تعود لبيت مال المسلمين، ولمحكمة الأسرة، المحدثة بمقتضى ادخال مدونة الأسرة حيز التنفيذ، الاختصاص في النظر في نزاعات الارث.

فيما تطبق أحكام الأحوال الشخصية العبرية المغربية على اليهود المغاربة المستوحاة من التوراة، وخصوصا بسفر العدد وسفر التثنية. وتختص المحاكم العبرية في النظر في نزعات الارث. و المحاكم العبرية المغربية شهدت تغيرات هيكلية. قبل الحماية كان اليهود يحتكمون الى حبرهم بالبادية ليفض نزاعاته فيما كان الأمر يؤول إلى جماعة أعيان اليهود في المدن الرئيسية. فكانت المحاكم اليهودية، المكونة من ثلاثة أحبار، أو بيت الدين كما في اليهودية القديمة تتبع تعاليم القواعد التلمودية. لم تكن المحاكم العبرية خاضعة لإي قانون إجرائي إلا مع صدور أربع ظهائر شريفة مقسمة تبعا للتقسيم الاستعمار للمملكة. ظهيران مؤرخان في 11 شعبان 1339ه (12 ماي 1918م) ينصان على اعادة تنظيم المحاكم العبرية والتوثيق الإسرائيلي في المنطقة الجنوبية من المملكة المغربية. والثالث مؤرخ في 21 رجب 1342ه (15 فبراير 1925م) بشأن تنظيم المحكمة العبرية والتوثيق العصري في طنجة، والرابع ظهير خليفي مؤرخ في 27 رمضان 1346ه (20 مارس 1928م) بشأن تنظيم المحاكم العبرية والتوثيق الإسرائيلي في المنطقة الشمالية. ومع فجر الاستقلال، تحديدا مع صدور ظهيران سنة 1957م، استبدلت تسمية المحاكم العبرية الأولية بالمحاكم العبرية الإقليمية وبدورها تحولت مع تعديل القانون إلى المحاكم العبرية الابتدائية، كما أن مجالس الأحبار المفوضين السابقة أصبحت تسمى محاكم الحاخامات الحكام المفوضين. وتختص المحكمة العبرية العليا بالرباط في النظر في الدعوى المستأنفة[1].

المبحث الثاني: توزيع التركة بمقتضى النص القانوني:

جاءت نصوص الشريعة الإسلامية واضحة في توزيع ميراث الهالك، وشكلت مرجعية اعتمدها المشرع المغربي في وضعه لقانون الارث، مرتكزا على ما ذهب إليه المذهب المالكي في صياغة نص مدونة الأسرة المغربية. بل إن المادة 400 من مدونة الأسرة تقر بأن " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف". وهذا دليل على أهمية النصوص الدينية في تنظيم العلاقات الأسرية بالمغرب على اعتبار أن احكام مدونة الاسرة تسري على جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى، وعلى اللاجئين بمن فيهم عديمو الجنسية، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة ب 28 يوليوز لسنة 1951

[1] القضاء العبري بالمغرب، الموقع الرسمي لوزارة العدل والحريات المغربية.

المتعلقة بوضعية اللاجئين؛ وعلى العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا؛ وعلى العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم. فيما استثني اليهود المغاربة بمنطوق المادة 2 " أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية" في تدبير أمورهم الشخصية ضمنها الإرث. ورغم وجود نص القانون الذي يؤطر نظام الارث إلا أن هناك تركات لا تخضع لا لنص مدونة الأسرة ولا لقواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية؟ ماهي هذه التركات وإلى من تؤول ؟ وما النصوص التي تطبق في توزيعا ؟ اسئلة موضوع القسم الثاني من هذا المقال.

المطلب الأول : تعويضات الوفاة للتعاضدية، التعاضدية العامة لوزارة التربية الوطنية نموذجا :

يحدد الفصل السادس والأربعون من القانون الأساسي للتعاضدية العامة لوزارة التربية الوطنية منحة للوفاة تدفع لذوي الحقوق: (تدفع التعاضدية العامة للتربية الوطنية لذوي المنخرط ضمانا تكميليا عند الوفاة بعد مرور سنة على انخراطه مبلغ أربع ملايين سنتيما 40.000 درهما، توزع على المستفيدين تعاضديا حسب ما ينص عليه القانون الداخلي، إذا لم يسبق للمنخرط المتوفى الاستفادة من منحة التقاعد التي تبلغ ثلاثة ملايين من السنتيمات. وفي حالة الاستفادة فلا يستفيد ذووه إلا من الباقي وهو مليون واحد من السنتيمات).

ويردف ملحق الثاني للقانون الأساسي للتعاضدية المتعلق بقانون الضمان التكميلي عند التقاعد والوفاة، بالفصل الأول، البند الأول : (يستفيد من منحة الضمان التكميلي عند التقاعد والوفاة جميع المنخرطين والمنخرطات في التعاضدية العامة للتربية الوطنية الذين مرت على انخراطهم 12 شهرا). و البند الثاني:(لن يستفيد من منحة الضمان التكميلي عند التقاعد والوفاة، من توقف عن أداء الانخراط مدة ستة أشهر متتالية، طبقا للفصل السابع والخمسين من القانون الأساسي للتعاضدية العامة للتربية الوطنية، إلا في بعض الحالات المبررة من طرف المعني بالأمر بوثائق إدارية رسمية.) و البند الثالث:(تبلغ منحة الضمان التكميلي عند التقاعد والوفاة أربعة ملايين. وتوزع حسب ما ينص عليه الفصل الثاني والثالث من هذا القانون).

يبين القانون الأساسي للتعاضدية أن تعويضات الوفاة تمنح لذوي الحقوق. وحسب الفصل الثاني من القانون ذاته فالمستفيدين هم: أولا الزوج ويشترط فيه ألا يكون منخرطا(ة) بتعاضدية أخرى، أو مستفيدا(ة) من خدمات مماثلة، ألا يكون له(ها) عمل يدر عليه (ها) كسبا من صناعة أو تجارة أو فلاحة أو مهنة حرة أو غير ذلك. ثانيا الزوجة المضمن اسمها بورقة الانخراط لا يشطب عليها إلا بعد ثبوت طلاقها أو وفاتها. ثالثا الأبناء المستحق عنهم التعويضات العائلية بدون تحديد عددهم، أو الأبناء المصابون بعاهة أو بداء عضال، والفاقدون الأحقية في الاحتياط الاجتماعي. رابعا الأبوان اللذان يعيشان تحت الكفالة واللذان تتراوح أعمارهم ما بين 65 سنة و 70 سنة.

وتعويض الوفاة، بمقتضى بنود القانون الأساسي للتعاضدية، ليس حقا مطلقا لذوي الحقوق وانما حق نسبي، ونسبية الحصول على هذا الحق لا يضفي عليه صبغة التركة. وما خاصية حصر القانون مجموعة شروط يجب أن تتوفر في انخراط الفرد قبل وفاته والمرهونة بمدة الانخراط واستمرارية اداء وجبات الانخراط، وشروط يجب أن تتوفر في ذوي الحقوق منها السن بالنسبة للأبناء، ومدة الزواج بالنسبة للزوجة، وشرط غياب الزوج والأبناء ليؤول التعويض للأبوين، ينم عن أيدولوجية تخفي حقيقة تراتبية شبيهة بتلك المطبقة في الميراث بالقانون الفرنسي.

وبالعودة إلى نظام التعاضديات الفرنسية، فنجد أن رصيد الوفاة عبارة عن مدخرات الفرد ابان حياته، يمنح لمستفيدين يتم تحديدهم بعقد بين المكتتب وشركة تأمين تحت إشراف التعاضدية العامة الفرنسية. في دلالة واضحة

عن مدى تأثر المشرع الفرنسي بالقانون الروماني القديم والذي اعطى الحق للفرد كتابة وصية انتقال الملكية لوصيه من بين افراد عائلته تفاديا للنزاعات.

المطلب الثاني : التأمين على الحياة :

يسمح القانون المغربي، ظهير شريف رقم 1.02.238 صادر في 25 من رجب 3) 1423 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات) ، الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 7) 1423 نوفمبر 2002، للأشخاص الذاتيين الانخراط، بمقتضى عقد مع احدى شركات التأمين المعترف بها قانونيا، في تأمين على الحياة يستفيد منه ذوي حقوقه بعد مماته. يحدد العقد مبلغ المساهمة الشهرية الواجب اداؤها من قبل الشخص المكتتب، والمستفيدون من التأمين بعد الممات (المادة 71 من مدونة التأمينات). وللمؤمن الحرية في اختيار افرادا بعينهم دون بقية الورثة، وليس للورثة الحق في المطالبة بمبلغ التأمين إلا في حالة الوفـاة دون تعيين مستفيد، فإن رأس المال أو الإيراد المـؤمن عليـه يدخل في الذمة المالية للمتعاقد أو تركته. ويسري نفس الإجراء إذا تم إبرام التأمين مع تعيين مستفيد أو أكثر ولم يبق على قيد الحياة أي مستفيد عند وفاة المؤمن (المادة 78 من مدونة التأمينات). وتشير صراحة المادة 79 من المدونة إلى أنه لا يشمل إرث المؤمن له، المبالغ المشترط دفعها بعد وفاته لمستفيد معين أو لورثته، ويبقى المستفيد، كيفما كان شكل وتاريخ تعيينه، الوحيد الذي يحق له الحصول علـى هذه المبالغ، ابتداء من يوم العقد ولو حصل قبولـه بعـد وفـاة المؤمن له. وخلافا للرصيد الوفاة المؤطر بالنص القانوني، التأمين على الحياة مؤطر بعقد التأمين المحدد سلفا من قبل شركة التأمين والموقع عليه برضى المؤمن له. ويبقى الشخص في حل من امره في ضرورة الارتباط بعقد تأمين من عدمه، إلا في حالة مستخدمي بعض المؤسسات العمومية أو الشركات التجارية التي تفرض على مستخدميها هذا النوع من التأمين.

التأمين على الحياة بناء القانون الوضعي وليس من الشريعة الاسلامية في شيء. إذ لم ترد نصوص اسلامية على هذا النوع من المعاملات. وللأسباب الأتية تم تحريم هذا النوع من التأمين وكل العقود المشابهة له باتفاق علماء الأمة الاسلامية؛ اولا عقد التأمين على الحياة عقد غرر، ذلك أن المؤمن يدفع اقساطا وله أملا في الحصول على مبالغ مضاعفة في حالة حدوث كارثة أو وفاة، وقد يضيع عليه فلا يحصل على شيء، وهذا هو الغرر الذي نهى عنه الرسول صلى الله عليه وسلم، ففي صحيح مسلم من رواية أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر". ثانيا العقد نوع من الميسر حيث إن المؤمن يدفع اقساطا بهدف الربح اكثر، وهذه هي حقيقة الميسر ولا فرق. ثالثا العقد عقد ربا لكون التأمين على الحياة حقيقته مبادلة مال بمال أكثر منه.

المطلب الثالث : توزيع رصيد الوفاة بين الزوجة والابناء والاصول بشروط :

رصيد الوفاة منحة مالية تمنح لذوي الحقوق المتوفي المشار اليهم بالمادة الاولى من مرسوم رقم 500-98-2 صادر في 14 من شوال 1419 (فاتح فبراير 1999) الذي يحدد بموجبه نظام رصيد للوفاة لفائدة ذوي حقوق الموظفين المدنيين والعسكريين والأعوان التابعين للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة، الصادرة بالجريدة الرسمية عدد 4675 بتاريخ 4 ذي الحجة 1419 - 22 مارس 1999. وجاء في المادة الاولى (يخول ذوو حقوق موظفي وأعوان الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة المتوفين في طور العمل، بغض النظر عن وضعيتهم النظامية وعن سبب وزمان ومكان الوفاة، الحق في الاستفادة من رصيد للوفاة وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم).

ويحدد مبلغ الحصة الأساسية لرصيد الوفاة باثنتي عشرة مرة مبلغ آخر عناصر الأجرة الشهرية الخاضعة للاقتطاعات برسم نظام التقاعد الأساسي الذي كان ينتمي إليه الموظف أو العون في تاريخ وفاته؛ يضاف إلى مبلغ الحصة الأساسية لرصيد الوفاة العائد إلى كل واحد من الأيتام تعويضا تكميليا قدره سبعمائة وخمسون درهما (750 درهما) على ألا يفوق عدد الأيتام المستفيدين من هذه التعويضات التكميلية عدد الأولاد الذين يخولون الحق في التعويضات العائلية وفقا للتشريع الجاري به العمل في تاريخ وفاة الموظف أو العون.

يستفيد من رصيد الوفاة الزوج الباقي على قيد الحياة وأيتام الموظف أو العون مناصفة بين الاولاد الشرعيين والزوج في حدود الأولاد الذين يخولون الحق في التعويضات العائلية أي 6 أولاد، وفي حالة عدم وجود الأيتام فإن مبلغ الحصة الأساسية لرصيد الوفاة يدفع بكامله إلى الزوج الباقي على قيد الحياة؛ أو يقسم بالتساوي بين الارامل إن وجدن. ويستفيد الاولاد الشرعيون، ويدخل في حكم ولد شرعي الولد الثابتة بنوته بالنسبة للموظف(ة) أو المستخدم(ة) المتوفى(ة)، من مبلغ رصيد الوفاة كاملا في حالة غياب الزوج. ويقسم مبلغ الحصة الأساسية لرصيد الوفاة العائد للأيتام بينهم إلى اقساط متساوية تضاف إليها التعويضات التكميلية الممنوحة لكل واحد منهم. ولا يستفيد الوالدين من رصيد الوفاة الا في حالة غياب الزوج والاولاد الشرعيين، عندها يدفع مبلغ الحصة الأساسية لرصيد الوفاة للأب والأم في أقساط متساوية ويؤدى إلى كل واحد منهما على حدة، أو يدفع بكامله إلى احدهما في حالة عدم وجود الآخر على قيد الحياة.

المطلب الرابع : معاش ذوي الحقوق؛ تركة ام حق للأرملة والابناء دون الوالدين؟

عرف القانون، رقم011.71 الصادر بتاريخ 12 ذي القعدة 1391ه (30 دجنبر 1971م) المحدث بموجبه نظام المعاشات المدنية، المعاش على انه عبارة عن مبلغ مالي يصرف للموظف أو المستخدم عند انتهاء خدمته بصورة نظامية أو إصابته بعجز ويؤول إلى المستحقين عنه وإلى ابويه بعد وفاته، وذلك مقابل المبالغ التي تقتطع من أجرته ومساهمات الدولة أو الجماعة المحلية أو المؤسسة العامة التابع لها. وتنقسم المعاشات الى معاشات التقاعد ومعاشات الزمانة ومعاشات المستحقين عن صاحب المعاش الأصلي ومعاشات الأبوين.

قسم قانون المعاشات ذوي الحقوق إلى ثلاثة اصناف لهم الحق في المطالبة، عند وفاة صاحب المعاش الأصلي، براتب ذوي الحقوق بشروط وبترتيب. فالأرملة ليس لها الحق في الاستفادة من الراتب إلا إذا كان الزواج قد دام سنتين على الأقل، وتسقط المدة عند وجود الولد أو عدة اولاد من الزواج المذكور. وأورد المشرع شرطا ثانيا يبدو غريبا مفاده أن لا تكون الأرملة قد طلقت طلاقا غير رجعي ولا تزوجت من جديد ولا جردت من حقوقا، والراجح أن في حالة وقوع الطلاق، بائنا كان أو رجعيا، يسقط على المطلقة صفة الارملة، اذ يتنبأ المشرع أن يراجع المتوفي طلقته في حالة الطلاق الرجعي[1]. وتسفيد الأرملة أو الأرامل من راتب يعادل نصف راتب التقاعد الذي حصل عليه الزوج أو كان من الممكن أن يحصل عليه يوم وفاته ويضاف إليه عند الاقتضاء نصف راتب الزمانة الذي كان يستفيد منه الزوج أو كان من الممكن أن يستفيد منه. ويقسم الراتب إلى أقساط متساوية بين الأرامل إن وجدن[2]. ويوزع قسط الأرملة، الى أقساط متساوية بين أولادها، وإذا تزوجت من جديد أو توفيت أو جردت من حقوقها. مناورة من المشرع لتفويت حق إلى غير صاحبه، فالقسط من أصل الحصة المحددة للأرامل فكان بالأحرى تقسيمه بينهن عند انتفاء شرط

[1] الفصل 32 من القانون،رقم011.71 الصادر بتاريخ 12 ذي القعدة 1391ه (30 دجنبر 1971م) المحدث بموجبه نظام المعاشات المدنية.

[2] الفصل 33 من نفس القانون

الاستفادة عن احدهن، أم أنه ذكاء من المشرع لتوفير عائدات لصندوق التقاعد، ذلك أن الأيتام يسقط عنهم الحق في الاستفادة من راتب الأيتام عند بلوغهم السن 21، مدة أقصر من أن يحول المعاش إلى ارملة قد يطول بها الدهر إلى ارذل العمر.

يستفيد أيتام المتوفى بالتساوي من راتب يعادل نصف راتب التقاعد الذي حصل عليه والدهم أو كان من الممكن أن يحصل عليه يوم وفاته، ويضاف إليه عند الاقتضاء نصف راتب الزمانة الذي كان يستفيد منه أو كان من الممكن أن يستفيد منه. وفي حالة عدم وجود ارملة يمكن أن تستفيد من المعاش يحصل الأيتام على معاش ابيهم كاملا. أما أولاد الموظفة أو المستخدمة المتوفية لهم حق حيازة معاش أمهم كاملا في حالة وفاة والدهم، ويخفض المبلغ إلى النصف إذا كان الوالد على قيد الحياة. وأشار المشرع إلى أن راتب الأيتام لا يخول إلا للولد الشرعي، ويدخل في حكم الولد الشرعي الولد غير الشرعي الثابتة بنوته بالنسبة لمرأة الموظفة، ويسقط الحق عن الأطفال المتكفل بهم. شريطة أن لا يكون الابن أو الابنة متزوجا أو بالغا من العمر أكثر من 16 سنة إلا اذا كان متمدرسا فأن السن يرفع إلى 21 سنة، وشرط السن فيسقط عن الأيتام من ذوى الاعاقات المستديمة. وإذا توفي أحد الأيتام أو سقط لسبب من الأسباب حقه في المعاش، وزع نصيبه بالتساوي على باقي أشقائه الذين تتوفر فيهم الشروط المقررة لحصول على المعاش المستحق للأيتام[1].

يأتي الاصول في الدرجة الثالثة، بعد الأرملة والأبناء، من المستحقين لمعاش الابن المتوفى. ولا يحق للأبوين المطالبة بالمعاش إلا في حالة غياب الفروع والأرامل. والقانون المحدث للمعاشات المدنية في فصله 26 يلزم لإسناد المعاش للأبوين بشروط اضافية أولها أن يكون المتوفي المعيل لأبويه إبان حياته، وأهمها أن يكون سبب الوفاة حادث خلال العمل (حادث شغل)، ويحرمان من المعاش إذا كانت الوفاة طبيعية أو خارج وقت العمل[2]. حدد القانون أنصبة لكل من الوالدين، في حالة توفرهما على الشروط المنصوص عليها، في نصف المعاش لكل منهما. ويجب عند تقديم الطلب احترام الآجال المحدد في القانون رقم 06.89 تفاديا لسقوط حقهما بداعي التقادم المحدد في عشر سنوات تحتسب من تاريخ الوفاة. واستثناء إذا مات للأبوين أو أحدهما عدة أولاد في الظروف المشار إليها أعلاه يمنح كل منهما عن كل ولد كان يعولهما علاوة حددت في 20% من مبلغ معاش الأبوين المستحق. وتفقد الأم حقها في المعاش إذا تزوجت بعد ترمل أو طلاق.

