

# مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والثانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 44 : يونيو 2016

✓ مع مواضع العدد 44 : يونيو 2016 :

- الحماية الجنائية للطفل من جرائم الترك.
- حماية حقوق المرأة بين القانون و الاجتهاد القضائي.
- وسائل الدفع الإلكترونية المدعمة في حقل المصارف.
- التطبيقات العملية للمراجعة في المصارف الإسلامية.
- المجلس الدستوري و النظام الأساسي للقضاة.
- قانون المؤسسات العمومية في موريتانيا.

Rechercher dans ce site

## مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والثانون

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

بسم الله الرحمن الرحيم

استغلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخوي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30)... المزيد	أخبار المجلة
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهناي الدولية (2012/10/21)... المزيد	اتصلوا بنا
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المعاصر : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	المدير المسؤول
قراءة في النظام الفكري الموائم ( قانون 02/15 ) : الأستاذة الشفيع الطيب بن لمقدم محام هيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد	شروط النشر
	مقالات فقهية
	مقالات قانونية
	مقالات مقارنة
	مقالات بلقونية
	حوارات علمية
	تقارير خاصة
	المساهمون بالمجلة
	إعداد المجلة
	تتبعنا بالمجلة

## العدد الرابع والأربعون : يونيو 2016

### ❖ 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 الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

### ❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 0615-2336

## بسم الله الرحمن الرحيم

### العدد الرابع والأربعون : لشهر يونيو 2016

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 44 لشهر يونيو 2016 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....03

#### ✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. الحماية الجنائية للطفل من جرائم الترك - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري - الدكتور

محمد بلعتروس : أستاذ محاضر (أ) قسم العلوم الإسلامية - جامعة أدرار، الجزائر.....05

3. حماية حقوق المرأة بين القانون و الاجتهاد القضائي - التعدد نموذجاً : الدكتور عبد الجبار كريمي ، أستاذ باحث

بمركز مهن التربية والتكوين جهة دكالة عبدة-المغرب.....30

4. وسائل الدفع الإلكترونية المدعمة في حقل المصارف الجزائرية : عبد العزيز خنفوسي أستاذ محاضر قسم - أ -

أستاذ جامعي دائم ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الدكتور مولاي الطاهر بسعيدة ، الجزائر.....39

5. التطبيقات العملية للمراجعة في المصارف الإسلامية - الواقع والآفاق : الدكتور سانح بوثنين ، باحث في فقه

الأموال ، إطار في وزارة العدل بالملكة المغربية.....50

6. تعليق على قرار المجلس الدستوري بخصوص المادتين 35 و72 من القانون التنظيمي رقم 106.13 ملف عدد

1474/16 رقم : 992/16 م . د الصادر بتاريخ (15 مارس 2016) ، إعداد : عبد الصمد عدنان دكتوراه في القانون

الخاص ، باحث في الشؤون الجنائية والقضائية.....56

7. قانون المؤسسات العمومية في موريتانيا : الدكتور محمد دده أكاديمي وباحث كلية الحقوق جامعة ، نواكشوط.....71

#### ✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

8. La preuve devant les tribunaux internationaux pénaux : Une recherche Présentée par Dr

Kamal Towati Aboshah Maître de conférences- Université d'Omer Al Mokhtar La Libye -

El-Beida.....87

9. l'exploitation et la protection des eaux minérales naturelles et des eaux de source : KAID

HAFIDA Doctorante en droit des affaires comparée et professeur contractuelle à la faculté

de droit Mostaganem, Algérie.....105

#### ترتيب المقالات يخضع لاعتباران فنية

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

## كلمة العدد الرابع والأربعين لشهر يونيو 2016



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون  
الدكتور: صلاح الدين دكدك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد الرابع والأربعين لشهر يونيو 2016 من مجلة الفقه والقانون الدولية، وقد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات والأبحاث الهامة من بينها :

- أحمية أجنائية للطفله من جرائم الترك - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري.
  - حماية حقوق المرأة بين القانون و الاجتهاد القضائي - التعدد نموذجا .
  - وسائل الدفع الإلكترونية المدعمة في حقل المصارف الجزائرية.
  - التطبيقات العملية للمراخة في المصارف الإسلامية - الواقع والآفاق.
  - تعليق على قرار المجلس الدستوري بخصوص المادتين 35 و 72 من القانون التنظيمي رقم 106.13 ملف عدد 1474/16 رقم : 992/16 م . د الصادر بتاريخ (15 مارس 2016).
  - قانون المؤسسات العمومية في موريتانيا .
- هذا فضلا عن دراسات وأبحاث أخرى باللغته الفرنسية من بينها :

- La preuve devant les tribunaux internationaux.
- l'exploitation et la protection des eaux minérales naturelles et des eaux de source.

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكدك

www.majalah.new.ma

# دراسات وأبحاث بالعربية : ✓

## الحماية الجنائية للطفل من جرائم الترك

### - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري -



د. محمد بلعتروس : أستاذ محاضر (أ)

قسم العلوم الإسلامية - جامعة أدرار / الجزائر

Email : mbelatrous1@yahoo.fr

#### الملخص :

إن ما يتعرض له الأطفال من اعتداءات، لا ينحصر في جرائم الفعل المعهودة فقط، بل تشكل جرائم الترك الواقعة عليهم عدوانا آخر لا يقل خطورة.

و يبحث هذا المقال، بمنهج تحليلي مقارنة، مدى الحماية الجنائية التي وفرتها الشريعة الإسلامية للطفل؛ صيانة له من آثار النوع الثاني من الجرائم، مقارنة مع ما ذهب إليه القانون الجزائري في هذا الصدد.

و نظرا لتعدد صور ذلك العدوان، اقتصر الباحث على معالجة نماذج منها، قدر أنها الأكثر تهديدا للطفل و الأشد وطأ عليه، لكونها تتصل بالحق في الحياة، و الحق في الرعاية والتنشئة السليمة.

**كلمات مفتاحية :** - الحماية الجنائية - حقوق الطفل - جرائم الترك - الرعاية الصحية - تعريض الطفل للخطر.

#### The abstract :

The suffering of the children of the attacks is not confined only in the positive crimes, but also disobedience crimes located on them represent aggression no less dangerous than the first.

The present article looks the limits of the criminal protection provided to the child by the Islamic Sharia, in order to save him from the effects of the second type of crimes, compared with what is prevalent in the Algerian law.

Due to the multiplicity of that aggression images, the researcher treated only some models, related to the right of life, the right care, and the right sound upbringing.

**Key words:** the criminal protection – child Rights – disobedience crimes – healthcare- Exposing child to danger.

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على رسوله الكريم، و بعد :

فقد قدّم الإسلام الرعاية الكاملة للطفولة، و كفل جميع حقوق الطفل - جنينا و رضيعا و محضونا - محيطا إياه بسياج متين من الحماية حتى يصل به إلى عتبة الشباب؛ ليتسلم مقاليد نفسه مأمون الجانب موفور الأمان.

و تتلخص حقوق الطفل في حمايته و رعايته، و يأتي على رأس تلك الحقوق كلها الحق في الحياة، و هو الحق الذي قررت الشريعة منع الاعتداء عليه، و لو بطريق الترك. وإن من حقوق الطفل الواجبة الرعاية و التي وفرت لها الشريعة حمايتها الحق في حفظ صحته و سلامة تنشئته. و بوجه عام، منعت الشريعة الاعتداء على حقوق الطفل بكل اعتداء أو جريمة أيا كان نوعها؛ إذ ليس ما يتعرض له الأطفال من اعتداء منحصر في الجرائم الإيجابية - من قتل، و اختطاف، و اغتصاب، و غيره - فحسب، بل إن من الاعتداء على الطفل ما يقع بطريق الترك و التخلي أيضا، و قد لا يقل هذا النوع خطورة عن النوع الأول.