وإذا كان معاش الموظف المتوفي ينتقل مباشرة الى الأرملة مباشرة مادامت في عصمته قبل الممات، فإن الأمر لا ينطبق على الأيم. القانون المنظم للمعاشات المدنية أجل انتقال راتب المعاش إلى الأيم إلى حين بلوغه ستين من العمر، أو ثبتت إصابته بعاهة او مرض عضال اديا به إلى عجز نهائي عن العمل، وحدد مبلغ المعاش في نصف ما كان يصرف لها أو كان لها الحق في الحصول عليه يوم وفاتها. ولا يحق له الاستفادة منه إن عاود الزواج أو سقط حقه فيه. ولا يمكن للزوج الذي فقد أكثر من زوج موظفة مدنية كانت عسكرية أن يطالب إلا بمعاش الأرملة الأوفر مبلغا[3]. وإذا توفي الزوج أو تزوج أو سقط حقه في المعاش المستحق له عن زوجته المتوفاة فإن المعاش الآيل له منها

---

[1] المادة 10 من القانون رقم 06.89 المتعلق بتغيير وتتميم القانون رقم 011.71 بتاريخ 12 من ذي القعدة 1391(30 ديسمبر 1971) المحدث بموجبه نظام المعاشات المدنية.

[2] الفصل 26 من القانون المنظم للمعاشات المدنية.

[3] الفصل 37 من قانون المعاشات المدنية.

الذي كان يتمتع به أو كان له الحق في الحصول عليه قبل وفاته أو زواجه أو سقوط حقه يقسم بالتساوي بين أولاده الذين لهم شرط الحصول على معاش الأيتام.

خلاصات :

أولا : ارث ادارة الانتداب الفرنسي:

تؤطر النصوص القانونية الصادرة عن المؤسسة التشريعية هذا النوع من التركات؛ فرصيد الوفاة المخول لذوي الحقوق يحدده مرسوم رقم 500-98-2 صادر في 14 من شوال 1419 (فاتح فبراير 1999) الذي يحدد بموجبه نظام رصيد للوفاة لفائدة ذوي حقوق الموظفين المدنيين والعسكريين والأعوان التابعين للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة، الصادرة بالجريدة الرسمية عدد 4675 بتاريخ 4 ذي الحجة 1419 - 22 مارس 1999م. والمعاش ينظمه القانون رقم011.71 الصادر بتاريخ 12 ذي القعدة 1391ه (30 دجنبر 1971م) المحدث بموجبه نظام المعاشات المدنية... وبالرجوع الى تواريخ اصدار هذه القوانين يتبين انها اتت في ظل دخول الدستور المغربي حيز التنفيذ، والذي لم يخرج مند اول طبعة له سنة 1962م والى دستور 2011م عن العبارة الأساسية بديباجته أن الدين الاسلامي هو دين الدول المغربية، مما يوحي أن القوانين التنظيمية لن تزيغ عن التوجه الدستوري. وإن سلمنا جدلا ان مسألة الإرث قد علجت بمدونة الأحوال الشخصية وبمدونة الاسرة، النصان القانونيان الصدران عن نفس المؤسسة التشريعية، إلا انهما لم يستوعبا كل التركة، خاصة تركة الموظف، والتي استكملت توزيعها النصوص القانونية، المتعلقة بتدبير الحياة الإدارية. نصوص متعلقة بشريحة مجتمعية معينة دون غيرها، شريحة من المفروض أن تلتزم بقوانين وليدة الانتداب الفرنسي لارتباطها بإدارة موروثة عن الحقبة ذاتها.

لم تعطي هذه القوانين الحق للورثة من الاستفادة من تركة الميت مباشرة إلا نسبيا او تراتبيا. ونسبية الحصول على نصيب من تركة المتوفي تخرجها من حسابات التركة الشرعية. والتراتبية تسقط حق بعض الورثة من الناحية الشرعية. نسبية وتراتبية التركات القانونية مستوحاة من القانون الفرنسي الذي رتب الورثة درجات تلغي السابقة اللاحقة.

ثانيا : مسميات لمعنى واحد :

مسميات قانونية لمفهوم واحد: راتب التقاعد، علاوة، معاش، تأمين عن الحياة...: وظف المشرع المغربي تسميات جديدة للحديث عن معنى واحد، فكل ما يخلف الميت وراءه يسمى تركة بحسب النصوص القانونية. وانتقالها الى يد الغير يضفي عليها صبغة ارث. وهذا ما صرحت به تعريف القواميس الغربية منها والعربية على حد سواء. فنجد نص قانون المعاشات المدنية يسمي نصيب الأرملة براتب الأرملة، ونصيب الأبناء براتب الأيتام، ونصيب الأبوين بمعاش الأبوين، وفي مواطن اخرى يسميها علاوة (الفصل 2.35 قانون المعاشات المدنية). الراتب في النص القانوني مبلغ يصرف لموظف أو مستخدم جراء قيامه بوظيفة بأسلاك الادارة، فكيف يتم صرف راتب لمن لم يقم بهمة اصلا إلا بحجة قرابته من المتوفي؟ والعلاوة بمثابة منحة مالية تقدم لأجير مقابل تفانيه في العمل أو لمكافئته على البذل والعطاء المتميز. لكن نجد أن هذه المسميات وظفت قانونيا عوضا عن مصطلح تركة الميت، والتي اكتسبها من اقتطاعات من أجرته لتغطية احتياجاته في وقت توقفه عن النشاط. وما تم جمعه من اقتطاع يصبح بحكم القانون رصيدا لصاحبه، وعند وفاته تركة لأهله تقسم بحسب التشريعات المعمول بها. ومنحها كراتب يقتضي من المشرع

تعديل نصوص برمتها لتعليل طرحه. إن طرح المشرع باعتماده تسميات جديدة الغاية منها تظليل المتلقي طرح جانب الصواب، واقحم النصوص القانونية في تناقض. تناقض ولد ازدواجية مرجعية النصوص القانونية المغربية.

ثالثا : ازدواجية أيديولوجية المشرع المترنحة بين تضخم الوضعي واستبطان السماوي :

مضمون النص القانوني مضمون وضعي ينهل من القوانين الوضعية، لا سيما التماهي مع النص الفرنسي، والنهل من الشريعة الاسلامية. فتراه يستعمل عقد الإراثة كوثيقة لإتباث النسب، ولا يحترم الأنصبة الواردة في نظام الإرث الشرعي. ويقر بالتعدد ففي الفصل 26 من قانون المعاشات المدنية الذي اعتبر أن الأيم له الحق فقط في معاش الزوجة المتوفية الأوفر مبلغا، ولم يعطيه الحق في الحصول على معاش الزيجات الاخريات، حكم يخالف النص الديني المخول للزوج نصيبا من تركة زوجه الهالكة سواء في حالة التوفر على الإبن من عدمه. ورؤية النص من زاوية حداثية يمكن القول إن النص المنظم للمعاشات المدنية متقدم في طرحه على اعتبار رفعه الحظر عن صفة الولد الشرعي كما في قانون الجنسية المغربي لسنة 2007م، فاعتبر الولد غير شرعي شرعيا اذا تبثث بنوته بالنسبة للموظفة المتوفية، والذي تتوفر فيه شروط السن أو العاهات المنصوص عليها، الأمر الذي ينافي ما جاء في نصوص الشريعة الإسلامية من الحديث النبوي الشريف المتواتر في مجامع الحديث (وللعاهر الحجر)[1]. واذا اعتبرنا أن النص يساير ما ذهبت اليه النصوص القانونية المغربية المطالبة بضرورة المواءمة مع المواثيق الدولية فأن النص لم يسمح للطفل المتكفل به في الحصول على معاش ابويه بالتبني في حالة وفاتهما مع أنه سمح لهما في الاستفادة من تعويضات عائلية عند التكفل بالأطفال.

رابعا : دستورية التشريع الديني ومدنية الدولة :

إن مفارقات النص القانوني المغربي مردها تحولات جذرية في تعاطي المشرع مع الوضعيات الراهنة بالانحراف اليسير عن الهوية الدينية للدولة، فمن تشريع مصدره الدين إلى تشريع وضعي. تحول سلس استفاد في بداية الاستقلال من بقايا الإدارة الفرنسية وآنيا من انخراط الدولة المغربية الفعلي في أنشطة الهيئات الدولية لتبرير مستخرجاته التشريعية. والغاية تفادى الدخول في صراع داخلي قد يعيق صيرورة مواءمة التشريع الوطني بالمواثيق الدولية المصادق عليها لدى الهيئات الدولية. إن الدستور المغربي صريح في الهوية الدينية للدولة ومن البديهي أن يكون التشريع من اختصاص الفقهاء والمجتهدين، لا أن يعهد الى مؤسسة تشريعية. والخروج بمدونة الاسرة في قالب تشريعي، نابع من قبة البرلمان المغربي، رغم أن اللجنة المكلفة مكونة من شخصيات مختلفة المشارب والاطياف المعرفية، فالأمر لا يعدو يكون بداية انتقال اختصاصات. قطيعة مع الماضي يتمثل في الاستعاضة عن ذوي الاختصاص في تأويل وتفسير التشريع السماوي وتنزيله أحكاما تسري على الرعية لتحل مكانه مؤسسة تشريعية دلالة واضحة على بداية تنزيل الدولة المدنية مكان الدولة الدينية. وما مثال تقاطع النصوص التشريعية في توزيع التركة بين النص الشرعي، مدونة الأسرة للمسلمين والأحوال الشخصية لليهود...والنصوص القانونية لفئات بعينها تنتمي الى الطوائف المجتمعية كلها، ليجعل المتلقي للتشريع في مفترق السبل بين اتباع تعاليم الدين والخضوع لمقتضيات النص القانوني. والسؤال الذي يبقى عالقا هل بإمكان أي شخص تحت سيادة الدولة معارضة التعامل بما جاءت به

[1] صحيح البخاري، كتاب الفرائض الحديث رقم 6368 . صحيح مسلم، كتاب الرضاعة الحديث رقم 1457 . وهناك من المساند من اوردها في في كتاب النكاح أو كتاب الطلاق...

النصوص القانونية إن تبث مخالفتها لمعتقداته الدينية ، أم كيف سيبرئ ذمته أمام ربه إن علم أن جزء من تركته لم ولن يخضع لما أراده ربه منه وهو على قيد الحياة ؟

✓ المراجع :

- القرآن الكريم.
- صحيح مسلم.
- صحيح البخاري.
- دستور المملكة المغربية 2011م.
- محمد عبد الرحيم الكشكي، الميراث المقارن، دار النذير للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة 1969م، المؤلف متوفر بمكتبة الإسكندرية الرقمية على الرابط الآتي : http://dar.bibalex.org/webpages/mainpage.jsf?PID=DAF-Job:92947.
- الشيخ أبي نصر محمد بن عبد الله الإمام في كتابه " إعلام النبلاء بأحكام ميراث النساء"، دار النشر المتخصص للطباعة والنشر، طبعة 2003م.
- أبو اسعد منصور المشنوى الفيفي، أين هؤلاء النساء من الإرث؟، طبعة الثانية 1421ه، مكتبة فهد الوطنية.
- محمد عز الدين سلام، وحركية الوارث بين الفرض وحجب النقص والاسقاط والتعصيب، المطبعة العصرية، 2003م. مكتبة الاسكندرية الرقمية.
- ظهير شريف رقم 1.02.238 صادر في 25 من رجب 3) 1423 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات) .الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 7) 1423 نوفمبر 2002.
- القانون رقم011.71 الصادر بتاريخ 12 ذي القعدة 1391ه (30 دجنبر 1971م) المحدث بموجبه نظام المعاشات المدنية، الجريدة الرسمية عدد 3087 مكرر بتاريخ 13 ذي القعدة 1391ه (30 دجنبر 1971م) الصفحة 3396.
- القانون رقم 06.89 المتعلق بتغيير وتتميم القانون رقم 011.71 بتاريخ 12 من ذي القعدة 1391(30 ديسمبر 1971) المحدث بموجبه نظام المعاشات المدنية.
- قاموس المعاني : http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%AA%D8%B1%D9%83%D8%A9/
- قاموس الرائد.
- مرسوم رقم 500-98-2 صادر في 14 من شوال 1419 (فاتح فبراير 1999) يحدث بموجبه نظام رصيد للوفاة لفائدة ذوي حقوق الموظفين المدنيين والعسكريين والأعوان التابعين للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة (ج. ر.عدد 4675 بتاريخ 4 ذي الحجة 1419 - 22 مارس 1999).
- ظهير شريف في شأن تنظيم المحاكم الاسرائيلية ومحرري الوثائق لديها، وظهير شريف في تنظيم لجن جماعات اليهود، ظهير شريف في تأسيس محكمة اسرائيلية عليا. الجريدة الرسمية للدولة المغربية الشريفة المحمدية عدد 266 الصادرة بتاريخ 23 شعبان 1336 ه الموافق ل 3 يناير 1918م.
- ظهير شريف في تغيير الظهير الشريف المؤرخ في 11 شعبان 1336ه الموافق ل 22 ماي 1918م في شأن اعادة تنظيم المحاكم الاسرائيلية وشؤون التوثيق الاسرائيلي. الجريدة عدد 1829م الصادرة بتاريخ 1947/11/14م.
- ظهير شريف في تغيير ظهير الشريف المؤرخ في 25 جمادى الثانية 1338ه الموافق ل17 مارس 1920 م الصادرة في تطبيق التنبر و التسجيل على رسوم الموثقين الاسرائلين و على الاحكام الصادرة من المحاكم الاسرائيلية.
- منشور رقم 00-2 بتاريخ 24 ذي الحجة 1420 (31 مارس 2000) حول رصيد الوفاة.

- القانون الداخلي للتعاضدية العامة لوزارة التربية الوطنية.
- https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2529
- الموقع الرسمي للإدارة الفرنسية.
- القانون المدني الفرنسي.
- انجيل لوقا 12.
- سفر العدد الاصحاح السابع و العشرون من العهد القديم.

http://st-takla.org/pub_oldtest/Arabic-Old-Testament-Books/04-Numbers/Sefr-Al-3adad-Chapter-27.html

- سفر التثنية الاصحاح الواحد والعشرون من العهد القديم.

http://st-takla.org/Bibles/BibleSearch/showChapter.php?book=5&chapter=21

مجلة الفقه والقانون العدد 38 دجنبر 2015

بدائل الدعوى العمومية : قراءة في التشريع المغربي والمقارن

إعداد سميرة خزرون طالبة باحثة

بماستر الوسائل البديلة لفض النزاعات

كلية (العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية) – فاس

مقدمة :

لقد رافق تطور الحياة تطور الجريمة كما ونوعا ، ما أدى الى كثرة الملفات وتراكمها على المحاكم.وبناء على ذلك فقد زاد الاهتمام الدولي بالبحث عن بدائل للدعوى العمومية مايعني اعطاء دور أكبر لأطراف الدعوى العمومية من المتهم ــ المدعى عليه ــ والمتضرر ــ المدعي ـــ والنيابة العامة كممثلة للحق العام للمجتمع في انهاء الخصومة الجنائية لمواجهة ازدياد وتنامي الظاهرة الاجرامية في العصر الحالي أملا في زيادة فعالية العدالة الجنائية في حل النزاعات المعروضة أمام القضاء .

وتكمن أهمية الوسائل البديلة بصفة عامة في الامتيازات التي توفرها لانهاء النزاع كبديل أنسب عن القضاء ، اذ تمتاز بقلة شكلياتها وغلبة الجانب الرضائي عليها، وتتمثل أبرز هذه الاليات في التحكيم والوساطة والصلح والتسوية الودية مع اختلاف نطاق استعمالها والتكريس القانوني لها من دولة الى أخرى .

كما تجدر الاشارة الى أن اعمال هذه الطرق ليس بدعة في النظام المغربي بل هو مترسخ في حضارتنا ، ويتبين ذلك من خلال دراسة ماتزخر به الأعراف العتيقة والتي كانت ممارسة قبل تغلغل التشريع الاسلامي في كل ربوع المغرب ، وظلت سائدة بعد تطبيق التشريع لدى القبائل التي كانت سارية فيها كثيرا من مقتضياتها التي لا تخالف أحكامه، بل إن التشريع الاسلامي هو ذاته يدعو لإعمال العرف اذا لم يكن مخالفا للمسائل المقطوع بها في الشريعة.[1]

1. أستاذنا محمد ناصر متيوي مشكوري وأستاذنا محمد بوزلافة، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الاسرية،أشغال الندوة العلمية التي نظمتها شعبة القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس بشراكة مع وزارة العدل وهيئة المحامين بفاس يومي 4 و5 أبريل 2003، سلسلة الندوات والايام الدراسية، العدد 2 . 2004، الطبعة الاولى، ص:188.

وللوقوف أكثر على المقصود ببدائل الدعوى العمومية والاطار التشريعي المنظم لها بين التشريع المغربي و التشريعات المقارنة نرى أن نتناول الموضوع وفقا للاتي :

المبحث الأول : تنظيم الصلح الجنائي بين التشريع المغربي والمقارن.

المبحث الثاني : الوساطة والتسوية الودية كبدائل للدعوى العمومية في التشريعات المقارنة.

المبحث الأول : تنظيم الصلح الجنائي بين التشريع المغربي والمقارن :

نتناول بداية التأطير القانوني للصلح الجنائي في التشريعات المقارنة(مطلب أول)، ثم تكريس المشرع الجنائي المغربي للصلح(مطلب ثان).

المطلب الأول : التأطير القانوني للصلح الجنائي في التشريعات المقارنة :

نتطرق لتعريف الصلح في المادة الجنائية كما اوردته بعض التشريعات العربية (الفقرة الثانية) بعد ان نقف عند المقصود بالصلح الزجري في التشريع اللاتيني ـــ الفرنسي كنموذج، بما أن التشريعات الانجلوساكسونية ذهبت في أغلبها الى تحريم الصلح في المسائل الجنائية(التشريع الامريكي والانجليزي).

الفقرة الأولى : الصلح في التشريع الجنائي الفرنسي :

لم يعط المشرع الجنائي الفرنسي1 تعريفا محددا للصلح إلا أنه خصه بتعريف على مستوى القانون المدني.

اذ يعرف الصلح في القانون المدني الفرنسي بأنه :

عقد ينهي به طرفان نزاعا نشا او يتوقيان به نزاعا من شانه ان ينشا وذلك بالتنازل من طرف كل منهما عن التشدد في جانب من مطلبه فيتم التراضي بينهما وينعقد به الاتفاق2.

كما ان الصلح في قانون المسطرة الجنائية الفرنسي وطبقا للفقرة الثانية من المادة 41 منه فيكون له مجال في الحالة التي يقترح خلالها ممثل الحق العام الفرنسي قبل اثارة الدعوى العمومية صلحا جنائيا اما بصفة جنائية او بواسطة شخص مؤهل على الجاني المرتكب للجريمة والثابتة في حقه بواسطة وسائل الاثبات القانونية شريطة ان يتعلق الفعل بالحالات المنصوص عليها في الفصول التي عددها المشرع بنفس المادة وهي تقارب الى حد نظيراتها المسطرة في القانون المغربي3.

---

1. والوسائل الودية لفض النزاع لا تشكل فقط بديلا عن الحل القضائي اد يمكن ان تعتمد حتى من طرف القضاء.

Les MARC ne sont pas seulement une alternative à la solution judiciaire du litige. S'ils ont certes ét conçus comme une alternative à la solution du litige par les juridictions.Loic cadiet , panorama des modes alternatifs de reglement des conflits en droit français , ritsumeikan law review , n° :28 , 2011 , p :155.

2. المادة 2044 من القانون المدني الفرنسي.

3. بنباصر يوسف ، أزمة مسطرة الصلح في القانون والقضاء المغربي . رصد ميداني لحصيلة التطبيق وقراءة في أسباب الأزمة والحلول المقترحة لمعالجتها، دراسة منشورة بالموسوعة القانونية لصاحبها القاضي بنباصر يوسف بتاريخ 2006/02/05.

الفقرة الثانية : الصلح في اطار بعض التشريعات العربية – التشريع التونسي نموذجا :

نورد في هذا الصدد موقف المشرع التونسي من الصلح في المادة الجنائية، اذ نسجل انه لم يعطه هو الاخر تعريفا محددا بل اكتفى بذكره كسبب من اسباب انقضاء الدعوى العمومية في الفصل 4 من المادة الجزائية ثم اقره في قوانين جزائية خاصة ، كالمجلة الديوانية التي نصت بالفصل 220 على انه يرخص، و كمجلة الغابات التي تجيز في الفصل 134 للادارة العامة للغابات ان تصالح على الجنح و المخالفات التي ترتكب بالغابات، كما نجد للصلح مجالا في بعض الجرائم الاقتصادية او جرائم الصيد البحري او جرائم الطرقات1.

كان هذا فيما يخص الصلح كالية لحل النزاعات في المادة الجنائية وبعد ان توقفنا عند التعريف المعطى للصلح كالية لانهاء النزاع في بعض التشريعات المقارنة يبقى أن تساءل عن كيفية تنظيم المشرع المغربي للصلح كبديل للدعوى العمومية ؟

المطلب الثاني : تكريس المشرع المغربي للصلح الجنائي :

نتعرض لمفهوم الصلح كما حددته المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية وتحديد المرجعية القانونية لهذا الاجراء كفقرة ثانية، بعد التوقف مع التعريف الذي أعطاه المشرع المغربي للصلح كآلية بديلة لفض النزاعات في ضوء قانون الالتزامات والعقود كفقرة أولى.

الفقرة الأولى : الصلح في ضوء قانون الالتزامات والعقود2 :

سبق وأن عرفنا الصلح على أنه اتفاق من خلاله يضع الأطراف حدا للنزاع والذي على ضوئه يتنازل كل طرف على حق من حقوقه، والصلح حينها يتم بين الاطراف فيصبح ملزما لهم وقد نظم قانون الالتزامات والعقود الصلح في الفصل 1098 اذ عرفه على أنه عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه وذلك بتنازل كل منهما للاخر عن جزء مما يدعيه لنفسه أو باعطائه مالا معينا أو حقا.

الفقرة الثانية : الصلح في التشريع الجنائي المغربي :

نتطرق للصلح الجنائي كما أوردته المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية(أولا)، ثم نقف عند أبرز مستجدات المسودة بخصوص الصلح كبديل للدعوى العمومية (ثانيا).

---

1. ففي مخالفة الطرقات مثلا يخير مرتكب المخالفة بين دفع خطية جزائية مقابل وصل في ذمته يحرره العون حينا أو الاعتراض على ذلك وخضوعه لتتبع جزائي.

للتوسع أكثر في الموضوع راجع:

محمد نجيب معاوية ، المفهوم القانوني للصلح بالوساطة في المادة الجزائية وآلياته،مداخلة ضمن الندوة التي اقامتها وزارة العدل التونسية و حقوق الانسان والمعهد العالي للقضاء سنة 2003 تحت عنوان :"الصلح بالوساطة في المادة الجزائية" منشورة بالموقع: www.ism-justice.nat.tn اطلع عليها بتاريخ: 2015/02/15.

2. عالج المشرع المغربي الصلح من الفصل 1098 من ق.ل.ع الى الفصل 1116 .

أولا : قراءة في المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية :

لاشك أن مبدأ الصلح أو المصالحة يعد من التقاليد الراسخة في التراث الديني والثقافي المغربي، اذ كان رب القبيلة أو رب الأسرة يلعب دور الوسيط في حل النزاعات العائلية والمالية والفلاحية التي تنشأ بين أفراد الاسرة أو القبيلة.

واسوة بالعديد من التشريعات المقارنة[1] عمد المشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية الى تبني مبدأ الصلح بالمادة 41 من قانون المسطرة الجنائية كآلية حديثة وحضارية لاستبدال العقوبة السالبة للحرية ولفض النزاع قبل تحريك الدعوى العمومية، ومع أن القوانين الجنائية كلها من النظام العام ولا يملك الاطراف صلاحية تحديد نطاقها نظرا للاضطراب الاجتماعي الذي قد تسببه ، فقد سمح المشرع في جرائم معينة ونظرا للطابع الاجتماعي والاسري الذي يهيمن عليها بابرام مصالحة بين الاطراف ينجم عنها وضع حد للمتابعة[2].

ومن النصوص التي نصت صراحة على ذلك والتي تسمح بالمصالحة المؤدية الى انقضاء المتابعة الجنائية :

ـــ المادة 74 من ظهير 17ـ10ـ1917 المتعلق بالمحافظة على الغابات ، وهذه المادة تجيز لادارة المياه والغابات اجراء صلح مع المتهم المرتكب للجنح والمخالفات الواقعة على المياه والغابات.

ـ المادة 89 من ظهير 2ـ11ـ1932 المنظم لاحتكار الدخان بالمغرب ، هذه المادة تجيز لادارة شركة التبغ اجراء صلح قبل صدور الحكم أوبعده مع مرتكب المخالفات المتعلقة بالتبغ.

ـ المادة 273ـ 277 من المدونة الجمركية[3] ، هذه المواد تسمح لادارة الجمارك باجراء صلح وفق ماهو منصوص عليه في المادة 276 من هذا القانون.

---

1. كالتشريع التونسي والتشريع الفرنسي كما مر بنا.

2. إن المصالحة التي تنهي الدعوى العمومية تتم بين الجاني والمتضرر من الجريمة وتكون استثناء من القاعدة الواردة في المادة الثالثة عشرة من المسطرة التي تقضي بأنه :

" ويمكن للفريق المتضرر أن يتخلى عن حقه في الادعاء أو يصالح بشأنه أو يتنازل عن الدعوى من دون أن يترتب عن ذلك انقطاع سير الدعوى العمومية أو توقفه."

انظر احمد الخمليشي ، شرح قانون المسطرة الجنائية ، الجزء الأول ، مطبعة المعارف الجديدة ، ط: 1999 ، ص: 116 ـ 117.

3. وقد جاء في المادة 276 من المدونة الجمركية (1977/10/9) أن : المصالحة المبرمة دون تحفظ تسقط كلا من دعوى النيابة العامة ودعوى الادارة.أما المصالحة المبرمة بهذه الكيفية مع احد المشاركين أو المتواطئين في نفس المخالفة أو مع المسؤولين مدنيا عنها فيسري مفعولها عليهم جميعا.

كذلك فان أهم الجرائم الواردة في القانون الجنائي المغربي والتي يترتب عن ابرام المصالحة بشأنها وضع حد للمتابعة ، نجد قضايا اهمال الاسرة1 ، الخيانة الزوجية 2، والسرقة بين الاقارب3, فهذه الجرائم لا تحرك المتابعة بشأنها إلا بناء على شكوى من المجني عليه ويؤدي التنازل عن الشكاية الى انقضاء المتابعة وسقوط الدعوى العمومية4.

ثانيا : أبرز مستجدات مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية حول الصلح :

تتجلى المستجدات التي جاء بها م,ق,م,ج ,م5 فيما يخص الصلح في مجموعة من المكتسبات الهامة نلخصها في الاتي:

ـ انه أصبح بامكان النيابة العامة اقتراح الصلح على الأطراف وهو ماليس متاحا لها في ظل القانون الحالي إلا في حالات محددة6.

ـ أصبح بامكان وكيل الملك تعيين وسيط أو أن يطلب من الأطراف تعيينه (وفق ارادتهم) للقيام بالصلح.

ـ امكانية استعانة وكيل الملك بالمساعدين الاجتماعيين بالمحاكم الموجودين بخلايا التكفل بالنساء والأطفال من أجل اقامة الصلح.

ــ استغناء المشروع عن موافقة القاضي على الصلح.

المبحث الثاني : الوساطة والتسوية الودية كبدائل للدعوى العمومية في التشريعات المقارنة :

بما أن المشرع المغربي اقتصر على تناول الصلح7 كآلية بديلة للدعوى العمومية فان هناك من التشريعات المقارنة تلك التي تطرقت لانواع أخرى من الاليات البديلة لحل النزاعات الجنائية كالتسوية الودية والوساطة. وللتعرف

1. الفصل 481 من القانون الجنائي المغربي.

2. الفصل 491 من ق.ج.م.

3. الفصل 535 من ق.ج.م.

4. مع ذلك يمكن مواصلة النظر في الدعوى العمومية بطلب من النيابة العامة اذا ظهرت عناصر جديدة تمس الدعوى العمومية . مالم تكن قد سقطت بالتقادم أو بسبب آخر. للتوضيح أكثر راجع : أحمد جويد ، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، ط: 2006.

5. تندرج مراجعة القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية في اطار "تحديث المنظومة القانونية "، الذي يعتبر من أهم محاور تحقيق المشروع الشامل والعميق لاصلاح منظومة العدالة ببلادنا، الذي مافتئ جلالة الملك أعزه الله ونصره يدعو إليه في عدة مناسبات ، ومن بينها ماورد في خطابه السامي يوم 20 غشت 2009 بمناسبة الذكرى السادسة والخمسين لثورة الملك والشعب :"مهما كانت وجاهة الأهداف الاستراتيجية ، التي يمتد انجازها على المدى البعيد، فلا ينبغي أن تحجب عنا حاجة المواطنين الملحة في أن يلمسوا عن قرب ، وفي الأمد المنظور الأثر الايجابي المنشود للاصلاح.

راجع: مسودة مشروع القانون القاضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية المغربي، وزارة العدل والحريات ، اصدار بتاريخ: 17/11/2014.

6. وفقا للقانون الحالي فلا تظهر امكانية مبادرة النيابة العامة لاقامة الصلح إلا في فرضية عدم حضور المتضرر ، وعندما يتبين من وثائق الملف وجود تنازل مكتوب صادر عنه أو في حالة عدم وجود مشتك.

المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية رقم:22.210 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم :1.02.255 المؤرخ في 25 من رجب 3/1423 أكتوبر 2002.

7. نشير هنا الى أن بين مستجدات مشروع مسودة قانون المسطرة الجنائية تنصيصه على امكانية إجراء الصلح بالوساطة الجنائية من خلال ما نصت علية المادة 41 من المشروع وذلك بأن يعهد بإجراء الصلح إلى وسيط أو أكثر يختاره الطرفان أو يختاره وكيل الملك.

أكثر على المقصود بهاتين الوسيلتين سنتوقف عند مفهوم الوساطة الجنائية والتسوية الودية في اطار بعض الأنظمة اللاتينية والانجلوساكسونية (المطلب الأول)،قبل التطرق التعريفات الحديثة لبعض التشريعات العربية للوساطة الجنائية(المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم الوساطة الجنائية والتسوية الودية بين الانظمة القانونية اللاتينية والانجلوساكسونية :

تعرف الوساطة عموما بأنها وسيلة بديلة عن القضاء لحل النزاعات يقوم بها شخص يسمى الوسيط يعمل على تسهيل الحوار بين الاطراف المتنازعة في سبيل التوصل الى حل للنزاع القائم بينهم1.

وبما أن الوساطة الجنائية2 كآلية قد تطورت وانتشرت بمختلف دول العالم ، سنتوقف عند مفهومها في بعض الانظمة اللاتينية كفرنسا مع مقارنتها بمفهوم التسوية الودية(الفقرة الاولى)، ثم نمر للمقصود بالوساطة الجنائية في التشريعات الانجلوساكسونية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مفهوم الوساطة3 الجنائية والتسوية الودية في التشريع اللاتيني ــ فرنسا نموذجا :

اعتمد المشرع الفرنسي نظام التسوية الجنائية la composition penale بالقانون رقم 55 ــ 515 الصادر في 23 يونيو سنة 1999 بشأن تدعيم فعالية الاجراءات الجنائية ثم عدله بالقانون رقم 204 ـ 2004 الصادر في 9 مارس سنة 2004، وتمثل بديلا جديدا من بدائل الدعوى العمومية ، اذ تتيح لنائب الجمهورية أن يقترح على الشخص الطبيعي البالغ الذي يعترف بارتكابه واحدة أو أكثر من الجنح المعاقب عليها كعقوبة أصلية بعقوبة الغرامة أو عقوبة الحبس الذي لاتزيد مدته على خمس سنوات وكذلك عند الاقتضاء واحدة أو أكثر من المخالفات بهذه الجنح4.

الجنح4.

وهكذا يتمكن الوسيط في نهاية النزاع من تحفيز طرفي النزاع للتوصل الى تسوية ودية بينهم5.

---

1. وهي أيضا نظام قانوني مستحدث يهدف الى حل الخصومات الجنائية بغير الطرق التقليدية ودون حاجة الى مرورها بالاجراءات الجنائية العادية المتمثلة في التحقيق والاتهام ثم المحاكمة ، فهو اجراء يجد مكانه خارج اطار السلطة القضائية رغم بقائه تحت رقابتها.

2. معلوم أن الوساطة الجنائية ترجع في أصل نشأتها إلى قوانين الدول الأنجلوساكسونية وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية وانجلترا وكندا، لتلقى بعد ذلك انتشارا واسعا في معظم القارة الأوروبية بهدف حل النزاعات وديا.

للتوسع أكثر راجع: يعقوب عبد العزيز الصانع، التسوية الجنائية بين الجاني والمجني عليه، مقال منشور بالموقع الالكتروني لجريدة القبس ، عدد: 15038 بتاريخ: 2006/02/19. www.alqabs.com اطلع عليه بتاريخ: 2015/02/15.

3. تقوم آلية الوساطة على أساس تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات بين طرفين متخاصمين بحيث يعمل هدا الوسيط على تقريب وجهات النظر بين الطرفين وتسهيل التواصل بينهما وبالتالي مساعدتهما على ايجاد تسوية مناسبة لحكم النزاع.

انظر في هذا الاطار: زضاكي عبد الرحيم ، التحكيم الداخلي والدولي لفض المنازعات التجارية في القانون المغربي والمقارن، ط:أبريل 2014 ، ص:-109-108.

4. يعتمد هذا الاقتراح من القاضي المختص ، ويترتب على تنفيذ تلك التدابير انقضاء الدعوى الجنائية ، انظر ياسر بن محمد سعيد بابصيل ، الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة (دراسة تحليلية)، رسالة للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية . الرياض 2011، ص: 75 ومايليها.

5 .Bonaf Schmitt ,la mediation penale en France et aux Etats unis , L .G.D.J ,ed : 1998 .

الفقرة الثانية : الوساطة الجنائية في التشريعات الانجلوساكسونية : نماذج التشريع الأمريكي والتشريع البريطاني :

لقد بدأ تطبيق نظام الوساطة الجنائية في بريطانيا منذ الثمانينات عبر عدة محاولات قضائية في مناطق مختلفة من انجلترا، بالرغم من عدم وجود تشريعات أو مؤسسات تعنى بذلك، اذ ان الاهتمام الحكومي بالوساطة الجنائية ظهر مابين عامي 1985 و 1987 لكنه لم يأخذ المنحى التشريعي إلا عام 1998.1

أما في الولايات المتحدة فقد تم العمل بنظام الوساطة الجنائية في معظم الولايات2.

وتعد ممارسة الوساطة التي ظهرت في و.م.أ الأساس في ظهور تجارب الوساطة الجنائية التي انتشرت ممارستها فيما بعد في كثير من الأنظمة سواء أكان ذلك في اطار الاجراءات القضائية أو خارج نطاقها.

ويعد نظام الوساطة الجنائية أكثر تطورا في ولاية فلوريدا ، حيث أن طلب الوساطة في الدعوى قد يكون بناء على طلب هيأة الدفاع للطرفين وفي أية مرحلة من مراحل الدعوى أما الوسطاء الذين يتم انتخابهم فيجب أن يكونوا قد حصلوا على تدريب خاص وشهادة بقدرتهم على القيام بهذه المهمة صادرة عن محكمة فلوريدا العليا.

أما في أوكلاند، فيقوم نظام التسوية الجنائية على موافقة الخصوم حيث أن القاضي يعطيهم مهلة 14 يوما ليقرروا فيما اذا أرادوا اللجوء للوساطة أو لا3.

المطلب الثاني : الاطار المنظم للوساطة الجنائية في بعض التشريعات العربية :

نتطرق بداية للوساطة الجنائية في التشريع التونسي (الفقرة الاولى)، لنتعرف موقف المشرع المصري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الوساطة الجنائية في القانون التونسي :

يعد القانون التونسي نموذج التشريعات العربية التي أقرت نظام الوساطة الجنائية ضمن القانون الاجرائي الجنائي وقانون حماية الطفل ، وذلك تأثرا بالمشرع البلجيكي 4.

---

1. أنور محمد صدقي المساعدة وبشير سعد زغلول، الوساطة في انهاء الخصومة الجنائية. دراسة تحليلية مقارنة ، مجلة الشريعة والقانون، العدد الأربعون أكتوبر 2009، ص:321.

2. كولاية أوريغون(oregon) وولاية أوهايو (ohio) مع استثناء بعض الولايات كولاية لوس أنجلس (Los Angeles) التي لا تلجأ للوساطة إلا في حالات قليلة تتعلق بقضايا الأحداث.

وأعقبتها تجارب أخرى في السبعينات في ولايات ومدن أخرى مثل أوكلاهوما وبوسطن.

لمزيد من التفصيل : انظر أنور محمد صدقي المساعدة وبشير سعد زغلول، م.س، ص:419 . 420.

وانظر كذلك : ياسر بن محمد سعيد بابصيل، م.س، ص:46.

3. أنور محمد صدقي وسعد زغلول، م.س،ص:420.

4. صباح أحمد نادر ، التنظيم القانوني للوساطة الجنائية و إمكانية تطبيقها في القانون العراقي . دراسة مقارنة . وزارة العدل العراق،ط: 2014، ص:26.