و قد اتجه اختياري إلى جانب الحماية الجنائية للطفل من جرائم الترك أو الامتناع؛ لِمَا لهذه الأخيرة من أثر واضح في اضطراب أحوال المجتمع و لخطورتها على أفرادها، لا سيما عندما يكون ضحيتها الطفل، ذلك المخلوق الذي لا يملك لنفسه نفعا و لا ضرا. و إن نظرة إلى واقع تشرد الأطفال و ما يترتب على ذلك من ضياعهم و معاناة المجتمع جراء ذلك لتكفي للدلالة على خطورة الأمر. و الحقيقة أن كل اعتداء على الطفل أو تعريضه للخطر أو إهمال هذه الثروة البشرية، هو إهدار بالغ للرصيد الاجتماعي، و هذا ما يبين الأهمية العملية لهذا الموضوع. أما أهميته العلمية، فتتجلى بخاصة في تضارب الآراء و تباين المواقف بإزاء الترك: متى يُعدُّ جريمة يُعاقب عليها، و متى لا يعد كذلك؟ و أن ذلك التعارض و الاختلاف لم يجز في التجريم فقط، بل أيضا في نوع العقوبة و مقدارها المناسب.

و قد قامت هذه الدراسة لتبحث حدود الحماية الجنائية التي أسبغتها الشريعة الإسلامية على الطفل لحفظه من آثار الاعتداء الذي قد يتعرض له بطريق الترك و الامتناع، و مقارنة موقفها بما ذهب إليه القانون الجزائري من أحكام في هذا الصدد؛ من أجل الوقوف على جوانب الاتفاق و جوانب الاختلاف بين التشريعين، و ذلك بمنهج تحليلي مقارنة، يصل الجوانب التطبيقية بأساسها النظري.

و لَمَّا كانت جرائم الاعتداء على الطفل بالترك متعددة الصور يصعب استيعابها جميعا و يضيق المجال هنا لاستقصائها كلها، فإنني أقتصر على معالجة جملة منها، تمثل أهم حالات جريمة الامتناع المرتكبة ضد الطفل، و أرجو أن تكون كافية في تمثيل التطبيق الواضح لجريمة الترك الواقعة على الأطفال؛ لأجل ذلك أدت هذا البحث على الخطة الإجمالية الآتية :

**المطلب الأول : الحماية الجنائية للطفل من ترك رعايته الصحية :**

**الفرع الأول : الحماية الجنائية للطفل من ترك إرضاعه :**

أولا - الحماية الجنائية للطفل من ترك إرضاعه في الشريعة الإسلامية.

ثانيا - الحماية الجنائية للطفل من ترك إرضاعه في القانون الجزائري.

الفرع الثاني: الحماية الجنائية للطفل من الامتناع عن الإنفاق عليه.

أولا - الحماية الجنائية للطفل من الامتناع عن الإنفاق عليه في الشريعة الإسلامية.

ثانيا - الحماية الجنائية للطفل من الامتناع عن الإنفاق عليه في القانون الجزائري.

الفرع الثالث: الحماية الجنائية للطفل من إهمال صحته.

أولا - الحماية الجنائية للطفل من إهمال صحته في الشريعة الإسلامية.

ثانيا - الحماية الجنائية للطفل من إهمال صحته في القانون الجزائري.

المطلب الثاني: الحماية الجنائية للطفل من التخلي عنه.

الفرع الأول: الحماية الجنائية للطفل من التخلي عنه في الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: الحماية الجنائية للطفل من التخلي عنه في القانون الجزائري.

أولا - حماية الطفل من جريمة ترك الأطفال و تعريضهم للخطر.

ثانيا - حماية الطفل من جريمة عدم تسليمه.

المطلب الأول: الحماية الجنائية للطفل من ترك رعايته الصحية:

إن من الأخطار التي تهدد الطفل إهمال رعاية صحته و عدم القيام عليها بما يجب. وتأخذ هذه الأخطار صورا عديدة أهمها ترك إرضاعه صغيرا، و عدم الإنفاق عليه لتقوم بنيته قياما سليما، و إهمال صحته و تعريضها للأمراض و العلل. لأجل ذلك تدخل التشريع لحمايته من كل تلك المخاطر التي تُعد من نوع الجرائم المرتكبة بطريق الامتناع. و سابين تباعا في فروع ثلاثة ألوان الحماية الجنائية الموفرة لدرء كل خطر من الأخطار المذكورة.

الفرع الأول: الحماية الجنائية للطفل من ترك إرضاعه:

لم يدعُ التشريعُ الطفلَ نهبا لخطر ترك إرضاعه، و لم يغفل عن هذه الجريمة السلبية التي تتهدد الطفل، فوضع في سبيل التصدي لها و تأمين حمايته تدابيرَ و أحكاماً جزائية، سأتناولها بإيجاز في كل من التشريع الإسلامي و القانون الجزائري على التوالي.

أولا - الحماية الجنائية للطفل من ترك إرضاعه في الشريعة الإسلامية:

يحتاج الطفل الصغير إلى الرضاع، بحيث لا يستطيع العيش بدونه. و قد أوجب الله تعالى على الأمهات إرضاع أطفالهن في فترة الرضاعة فقال تعالى: " و الوالدات يُرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - سورة البقرة: الآية 233.

و إن نظرة عامة في مذاهب الفقهاء حول الرضاع ترشدنا إلى أنه واجب على الأم في بعض الحالات، و غير واجب عليها في حالات أخرى، مع اتفاق الجميع على أنه حق للأم لا يزاحمها غيرها في استيفائه إذا أرادت، ما لم يكن في ذلك ضرر يلحق الرضيع أو الأب؛ لأن الأم أقرب الناس إلى وليدها ينبض قلبها بالحنان عليه، و لبنها أفضل غذاء له<sup>1</sup>. و لم يختلف فقهاء المسلمين على وجوب الرضاع على الأم ديانة، سواء أكانت متزوجة بأبي الرضيع، أم كانت مطلقة منه و انتهت عدتها، فإن امتنعت عنه مع قدرتها كانت مسؤولة أمام الله، لكنهم اختلفوا في وجوب الإرضاع عليها قضاء<sup>2</sup>، و ذلك على النحو الآتي:

1 - ذهب الحنفية: إلى أن الأم لا تُجبر قضاء، إلا إذا تعينت للإرضاع، و يتحقق التعين عندهم في ثلاث حالات:

أ- ألا يوجد من ترضعه سوى الأم.

ب- إذا كان الأب معسرا لا يقدر على استئجار مرضعة لولده، و ليس للصغير مال، و لم يوجد من تتبرع بإرضاعه.

ج- إذا كان لا يلتقم سوى ثدي أمه<sup>3</sup>.

2 - يرى مالك في المشهور عنه: أن الإرضاع واجب على الأم قضاء - فضلا عن وجوبه ديانة- إذا كانت زوجة أو مُعتدة من طلاق رجعي، إلا إذا لم يجز عرف قومها بإرضاع نسائهم أولادهن، إلا إذا تعينت للإرضاع بأن كان الطفل لا يقبل إلا ثديها، فإنها تُجبر عليه محافظة على الصغير من الهلاك، و هو ضرر أكبر من تضررها بالإرضاع، فتجبر حتى ولو كانت مطلقة بائنا<sup>4</sup>.