وقد أقر المشرع التونسي اجراء الصلح عن طريق الوساطة الجنائية حسب القانون رقم 94 لسنة 2002 باضافة بند تاسع على الكتاب الرابع من مجلة الاجراءات الجزائية1، وقد أشار المشرع التونسي الى أن الهدف من اقرار الوساطة الجنائية هو ضمان تعويض الاضرار الناجمة عن الجريمة واعادة تأهيل وادماج الجناة في المجتمع وتدعيم الشعور لديهم بالمسؤولية.

الفقرة الثانية : الوساطة الجنائية في التشريع المصري :

لقد ذهب رأي بعض الفقه المصري2 إلى تعريف الوساطة بأنها إجراء يتوصل بمقتضاه شخص محايد (الوسيط) إلى التقريب بين طرفي الخصومة الجنائية,بغية السماح لهما بالتفاوض على الاثار الناتجة عن الجريمة املا في إنهاء النزاع الواقع بينهما.

بينما يعرفها رأي آخر بأنها : "تقتضي قيام شخص ثالث بالتوفيق بين مصالح أطراف النزاع بغية الوصول إلى حل و دي ينهي به نزاعا يواجه أشخاصا يرتبطون عادة بعلاقات دائمة كأفراد الاسرة الواحدة أو الجيران أو زملاء العمل.

في حين ذهب رأي آخر الى أن : "الوساطة بمثابة مجالس صلح لأنها تستهدف الوصول الى اتفاق أو مصالحة بالطرق الودية 3."

وهكذا نكون قد حاولنا من خلال طرحنا هذا استجلاء الاطار القانوني المنظم لبدائل الدعوى العمومية بين مختلف التشريعات المرصودة مع استحضار اقرار المشرع المغربي للصلح الجنائي كآلية بديلة عن الدعوى العمومية.

ونشيد هنا بالمستجدات التي تناولتها مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية فيما يخص الصلح مايشكل تأكيدا على ارادة المشرع الجنائي المغربي في الرقي بالعدالة التصالحية وتعزيز ثقافة اعتماد الآليات البديلة لفض النزاع.

✓ **المراجع المعتمدة :**

- **بالعربية :**

ـ أستاذنا محمد ناصر متيوي مشكوري وأستاذنا محمد بوزلافة، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الاسرية،أشغال الندوة العلمية التي نظمتها شعبة القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس بشراكة مع

1. المادة 335 من هذه المجلة تدل على أن المشرع التونسي يميل إلى الصلح الجنائي أكثر من الوساطة الجنائية التي تقتضي ضرورة تدخل طرف ثالث يقوم بدور الوسيط ولا ينتمي إلى جهاز القضاء.

انظر في هذا الاطار: العابد العمراني الميلودي، الوساطة الجنائية . التشريع الفرنسي والتونسي نموذجا . ، دراسة منشورة بالموقع الالكتروني لمجلة القانون والأعمال المغربية.اطلع عليها بتاريخ:2015/02/20.

2. انظر: ياسر بن محمد سعيد بابصيل ،م.س، ص: 41.

الجنائية و نشير إلى أن معظم التشريعات العربية لم تعط تعريفا للوساطة الجنائية بل اقتصرت على الصلح الجنائي إذا استثنينا المشرع التونسي. لذلك اكتفينا في هذا السياق بالإشارة إلى الآراء الفقهية المعرفة للوساطة الجنائية.

3. راجع في هذا السياق: صباح أحمد نادر، م.س. وياسر بن محمد سعيد بابصيل ، م.س.

وزارة العدل وهيئة المحامين بفاس يومي 4 و5 أبريل 2003، سلسلة الندوات والايام الدراسية، العدد 2 ــ 2004، الطبعة الاولى.

ـــ أحمد الخمليشي ، شرح قانون المسطرة الجنائية ، الجزء الأول ، مطبعة المعارف الجديدة ، ط: 1999 .

ــ أحمد جويد ، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، ط: 2006.

ـــ العابد العمراني الميلودي، الوساطة الجنائية ـ التشريع الفرنسي والتونسي نموذجا ــ ، دراسة منشورة بالموقع الالكتروني لمجلة القانون والأعمال المغربية.

ــ أنور محمد صدقي المساعدة وبشير سعد زغلول، الوساطة في انهاء الخصومة الجنائيةــ دراسة تحليلية مقارنة ، مجلة الشريعة والقانون، العدد الأربعون أكتوبر 2009.

ـ بنباصر يوسف ، أزمة مسطرة الصلح في القانون والقضاء المغربي ــ رصد ميداني لحصيلة التطبيق وقراءة في أسباب الأزمة والحلول المقترحة لمعالجتها، دراسة منشورة بالموسوعة القانونية لصاحبها القاضي بنباصر يوسف بتاريخ 2006/02/05.

ــ زضاكي عبد الرحيم ، التحكيم الداخلي والدولي لفض المنازعات التجارية في القانون المغربي والمقارن، ط:أبريل 2014 .

ـ صباح أحمد نادر ، التنظيم القانوني للوساطة الجنائية و إمكانية تطبيقها في القانون العراقي ــ دراسة مقارنة ــ وزارة العدل العراق،ط: 2014.

ــ محمد نجيب معاوية ، المفهوم القانوني للصلح بالوساطة في المادة الجزائية وآلياته،مداخلة ضمن الندوة التي اقامتها وزارة العدل التونسية و حقوق الانسان والمعهد العالي للقضاء سنة 2003 تحت عنوان :"الصلح بالوساطة في المادة الجزائية" منشورة بالموقع: www.ism-justice.nat.tn اطلع عليها بتاريخ: 2015/02/15.

ــ انظر ياسر بن محمد سعيد بابصيل ، الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة (دراسة تحليلية)، رسالة للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية ــ الرياض 2011.

– يعقوب عبد العزيز الصانع، التسوية الجنائية بين الجاني والمجني عليه، مقال منشور بالموقع الالكتروني لجريدة القبس ، عدد : 15038 بتاريخ : 2006/02/19. www.alqabs.com اطلع عليه بتاريخ : 2015/02/15.

- **بالفرنسية :**

- Bonaf Schmitt ,la mediation penale en France et aux Etats unis , L .G.D.J ,ed : 1998 .
- Loic cadiet , panorama des modes alternatifs de reglement des conflits en droit français , ritsumeikan law review , n° :28 , 2011 , p :155

✓ **القوانين :**

– قانون المسطرة الجنائية رقم:22.210 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم :1.02.255 المؤرخ في 25 من رجب 3/1423 أكتوبر 2002.

- مسودة مشروع القانون القاضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية المغربي، وزارة العدل والحريات ، اصدار بتاريخ: 17/11/2014.
- القانون الجنائي المغربي.
- ق ل ع المغربي.
- مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة المصادق عليها بالظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.77.339 بتاريخ 25 شوال 1397(9 أكتوبر 1977) كما وقع تغييرها وتتميمها على الخصوص بمقتضى القانون رقم 99.02المصادق عليه بالظهير الشريف رقم 1-00-222 بتاريخ2 ربيع الأول.
- 1421 (5 يونيو 2000).
- القانون المدني الفرنسي.

مجلة الفقه والقانون العدد 38 دجنبر 2015

التحكيم الالكتروني :

إعداد : الدكتور نبيل زيد سليمان مقابله

أستاذ مساعد في القانون الدولي الخاص

كلية الشريعة والقانون – جامعة الجوف ونائب رئيس

المركز الاستشاري لإعداد المحكمين الدوليين - cca

- **إعتذار عن خطأ غير مقصود :** ""أنا الدكتور نبيل زيد سليمان مقابله أعتذر من الأستاذ أسامة ادريس بيد الله عن الخطأ البشري المحض وغير المتعمد بأن قمت برفع البحث الخاص به بدلا عن بحثي وذلك لتشابه العنوان والمقدمة في كلا البحثين وقد كنت أرغب بالمشاركة ببحثي الخاص ولكنه بالخطأ تم رفع بحث الأستاذ أسامة ادريس بيد الله ونشر بالعدد الرابع والعشرين لشهر أكتوبر2014 من مجلة الفقه والقانون , وقمت بهذا الاعلان التزاما بالحق الأدبي للأستاذ أسامة إدريس بيد الله ، وفور علمها بالخبر بادرت إدارة مجلة الفقه والقانون مشكورة إلى حذف البحث موضوع الخطأ من موقعها الإلكتروني ."".

ملخص :

بعد شيوع استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في إنجاز الأعمال الإلكترونية وإبرام العقود وتنفيذها عبر شبكة الإنترنت ، اتجه التفكير إلى استخدام نفس هذه التقنيات الإلكترونية لتسوية ما قد ينشأ عن هذه الأعمال من منازعات ، بمعنى أن إجراءاتها تجري عبر شبكات الوسائل الإلكترونية ، دون حاجة لتواجد أطراف هذه المنازعة في مكان واحد ، وهذا الوضع الجديد يقتضي تطوير نظام قانوني ملائم وموازي يحكم هذه العملية .

ومع أن التحكيم التقليدي المتعارف عليه دولياً في حل منازعات التجارة الدولية سريع وغير مكلف مادياً بالنسبة للأطراف ، إلا أن هذا التحكيم يبقى بالنسبة لمعاملات التجارة الإلكترونية بطيئا ومكلفاً ، وذلك بسبب ضآلة المبالغ المادية أو التعويض المطالب به في غالب الأحيان ، وما قد يؤدي ذلك البطء والتكاليف من تقاعس الأفراد والمستهلكين وحتى التجار عن المطالبة بحقوقهم ، إضافة إلى ما يتطلبه من تبادل مادي للبيانات والطلبات والدفوع من الأطراف والاستماع الوجاهي للشهود وغير ذلك من الأمور .

تقسيم البحث :

وبهدف إيضاح المواضيع المتعلقة بهذه الوسيلة في تسوية منازعات التجارة وعقود خدمات المعلومات الإلكترونية ، وبذلك سنبحث المطالب التالية :-

المطلب الأول – ماهية التحكيم الإلكتروني ، ومميزاته ومخاطره ، والوضع الحالي للتحكيم الإلكتروني .

المطلب الثاني – الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني .

المطلب الثالث – القانون الواجب التطبيق .

المطلب الأول : ماهية التحكيم الإلكتروني :

التحكيم هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين لتسويته خارج المحكمة المختصة،ومهما اختلفنا أو اتفقنا حول التعريف الأمثل للتحكيم التجاري الدولي الذي يختص بمنازعات التجارة الدولية ، والذي ظهر استجابة لمتطلبات هذه التجارة وتحقيق العدالة والسرعة وتقليل التكاليف على أطراف التحكيم ، وعدم قطع العلاقات التجارية بينهم ، إلا أن ما يهمنا في هذا المجال هو ظهور نوع خاص ومستقل بشكل كبير عن ما جرى العمل به والمتعارف عليه بالتحكيم التقليدي ، وهذا الشكل من أشكال التحكيم أصبح يعرف بالتحكيم الإلكتروني، الذي يمكن أن يحكم إضافة إلى الأعمال الإلكترونية – الذي نشأ عن طريق حاجة هذه الأعمال لمثل هذا التحكيم – العلاقات التجارية الدولية الخاصة التقليدية .

ولا يختلف تعريف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي ، إلا من خلال الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي ، فلا وجود للورق والكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في هذا التحكيم ، حتى أن الأحكام قد يحصل عليها الأطراف موقعة وجاهزة بطريق إلكتروني ، وبذلك سنبحث:-

الفرع الاول :- مميزات ومخاطر التحكيم الإلكتروني .

الفرع الثاني :- الوضع الحالي للتحكيم الإلكتروني .

الفرع الاول : مميزات ومخاطر التحكيم الإلكتروني :

مميزات هذا التحكيم كثيرة ومرتبطة بالتجارة الإلكترونية والعقود الإلكترونية بطريقة تميزه عن اللجوء إلى المحاكم الوطنية وحتى عن التحكيم التجاري التقليدي ، ومن هذه المميزات :-

1- اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني (التحكيم بواسطة الإنترنت) يجنب أطراف العقد عدم مسايرة القانون والقضاء للعقود الإلكترونية سواءً قانونياً أو قضائياً ، حيث أنه يجنبهم عدم الإعتراف القانوني بهذه العقود أو صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق ، وتحديد المحكمة المختصة ، وهذا الأمر ليس بالأمر اليسير وفقاً للقضاء العادي عند إحالة النزاع إليه.

2- إن أهم ميزة للتحكيم الإلكتروني هو السرعة في الفصل بالنزاع ، وهذه الميزة تفوق كثيراً ما يجري به تداول هذه المنازعات في أروقة المحاكم الوطنية من بطء وتكدس للقضايا خاصة مع إزدياد عقود التجارة الإلكترونية ، حتى أن هذا التحكيم يفوق كثيراً سرعة الفصل في المنازعات المعروضة عليه مقارنة باللجوء للتحكيم التجاري العادي الذي يحتاج مدة أطول بكثير مما يتطلبه هذا التحكيم ، وسبب ذلك هو الحضور المادي للأطراف ولهيئة التحكيم وتبادل المرافعات والبيانات بين أطراف الدعوى.

3- الرغبة في عرض النزاع على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة ومحل ثقة ، تعنى وتواكب تطور التجارة الإلكترونية ، خاصة في المجال الفني والقانوني لهذه التجارة .

4- تقليل كُلف ونفقات التقاضي ، وذلك يتناسب مع حجم العقود الإلكترونية المبرمة التي لا تكون في الغالب الأعم كبيرة بل متواضعة ؛ وتستخدم أحياناً نظم الوسائط المتعددة التي تتيح استخدام الوسائل السمعية والبصرية في عقد جلسات التحكيم على الخط المباشر للأطراف وللخبراء ، وهذا يقلل من نفقات السفر والانتقال.

5- السرية ، وهي ميزة التحكيم من حيث وجوده ونتائجه وفى جميع المراحل ، مما يحول دون إلحاق الضرر بسمعة الأطراف المحتكمين .

6- سهولة الحصول على الحكم بسبب تقديم المستندات عبر البريد الإلكتروني ، أو من خلال الواجهة الخاصة التي صممت من قبل المحكم أو مركز التحكيم الإلكتروني لتقديم البيانات والحصول على الأحكام موقعة من المحكمين .

7- وجود اتفاقية دولية بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين ، وهي إتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها لعام (1958) ، وذلك على خلاف أحكام القضاء حيث لا يوجد حتى الآن اتفاقية تحكم الاعتراف والتنفيذ الدولي مثل اتفاقية نيويورك ، مع أن هناك إتفاقيات إقليمية وثنائية لتنفيذها .

ومع الأهمية لهذه المميزات التي تميز التحكيم الإلكتروني عن القضاء العادي والتحكيم التقليدي ، إلا أن فيه من المخاطر والانتقادات المصاحبة له ، ما قد يشكك في مدى جدواه وفعاليته ، ومن هذه الأخطار :-

1- عدم مواكبة النظم القانونية الحالية للتطور السريع الحاصل في مجال التجارة الإلكترونية ، إن لم تكن هذه النظم لا تشرع هذه المعاملات والتجارة الإلكترونية في قوانينها ، إضافة إلى جمود القواعد القانونية الموجودة في كثير من دول العالم المتعلقة بإجراءات التقاضي والتحكيم التقليدي من الاعتراف بإجراء التحكيم بوسائل إلكترونية ، وعدم تعديل التشريع الموجود للاعتراف بأحكام التحكيم الإلكترونية ، ومن هنا ثار

التساؤل عن مدى صحة إجراءات التسوية بالوسائل الإلكترونية ، ومدى الاعتراف بالحكم التحكيمي الإلكتروني .

وكذلك هناك مسألة هامة وهي تحديد مكان التحكيم , والذي يترتب عليه آثار كثيرة ومهمة ، فما هو المكان الذي يعتبر أنه مكان التحكيم ، هل هو مكان المحكم الفرد أم مكان المورد , أو المستخدم في عقود خدمات المعلومات الإلكترونية ، هذا إذا كان المحكم فرداً ، أم مكان إبرام العقد أو تنفيذه . هذه المسائل خطيرة وترتب آثاراً مهمة بالنسبة لاعتبارات التنفيذ والاعتراف بالحكم التحكيمي الإلكتروني ، هذه المسائل وغيرها بحاجة إلى دراسات شاملة لكل جزئية من هذه المسائل ، وتتطلب تدخلاً تشريعياً من جانب الدولة إضافة إلى الاتفاقيات الدولية .

وقد كان للجنة (اليونسترال) دورٌ واضح ومهم في إصدارها لإتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية ، والتي نصت في المادة (1/20) على " تنطبق أحكام هذه الاتفاقية على استخدام الخطابات الإلكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد أو اتفاق تسري عليه أي من الاتفاقيات الدولية التالية ، التي تكون الدولة المتعاقدة في هذه الاتفاقية ، أو قد تصبح دولة متعاقدة فيها :-

- اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك ، 10 حزيران / يونيو 1958) " .

وبذلك فأن هذه الاتفاقية أعطت - عند شمولها لاتفاقية نيويورك (1958) – الكتابة الإلكترونية ميزة الكتابة العادية ، وهذا ما هو موجود في نص المادة (2/2) من اتفاقية نيويورك ، والمادة (1/5/أ) من اتفاقية نيويورك التي يجرى من خلالها تقدير صحة اتفاق التحكيم ، والمادة (1/5/ب) من إتفاقية نيويورك بالنسبة لمخالفة إجراءات التحكيم لقانون هذه الدولة وبالتالي رفض الاعتراف بالحكم وتنفيذه ، وهذا ما سنشرحه تفصيلاً في تنفيذ أحكام التحكيم .

هذا بالنسبة للدول الخاضعة لاتفاقية نيويورك أما بالنسبة للدول غير الخاضعة ، أو بالنسبة للتحكيم الإلكتروني الداخلي فإن هذا الأمر يحتاج إلى تدخل تشريعي .

2- عدم تطبيق المحكم للقواعد الآمرة :

يخشى الأطراف وخاصة الطرف الضعيف في العقد من اللجوء إلى التحكيم بصفة عامة ، والتحكيم الإلكتروني بصفة خاصة ، وذلك بسبب الخشية من عدم تطبيق القواعد الآمرة والحمائية المنصوص عليها في القانون الوطني له ، خاصةً إذا كان هذا الطرف مستهلكاً مما يترتب عليه بطلان حكم التحكيم وعدم إمكانية تطبيقه وتنفيذه على أرض الواقع .

وكذلك عند اختيار القانون الواجب التطبيق غير قانون المستهلك الوطني ليحكم النزاع ، فإن المحكم لن يطبق هذه القواعد الحمائية المنصوص عليها في قانون المستهلك الوطني لأنه لا يطبق إلا القانون المختار ، وذلك لأنه ليس قاضياً فلا يلتزم بتطبيق القواعد الآمرة ، حتى في الدولة التي بوجد فيها مقر محكمة التحكيم.

لذا فقد عارض كثيرون اللجوء للتحكيم ؛ لأن حماية الطرف الضعيف تكون دائماً من خلال القواعد الآمرة التي يضعها مشرعوا الدولة لحماية طائفة خاصة أو مصالح جماعية ، ولا يهتم المحكم إلا بحل النزاع بين الأطراف دون النظر إلى مصالح السياسة التشريعية العليا للدول .