3 - و الشافعية: يوجبون عليها أن ترضعه أول لبنها المسمى اللبأ، لأن الولد يقوى و تشتد بنيته به، و لا يجب عليها أن ترضعه ما بعده، يستوي في ذلك أن تكون زوجة أو أجنبية، إلا إذا تعينت بأن لم يوجد من يرضعه غيرها أو لم يقبل الطفل غير ثديها فيتعين عليها الإرضاع<sup>5</sup>.

4 - و يرى الحنابلة: أن إرضاع الطفل واجب على أمه إن كانت غير مطلقة، و قيل إن رضاع الولد على الأب وحده، فليس له إجبار أمه<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - أ.د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت- لبنان، 1403هـ- 1983م، ص738.

<sup>2</sup> - د. بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1987م، ص49.

<sup>3</sup> - السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أحمد، المبسوط، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، ج5، ص208؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، الطبعة الثانية، 1386هـ، ج3، ص618؛ ابن الهمام، فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، ج4، ص218.

<sup>4</sup> - القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 1427هـ- 2006م، ج4، ص107-108؛ ابن العربي، أبو بكر، أحكام القرآن، مراجعة و تخريج و تعليق محمد عبد القادر عطاء، محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، القسم الأول، ص275؛ الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، و بهامشه تقارير الشيخ عليش، دار إحياء الكتب العربية، ج2، ص525-526.

<sup>5</sup> - النووي، أبوزكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين و عمدة المفتين، المكتب الإسلامي، ج6، ص495؛ الشربيني، الخطيب، مغني المحتاج، الطبعة الأولى، دار المؤيد الرياض، دار المعرفة بيروت، 1997م، ج3، ص588.

<sup>6</sup> - ابن قدامة المقدسي، موفق الدين، المغني، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن، د. عبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، الرياض، 1417هـ- 1997م، باب الرضاع، ج11، ص309.



و إذا امتنعت الأم عن إرضاع طفلها، في حالات الوجوب، و أدى امتناعها إلى موته، فهل تعد قاتلة له؟. هذا هو السؤال الذي يهمنا طرحه و استطلاع الرأي الفقهي بشأنه:

فعند المالكية أن: " الأم تمنع ولدها الرضاع حتى مات، فإن قصدت موته قُتلت، و إلا فالدية على عاقلتها"<sup>1</sup>. بينما يرى الشافعية أنه لا ضمان عليها، و قيل يجب الضمان؛ لأن عدم سقي اللبأ موجب للهلاك غالباً<sup>2</sup>.

و الخلاف المذكور مفرّع على خلاف آخر معروف للأصوليين بشأن قاعدة: هل يعد الترك فعلاً أم لا؟: فمن قائل أن الترك قسم من الأفعال، و من قائل أنه ليس منها. أما المالكية - مثلاً - فالراجح عندهم الأول؛ قال المقري رحمه الله: " الصحيح أن الكف فعل، و به كُلفنا في النهي عند المحققين"<sup>3</sup>. و تفرّيعاً على هذا الأصل، ذكر فريق من الفقهاء مسألة: لو رأى شخصٌ آخرَ في نار، أو في ماء لا يقدر على التخلص منه، فتركه حتى مات، أيكون آثماً وضامناً، أم لا؟ قولان: أحدهما يقضي بتأثيره و تضمينه، و الثاني يرى أصحابه أن لا إثم عليه و لا ضمان.

و يرى جمهور الفقهاء، عدا أبا حنيفة، أن من حبس رجلاً ثم لم يطعمه و لم يسقه - وهذه جريمة ترك - عالمًا أن الجوع و العطش يقتل الإنسان، كان قتلاً عمداً، ما دام قد قصد بالمنع قتله<sup>4</sup>.

و يبدو لي، و الله أعلم، أنه باستقراء أقوال الفقهاء و تتبع أسانيدهم في مظانها، وبناءً على ما سبق من التأصيل العام، أن الأرجح هو: أن الأم إذا امتنعت عن إرضاع طفلها، ومات الطفل، لا تُقتل به و إن كانت قاصدة، و إنما تأثم. و الأصل القصاص، و لكن قرابة الأمومة أخرجت هذه العقوبة عن الأصل؛ لقوله صلى الله عليه و سلم: " لا يُقَاد الوالد بالولد"<sup>5</sup> و لغيره من الآثار، و هذا ما عليه جمهور الفقهاء<sup>6</sup>.

فسقوط القصاص - الإعدام - عن الأم، هو الأوفق للأصول، و هو ما مشى عليه الجمهور.

هذا، و لم تنتبه القوانين الحديثة إلى تجريم الامتناع بوجه عام، إلا ابتداءً من القرن التاسع عشر، حيث لم يكن أحد من واضعي القانون يرى أنه يمكن حدوث الجريمة بالترك، إذ اعتبروا الامتناع عدماً، و العدم لا ينتج شيئاً، و بهذا يسجل الفقه الإسلامي سبقاً واضحاً في هذا الشأن<sup>7</sup>، إذ الحقوق في نظر الشريعة الإسلامية تتعلق بالترك كما تتعلق بالفعل<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، ص242.

<sup>2</sup> - النووي، روضة الطالبين، ج6، ص495؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص588.

<sup>3</sup> - د. محمد الدردابي، قواعد الفقه لأبي عبد الله محمد بن أحمد المقري، الناشر: الأستاذة سناء الدردابي، الرباط، ص267 (قاعدة 446).

<sup>4</sup> - ابن قدامة، المغني، ج11، ص453.

<sup>5</sup> - الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الديات، باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه يُقَاد منه أم لا؟، ج4، ص18، حديث رقم (1400).

<sup>6</sup> - ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت- لبنان، ج2، ص143؛ النووي، أبو زكريا محيي الدين، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت- لبنان، 1997م، ج2، ص174؛ المرادوي، علي بن سليمان، الإنصاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث، بيروت- لبنان، ج9، ص474.

<sup>7</sup> - عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، ج1، ص88 (بتصرف).

<sup>8</sup> - الشاطبي، أبو إسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، دار المعرفة للطباعة و النشر، بيروت- لبنان، 1990م، ج1، ص116.

إن جرائم الامتناع تحتل مكانة مهمة في مباحث فقهاء الإسلام، و يرجع ذلك إلى أخلاقية قواعد الشريعة الإسلامية و إنسانيتها التي ترفض أن يكون التعاون و التآزر بين الأفراد مقررا في حالات محدودة، بل أوجبت أن يكون ذلك عاما في جوانب الحياة المختلفة<sup>1</sup>.

و لا يقتصر جزاء امتناع القادر عن تقديم يد العون لمن يكون في حاجة إليه على المؤاخظة القضائية فحسب، بل رتب الإسلام على ذلك و عيدا شديدا يوم القيامة أيضا؛ و مما يشهد على ذلك قوله صلى الله عليه و سلم: " ثلاثة لا يكلمهم الله و لا ينظر إليهم يوم القيامة و لا يزكيهم و لهم عذاب أليم: رجل على فضلٍ ماءٍ بالفلاة يمنع من ابن السبيل..."<sup>2</sup>.

بل إن الفعل و الترك في المباح لا يختلفان في الإسلام، و قد أورد ابن حزم قول الرسول صلى الله عليه و سلم: " المسلم أخو المسلم لا يظلمه و لا يسلمه..."<sup>3</sup>، و بيّن منه أن من ترك أخاه المسلم يجوع و يعرى و هو قادر على إطعامه و كسوته، فقد أسلمه. و في هذا يقول علي بن أبي طالب رضي الله عنه: " إن الله تعالى فرض على الأغنياء في أموالهم بقدر ما يكفي فقراءهم، فإن جاعوا أو عروا و جهدوا فبمنع الأغنياء، وحق الله تعالى أن يحاسبهم يوم القيامة و يعذبهم عليه"<sup>4</sup>.

ثانيا - الحماية الجنائية للطفل من ترك إرضاعه في القانون الجزائري :

لقد حرص المشرع أشدَّ الحرص على حماية حق الطفل<sup>5</sup> في الحياة، مخصصا أقصى العقوبة لمن يعتدي على هذا الحق. و من مظاهر هذه الحماية، تجريم قتل الطفل حديث العهد بالولادة، سواء بسبب ترك إرضاعه أو بأي سبب آخر. و قد تباين مسلك القانون الجزائري في مواجهة هذه الجريمة، بحسب ما إذا كان الجاني هو الأم، أو هو شخص آخر:

<sup>1</sup> - د. مصطفى إبراهيم الزلي، المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة بالقانون، مطبعة أسعد، بغداد، ج1، ص34-36.

<sup>2</sup> - أخرجه البخاري في "كتاب المساقاة"، باب "إثم من منع ابن السبيل من الماء"، حديث رقم (2358)؛ و مسلم، في الإيمان، باب "بيان غلظ تحريم إسبال الإزار"، حديث رقم (108)؛ و ابن ماجه، في كتاب "التجارات"، باب "ما جاء في كراهية الأيمان في الشراء والبيع"، حديث رقم (2207)، انظر: جامع السنة و شروحيها، موقع (w3.hadithportal.com)

<sup>3</sup> - أخرجه البخاري (98/2)، و أبو داود (4893)؛ و الترمذي (268/1)؛ و أحمد (91/2): الألباني، ناصر الدين، سلسلة الأحاديث الصحيحة و شيء من فقهاها و فوائدها، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرياض، طبعة 1415 هـ- 1995م، ج2، حديث رقم 504.

<sup>4</sup> - ابن حزم، أبو محمد علي، المحلى بالآثار، تحقيق: د. عبد الغفار البنداري، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ- 2002م، ج4، ص283.

<sup>5</sup> - عرّفَ الطفل المادّة الأولى من: اتفاقية حقوق الطفل مع التصريحات التفسيرية، و التي صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989م بأنه: " كل إنسان لم يتجاوز سنه 18 سنة". و قد صدر في الجزائر المرسوم الرئاسي رقم 92- 461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المذكورة. و هو الضابط الذي اعتمده القانون الجزائري رقم 15- 12 المؤرخ في 28 رمضان عام 1436 هـ الموافق 15 يوليو سنة 2015م المتعلق بحماية الطفل ( الجريدة الرسمية: السنة 32، العدد39، بتاريخ 3 شوال عام 1436 هـ الموافق 19 يوليو 2015 م)، حيث عرف الطفل في المادّة الثانية منه بأنه " كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر سنة. يفيد مصطلح حدث نفس المعنى".

## 1 - إزهاق روح طفل حديث العهد بالولادة من طرف أمه :

نصت على هذه الجريمة المادة 259 من قانون العقوبات الجزائري<sup>1</sup>. و من أهم العناصر المميزة لهذه الجريمة: صفة الأمومة للجانية<sup>2</sup>، و كون القتل طفلا حديث العهد بالولادة<sup>3</sup>، فضلا عن عناصر أخرى. و سأبين ذلك فيما يلي بإيجاز :

أ- السلوك الإجرامي للأم: رغم عدم تحديد ماهيته بالنص، فقد يكون سلوكا إيجابيا أو سلبيا، إذ " لا يشترط القانون لتطبيق المادة 259 من قانون العقوبات أن يكون السلوك الإجرامي للأم فعلا إيجابيا، و إنما يمكن أن يكون امتناعا كعدم ربط الحبل السري للوليد، و عدم الاعتناء به، و الامتناع عن إرضاعه"<sup>4</sup>.

ب- أن يولد الطفل حيا.

ج- أن تقوم الجانيةُ بفعل يؤدي حتما إلى وفاة المولود كعدم ربط حبله السري مثلا.

د- أن تكون الجانية أمَّ الحنبي عليه<sup>5</sup>.

و- القصد الجنائي<sup>6</sup>، و إذا لم تتجه إرادة الأم إلى إزهاق روح الطفل، بل نجمت الوفاة عن إهمال أو قلة احتراز - كما لو نامت عليه-، كنا أمام جنحة القتل الخطأ.

و لا يعاقب القانون الأم التي قتلت طفلها حديث العهد بالولادة بالعقوبة المقررة للقتل العمد<sup>7</sup>، و إنما بعقوبة مخففة هي السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين عاما<sup>8</sup>، فهي تستفيد من الظروف المخففة، و سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة في القتل، و لا تطبق هذه العقوبة على المساهمين أو المشتركين معها في ارتكاب الجريمة<sup>9</sup>؛ كالزوج مثلا.

و لم تفصح المادة 259 المذكورة عما إذا كان الطفل المقصود هو الطفل الشرعي أو هو ابن السفاح - أو الطفل الطبيعي كما يسمى - ؟.

<sup>1</sup> - الأمر رقم 156-66 المؤرخ في 18 صفر عام 1382 هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966 و المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> - و عادة ما يرتكب هذا الفعل الإجرامي من قبل أمّ، بقصد دفع العار عنها بسبب علاقة غير شرعية.

<sup>3</sup> - ج 1 قرار 1981/4/21 ملف 24442: جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج 2، ص 370.

<sup>4</sup> - ج 1 قرار 1983/1/4 ملف 30100: جيلالي بغدادي، المرجع نفسه، ج 2، ص 90.

<sup>5</sup> - فإذا ارتكب الجريمة الأب، تعرض لعقوبة القتل العمد المجرمة بنص المادة 254 من قانون العقوبات الجزائري، و المعاقب عليها بالمادة 261 من ذات القانون.

<sup>6</sup> - جنائي 1983/1/18: وزارة العدل- الجزائر، نشرة القضاة، 1983، العدد 2، ص 95.

<sup>7</sup> - و هي السجن المؤبد، و لكن قد تشدد عقوبة جنائية القتل العمد إذا اقترنت بظرف من الظروف المشددة، كالقتل العمدي مع سبق الإصرار أو التردد، فتكون هي الإعدام.

<sup>8</sup> - ج 1 قرار 1990/7/24 ملف 69053: جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ج 2، ص 371.

<sup>9</sup> - انظر: المادة 261 من قانون العقوبات الجزائري.

والظاهر أن عموم النص يشمل الطفل مطلقا، شرعيا كان أم لا؛ لأن جريمة القتل، في كل الأحوال، إزهاق للنفس بغير حق<sup>1</sup>.

أما ضابط اعتبار الطفل حديث الولادة، فقد سكت عنه النص في القانون الجزائري<sup>2</sup>، وهي مسألة متروكة إذن لتقدير القضاء.