وإزاء هذا الانتقاد ، دافع البعض الآخر عن التحكيم سواء الإلكتروني أو التقليدي مؤكدين جوانب تطبيقه وعملية وقانونية يراعيها المحكم عند نظر منازعات التجارة الإلكترونية ومنها :-

أ- أن المحكم لا يهمل المصلحة العامة ، ولكن على العكس تماماً يأخذ في إعتباره القواعد الآمرة التي تنص عليها التشريعات الوطنية ، خاصة عند نظر منازعات يكون أحد أطرافها مستهلكاً ، وقد يطبق قواعد تحقق مصالح أكبر من تلك التي نص عليها التشريع الوطني ، تكون موجودة في قانون الطرف الآخر أو من طبيعة الأعراف التجارية وفقاً لطائفة معينة من طوائف التجارة .

ب- أن المحكم يهدف إلى تحقيق مصالح وأهداف المجتمع الدولي ، والوسائل التي يمكن له إستعمالها لإحترام وحماية مصالح الطرف الضعيف أو المستهلكين تكون أكثر من تلك الممنوحة للقاضي الوطني ، حيث يمكن للمحكم أن يختار ضمن عدة قوانين القانون الذي يحقق الأهداف الحمائية للطرف الضعيف أو المستهلك.

الفرع الثاني : الوضع الحالي للتحكيم الإلكتروني :

إتجه التفكير رغبة في الاستفادة من الإمكانات التي تتيحها شبكة الإنترنت والوسائل الإلكترونية التي يمكن تجييرها واستخدام وسائطها إلى إنجاز إجراءات الطرق التقليدية لتسوية المنازعات مثل التفاوض والوساطة والتوفيق والتحكيم من خلال هذه الشبكة ، وقد وجدت تسوية المنازعات عبر الوساطة والتوفيق الإلكتروني والتحكيم الإلكتروني تطبيقات فعلية ومتنوعة وشاملة لمنازعات التجارة الإلكترونية، وذلك من خلال مبادرات خاصة تبنتها بعض التنظيمات الاقتصادية والإقليمية والاتحادات المهنية الفعالة في هذا المجال والتي تهتم بمواكبة التطور الإلكتروني السريع ومن هذه المنظمات والهيئات :-

أولاً : الإتحاد الأوروبي :

ومن أمثلة ذلك الجهد المبذول الذي قام به الاتحاد الأوروبي بتوجيه الدول الأعضاء بألا تضع في تشريعاتها الداخلية عقبات قانونية تحول دون استخدام آليات تسوية المنازعات إلكترونياً بعيداً عن القضاء نص المادة (1) من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الخاص ببعض المظاهر القانونية لخدمة مجتمع المعلومات والتجارة الإلكترونية على " تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيداً عن أروقة المحاكم وباستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الإلكتروني ، وفي مجتمع المعلومات في فض المنازعات " .

كما أصدرت اللجنة الأوربية المختصة بتسوية المنازعات – لا سيما التي تتم بين المستهلكين – باعتماد سلسلة من التوجيهات بخصوص حل المنازعات على الخط (الطريق الإلكتروني) منها :-

1- تأسيس شبكة أوربية لتسوية المنازعات مباشرة على الخط ، ولحل كافة منازعات المستهلك الأوروبي خاصة في قطاع الخدمات [1] .

2- المبادئ الواجب مراعاتها من جانب الدول الأعضاء عند تسوية منازعاتهم عبر الإنترنت ، وهدف هذه التوصية سد النقص في التوصية رقم 298/257 ، وهي تضع خطوطاً إرشادية لتوفير أفضل حماية ممكنة للمستهلك الأوروبي في معاملاته عبر الإنترنت.

ثانياً : المنظمة العالمية للملكية الفكرية " Wipo " :

كذلك كان للدور الكبير الذي تمارسه المنظمة العالمية للملكية الفكرية "Wipo " إسهامات كبيرة في تطوير وتفعيل نظام التحكيم الخاص بالتجارة الإلكترونية[2] ، لتنظيم المنازعات الخاصة بالإنترنت لا سيما المتعلقة بالملكية الفكرية ، وأسماء الدومين ، والعلامات التجارية. ويمكن من خلال هذا النظام التغلب على العديد من الصعوبات ، حيث يسمح بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق ، ويتضمن وحدة الجزاء رغم اختلاف الجنسيات كذلك وضعت منظمة الويبو نظاماً للتحكيم السريع (المعجل) .

ثالثاً : القاضي الافتراضي :-

ومع أهمية التوصيات والقرارات الصادرة من جهات الاتحاد الأوروبي ، والجهود الكبيرة التي بذلتها منظمة الويبو ، إلا أن التجربة العملية الأولى لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية باستخدام شبكة الإنترنت (التحكيم الإلكتروني) تتمثل في برنامج القاضي الافتراضي ، وهو فكرة أمريكية تم إرساء دعائمها في مارس 1996 من قبل أساتذة مركز القانون وأمن المعلومات [3] (villa Nova Center For Law and Information Policy)

ودعم هذا النظام جمعية المحكمين الأمريكين (AAA) ، ومعهد قانون الفضاء (Cyber space Law Institue)، والمركز الوطني لأبحاث المعلوماتية الأمريكي . والهدف الرئيسي لهذا المشروع إعطاء حلول سريعة للمنازعات المتعلقة بالإنترنت عن طريق وسيط معتمد من المركز تكون له خبرة قانونية في التحكيم والقوانين الناظمة للتجارة الإلكترونية وعقودها وقانون الإنترنت ومنازعات العلامات التجارية والملكية الفكرية ، وغيرها من المواضيع المتصلة بهذه التجارة .

ويقوم القاضي الافتراضي المتخصص بالتحاور مع أطراف النزاع الذين طلبوا الخضوع لأحكام هذا النظام عن طريق البريد الإلكتروني ، على أن يفصل في النزاع خلال (72) ساعة .

وتجدر الإشارة إلى أن القرار الذي يصدره القاضي يكون مجرداً من القيمة القانونية إلا إذا قبله الأطراف ، ويقدم هذا المركز حتى الآن خدماته دون مقابل

رابعاً : المحكمة الفضائية Cyber Tribunal [4] :-

نشأت هذه المحكمة في كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا في سبتمبر 1996 . ووفقاً لنظام هذه المحكمة ، تتم كافة الإجراءات إلكترونياً على موقع المحكمة الإلكتروني ، بدايةً من طلب التسوية ، ومروراً بالإجراءات وانتهاء بإصدار الحكم وتسجيله على الموقع الإلكتروني للمحكمة .

وينطبق نظام المحكمة سواءً بالنسبة للتحكيم الإلكتروني أو الوساطة الإلكترونية على قطاعات الأعمال الإلكترونية والتجارة الإلكترونية.

ورغبة من المحكمة ببث الثقة في نظامها أصدرت شهادات مصادقة على المواقع الإلكترونية التي تتعامل بالتجارة الإلكترونية والتي تستوفي شروط المحكمة المطلوبة وذلك تعبيراً عن التزام هذه المواقع أو المسئولين عنها بتسوية منازعاتهم مع المستخدمين وفقاً لنظام وإجراءات هذه المحكمة .

وتتميز هذه المحكمة بتقديم خدمات تسوية المنازعات باللغتين الإنجليزية والفرنسية ، وذلك لوجودها في مقاطعة ذات طبيعة لغوية مختلطة من هاتين اللغتين، وكذلك فهي تجمع بين النظام اللاتيني والإنجلوسكسوني ، مما يؤدي إلى توحيد القواعد القانونية بين أنظمة ذات ثقافات قانونية متباينة فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية وسبل فض النزاعات المتعلقة بها .

ولم تغفل هذه المحكمة بذل عناية خاصة فيما يتعلق بالمنازعات التي يكون أحد أطرافها من المستهلكين ، فهي تجتهد من أجل تفسير العقود محل النزاع لصالح المستهلك ، والقانون الواجب التطبيق هو قانون المستهلك ، ويستطيع المحكم أن يجتهد لتقديم حماية أفضل للمستهلك ، وذلك من خلال معلومات تكميلية وأدلة إثبات[5] .

نجد من خلال ما استعرضناه عن الواقع الحالي للتحكيم الإلكتروني أنه أصبح حقيقةً واقعة في العالم الذي يرغب في العمل الجاد والتطوير المستمر ، فهذه المراكز والمحاكم الافتراضية نشأت من خلال جهد أكاديمي ومن قطاعات قانونية وتقنية مختلطة ومهتمة بتطويع وإخضاع التكنولوجيا للاستخدام العملي والذي يتوافق مع المستجدات المتواصلة ، وبالتالي وضعت نفسها في خضم العالم الافتراضي وأصبحت بعد نضجها جزءاً من نظامه القانوني المنظم له .

ومع ذلك نلاحظ أن الحاجة إلى التطوير والبناء ما زالت تحتاج لخطوات كبيرة من جانب الدول والمنظمات المهتمة بهذا المجال – ونرجو أن نعمل لنكون جزءاً فاعلاً فيها – حيث ما زالت الحاجة إلى الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية من أجل الاعتراف والتنظيم لهذه المراكز وتنفيذ أحكامها في الدول المختلفة ، ومن ذلك تعديل القوانين الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي وقوانين تنفيذ الأحكام الأجنبية ، وتطوير المعاهدات المختصة بهذه المجالات .

المطلب الثاني : الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني :

تمهيد وتقسيم :

نظراً للأهمية العملية التي يقوم بها التحكيم الإلكتروني في فض المنازعات التجارية الإلكترونية والأعمال الإلكترونية بشكل عام ، فأنه يجب على نظامه القانوني الذي يسير عليه أن يراعي متطلبات المعاهدات والاتفاقيات الدولية المبرمة في مجال التحكيم وفي مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية ، ومراعاة النظم القانونية الداخلية في الدول التي ينتمي لها الأفراد ، لأن معظم الأحكام التي يصدرها المحكمون ستنفذ في إطار دولة أحد أطراف النزاع ، وهذه الأحكام

ليست من النوع الذي تطبقه هذه المراكز والمحاكم الافتراضية مباشرةً ، بل يستلزم إصدار الأمر بتنفيذه في إطار القوانين الداخلية المنظمة .

ومن أجل ذلك فإن متطلبات الشكل والموضوع في التحكيم الافتراضي والمنصوص عليها في القوانين والاتفاقيات الدولية يجب أن تراعى عند نظر كل منازعة ابتداء من اتفاق التحكيم وحتى تنفيذ حكم التحكيم .

وبذلك فإننا نبحث الإطار الذي يجب مراعاته في التحكيم الإلكتروني كالآتي :-

- إبرام الاتفاق .
- مضمون الاتفاق .
- جلسات التحكيم وإصدار الحكم (إجراءات التحكيم) .

إبرام الاتفاق على التحكيم :

على عكس الوساطة الإلكترونية التي يترك نظام مركز التحكيم الإلكتروني أو المحكمة الفضائية للوسيط غالباً وضع نظام إجراءاتها ، فإن نظام مركز التحكيم الإلكتروني شأنه شأن مركز التحكيم العادي يجب أن يضع نظاماً خاصاً به من أجل تنظيم عملية التحكيم ، وتحديد وقت بدء الإجراءات ، ووقت تحديد صدور الحكم ، وجميع الإجراءات التي تشمل هذه العملية ابتداءا من كيفية وشرعية اتفاق التحكيم ، وغالباً ما تتبنى مراكز التحكيم الإلكترونية قواعد تكميلية إذا ما وجد نقص في قواعد النظام مثل الرجوع لقواعد القانون النموذجي الأونسترال بشأن التحكيم التجاري الدولي (1985) ، أو قواعد غرفة التجارة الدولية مع إدخال التعديلات التي تتناسب مع طبيعة التحكيم الإلكتروني .

وتتم إجراءات التحكيم بطريقة إلكترونية على موقع المركز الإلكتروني ويتم خلال هذه الإجراءات تخزين البيانات والمستندات والوثائق المتعلقة بالقضية

وعندما يتفق الأطراف على اللجوء للتحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من خلافات ، فمن المألوف أن يضمنوا عقدهم بنداً يشيرون فيه إلى اتجاه إرادتهم إلى حل نزاعهم من خلال التحكيم ، ويسمى هذا الشرط بشرط التحكيم.

وقد يتم إبرام هذا الاتفاق في عقد مستقل عن العقد الأصلي وقد يكون سابقاً أو لاحقاً لنشوب النزاع .

فضلاً عن أن اتفاق التحكيم يتضمن العديد من التفصيلات التي لا يمكن أن يشملها شرط التحكيم

وتنص المادة (11) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 على " يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين ، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام أية

جهة قضائية ، ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديداً دقيقاً وإلا كـان الاتفاق باطلاً " .

ويقابل هذه المادة في قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 المادة (10) ، ونجد من خلال القانونين المذكورين أعلاه أنهما اعترفا بصورتي اتفاق التحكيم ، شرط التحكيم ومشارطة التحكيم ، وهذه الصور من التحكيم لا تثير أية مشكلة في مجال التحكيم الإلكتروني لإمكان إجراءها بين الأطراف إلكترونياً بالشكل المتعارف عليه في كثير من دول العالم سواء في شكل شرط بالعقد الذي أثير النزاع بشأنه أو باتفاق لاحق عن طريق شكل عقد ، أو من خلال شرط الإحالة إلى وثيقة تتضمن شروط تحكيم .

ويكون شكل شرط التحكيم إذا أسند هذا الشرط لمركز التحكيم الإلكتروني فض النزاع بشكل صريح ، ويتم بصورة عقدية إلكترونية عندما يرسل الأطراف إلى مركز التحكيم الإلكتروني رسالة إلكترونية باتفاقهما على عرض النزاع على هذا المركز .

أما نقطة الاختلاف بين التحكيم الإلكتروني والتحكيم العادي في مجال اتفاق التحكيم ، فهو مشروعية اتفاق التحكيم المبرم إلكترونيا خاصةً وأن معظم القوانين تتطلب الكتابة في اتفاق التحكيم وهذا غير موجود لا سيما في عقود خدمات المعلومات الإلكترونية ، التي تتم بشكل كامل في نطاق العالم الإلكتروني ، وليس فيها أي كتابة على دعامة مادية بل تكون بشكل إلكتروني فقط .

وقد رتبت كثير من القوانين التي تنظم مسائل التحكيم بطلان الاتفاق في حالة عدم الكتابة ، مثل المادة (11) من قانون التحكيم الأردني ، والمادة (12) من قانون التحكيم المصري[6] . فهل يستوفي اتفاق التحكيم الإلكتروني الموجود في شكل الكتابة الإلكترونية لهذا الشرط ، الذي يترتب عليه البطلان ، وقد ظهر في هذه المسألة رأيان هما :-

أولاً :- رأي يذهب إلى عدم إمكانية امتداد التعبير الموجود في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية التي لم تنص على جواز وصحة تبادل اتفاق التحكيم بالوسائل الإلكترونية ، لتشمل الكتابة الإلكترونية كوسيلة لإثبات وجود اتفاق التحكيم ، ويبرر هؤلاء رأيهم على أساس أن العديد من المعاهدات والاتفاقيات بشأن التجارة الدولية – التي وجدت قبل ظهور الوسائل الإلكترونية – لم تأخذ في الاعتبار عند إنشاءها تنظيم بنودها واقعياً هذه الوسائل لكي تعتبر أسلوب كتابي معترف به قانوناً .وهذا الأمر ينطبق على القوانين التي أعدت ولم تنص على الوسائل الإلكترونية في كتابة اتفاق التحكيم والاعتراف بها ، وذلك مثل اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها ، وخاصة ما نصت عليه المادة (2/2) ، بأن " يشمل اصطلاح " اتفاق مكتوب " أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين أو وارد في وسائل أو برقيات متبادلة " . ومثل المادة (12) من قانون التحكيم المصري ، والمادة (11) من قانون التحكيم الأردني ، وكذلك المادة (2/7) القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسترال) لعام (1985).

ثانياً :- رأي آخر – نؤيده – يرى أن الكتابة الإلكترونية تحقق شرط الكتابة الموجود في المعاهدات الدولية والقوانين الوطنية ذات الاختصاص بالتحكيم . ويعتمد هذا الرأي على أساس :

1- في مجال الدول التي تعترف بالوسائل الإلكترونية (الإنترنت) كوسيلة لإبرام العقود ، ضمن الشروط التي اعترفت بها القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية ، فإن هذه القوانين تعترف تماماً باتفاق التحكيم الذي تتم كتابته بالبريد الإلكتروني أو عن طريق تبادل المعلومات وتدوينها على الموقع الإلكتروني لمركز التحكيم بإرسال البيانات للمركز إلكترونياً عبر صفحة على الموقع تكون مخصصة لملئ البيانات والعنوان وما شابه . لآن الاعتراف في هذه القوانين بصحة العقود تتضمن تبعاً لذلك الاعتراف بالاتفاق على التحكيم ، سواء جاء في صورة شرط تحكيم أو عقد تحكيم مستقل ما دام تم فيه مراعاة الشكل والشروط المطلوبة وفق القوانين الناظمة للعقد الإلكتروني ، ومتوافر فيها الشروط لصحة وحجية إثبات الكتابة الإلكترونية .

وإزاء ذلك ، أرى أن لا يتم القياس على الوسائل التي تم الاعتراف بها من قبل والاهتمام فقط في هذا المجال بصحة العقد الذي يوجد به شرط التحكيم ، أو العقد المستقل بين الأطراف الذي يتفق بموجبه الأطراف على اللجوء للتحكيم (مشارطة التحكيم) .

2- أصدرت الأمم المتحدة عن طريق لجنة الأونسترال الاتفاقية المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية [7] ، وهذه الاتفاقية سوف تصبح في القريب مرجعاً مهماً لما تتضمنه من أحكام [8]، خاصةً وأنها في المادة (20) منها نصت صراحةً ومن غير لبس بمساواة الكتابة والرسائل الإلكترونية بالكتابة العادية وإعطاءها نفس الحجية والإثبات في العقود الدولية ويتجلى ذلك صراحةً في نص المادة (2/9) والتي تنص على " حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابياً ، أو ينص على عواقب لعدم وجود كتابة ، يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفي بالخطاب الإلكتروني ، إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسراً على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً " .

وأهم ما في هذه الاتفاقية ما جاءت به المادة (20) والتي اعترفت بالخطابات الإلكترونية المتبادلة في العقود الدولية والتي تخضع اتفاقيات ومعاهدات دولية حددتها في الفقرة (1) ، ومنها اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام (1958) وبذلك جنبتنا هذه الاتفاقية عدم النص على الكتابة الإلكترونية في هذه الاتفاقية وأوضحت تماثل الخطابات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية مع الكتابة العادية المتبادلة في رسائل إلكترونية ، أو عقد موقع عليه ، حيث أنها اعترفت أيضاً بالتوقيع الإلكتروني في المادة (3/9) منها ، وسنعمل على بحث المزيد من أحكام هذه المعاهدة الحديثة في الفصول اللاحقة .

المطلب الثالث – القانون الواجب التطبيق :

تنص العديد من الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم وكذلك حريتهم في اختيار محكمة التحكيم. وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار التحفظ بالنسبة للنظام العام فيما يجوز به التحكيم ، ومراعاة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق واختيار المحكمة ، وكذلك تحديد نطاق ومضمون مجال التحكيم [9] .