## 2 - إزهاق روح طفل حديث العهد بالولادة من طرف غير أمه:

إذا أزهقت روح الطفل حديث العهد بالولادة من طرف غير الأم، سرت عليه القواعد العامة للقتل. فالطبيب - مثلا - الذي يمتنع عمدا عن تقديم العلاج الضروري للطفل، و كان عليه التزام قانوني أو تعاقدية بمعالجته، فامتنع عن تنفيذ هذا الالتزام رغم قدرته عليه، بقصد قتله، يعد مرتكبا للجريمة المذكورة.

فكون الطفل المعتدى عليه بالقتل مولودا حديثا، وصف لا أثر له في الأحكام إلا في حق الأم التي تستفيد - دون غيرها - من التخفيف المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 261 من قانون العقوبات الجزائري، بدلالة النص نفسه. و عليه، فجريمة قتل طفل حديث العهد بالولادة هي نفسها جريمة القتل العمدي، إذا كان القاتل غير الأم.

و ما هو جدير بالتسجيل هنا، هو أن المادة السالفة الذكر قد أصابت في الحكم عندما قررت امتناع توقيع عقوبة الإعدام على الأم التي تقتل وليدها، و هو ما يتوافق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المسلمين، كما تقدم. بيد أنها أخفقت عندما قصرت هذا الحكم على الأم دون الأب؛ ذلك أن البنوة في الفقه الإسلامي مسقطه، على الصحيح الراجح، لعقوبة القصاص عن كلا الوالدين في حال قتله لولده، لا فرق في ذلك بين الأم و الأب.

## الفرع الثاني: الحماية الجنائية للطفل من الامتناع عن الإنفاق عليه:

أبحث في هذا الفرع بإيجاز معالم منظومة الحماية الجنائية التي وفرتها كل من الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري حيال جريمة الامتناع عن الإنفاق على الطفل.

## أولا - الحماية الجنائية للطفل من الامتناع عن الإنفاق عليه في الشريعة الإسلامية:

تجب النفقة شرعا بمقتضى الزوجية الصحيحة، و بمقتضى القرابة<sup>3</sup>.

و ما رواه البخاري و مسلم عن عائشة رضي الله عنها أن هنذا زوجة أبي سفيان رضي الله عنهما قالت: يا رسول إن أبا سفيان رجل شحيح و ليس يعطيني ما يكفيني و ولدي إلا ما أخذت منه و هو لا يعلم، فقال: " خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف " نص صريح في وجوب النفقة على الزوجة و الأطفال.

<sup>1</sup> - و في الفقه الإسلامي: من رأى لقيطا أشرف على الهلاك، أو أعى كاد أن يتردى في البئر، و لم ينقذه، أثم (الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ج3، ص129).

<sup>2</sup> - بعض التشريعات حددت الفترة بيوم واحد فقط من تاريخ الولادة (كالتشريع البلجيكي)، و بعضها بيومين (كالدانماركي)، و بعضها بنحو 15 يوما (كالمصري). و بعضها سنة كاملة (كالإنجليزي): د. ناصر بلعيد، قتل الطفل حديث الولادة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: w3.alkanounia.com.

<sup>3</sup> - فيجب بمقتضاها النفقة للفروع على الأصول، و للأصول على الفروع، و لغير هؤلاء و أولئك من ذوي الرحم المحرم أو الوارثين بصفة عامة بسبب فقرهم و حاجتهم، على خلاف بين الفقهاء فيمن تجب له نفقة من هؤلاء و من لا تجب له: د. بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص93.

لذلك يجب على الأب بذل النفقة لولده - فضلا عن زوجته - فإذا امتنع عن دفعها وكان موسرا، أخذت الزوجة منه ما يوفر لها ولأبنائها الكفاية، بغير إذنه، أو لجأت إلى القضاء ملتمسة إجباره على بذل النفقة، ويُحبس إذا قدر على النفقة ولم يؤدها، كما يذهب إليه الحنفية<sup>1</sup> والحنابلة في المشهور عندهم<sup>2</sup>.

وإلزام الزوج على أن ينفق على زوجته و على من وجبت له النفقة، مبني على أنها حق واجب عليه. و مانع الحق تارك لواجب عليه، و أن ذلك الترك ينطوي على ضرر بين يلحق الآخرين، مما يبرر تجريم ذلك الامتناع و معاقبة صاحبه جزاء له أو حملا له على أدائه.

و لم تُرد نصوص شرعية تنص صراحة على عقوبة محددة على هذا الامتناع، فتعين على الحاكم تعزيره بما يناسب، و أرى أن يكون ذلك من خلال الحبس - وفقا للحنفية والراجح عند الحنابلة كما تقدم-؛ لأنه أبلغ في الزجر وأدعى إلى حملة على الأداء؛ حتى لا تضيع الذرية أو تتسكع، فتتلم في أخلاقها و أجسامها و أنفسها، و هي مفسد بالغة يتعين شرعا قطع أسبابها.

### ثانيا - الحماية الجنائية للطفل من الامتناع عن الإنفاق عليه في القانون الجزائري :

يعد واجب الإنفاق صورة سامية لمبدأ تكافل أفراد الأسرة المقرر شرعا و قانونا. ومسيرة لأحكام الشريعة، اعتبر القانون الجزائري الامتناع عن تقديم النفقة المقررة قضاء لصالح الزوجة أو الأولاد أو الأصول جريمة من الجرائم التي تتعلق بالتخلي عن الالتزامات الزوجية و العائلية، و هو الأمر الذي يستوجب الإثم و العقاب في الدنيا و الآخرة<sup>3</sup>.

و بالنسبة للنفقة على الأطفال نصت على وجوبها المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري<sup>4</sup> بقولها: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، و الإناث إلى الدخول، و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية، أو مزاولا للدراسة، و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب". فإن لم يستطع الأب على أدائها، انتقل الوجوب إلى الأم؛ حيث نصت المادة 76 من القانون المذكور على أنه: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"، و إلا فعلى الأصول؛ حيث جاء في المادة 77 من القانون نفسه: " تجب نفقة الأصول على الفروع، و الفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج و درجة القرابة في الإرث".

و واضح أن دخول النفقة ضمن الالتزامات المادية الواقعة على الأب، أو على غيره إذا عجز عن ذلك، إنما هو لضمان الحد الأدنى من العيش الكريم للمنفق عليه، و لتجنب التسول و التشرذم.

إن الإخلال بالالتزام القانوني بالنفقة، و المتمثل في الامتناع عن أدائها عندما يقررها القانون و يحكم بها القضاء، يعد جريمة حسب نص المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري، التي بينت في فقرتها الأولى بأنه: " يعاقب

<sup>1</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986م، ج4، ص29.

<sup>2</sup> - ابن قدامة، المغني، ج11، ص348.

<sup>3</sup> - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الدار التونسية للنشر، تونس، 1990، ص30 (بتصرف).

<sup>4</sup> - القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، و بغرامة<sup>1</sup> من 500 إلى 5000 دج، كل من امتنع عمدا و لمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، و عن كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروع، و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم...". وقد أبان هذا النص عناصر جريمة الامتناع عن النفقة بما لا يحتاج إلى مزيد بيان.

و علاوة على العقوبة المذكورة، يجوز الحكم، حسب المادة 332 من قانون العقوبات الجزائري، بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر.

هذا، و لا أثر للصلح على بقاء جريمة الامتناع، حيث "إن حصول الصلح بعد ارتكاب جنحة عدم تسديد النفقة لا يحو الجريمة، و يظل مبلغ النفقة المحكوم به مستحقا"<sup>2</sup>.

كما "أن سحب الشكوى أو التنازل عنها في جنحة عدم تسديد النفقة لا يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية؛ باعتبار أن الشكوى ليست شرطا لازما للمتابعة"<sup>3</sup>.

و إمعانا في حماية الطفل "تبقى الجريمة قائمة في حق المتهم، و إن كان الأبناء يعيشون تحت كفالته؛ ذلك أن النفقة الغذائية واجبة الدفع للوالدة التي تمارس الحضانة على الأطفال بموجب حكم مدني"<sup>4</sup>.

و كل الأحكام المذكورة سديدة؛ إذ تصب في مجرى الحماية المثلى للأطفال و الزوجة و كل من يتقرر لهم حق النفقة شرعا.

### الفرع الثالث: الحماية الجنائية للطفل من إهمال صحته :

تحتل الصحة بوجه عام، و صحة الأطفال على الأخص، مكانة هامة في المنظومات الاجتماعية. و على كل منظومة من هذه المنظومات - تربية كانت أو صحية أو تشريعية أو غيرها- أن توفر شروط حفظ الصحة و أسباب ترقيتها بما يجعل النشء و كل أبناء الأمة قادرين على حسن النهوض بتبعاتهم الدينية و الدنيوية.

و يهمننا هنا أن نلم إماما ما بشروط الحماية الجنائية التي وفرتها كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري لحفظ الطفل من مظاهر الإهمال الذي يمس بسلامة صحته.

### أولا - الحماية الجنائية للطفل من إهمال صحته في الشريعة الإسلامية :

مثل حفظ صحة الطفل و سلامته البدنية موضوع عناية كبيرة من الشريعة الإسلامية. و من الأحكام التي قررتها في هذا الشأن ما يتعلق بالامتناع عن تقطيع الحبل السري للمولود، و تقديم الغذاء و نحوه، و امتناع الطبيب

<sup>1</sup> - أضيفت مادتان جديدتان إلى قانون العقوبات هما المادة 467 مكرر و المادة 467 مكررا بالقانون رقم 06- 23 المؤرخ في 20/12/2006 (الجريدة الرسمية رقم 84 ص 29)، ترفعان قيمة الغرامات المقررة في مادتي الجنحة و المخالفة على التوالي.

<sup>2</sup> - مجموعة الأحكام الجنائية/ جنائي، 21 جانفي 1969، ص 409.

<sup>3</sup> - ملف 164848 قرار 1998/07/21م، غير منشور؛ غ ج م ق م ق ملف 144741 قرار 1998/2/17، قسم الوثائق بالمحكمة العليا - الجزائر، المجلة القضائية، 1998، العدد2، ص150. الشكوى لا تشتت في تحريك الدعوى العمومية إلا في جرائم الشكوى المحددة قانونا.

<sup>4</sup> - غ ج م ق م ق 4 ملف 144741 قرار 1988/02/17، المجلة القضائية، 1998، العدد1، ص232.

عن تقديم العلاج الضروري للمريض، و الامتناع عن التبرع بالدم. و واضح أن بعض صور هذه الحماية خاص بالطفل، و بعضها عام يشمل الطفل و غيره، و لكن ذلك في حق الطفل أوكد.

## 1 - الامتناع عن تقطيع الحبل السري للمولود:

لما استفتي الفقيه الشافعي ابن حجر الهيتمي: " عما إذا حضر نساءً ولادةً ذكر فقطعت إحداهن سرته من غير ربط، و نهاها الباقيات، فمات بعد القطع بقليل. فهل يُقتلن مثلها أو هي فقط؟ أجاب رحمه الله بقوله: " إن كان القطع مع عدم الربط يُقتل غالباً، فهو عمد موجب للقود عليها- أي للقصاص-، و هو ظاهر إن منعت الباقيات من الربط لو أردن فعله. أما إذا لم يردنه، فهن آثمت أيضاً؛ لأنه يلزمهن جميعاً...فإن عفي عنها على مال فدية العمد، و إن لم يقتل غالباً، فعلى عاقلتها دية شبه العمد، و صورته: لو فصد شخصاً و منع المفصود من العصب. و لو فُصد غيرٌ مميّز، و عنده جماعة فتهاونوا في ربط محل الفصد حتى مات، فالقود في هذه الصورة على الفاصد وحده دون الحاضرين؛ لأن الفصد في هذه الحالة مهلك، إذ الصبي لا يهتدي لربط الحبل و لا تضميده بخلاف ما لو جرح بالغاً عاقلاً يستطيع مداواة نفسه فترك ذلك، فإن تركه العصب مع قدرته عليه صيره قاتلاً لنفسه و قاطعاً لفعل الفاصد؛ لأن الفصد بذاته ليس هو القاتل و إنما القاتل ترك العصب، و لأن نفس القطع هنا كالفصد في كونه غير مهلك في حد ذاته، و إنما المهلك ترك الربط في كلا الصورتين، و ثم لأن البرء موثوق به لو رُبط في العادة المطردة"<sup>1</sup>.

يتحصل من هذه الفتوى، أنه إذا حضرت نسوة واقعة ولادة طفل، فقطعت إحداهن الحبل السري و لم تربطه بعد قطعه، متعمدة الامتناع عن ذلك، فأدى ذلك إلى هلاك الطفل، اعتبرت قاتلة له؛ ذلك أن القطع غير مهلك في ذاته، و إنما ترك الربط هو المهلك. و إذا اشتركت جميع النسوة الحاضرات في تعمد ترك ربط سره الصبي، نُسب الموت لهن جميعاً وُعِدْنَ قاتلات.

و ما ذهب إليه الإمام ابن حجر الهيتمي في فتواه، هو الراجح الذي مضى عليه جمهور الفقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة و الصاحبان من الحنفية، كما سيأتي في العنصر الموالي.

و عليه، فإن الطبيب الذي يتعين في حقه تقديم المساعدة اللازمة ( من علاج أو دواء أو القيام بعملية جراحية أو غير ذلك) و أخل بهذا الواجب، فأدى امتناعه إلى موت المريض أو تلف عضو من أعضائه، لزمته الدية، متى كان ملزماً بتقديم العلاج بموجب عقد أو التزام شرعي، و كان في مقدوره أن يسعف مريضه، و لم يوجد من يقوم مقامه أو يتسع الوقت لطلب غيره ممن يقدر على إنجاء المريض.

## 2 - الامتناع عن تقديم الغذاء و نحوه:

و من أدنى درجات مسؤولية الأسرة - و معها الدولة أيضاً- تأمين الغذاء و الدواء والسكن الصحي<sup>2</sup>، حيث تقوم بها الحياة الكريمة التي تحفظ على الأبناء أجسادهم فضلاً عن عزتهم و كرامتهم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، الطبعة الأولى، دارالكتب العلمية، ج4، ص 190 (بتصرف).

<sup>2</sup> - ولا ريب أن أولى المسؤوليات و أوكدها على هؤلاء حفظ عقيدة الأبناء و أخلاقهم و تنشئتهم على طاعة الله تعالى و حب الوطن.

<sup>3</sup> - عبد الله إبراهيم موسى، المسؤولية الجسدية في الإسلام، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، 1416 هـ- 1995م، ص343.