ويجب أن يحدد مضمون الاتفاق :-

أولاً :- القانون الواجب التطبيق على التحكيم :-

يمكن لأطراف التحكيم تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التي تحكم سير المنازعة ، وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم من حيث الموضوعات التي تخضع للتحكيم والقانون الواجب التطبيق .

أ) – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم :-

واختيار القانون الذي يطبق على إجراءات سير التحكيم مهم جداً ، من حيث النتائج التي تترتب عليه ، سواءً في تحديد أنظمة الإثبات ، وتحديد الوسائل التي يجب مراعاتها في احترام حق الدفاع والمواجهة ، والقواعد المتعلقة بقانونية وكيفية استخدام الوسائل الإلكترونية في عقد جلسات التحكيم .

وتتم عملية اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يطبق على إجراءات المنازعة بالإحالة إلى قانون معين لتنظيم الإجراءات ، أو وضع هذه القواعد في اتفاق التحكيم سواءً قبل نشوء النزاع أو بعده .

ولا توجد مشكلة في حالة الاتفاق على الخضوع لإجراءات مركز التحكيم الإلكتروني ، أو المحكمة الافتراضية التي تطبق قواعد إجراءات تلائم وتناسب وضع العالم الافتراضي .

لكن المشكلة تثور في حالة اختيار الأطراف إخضاع إجراءات التحكيم الإلكتروني لإجراءات التحكيم التقليدية . ويمكن تجاوز هذه المشكلة بإبرام اتفاق تكميلي للقواعد التقليدية لتتناسب مع المسائل الفنية الخاصة بالتحكيم الإلكتروني .

وكذلك تصديق أصحاب الشأن اتفاقاتهم في بدايات ممارسة التجارة الإلكترونية من سلطات الدول المعنية والمنظمات الدولية ذات العلاقة ، والتي لا تعترف بالتحكيم أو المعاملات الإلكترونية لتسهيل تنفيذ أحكام التحكيم.

ومن ناحية أخرى مهمة فإنه يجب تحديد مكان التحكيم الإلكتروني ، ومهما تحدثنا عن إمكانية تطبيق أن يكون مكان التحكيم مرتبطاً بوجود المحكم أو التركيز على مكان وجود العقد ، أو اعتبار أن قانون الإجراءات المختار هو الذي يتحدد به مكان التحكيم ، إلا أن هذه الاعتبارات مجرد افتراض وتحكم غير مادي . لذلك من الأفضل لكل مركز تحكيم أن يتخذ مصادقة ومشروعية في ظل دولة معينة ، ويحدد أن مكان التحكيم موجود في هذه الدولة ، وأن يوضح هذا الارتباط الافتراضي بنصوص صريحة في نظام التحكيم ، ونرى أن هذا الحل أكثر تطابقاً مع الواقع العملي والقانوني وأعراف التجارة الإلكترونية ، لأنه في النهاية يتطلب الاعتراف والتنفيذ سواءً حسب المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم والتنفيذ ، أو ضمن نطاق القانون الوطني بأن يرتبط التحكيم بمكان معين[10] .

ب) القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم :-

ينص نظام المحكمة الفضائية على أنه إذا لم يتفق أطراف النزاع على تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع تقوم المحكمة باختيار القانون الذي يرتبط به النزاع بأوثق صلة ، وذلك في المادة (1/17) من نظامها باستثناء الحالة التي يكون أحد أطرافها مستهلكاً ، ففي هذه الحالة يجري تطبيق قانونه الوطني وهذا ما نصت عليه المادة (3/17) من نظام المحكمة ، على أنه يجب على المحكمة وفقاً لنص المادة (2/17) أن تضع في اعتبارها شروط العقد والأعراف السائدة في مجال الفضاء الإلكتروني .

وتجدر الإشارة أنه سواء اختار أطراف النزاع القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم ، أو اختاره مركز التحكيم (المحكم) ، فيجب أن لا يخالف هذا الاختيار النظام العام في دولة التنفيذ وفقاً للمادة (25) من اتفاقية نيويورك .

ثانياً :- إختيار المحكمين :

ما لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين تتكون الهيئة من واحد أو أكثر حسب تقدير أمانة مركز التحكيم ، مع مراعاة جنسية أعضاء هيئة التحكيم ، ومكان إقامتهم واستقلالهم ونزاهتهم[11]. وجرى العمل أن يقوم كل طرف باختيار محكم ويقوم المحكمان باختيار الثالث في قوانين التحكيم الحديثة. ويجوز للأطراف المتنازعة الاعتراض على تشكيل هيئة التحكيم ، ويعين بديلاً له بشكل عاجل ، ويحق لأطراف النزاع رد المحكم لأسباب ترجع إلى حياده واستقلاليته ونزاهته ، وذلك مثل ما نصت عليه المادة (5/6) و (1/8) من نظام المحكمة الفضائية .

لذلك لا نرى أن هناك أي تعارض بين نظام التحكيم الإلكتروني في اختيار هيئة التحكيم وبين نظام التحكيم المؤسسي التقليدي .

ونود الإشارة إلى أن التحكيم الإلكتروني والذي نشأ حديثاً وما زال في طور التحديث والتنظيم القانوني والتقني مازال بحاجة إلى تدخل من قبل المنظمات الدولية والدول ، لوضع إطار شامل يتحقق به شمولية الاعتراف والتنظيم لهذا النوع الجديد من أنواع التحكيم .

✓ **الهوامش :**

1- أنظر :- موقع الاتحاد الأوروبي – مكان وجود التوصية .

http://www.europa.eu.int/comm/inter-market/en/finances/consumer/adr.htm.

2- موقع مركز تحكيم الويبو http://www.arbiter.wipo.int.

3- موقع المركز http://vmag.law.vill.edu:8080/.

4- موقع المحكمة على الإنترنت http://www.cybertribunal.org.

5- للإطلاع على إختصاصات المحكمة راجع العنوان التالي .http://cybertribunal.org/fag/defult.asp

6- راجع :- نبيل زيد مقابلة – تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية – المرجع السابق – ص 97 ، 98.

7- نصوص هذه الاتفاقية موجودة على موقع الجمعية العربية لقانون الإنترنت www.cyberlawnet.net .

9- وقد وقعت على هذه الاتفاقية حتى الآن " 2007/1/1 " سبعة دول هي ، أفريقيا الوسطي ، سري لانكا ، سنغافورة ، سيراليون ، السنغال ، الصين ، لبنان ، مدغشقر .

9- أنظر : فيما يتعلق بإجراءات ونطاق اختيار المحكمة (تعيين المحكمين) – نبيل زيد مقابلة – بحث دبلوم الدراسات الدولية الخاصة – التحكيم الدولي الخاص في القانون الأردني – دراسة مقارنة – معهد البحوث والدراسات العربية – إشراف الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم – القاهرة – 2000 – ص 40 وما بعدها .

10- لمزيد من المعلومات عن ضرورة وكيفية تحديد مكان التحكيم : أنظر نبيل زيد مقابلة ، بحث دبلوم الدراسات الدولية الخاصة المرجع السابق ص 41 .

11- م (2/16) من قانون التحكيم الأردني ، والمادة (11) من قانون التحكيم المصري .

✓ تقارير :

مجلة الفقه والقانون العدد 38 دجنبر 2015

تقرير حول ندوة : إعداد مدونة السلوك والأخلاقيات القضائية في المغرب على ضوء المعايير الدولية من تنظيم نادي قضاة المغرب واللجنة الدولية للحقوقيين [1]

احتضنت مدينة مراكش على مدى يومي 30 و31 أكتوبر 2015 أشغال ورشة حول موضوع : "إعداد مدونة السلوك والأخلاقيات القضائية في المغرب على ضوء المعايير الدولية"، من تنظيم نادي قضاة المغرب بتعاون مع اللجنة الدولية للحقوقيين بجنيف وجمعية عدالة.

استهلت أشغال الورشة بكلمات افتتاحية للمنظمين أكدوا فيها على أهمية تنظيم هذا اللقاء الذي يسعى إلى تعميق التفكير حول موضوع "وضع مدونة للسلوك والأخلاقيات القضائية في المغرب"، وهو الموضوع الذي يكتسي أهمية بالغة بالنظر للسياق العام المرتبط بمناقشة مشاريع القوانين التنظيمية للسلطة القضائية أمام البرلمان ، ومشروع الاصلاح العميق والشامل للمنظومة القضائية، حيث تم طرح مجموعة من التساؤلات : أي آفاق لوضع وتطوير مدونة السلوك والأخلاقيات القضائية بالمغرب : أي مسار للصياغة؟ وما هي آليات التنفيذ؟ هل يمكن أن تشكل مدونة السلوك أساسا للمسؤولية المهنية للقضاة، وما دورها في تعريف الأخطاء التأديبية؛ ما مدى القوة الملزمة لهذه المدونة؟ هل يجب تضمينها في القوانين المتعلقة بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية وبالنظام الأساسي للقضاة؟ أم ينبغي أن توضع بشكل مستقل عن هذين القانونين؟ كيف يمكن مقاربة متطلبات الاستقلالية؛ الحياد؛ النزاهة؛ اللياقة؛ المساواة؛ الكفاءة والحرص على ضوء مضمون مدونة السلوك والأخلاقيات القضائية في المغرب و المعايير الدولية ذات الصلة؟

المحور الأول للورشة خصص لموضوع "إعداد مدونة السلوك والأخلاقيات القضائية على ضوء المعايير الدولية"، حيث قدم السيد فيليب تكسيي، مفوض اللجنة الدولية للحقوقيين بجنيف، ومستشار بمحكمة النقض في فرنسا مداخلة حول موضوع "المعايير الدولية المتعلقة بقواعد السلوك والأخلاقيات القضائية"، أكد فيها على ضرورة أن

1- التقرير من إعداد الأستاذ أنس سعدون عضو نادي قضاة المغرب ، عضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية باحث بكلية الحقوق بجامعة عبد المالك السعدي بطنجة : Anass.adoun@gmail.com

تكون قواعد السلوك والأخلاقيات القضائية محددة بقانون أو مضمنة في مدونة سلوك. "فطالما أن المسار المهني للقضاة يرتبط بقواعد السلوك هذه، وخاصة في مجال التأديب، فانه يجب أن يكون تطويرها وصياغتها مبنيان على عملية تشاركية وشفافة تشمل، من بين فاعلين آخرين، القضاة ومنظماتهم المهنية، وأن يكون مضمون هذه القواعد متناسقا بالكامل مع المعايير الدولية ذات الصلة"، مضيفا بأن مبادئ بنغالور للسلوك القضائي تشكل وثيقة مرجعية معترف بها ومطبقة من قبل عدد من الدول كأساس لوضع قواعد السلوك والاخلاقيات القضائية بشكل يتسق مع المعايير الدولية.

وقدمت السيدة مارتين كومت، الرئيسة الشرفية لمحكمة استئناف أورليان فى فرنسا مداخلة حول موضوع : "الإلتزامات الاخلاقية للقضاة : التجربة الفرنسية" أكدت من خلالها أن إعداد مدوّنة مفصّلة وشاملة لقواعد السلوك والأخلاقيات القضائية، يتولّى صياغتها قضاة وأعضاء المهن القانونية، وتكون متسقةً مع المعايير الدولية، أمر ضروري لضمان استقلالية القضاء ونزاهته.

وأضافت : "يجب أن تكون هذه المدونة مرسّخةً فى القانون باعتبارها المرجع الأساسى لإخضاع القضاة للمساءلة المهنية، كما يجب أنّ يبتّ فى أيّ مخالفة لهذه المدونة من خلال إجراءات عاجلة منصوص عليها فى القانون، وتمنح القضاة المخالفين الحق فى محاكمة عادلة أمام هيئة مستقلة وحيادية وضمانات مراعاة الأصول القانونية، فضلاً عن الحق فى مراجعة القرارات والعقوبات أمام هيئة قضائية عليا، تتمتع بالاستقلالية والحياد وبما يتماشى مع المعايير الدولية"، مشيرة في هذا المجال لمجموعة أمثلة تطبيقية لاجتهادات المجلس الأعلى للقضاء في فرنسا.

وأشار السيد سعيد بنعربية مدير برنامج الشرق الأوسط وشمال أفريقيا لدى اللجنة الدولية للحقوقيين بجنيف إلى ضرورة أن تنصّ المدونة بوضوح على أنواع السلوك التى تعتبر منافية للقواعد والأخلاقيات القضائية، وأنواع الخروقات التى يعاقب عليها إذ لا يفترض أن تكون المدونة تفصيليةً فحسب، بل يجب أن تقدم توجيهات عملية أيضاً وذلك حرصا على منع التدخل في استقلالية القضاة واحتراماً لمبدأ الشرعية.

المحور الثاني لأشغال الورشة تمحور حول التجربة المغربية حيث تناول الدكتور عبد اللطيف الشنتوف رئيس نادي قضاة المغرب موضوع تطوير مدونة السلوك والأخلاقيات القضائية في المغرب حيث أشار إلى أنه لا توجد إلى الآن أي مدونة للسلوك والاخلاقيات القضائية، وإنما اكتفى النظام الأساسي الحالي لرجال القضاء الصادر سنة 1974 بوضع بعض معايير السلوك القضائي، مثل القواعد المتعلقة بأداء القضاة لوظائفهم بشكل مستقل، وحفظ سرية مداولاتهم، والتصرف بشكل نزيه ومخلص، فضلا عن القواعد التي تمنع على القضاة المشاركة في أي عمل سياسي من طبيعته التأثير على سير المحاكم أو تشكيل أو الانضمام الى النقابات المهنية.

وأضاف أن مشاريع القوانين التنظيمية الجديدة تخول للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، سلطة وضع مدونة سلوك قضائي تحتوي على القيم والمبادئ والقواعد التي يجب أن يحترمها القضاة خلال ممارستهم لوظائفهم باستشارة مع جمعيات القضاة، مشيرا في هذا السياق للاشكاليات التي تثيرها المادة 97 من مشروع النظام الأساسي للقضاة، المتعلقة بمفهوم الخطأ المهني الجسيم.

وتطرقت نائبة رئيس نادي قضاة المغرب الأستاذة حجيبة البخاري للخطوات التي أقدم عليها النادي من أجل الاسهام في تخليق المنظومة القضائية من خلال وضع ميثاق أخلاقي لأعضائه، وإطلاق مبادرة محاكم بدون رشوة، وخلق لجان للتخليق داخل المحاكم، ومبادرة جميع أعضاء أجهزته بالتصريح العلني بممتلكاتهم.

وقدمت السيدة رشيدة الحليمي رئيسة المحكمة التجارية بفاس، لمحة موجزة عن مدونة القيم القضائية التي وضعتها جمعية الوداية الحسنية للقضاة كإطار يتعرف القاضي والمجتمع من خلالها على الصفات والمزايا الواجب التحلي بها

من طرف القضاة، انطلاقا من وعي الجمعية بضرورة ترسيخ مجموعة من القيم والتقاليد والأعراف التي تحكم سلوك القاضي وتروم طمأنينة المجتمع إليه واحترامه، باعتبارها تدعم استقلاله وحصانته وكفاءته ونزاهته.

وسجل الأستاذ أنس سعدون عضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية مجموعة ملاحظات حول مدونة السلوك والأخلاقيات القضائية التي يفترض من المجلس الأعلى للسلطة القضائية المرتقب أن يعمل على وضعها، من حيث المرجعية التي ينبغي أن تنطلق بالأساس من المعايير الكونية، وأفضل التجارب الدولية ذات الصلة، ومن حيث المنهجية التي ينبغي أن تحترم المفهوم الحقيقي للمقاربة التشاركية، أي بالاشراك الفعلي للقضاة ولجمعياتهم المهنية، مضيفا أن بعض أحكام النظام الأساسي الحالي لرجال القضاء ومشروعي القانونين التنظيميين الجديدين يخالفان المعايير الدولية، خاصة الاحكام المتعلقة بمنع أو بتقييد ممارسة القضاة لبعض الحقوق والحريات، كحرية تكوين الجمعيات والنقابات المهنية والحق في الاضراب، مشيرا إلى أن "مواد مشروعي القانونين ليست مفصلة ومحددة بشكل كافي بحيث تسمح للقضاة بتدبير سلوكهم وفقاً لها، كما لا تقدم تعريفات واضحة للأفعال أو الامتناعات التي يمكن أن تشكل خطأ مهنيا وتنتج عنها المسؤولية التأديبية للقضاة".

وآخذ عضو المجلس الوطني لنادي قضاة المغرب المستشار عبد الله الكرجي على المشروعين عدم تنصيصهما على أن تكون مدونة السلوك القضائي أساسا لمحاسبة القضاة مهنياً وهو ما يفرض تعديل مقتضياتهما لضمان وضع مدونة سلوك وأخلاقيات قضائية شاملة ومفصلة و مكرسة، في اتساق مع مبادئ "بنغالور"، على قيم الاستقلال، والحياد، والنزاهة، واللياقة، والمساواة، والكفاءة والحرص.

أشغال الورشة التي امتدت على مدى يومين عرفت مناقشة واسعة من طرف خبراء ينتمون للجنة الدولية للحقوقيين، وجمعيات مهنية قضائية من بينها نادي قضاة المغرب والودادية الحسنية للقضاة ورابطة القضاة، وجمعيات مدنية على رأسها المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية وجمعية عدالة، تناولت هذه المداخلات عدة محاور أهمها :

1-معنى ونطاق المبدأ المتعلق بممارسة القضاة لوظائفهم باستقلال، وذلك على أساس تقديرهم للوقائع وفهمهم للقانون، دون تدخلات أو تحريضات أو ضغوطات او تهديدات خارجية؛

2-السلوك المطلوب ليكون القضاة مستقلين وأن ينظر إليهم على انهم مستقلين؛

3-الأمثلة العملية التي يجب تضمينها في مدونة السلوك والأخلاقيات القضائية في المغرب لضمان وحفظ استقلال القضاة.

4-معنى ونطاق المبدأ المتعلق بممارسة القضاة لوظائفهم بحياد، دون تفضيل أو أحكام مسبقة، في الواقع المغربي؛

5-السلوك الواجب اتباعه ليكون القضاة محايدين وأن ينظر إليهم على انهم محايدين؛

6-ما تحتويه القوانين والتشريعات المغربية السارية حاليا فيما يتعلق بتضارب المصالح والنشاطات الغير القضائية وحقوق القضاة في حرية التعبير وإنشاء الجمعيات وتأثير ممارسة هذه الحقوق على حياد القضاة؛

7-الأمثلة العملية التي يجب تضمينها في مدونة السلوك والأخلاقيات القضائية لضمان وحفظ حياد القضاة.

8-معنى ونطاق المبدأين المتعلقين بتصرف القضاة بأمانة ونزاهة والوقار الذي تستوجبه وظائفهم القضائية على ضوء التجربة المغربية؛

9-السلوك الواجب اتباعه ليكون القضاة نزيهين وأن ينظر إليهم على انهم كذلك والأمثلة التي يجب تضمينها في مدونة السلوك والأخلاقيات القضائية لتوجه القضاة في التصرف داخل وخارج المحكمة في إطار احترام متطلبات النزاهة؛

10-الخطوات المعقولة التى يجب على القضاة اتخاذها لتحسين تكوينهم، ومعلوماتهم، وقدراتهم ومزاياهم الشخصية خلال ممارساتهم لأعمالهم؛

11-الأمثلة العملية التى يجب تضمينها في مدونة السلوك والأخلاقيات القضائية لتوجه القضاة لضمان ممارسة عملهم بفعالية وقدر معقول من الحرص؛

12-مفهوم "الخطأ الجسيم" وعلاقته بالمادة 97 من مشروع النظام الأساسي للقضاة.

مجلة الفقه والقانون العدد 38 دجنبر 2015

تقرير حول ندوة بالرباط حول : إستقلال ومسؤولية السلطة القضائية في المغرب من تنظيم نادي قضاة المغرب واللجنة الدولية للحقوقيين وجمعية عدالة [1]

على مدى يومين بحث قضاة من كافة الجمعيات المهنية القضائية وحقوقيون **"واقع ومسؤولية السلطة القضائية في المغرب"**، وذلك بمناسبة انعقاد ندوة دولية بالرباط نظمها نادي قضاة المغرب وجمعية عدالة بتعاون مع اللجنة الدولية للحقوقيين بتاريخ 27 و28 أكتوبر 2015.

استهل اللقاء بكلمة **سعيد بنعربية** مدير **برنامج الشرق الأوسط وشمال أفريقيا لدى اللجنة الدولية للحقوقيين بجنيف** أكد فيها على أهمية تنظيم هذا اللقاء من أجل تعميق التفكير حول المسار الذي بلغته مشاريع القوانين التنظيمية المتعلقة بالسلطة القضائية، التي توفر ضمانات أفضل لعدالة الاجراءات التأديبية مقارنة بالنصوص المطبقة حاليا، مؤكدا بأن أوجه القصور لا تزال قائمة وهو ما يستدعي ضرورة التدخل الجديد لتجويد النصوص المرتقبة وتنزيل الاصلاح الحقيقي للقضاء وهو الهدف من تنظيم هذا اللقاء .

وفي نفس السياق أكد الدكتور **عبد اللطيف الشنتوف** رئيس **نادي قضاة المغرب** أن المشروعين التنظيميين المتعلقين بالسلطة القضائية والمصادق عليهما بمجلس النواب يشكلان انتكاسة دستورية حقيقية وتراجعا خطيرا على مكتسبات دستور 2011 في باب استقلال السلطة القضائية لتضمنهما مقتضيات خطيرة من شأنها أن تهدم الاستقلال المنشود من أساسه، وتجعل القاضي الذي هو محور هذا الاستقلال خائفا مترددا غير قادر على اتخاذ القرار فبالأحرى أن يدافع عن استقلاله، مستعرضا مجموعة من الثغرات الواردة في المشاريع، ومنها تخويل المسؤولين القضائيين في محاكم الاستئناف سلطة انتداب القضاة، والسماح بتنقيلهم بموجب الترقية في مس صارخ بحصانة القضاة ضد النقل المكرسة دستوريا، واستعمال مفهوم واسع وغير دقيق للخطأ المهني الجسيم المبرر للتوقيف الفوري للقضاة.

1- التقرير من إعداد الأستاذ أنس سعدون عضو نادي قضاة المغرب ، عضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية باحث بكلية الحقوق بجامعة عبد المالك السعدي بطنجة : Anass.adoun@gmail.com

أشغال الندوة تواصلت بكلمة **جمعية عدالة** التي قدمها الدكتور **محمد الهيني** والتي خصها بدراسة للمادة 97 من مشروع النظام الأساسي للقضاة التي تثير إشكالية عدم دستوريتها لأنها تتناقض مع الدستور خاصة الفصل 117 منه الذي ينص على أن القاضي يتولى حماية الحقوق والحريات وصيانة الأمن القضائي والتطبيق العادل للقانون حسب المادة 110 أيضا. وأضاف : "إذا حدث و تم إقرار الفصل 97 من مشروع النظام الأساسي للقضاة من طرف البرلمان بصيغته الحالية فسوف نكون أمام وضع يعتبر معه الاجتهاد القضائي خطأ جسيما و هذا كاف في حد ذاته للقول بأن مسودة مشروع النظام الأساسي للقضاة تتعارض مع مبدأ استقلال القضاء كما هو متعارف عليه دوليا وكما هو مقرر في أحكام الدستور، فالمشروع يعتبر خرق القاعدة الموضوعية خطأ جسيما و الحال أن الأمر قد يكون مجرد اختلاف حول تفسير النص".

وتساءل الدكتور **محمد الهيني** عضو **نادي القضاة** أيضا في نهاية مداخلته: هل يقبل فعلا أعضاء السلطة التشريعية بترتيب المسؤولية التأديبية لهم عن الخطأ المسطري أو الخطأ الموضوعي الخطير في التشريع على كثرته، وبالشكل الذي عاينه المجلس الدستوري وفقهاء القانون الدستوري في الكثير من الأحيان؟ أم أن القضاة يراد لهم أن يكونوا الحلقة الأضعف لتجريب تشريعات تتضمن أخطاء جسيمة في علم وصناعة التشريع، تفتقد للشرعية والمنطق القانوني السليم؟

المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية كان حاضرا من خلال مداخلة الأستاذ **أنس سعدون** عضو **نادي القضاة**، الباحث بكلية الحقوق بطنجة والتي تطرق فيها لمقترحات عملية لتعديل المادة 97 من مشروع النظام الأساسي للقضاة في ضوء المعايير الدولية، حيث دعا إلى تعريف دقيق وواضح للأخطاء المهنية، بما في ذلك الأخطاء الجسيمة، بحيث يتمكن القضاة من معرفة الأعمال أو الاغفالات التي قد تعرضهم للمساءلة التأديبية، والعقوبات التأديبية المقررة لها؛ مضيفا بأن أي تعريف في هذا المجال ينبغي أن يضمن ملاءمة معايير السلوك القضائي مع المعايير الدولية؛ كما يجب ألا تكون أسس المساءلة التأديبية فضفاضة إلى حد يسهل الاستعمال السيء لها بسوء نية، أو لأهداف غير مشروعة كوسيلة للتأثير على استقلال القضاة الفردي؛ مذكرا في الوقت ذاته بمضامين مذكرة نادي قضاة المغرب واللجنة الدولية للحقوقيين وائتلاف الجمعيات القضائية والنسيج المدني، والتي أوصت جميعها بأن **"لا ينبغي أبدا أن تشكل ممارسة القضاة لحقوقهم الأساسية بما فيها الحق في حرية التعبير، وحرية التجمع وتكوين الجمعيات خطأ مهنيا، أو أن تعرف في القانون التنظيمي على هذا الأساس"**، مستنكرا التراجعات الخطيرة التي أتى بها مشروع النظام الأساسي للقضاة الذي يتجه لمنع القضاة من الاشتغال في الجمعيات المدنية، ويضيق على ممارسة القضاة لحريتهم في التعبير والتجمع بشكل يعيد عقارب الساعة لما قبل دستور 2011، متسائلا في نهاية مداخلته : هل فعلا قدمت مشاريع الحكومة لقوانين القضاء اجابات حقيقية على معضلة القضاء بالمغرب؟ وهل فعلا كانت الاختلالات الحقيقية في المنظومة القضائية طيلة نصف قرن من الزمن، هو تغول القضاة، أو انخراطهم في ممارسة حرية تعبيرهم واشتغالهم في الجمعيات المدنية، أم أن المعضلة الحقيقية كانت وما زالت تتمثل في ضعف ضمانات حماية استقلالهم، ونفوذ السياسي على ما هو قضائي ؟

المستشار **عبد الله الكرجي** عضو المجلس الوطني لنادي **قضاة المغرب** قدم مداخلة حول **"المسؤولية القضائية.. عندما يتصرف القضاة تحت تأثير التدخلات الخارجية، بما في ذلك حالات الارتشاء"**، تطرق فيها لأنواع التأثير الخارجي المستمدة من عدم استقلال السلطة القضائية أو لعدم الاستقلال الفردي للقاضي؛ ثم للمسؤولية الناجمة عنه وهي إما مسؤولية تأديبية أو مسؤولية جنائية وما قد يستتبعها من مسؤولية مدنية تابعة، معتبرا أنه "لا يمكن للقضاء مكافحة الفساد دون تطهيره قانونيا وماديا من هذه الآفة؛ إذ يتعين رسم معالم سياسة واضحة للوقاية والزجر تفي بالاستجابة لالتزامات المغرب الدولية ويضفي المصداقية على مجهودات مكافحة الفساد، كما ان الحاجة لإعداد وتفعيل الإجراءات المرتبطة بالإصلاحات القانونية والمؤسساتية الادارية والقضائية لتشخيص الظاهرة وتقييم آليات مكافحتها"..وسلط

الضوء على بعض مسببات أزمة الفساد في مرفق القضاء والمتمثلة في ضعف آليات المراقبة والمساءلة وتراجع أخلاقيات الممارسة المهنية وأعرافها، وتراجع في منظومة التكوين والتأطير القضائي، ووجود بعض الممارسات المنحرفة والفاسدة بين كافة المتدخلين في المجال القضائي، فضلا عن هيمنة السلطة التنفيذية على مرفق القضاء، واستمرار المتابعات الانتقائية للفساد دون إغفال عدم وجود ضمانات كافية لتفادي استغلال المساطر التأديبية لغايات غير "مصلحة حسن سير العدالة"، مشيرا لبعض الحلول المقترحة والمتمثلة في مواصلة الإصلاحات القانونية في مجال مكافحة الفساد في مرفق القضاء وإعمال الضمانات الدستورية لاستقلال القضاء واستقلال النيابة العامة عن السلطة التنفيذية، واحداث مفتشية عامة للسلطة القضائية مستقلة عن وزارة العدل وتخويل الرئيس المنتدب للمجلس إدارة معهد القضاء، ووضع معايير موضوعية وشفافة لتقييم أداء القضاة وترقيتهم لدرجة أعلى ووضع معايير موضوعية وشفافة في إسناد المسؤوليات القضائية وتحديد مدتها وتقوية ضمانات المحاكمة العادلة التاديبية للقضاة، وتجريم مكافحة الإثراء غير المشروع بشكل يؤدي الى المكافحة الفعالة لهذه الجريمة إجرائيا وموضوعيا، و تجريم التأثير على القاضي بكيفية غير مشروعة، وتشديد الجزاءات عن عدم القيام بالتصريح بالممتلكات داخل الآجال القانونية أو عند تقديم تصريح غير مطابق للواقع وترتيب الجزاء عن المخالفات المتعلقة بحالات تنازع المصالح ومصادرة العائدات المتحصلة من الفساد مع ترتيب المسؤولية الجنائية عن ذلك .

وتطرق المستشار **مصطفى العضراوي** عضو المكتب التنفيذي لنادي قضاة المغرب لموضوع **"مسطرة التوقيف الفوري وضمانات القضاة"** حيث لاحظ أن مشاريع القوانين التنظيمية المعلنة عنها لم تتطرق بشكل كاف ودقيق لمسطرة التفتيش حيث اكتفت بالتنصيص على أنه سيصدر قانون تنظيمي ينظم هذا الموضوع، مؤكدا غياب أي ضمانات فعالة للقضاة خلال مرحلة التفتيش، وأضاف "إن توقيف القاضي المعني ابتداء من طرف الرئيس المنتدب بعد إستشارة اللجنة الخماسية المحددة في المادة 79 من المشروع يطرح العديد من الإشكاليات: هل هذه الإستشارة إلزامية؟ ألا يهدم قرار التوقيف قرينة البراءة التي تبقى هي الأصل؟ ماذا عن طريقة و شكل و مكان تبليغ القاضي المعني.؟"، ولاحظ في هذا المجال أن الأجل المخول للقاضي غير كاف بالنظر لبعد المسافة بالنسبة للقضاة في المناطق النائية، كما أن طريقة الإستدعاء والتبليغ يشوبها كثير من الغموض ويمكن أن تكون مثار خلاف في التأويل مستقبلا، معترفا بغياب الضمانات الحقيقية للقضاة بخصوص مسألة الطعن في القرارات الصادرة بشأن وضعيتهم الفردية إعتبار أن المشروع حدد جهة الطعن في الغرفة الادارية بمحكمة النقض، التي يعد رئيسها وكذا الوكيل العام بها عضوين في المجلس الذي أصدر القرارات المطعون فيها، داعيا إلى ضرورة إحداث مؤسسة قضائية مستقلة لضمان الحياد بصورة كلية تحت أية تسمية.

اللقاء عرف مشاركة عدد من الجمعيات المهنية القضائية حيث قدمت عدة مداخلات من بينها مداخلة السيدة **رشيدة الحليمي** رئيسة المحكمة التجارية بفاس، والأستاذ ياسين عنيبة من الودادية الحسنية للقضاة، والأستاذ عبد الواحد الهلوجي عن رابطة قضاة المغرب حيث أجمع المتدخلون على أن نصي المشروعين المنظمين لقانوني المجلس الأعلى للسلطة القضائية والنظام الأساسي للقضاة لا زالا يحملان الكثير من المقتضيات التي تتعارض والمفهوم الحقيقي لاستقلال السلطة القضائية المكرس دستوريا، وتتنافى كذلك مع مضامين المواثيق والاتفاقيات الدولية، كما أكدوا عدم احترام المقاربة التشاركية في صياغتها، وأوصى المتدخلون بضرورة العمل على تعديل هذه المشاريع بشكل ينسجم مع نص الدستور والمعايير الدولية وتطلعات كل الفاعلين.

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

مجلة الفقه والقانون العدد 38 دجنبر 2015

Gouvernance d'un groupe de sociétés

ZERROUK IMENE FATIMA ZOHRA,

chercheuse doctorante en troisième année,

spécialité droit pénal des affaires, faculté

Abu Bakr Belkaid, Tlemcen, ALGERIE.

Introduction :

Les « bonnes pratiques » et l'éthique ont le vent en poupe, non pas seulement en pratique professionnelle - particulièrement celle du contrôle légal où les «bonnes pratiques professionnelles » doivent être identifiées et promues [1] - mais dans la gouvernance d'entreprise, en général. Celles de la gouvernance d'un groupe de sociétés étaient ici en cause, "une « bonne pratique » de gouvernance consiste, pour une société mère, à respecter strictement, dans la réalité comme en apparence, l'autonomie de gestion de ses filiales " a dit « Jean-François Barbièri » [2].

L'intérêt d'un tel travail s'attache au constat suivant : dès lors qu'il existe une confusion latente entre les actionnaires dominants et le pouvoir dirigeant, les problèmes de gouvernance s'apparentent à des problèmes d'organisation; l'étude de la gouvernance d'entreprise en vient à s'assimiler à l'étude empirique d'un système d'action complexe, car

[1] . L'article L. 821-1 du Code de commerce en charge expressément le Haut conseil du commissariat au comptes, dans sa mission de surveillance de la profession de commissaire aux comptes et de gardien de la déontologie et de l'indépendance des professionnels, cité par : Jean-François Barbièri, gouvernance d'un groupe, Bulletin Joly Sociétés, 01 avril 2007 n° 4, P. 485.

[2] .ou dites «règles de bonne gouvernance » ces règles se fixant pour objectif de normaliser le jeu entre les deux acteurs. En témoigne les multiples rapports et lois aux Etats-Unis mais aussi en Europe : la loi américaine Sarbanes-Oxley en 2002, les rapports Viénot et Bouton, la loi sur la sécurité financière en 2003... Pouvoir actionnarial contre-pouvoir managérial : voilà donc résumé l'essentiel des débats publics à propos des questions de gouvernance.V .site internet : https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00167841/document Article de : Aurélie Catel Duet, Les groupes de sociétés comme lieux d'une gouvernance hybride

il s'agit d'observer les mécanismes concrets de régulation qui régissent les échanges entre sociétés mères et sociétés filiales. Telle est du moins la voie d'analyse que nous explorerons ici ; dont on trouve que la chercheuse **Aurélie Catel Duet** utilise le terme de« gouvernance hybride»[1] mais hélas cela reste une référence sociologique.

On analysons le fondement sur l'apparence (d'unicité d'entreprise ?) qui avait séduit les juges du fond, dont ces dernier avaient retenu que la société mère avait pris en charge l'ensemble des démarches pour l'installation d'un établissement, notamment en engageant des pourparlers pour l'implantation d'un local commercial, en signant un contrat de bail puis un avenant, en faisant établir le projet d'aménagement et en désignant le cabinet d'architecte auquel la maîtrise d'œuvre avait été confiée, mais en se substituant, **in fine**, une société filiale.

Un tel sujet, nous pousse à nous demander ; si Un tel comportement constitue-t-il vraiment une «mauvaise pratique » qui, en créant une illusion d'entreprise unique, aurait pu tromper sur le véritable partenaire contractuel ? La Cour de cassation, à juste raison, n'en a pas été convaincue[2].

Pour cela, nous étudierons tout d'abord le principe d'autonomie d'une filiale et le besoin de se référer a la théorie de l' L'apparence [A], puis Les actes de gouvernance au sein d'un groupe de sociétés [B].

Malheureusement dans notre études on n'a pas trouvé un jugement ou un arrêt dans la jurisprudence algérienne dont on peut citer ou même commenté, qui peuvent éclaircir mieux notre étude surtout pour faire relativement une approche entre l'étude théorique et l'étude pratique, mais cela nous conduit à se référencier a la jurisprudence française.

A- le principe d'autonomie d'une filiale et le besoin de se référer à la théorie de l' L'apparence :

Pour commencer, nous pouvons voir que le principe d'autonomie d'une filiale **est écarter** dans certain cas, dont on a le besoin de se référer à la théorie de l' L'apparence.

[1] .site internet : https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00167841/document

[2] . *Jean-François Barbièri ,note sous. Cass. 3e civ., 13 déc. 2006, n° 05-18707 (n° 1305 FSD), SA Carnivor (cons. rapp. Assié), Bull. Joly Sociétés, 01 avril 2007 n° 4, P. 485*

Pour cela, nous étudierons le principe d'autonomie de la filiale [1], puis la nécessité d'écarter le principe d'autonomie d'une filiale [2].

1-le principe d'autonomie de la filiale :

En effet, sous le visa de l'article 1842 du Code civil français[1], donc en visant la reconnaissance d'une personnalité juridique propre à chaque société immatriculée, la 3e Chambre civile a censuré l'arrêt d'appel pour motivation insuffisante d'une prétendue méconnaissance du **principe d'autonomie de gestion** de la filiale qu'aurait exprimée le comportement critiqué[2] .

Au regard de la jurisprudence de la 3e Chambre civile, mais aussi de celle de la Chambre commerciale, cette censure n'a pas de quoi surprendre : dans des circonstances de fait beaucoup plus caractéristiques d'une atteinte à l'autonomie de gestion d'une filiale où, en particulier, la société mère avait pris l'initiative de mettre fin au bail conclu au nom d'une filiale et de libérer les lieux occupés par celle-ci, la Haute formation avait suivi les juges du fond qui avaient écarté la qualification **d'immixtion dans la gestion** ; ingérence dans les affaires de la filiale et apparence abusive d'unité d'entreprise étaient pourtant présentes, comme souvent en ce cas [3] .