و بناء على هذا الأصل، فمن حبس إنسانا و منعه الطعام أو الشراب أو الدفء في الليالي الباردة، حتى مات جوعا أو عطشا أو بردا، فهو قاتل له عمدا، إن قصد بالمنع قتله؛ وذلك ما يراه الأئمة مالك و الشافعي و أحمد، أما أبو حنيفة فلا يرى الفعل قتلا؛ لأن الهلاك عنده حصل بالجوع و العطش و البرد و لم يحصل بالحبس، و لا صنع لأحد في الجوع و العطش و البرد. و أبو يوسف و محمد يريان رأي الجمهور<sup>1</sup>، و هو الرأي السديد والمنطقي؛ إذ لا بقاء لأدمي إلا بالأكل و الشرب و الدفء. و يُفسر مسلك أبي حنيفة بما عُرف به من مبالغة في التماس أدنى الشبهة لدرء الحدود و القصاص عن الفاعل، لكن الاحتياط ههنا تُعارضه الحقيقة الواضحة، إذ من الغريب ألا يعد منع الطعام أو الماء، عند استيلاء الجوع و العطش، إهلاكا للممنوع منهما.

و قد نص بعض فقهاء المالكية على أن من منع فضل مائه مسافرا، علما بأنه لا يحل له منعه، و أنه يموت إن لم يسقه: عد قاتلا له عمدا و إن لم يل قتله بيده<sup>2</sup>. و يرى بعض فقهاء الحنابلة أنه قتلٌ شبه عمدا<sup>3</sup>. فهم لم يختلفوا إلا في كونه قتل عمدا أم شبه عمدا.

و بعد، هل يمكننا أن نُخرِّج على هذه الأقوال الفقهية المتعلقة بالامتناع عن ربط الحبل السري للطفل بعد تقطيعه، و منع الغذاء و نحوه، أحكام حالات أعم تتعلق بالممارسات الطبية الحديثة التي تشتمل على امتناع يفضي إلى ضرر أو هلاكٍ صغيرٍ أو كبيرٍ؟ هذا ما سأتناوله بالبحث فيما يلي.

### 3 - امتناع الطبيب عن تقديم العلاج الضروري للمريض :

لقد أولى الإسلام السلامة الصحية للإنسان عناية كبيرة، و جعل حفظ النفوس و سلامة الأبدان من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية. و لما كان الطب وسيلة هامة لإصلاح البدن و دفع الآفات و الأسقام عنه، اعتبر الإسلام مهنة الطب من الفروض الكفائية. و قد حض النبي صلى الله عليه و سلم المسلمين على التطبيب و التداوي، فقال: " تداووا عباد الله، فإن الله عز و جل لم ينزل داء إلا أنزل معه شفاء، إلا الموت و الهرم"<sup>4</sup>.

و الطبيب يمارس مهنته بموجب التزام قانوني أو تعاقدية. و يقتضي تعامل الطبيب مع مرضاه تحمل مسؤولياته و وفق ما تمليه عليه واجباته الأدبية و المهنية، فضلا عن الجانب الإنساني. و تتميز مسؤولية الطبيب عن سائر المسؤوليات بارتباطها المباشر بالنفس البشرية حفظا و تكراما.

و قد دلت نصوص الكتاب و السنة على حرمة جسد الإنسان، حيث شدد الله تعالى الوعيد على من أقدم على إتلاف النفس في آيات كثيرة، منها قوله تعالى: " و لا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ذلكم وصاكم به

<sup>1</sup> - الدردير، أحمد، الشرح الكبير، المطبعة الأميرية، ج4، ص 215؛ الشريبي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الطبعة الأولى، مطبعة الباي الحلبي، ج7، ص 239؛ ابن قدامة، المغني، الطبعة الأولى، طبعة المنار، ج9، ص 327؛ علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الأولى، مطبعة الجمالية، 234/7. انظر: عبد القادر عودة، المرجع السابق، ج1، ص 87.

<sup>2</sup> - الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، ج6، ص 24.

<sup>3</sup> - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص 581.

<sup>4</sup> - رواه الترمذي، باب ما جاء في الدواء و الحث عليه، حديث رقم (2038) و قال حديث حسن صحيح؛ و أبو داود في سننه، كتاب الطب، باب في الرجل يتداوى، حديث رقم (3855)، و ابن ماجه في سننه، كتاب الطب، باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء، حديث رقم (3436)؛ رواه الإمام أحمد في مسنده برقم (18478)، و صححه الأرئووط في المصدر نفسه.



لعلكم تعقلون"<sup>1</sup>، و أكدت السنة النبوية الشريفة حرمة دم المسلم و ماله و عرضه بقوله صلى الله عليه و سلم في الحديث الصحيح: " إن دماءكم و أموالكم و أعراضكم عليكم حرام..."<sup>2</sup>. و يستوي أن يكون الاعتداء بالفعل الإيجابي، أو بالامتناع الذي يقصد منه حصول تلف النفس أو هلاكها.

و إذا كانت تلك هي عناية الإسلام بالطب، و ذلك هو حكم مهنة الطبيب، فماذا يترتب على امتناع الطبيب عن تقديم ما هو ضروري من العلاج للمرضى المشرفين على الهلاك؟.

و إنني هنا لا أعنى إلا بالمعالجة الفقهية لفرض صدور موقف سلبي من الطبيب تجاه المريض، و لا أبحث خطأه الطبي الذي قد يتسبب في حصول تلف للمريض أو تعدد منه على جسم المريض المجني عليه بفعل إيجابي يلحق به الأذى أو يسبب له الوفاة.

و مثال الحالات التي يمكن تناولها: \* ترك الطبيب مريضا مصابا بجروح ينزف دما حتى الموت و لا يقدم له يد النجدة \* أو عدم إسعاف مصاب بلدغة ثعبان أو عقرب بتقديم مصل مضاد للسم حتى هلك \* أو أن الطبيب لم ينقذ مريضا مصابا بداء الربو كان في حالة اختناق بما يلزم من دواء أو أوكسجين، و نحو ذلك. ففي كل هذه الصور، لم يصدر عن الطبيب اعتداء على جسم المريض أو حياته بأفعال إيجابية، و إنما يوجد امتناع و تخلُّ أفضى إلى نتيجة غير مرضية، كان من المرجح ألا تحدث لو تدخل الطبيب في الوقت المناسب وبالكيفية المناسبة، و هو قادر على ذلك و لا يمنعه شيء من فعله.

و امتناع الطبيب هنا يشبه تماما الصورة التي عالجها الفقهاء، قديما، المتعلقة بقطع سرة المولود و ترك ربطها مدة حتى يهلك بسبب ذلك، فيأخذ هذا الامتناع حكم تلك المسألة.

و من جهة أخرى، يُعد لقاح الأطفال ضد الأمراض السارية و المعدية، واجبا على ولي الأمر، ما دام ذلك باستطاعته؛ لأن من واجباته المناطة به الحفاظ عليهم و وقايتهم من شر الدنيا و الآخرة، فيعد تركه لذلك الواجب إثما<sup>3</sup>، و يضمن الأضرار المترتبة عن ذلك.

#### 4 - الامتناع عن التبرع بالدم :

لا يخفى على أحد ما يمثل الدم من ضرورة حيوية لبعض المرضى، و ما يكتسي منحه من طابع استعجالي في كثير من الأحوال، ناهيك عن أوضاع الحروب و الكوارث.

و لا ريب أن منع التبرع به ممن يمكنه ذلك، سبب في الغالب لتأخر براء المرضى الذين بحاجة إلى الدم، بل إذا كان المريض مضطرا اضطرارا كبيرا أو مشرفا على الهلاك فإن ماله الموت إلا أن يشاء الله له السلامة بقدرته.