De façon générale, il faut rappeler que l'autonomie des personnes morales, y compris au sein d'un groupe, postule qu'une société mère n'est pas responsable des engagements contractés par une filiale, fût-elle intégralement contrôlée, sauf immixtion fautive de la première dans la gestion de la seconde ou création d'une apparence trompeuse d'unicité d'entreprise. Tel serait le cas lorsque, après une scission, le lieu d'exploitation est demeuré inchangé, les locaux administratifs, industriels et commerciaux sont restés communs, ainsi que les numéros de téléphone et de télex, le papier commercial a continué de porter un emblème identique, le sigle y étant disposé pareillement pour les deux sociétés [4] ; au contraire, en l'absence d'une telle apparence, un créancier ne saurait agir directement

[1] .article 50 du code civile algérien.

[2] . L'immixtion dans la gestion est une question de fait, relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, dont la Cour de cassation contrôle néanmoins la motivation (v. par ex. en matière de direction de fait, Cass. com., 16 mars 1999 : Bull. civ., IV, n° 64).

[3] . Cass. 3e civ., 25 févr. 2004 : Bull. Joly Sociétés, 2004, p. 666, § 129, note J.-Ph. Dom ; Rev. sociétés, 2004, p. 418.

[4] . Cass. com., 5 févr. 1991 : Bull. Joly Sociétés, 1991, p. 391, § 125, note Ph. Delebecque ; Rev. sociétés, 1991, p. 545, note C. Bolze ; D., 1992, jur., p. 27, note Y. Chartier ; RJDA, 1991/4, n° 303. V. aussi sur cet arrêt : Ch. Hannoun, « L'extension de la responsabilité civile au sein d'un groupe matériellement intégré » : Bull. Joly Sociétés, 1991, p. 479, § 165.

contre une société mère afin d'obtenir paiement de commandes passées pour le compte d'une filiale [1] .

2- la nécessité d'écarter le principe d'autonomie d'une filiale :

« L'apparence trompeuse », sanctionnée de l'obligation, pour la société mère, d'assumer les engagements d'une filiale, ressort souvent, comme nous venons de le souligner, de l'identité de papier à en-tête, de l'identité de siège social, de la similitude de logo [2] , mais aussi de l'unicité plus ou moins manifeste de direction ou de représentation [3] ; en effet, la situation est, dans les faits, très proche de celle d'une immixtion dans la gestion de la filiale quand les deux notions - apparence et immixtion - ne sont pas relevées simultanément.

Néanmoins, l'observation d'un signe isolé d'identité d'entreprise ne saurait convaincre de la création d'une apparence trompeuse : les juges du fond forgent leur conviction, sous le contrôle de la Cour de cassation, à l'aide d'un faisceau d'indices les conduisant à écarter le principe d'autonomie, et à conclure à une apparence d'unicité d'entreprise qui a abusé les tiers. De même, il serait excessif de traiter toute manifestation d'autorité d'une société mère sur ses filiales comme une immixtion : celle-ci résulte plutôt d'un abus dans la logique de domination qui est exercée au titre du « contrôle » ; cet abus est caractérisé par le fait que la société dominante a évincé la filiale, s'est substituée à elle dans un rapport contractuel avec un tiers - au stade de la conclusion, de l'exécution ou de la cessation des relations contractuelles - ou encore par le fait que cette société dominante n'a pas respecté les procédures de prise de décision de sa filiale. Contrairement à la présente, quelques espèces ont, ces dernières années, offert l'exemple de motifs qui ont paru « suffisants à caractériser les circonstances ayant pu autoriser (les tiers) à croire légitimement que la société (filiale ou sœur) était dépourvue d'autonomie de gestion ». Ainsi, dans une espèce remarquée, différentes sociétés composant un groupe ont été condamnées à supporter les conséquences de l'inexécution d'un contrat par l'une d'elles, à titre de sanction de l'ingérence des sociétés sœurs, caractérisée en particulier par la décision de mettre fin prématurément aux activités de la société contractante ; mais le grief d'immixtion s'insérait surtout dans un contexte d'apparence d'entreprise unique, avec les éléments habituels (identité de locaux, de téléphone, de logo, différenciation minimale de désignation des

[1] . Cass. com., 8 déc. 1997 : Bull. Joly Sociétés, 1998, p. 472, § 162, note J.-J. Daigre.
[2] . Cass. com., 18 oct. 1994 : Bull. Joly Sociétés, 1994, p. 1317, § 370, note A. Couret ; RJDA, 1995/2, n° 153.
[3] . CA Toulouse, 11 mai 1994 : Bull. Joly Sociétés, 1995, p. 662, § 231, note Ch. Rivière ; Cass. com., 17 oct. 1995 (non publié au Bulletin) : BRDA, 1995/21, p. 7 ; RJDA, 1996/1, n° 68.

sociétés formant le groupe). Les indices d'immixtion et d'unité apparente étaient étroitement imbriqués et avaient convaincu les juges du fond [1] .

C'est précisément le concept de contrôle de la société mère sur les entreprise du groupe qui est problématique dans le cas des groupe, ces ce qu'on va voir dans les points suivants.

B- Les actes de gouvernance au sein d'un groupe de sociétés :

Suite à notre étude, nous pouvons nous pencher sur ; Les actes de gouvernance au sein d'un groupe de sociétés, Pour cela, nous étudierons Les éléments caractéristiques de l'immixtion dans la gestion [1], puis Extension de responsabilité à la société mère pour unité d'entreprise et immixtion dans la gestion [2].

1. Les éléments caractéristiques de l'immixtion dans la gestion :

L'immixtion dans la gestion permet notamment de constater l'existence d'un dirigeant de fait[2]. En droit des sociétés, le principe de non-immixtion veut que l'on évite qu'une personne investie d'une fonction antinomique avec celle de gérant - pour des raisons de protection des tiers ou de la personne elle-même - ne puisse, par son comportement prendre part à la gestion. Ainsi, le commanditaire ne peut s'immiscer dans la gestion de la société sans endosser la même responsabilité que le ou les commandités (C. com., art. L. 222-6)[3]. Dans le même ordre d'idée, aucun membre du conseil de surveillance ne peut faire partie du directoire (C. com., art. L. 225-74)[4]. Quant au commissaire aux comptes, il ne peut s'immiscer dans la gestion de l'entreprise dont il certifie la comptabilité (C. com., art. L. 225-235). Enfin, les représentants de la masse des obligataires ne peuvent s'immiscer dans la gestion des affaires sociales (C. com., art. L. 228-55).

[1] . Aff. Econocom : Cass. com., 4 mars 1997 : Bull. Joly Sociétés, 1997, p. 557, § 221, note J.-J. Daigre ; Rev. sociétés, 1997, p. 554, note P. Didier ; JCP G, 1997, I, n° 4058, spéc. n° 10, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain, et JCP G, I, n° 4068, spéc. n°s 12 et 13, obs. G. Viney ; RJDA, 1997/5, n° 653. Rejet du pourvoi contre : CA Paris, 19 oct. 1994 : Rev. sociétés, 1995, p. 85, note M. Pariente.

[2] . J.-L. Rives-Lange, « La notion de dirigeant de fait » : D., 1975, chron. p. 41 ; G. Notte, « La notion de dirigeant au regard du droit des procédures collectives » : JCP, éd. CI, 1980, I, n° 8560 ; D. Tricot, « Les critères de la gestion de fait » : Dr. et patrimoine, janv.1996, p. 24 ; N. Dedessus-Le Moustier, « La responsabilité du dirigeant de fait » : Rev. sociétés, 1997, p. 499 ; P. Le Cannu, « Direction de fait et contrat avec la société dirigée » : Bull. Joly Sociétés,1998, p. 5, § 1.

[3] .art. 715 ter-. Et art.715 ter2-. Du code de commerce algérien.

[4] .art.661 Du code de commerce algérien.

La démonstration de l'existence d'une immixtion dans la gestion requiert des actes positifs[1]. Selon la cour d'appel de Paris, dans une décision remarquée par la doctrine[2], « la qualité de gérant de fait (...) est caractérisée par l'immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause »[3].

En conséquence, certains éléments permettent difficilement la caractérisation d'une immixtion. L'usage d'un même logo participe certes du faisceau d'indices contribuant à présenter plusieurs sociétés comme n'en faisant qu'une. Cependant, cette logique est caractéristique de la fictivité des sociétés, et non pas d'une immixtion dans la gestion. Une décision a pu constater l'existence d'une immixtion en insistant sur le fait « que les diverses sociétés du groupe se présentaient à leur clientèle comme une entité unique, ayant les mêmes locaux, le même téléphone, le même "logo", minimisant leurs désignations propres » ; cependant, en l'espèce, à ces similitudes matérielles s'était juxtaposée non seulement l'intervention des dirigeants de plusieurs des sociétés du groupe dans l'exécution du contrat litigieux, mais aussi une décision de groupe[4].

L'identité de dirigeant dans la société mère et dans les filiales constitue également un des indices de la fictivité. Néanmoins, ainsi qu'il a pu être écrit, « la cause est entendue » : « l'identité d'actionnaires, l'identité de dirigeant, l'identité de siège social ne suffisent pas à détruire l'apparence d'autonomie. La fictivité suppose de démontrer que l'un des éléments du contrat de société manquait lors de sa conclusion (C. civ., art. 1832) »[5].

2015

[1] . Sur la nécessité de caractériser un comportement actif de direction, v. Cass. com., 3 févr. 1998 : RTD com., 1998, p. 614, obs. Cl. Champaud et D. Danet ; Cass. com., 6 févr. 2001 : Bull. civ., IV, n° 33 ; RJDA, 2001/10, p. 871, n° 1010 ; D., 2002, p. 81, obs. F. Derrida et J.-P. Sortais ; Cass. com., 26 juin 2001 : Dr. sociétés, 2001, comm. n° 140, obs. J.-P. Legros. V. toutefois CA Paris, 8 mars 1994 : Bull. Joly Sociétés,1994, p. 681, § 193, note B. Saintourens.

[2] . M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés, Litec, 16e éd., spéc. p. 163, § 384.

[3] . CA Paris, 11 juin 1987 : Bull. Joly Sociétés, 1987, p. 719, § 299

[4] . Cass. com., 4 mars 1997 : Bull. Joly Sociétés, 1997, p.557, § 222, note J.-J. Daigre ; Rev. sociétés, 1997, p. 554

[5] . J-J. Daigre, note sous. Cass. com., 19 oct. 1993 : Bull. Joly Sociétés, 1993, p. 1239.

L'immixtion dans la gestion se distingue ainsi de la fictivité en ce que l'absence d'autonomie de la personnalité morale n'est pas seulement le résultat d'un faisceau d'indices et donc d'une apparence trompeuse. Dans l'immixtion, l'absence d'autonomie est fonctionnelle. Aux organes de direction tels qu'ils ont été désignés en vertu de la loi, des statuts et du vote des associés, se juxtapose ou se substitue le comportement de fait d'une personne.

En ce sens, on conçoit que le simple fait pour une société de détenir le contrôle d'une autre n'est pas, à lui seul, caractéristique d'une immixtion. La question est entendue de longue date[1] et constitue le fondement du principe suivant lequel un groupe de sociétés n'a pas, en lui-même, la personnalité morale. De même, si elles peuvent contribuer à l'édification d'une apparence trompeuse, les déclarations faites à la presse sur la pratique de son groupe par le président du directoire de la société mère ne paraissent en rien caractéristiques d'une immixtion.

En pratique, dans les groupes de sociétés, l'immixtion dans la gestion fait souvent figure d'épouvantail. La simple existence d'un groupe ne permet certes pas de caractériser l'immixtion. En revanche, dès lors que le comportement actif d'une société dans la direction des affaires sociales d'une autre société, membre ou non d'un même groupe est caractérisé, l'immixtion dans la gestion emporte des conséquences qui varient selon que l'on se trouve ou non en période de procédure collective pour la filiale qui la subit[2]. Encore faut-il pour cela qu'il y ait bien immixtion et non pas simplement mise en œuvre de la puissance de vote entre sociétés dominantes et sociétés dominées.

Ainsi, nous avons pu voir que l'illusion d'unicité d'entreprise et l'immixtion dans la gestion de la société filiale, conduit à mettre en évidence l'extension de responsabilité civile ou même pénal de la société mère des faits commis par sa filiale.

[1] . V. M. Vanhaecke, Les groupes de sociétés, LGDJ, 1959, spéc. n°s 286 et s. et les réf. cit. Plus récemment, v. aussi T. Gauthier, Les dirigeants et les groupes de sociétés, Litec 2000, bibl. dr. entr., T. 47, spéc. n°s 805 et s. et les réf. cit.

[2] . Ph. Merle et A. Fauchon, Droit commercial - Sociétés commerciales, Précis Dalloz, 2003, 9e éd., spéc. p. 478

2-Extension de responsabilité à la société mère pour unité d'entreprise et immixtion dans la gestion :

Dans l'arrêt de la cour de Cassation de la chambre commerciale, du 26 févr. 2008, commenter par **Charley Hannoun**[1], La société Codiam, actionnaire est ainsi condamnée pour s'être immiscée dans la gestion et les activités de la filiale. L'arrêt rapporté retient aussitôt l'attention en ce que le fondement retenu de la condamnation est exclusivement celui de l'immixtion sans référence à l'atteinte à la personnalité morale de la filiale qui dans une décision similaire et remarquée avait retenu ce double fondement.

il n'est pas douteux pour les magistrats que l'ingérence fautive d'une société mère dans la conclusion, l'exécution, l'extinction d'un contrat qu'une filiale a conclu avec un tiers est une source de responsabilité, comme l'est la création d'une apparence trompeuse d'unité d'entreprise. A la vérité, il n'y a pas lieu d'être surpris que les principes généraux de responsabilité civile, posés par les articles 1382 et suivants du Code civil, soient utilisés pour tempérer l'indépendance théorique des personnes morales au sein d'un groupe, dès lors qu'il est avéré qu'il y a eu transgression fautive de l'autonomie de gestion de l'une d'elles ou création abusive d'une apparence d'unicité.

Mais encore faut-il que le comportement incriminé puisse être qualifié de fautif au regard du devoir, envers les tiers, de respecter l'indépendance des personnes morales composant un groupe. A cet égard n'est pas, **a priori**, critiquable la pratique qui consiste à « préparer le terrain » en vue d'implanter une filiale, en engageant les pourparlers en vue de cette implantation, en concluant un bail commercial, en faisant établir un projet d'aménagement et en choisissant l'architecte auquel la maîtrise d'œuvre doit être confiée, puis en substituant la filiale dans les droits ainsi constitués : ce processus est semblable à celui utilisé par les fondateurs d'une société en vue de faire reprendre leurs actes préparatoires par la future personne morale, une fois l'immatriculation acquise.

L'immixtion est une question de fait soumise, comme telle, à l'appréciation souveraine des juges du fond. La Cour de cassation n'exerce qu'un contrôle de la

[1] . Charley Hannoun, note sous. Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-20310 (n° 288 FD), Sté Codiam et autres c/ Sté Serfi international, Bull. Joly Sociétés, 01 juillet 2008 n° 7, P. 602.

motivation[1]. Dès lors, il revient aux juges du fond d'effectuer un tri entre ce qui est caractéristique de l'exercice normal de sa puissance de vote par la société mère et ce qui se traduit par une immixtion dans la gestion.

Dans l'absolu, le dirigeant de fait peut être une personne morale[2] engagée par son représentant légal. La société-mère peut donc réaliser un acte d'immixtion dans la gestion de sa filiale[3].

Dans l'arrêt commenté du 25 février 2004, la question se posait de façon très différente. En effet, la décision par la société-mère de mettre fin à l'activité de sa filiale n'était pas destinée à nuire aux créanciers de cette dernière. La Cour de cassation insiste d'ailleurs avec justesse sur le fait que cet acte, d'une part, ne réalisait pas une immixtion et, d'autre part, n'était pas « de nature à porter préjudice à la société bailleresse puisqu'il tendait à libérer des locaux pour lesquels les loyers n'étaient plus payés ». On sait que la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation (C. civ., art. 1844-8). Dès lors, en décidant de la cessation d'activité, l'associé majoritaire réalise un acte de gouvernement dans sa filiale sans porter atteinte aux droits des tiers. Qui plus est, en évitant une aggravation de la situation de la société dissoute, l'acte peut même être considéré comme protecteur à la fois des intérêts de la filiale et de ceux des créanciers de celle-ci.

En imaginant qu'une immixtion ait pu être caractérisée, il paraissait impossible au créancier d'obtenir, en l'absence de préjudice, la moindre réparation. Même dans le contexte du droit des procédures collectives, la caractérisation de la gestion de fait n'est pas synonyme de sanctions, le liquidateur doit démontrer l'accomplissement d'actes fautifs par l'intéressé.

[1] . Cass. com., 16 mars 1999 : Bull. civ., IV, n° 64 ; BRDA, 1999/8, p. 41.

[2] . En ce sens, Cass. com., 19 déc. 1995 : Bull. civ. IV, n° 307 ; RJDA, 1996/3, p. 299, n° 431 ; Rev. sociétés, 1996, p. 347, note Ph. Le Tourneau.

[3] . Par ex., Cass. com., 6 juin 2000 : RJDA, 2000/9-10, p. 690, n° 868., v.ausi l'article 615 du code de commerce algérien , car dans le cas de groupe on peut dire que les liens entre dirigeants de filiale et dirigeants de groupe mêlent des relations de soumission et indépendance, difficile à cataloguer, surtout qu'ils sont entre la subordination qui permet la coopération entre entité, ou l'autonomie nécessaire à tout chef d'entreprise ; et surtout lorsqu'il sont « salarié dirigeant » ; dont c'est la possibilité de cumul d'un mandat social dans la s.filiale,et d'un contrat de travail dans la société mère.

Dans ces conditions, on comprend que la Cour de cassation ait été sévère avec le demandeur et l'ait à la fois condamné aux dépens et sur le terrain de l'abus du droit d'ester en justice (NCPC, art. 700)[1].

CONCLUSION :

la « bonne pratique » de gouvernance d'un groupe consiste à maintenir fermement la dissociation des composantes toutefois en respectant l'autonomie de chacune tant dans le fonctionnement que dans la forme, bien qu'elle reste une autonomie relative et non absolue pour le fonctionnement du groupe de société.

Dès lors que la confusion des patrimoines est établie entre deux sociétés d'un même groupe, la société mère doit être tenue in solidum avec sa filiale de supporter les conséquences de l'inexécution d'un contrat.[2] Extension de responsabilité à la société mère pour unité d'entreprise et immixtion dans la gestion externe de sa filiale.

Et en autre cas on constate que ni la participation de la société-mère au capital de sa filiale, ni l'usage d'un même logo par les deux sociétés, ni la participation du président du directoire de la société-mère aux conseils d'administration des différentes sociétés, ni les déclarations faites par celui-ci à la presse sur la pratique de son groupe, ne caractérisent, en l'espèce un acte de gestion par immixtion.[3]

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.new.ma
2336-0615 : ردمد

[1] . Jean-Philippe Dom, réf. Cit.

[2] . Charley Hannoun, note sous. Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-20310 (n° 288 FD), Sté Codiam et autres c/ Sté Serfi international, Bull. Joly Sociétés, 01 juillet 2008 n° 7, P. 602.

[3] . *Jean-Philippe Dom, note sous. Cass. 3e civ., 25 févr. 2004, n° 240 FSPB, SA Marks Spencer c/ SA Plein Ciel et autre (cons. rapp. Assié) , in :Bull. Joly Sociétés, 01 mai 2004 n° 5, P. 666.*