و يثور التساؤل هنا، عما إذا كان الامتناع عن التبرع بالدم للمريض و ترك إسعافه به يمثل جريمة، أم أن هذا المنح هو محض أريحية و تفضل من المعطي لا يؤاخذ على الشح به؟

<sup>1</sup> - سورة الأنعام: الآية 151.

<sup>2</sup> - أخرجه البخاري ( 1/28)؛ و مسلم (5/108)؛ و أحمد ( 5/37).

<sup>3</sup> - أ.د. القره داغي، علي محيي الدين؛ أ.د. المحمدي، علي يوسف، القضايا الطبية المعاصرة: دراسة فقهية طبية مقارنة، الطبعة الثانية، دار البشائر الإسلامية، بيروت- لبنان، 1427هـ- 2006م، ص171.

الحقيقة - و الله أعلم - أن المتبرع بدمه، إذا لم يخش ضرراً من ذلك، و إذا خلا من يسد مسدّه بحيث لم يوجد غيره يغني عنه، و لم يتسع الزمن للبحث عن آخرين يسعفون المريض بدمهم، و كان المريض في وضع من الخطورة ينذر بموته، صار بذل المتبرع دمه لهذا المريض متعيّناً، و إذا تقاعس عد مرتكباً لجرمة ترك و امتناع توجب الدية، إذا تحقق موت المريض. أما إذا كان امتناعه يفضي إلى تأخر الشفاء فقط، فتبرعه يأخذ حكم الاستحباب، و امتناعه مكروه و لا يؤاخذ عليه، و إن عد من الوجهة الخلقية إخلالاً بمقتضى فضيلة النجدة التي يوصف به الأفاضل الكمل، و هذا الحكم يشمل الطفل و غيره.

و مما يمكن الاستئناس به هنا، قول ابن تيمية رحمه الله: " لو قدر على إنجاء شخص بإطعام أو سقي، فلم يفعل، فمات، ضمنه"<sup>1</sup>. و روي أن رجلاً، في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، استسقى على باب قوم، فلم يسقوه حتى مات من العطش، فضمنهم عمر بن الخطاب ديته<sup>2</sup>. و في مواهب الجليل: " من أجيف<sup>3</sup>، و لم يستطع الحصول على خيط و إبرة لخياطة جرحه إلا من عند رجل، فمنعه حتى مات، فإنه يضمن ديته"<sup>4</sup>.

و بعد، أو لا يكون الممتنع عن منح الدم، في الظروف المذكورة أعلاه، ضامناً أيضاً، تخريجاً على هذه الأقوال؟.

و إمعاناً في البيان، أرى أن أضع المسألة في سياقها العام، و ذلك ببحث مذاهب الفقهاء في منع الاستغاثة بوجه عام؟:

- الممتنع عند الحنفية، يأثم و لا يضمن؛ أي ليس عليه عقوبة القتل لا عمداً و لا خطأ<sup>5</sup>، و ليس في ذلك إلا العقوبة التعزيرية.

- و يتفق المالكية<sup>6</sup> بأن كل امتناع عن إغاثة ملهوف، يوجب الضمان، فإن قصد القتل اقتصر من صاحبه؛ قال الدردير: " و ترك فضل طعام أو شراب عما يمسك الصحة... لمضطر حتى مات، فيضمن دية خطأً إن تأول في المنع، و إلا اقتصر منه"<sup>7</sup>.

- و الحنابلة على هذا الرأي، إلا أنهم يشترطون ضرورة أن يطلب المستغيث إنقاذه، فإن لم يطلب فلا مسؤولية عليه. و على الممتنع عندهم الدية و حسب، و لو كان الامتناع عن عمد<sup>8</sup>. و لكن يُجاب عن ذلك، بأن

<sup>1</sup> - البعلي، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد، كتاب الاختيارات العلمية ( في اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية)، مطبعة كردستان العلمية، مصر، 1329هـ، ص178.

<sup>2</sup> - ابن حزم، المحلى بالآثار، ج11، ص185.

<sup>3</sup> - طعنة جائفة إذا وصلت إلى الجوف: ابن فارس، أبو الحسين أحمد، معجم المقاييس في اللغة، حققه شعبان الدين أبو عمرو، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت - لبنان، 1432-1433هـ/ 2011م، ص230.

<sup>4</sup> - الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص240.

<sup>5</sup> - السرخسي، المبسوط، ج26، ص59.

<sup>6</sup> - وهو ما عليه الظاهرية و الزيدية و الإباضية أيضاً.

<sup>7</sup> - الدردير، الشرح الكبير، ج2، ص111.

<sup>8</sup> - ابن قدامة، المغني، ج8، ص338، المسألة 6892.

المستغيث قد لا يكون قادرا على الطلب، لا سيما في ظروفه الحرجة، فكيف يتوقف على أمر ليس في المقدور و الإمكان<sup>1</sup>؟ ثم أو ليس حال اللهفان المشرف على الهلاك، في حد ذاته، صوتا مرتفعا بالاستغاثة؟.

- و الشافعية على مذهب المالكية، عند حبس الشخص<sup>2</sup>، و هم على مذهب الحنفية في حالة مجرد الامتناع عن بذل الطعام أو الشراب لمن هو مضطر إليه أو إنقاذ نفس كادت تهلك من الغرق؛ أي لا ضمان في كل ذلك<sup>3</sup>.

و الحقيقة أن العقل يقضي بقيام تبعة الممتنع عن موت المستغيث، إذا كان الامتناع هو سبب الموت؛ إذ الإجماع منعقد على جواز مقاتلة الممتنع من طرف المضطر، فمن باب أولى يجب أن يعاقبه الإمام على قتل المستغيث المضطر فيما لو مات نتيجة امتناعه<sup>4</sup>.

### ثانيا - الحماية الجنائية للطفل من إهمال صحته في القانون الجزائري :

حاول المشرع جهده أن يبسط حماية جنائية كافية لتأمين الطفل في صحته، و درء كل عدوان عليه من شأنه أن يضعفها أو يصيبها بعلة أو ضرر.

و يتمتع الطفل في القانون الجزائري بجميع الحقوق التي تنص عليها اتفاقية حقوق الطفل و غيرها من الاتفاقيات الدولية، لا سيما الحق في الحياة، و في الاسم و في الجنسية، و في الأسرة و في الرعاية الصحية و المساواة و التربية و التعليم و الثقافة و الترفيه و في احترام حياته الخاصة<sup>5</sup>.

و قد وضع المشرع الجزائري مسؤولية حماية الطفل على عاتق الوالدين<sup>6</sup>، و اعتبر تأمين تلك الحقوق من واجب الدولة؛ حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 5 من قانون حماية الطفل على أن " تكفل الدولة حق الطفل في الحماية من كافة أشكال الضرر أو الإهمال أو العنف أو سوء المعاملة أو الاستغلال أو الإساءة البدنية أو المعنوية أو الجنسية...".

و من صور الحماية الصحية الموفرة للطفل في القانون الجزائري :

### 1 - تجريم الإخلال بواجب تلقيح الأطفال :

تضمن المرسوم 69- 88<sup>7</sup> النص على إخضاع الطفل إجباريا إلى التلقيح ضد الشلل و الخناق و الجدري.

و يتقاسم الأبوان، تحت طائلة العقاب الجنائي، مسؤولية هذا الالتزام؛ إذ كلاهما ملزم بتوفير الرعاية الصحية و الخلقية و المالية للأطفال. و قد نصت المادة 14 من المرسوم المذكور على معاقبة مرتكب مخالفة الامتناع أو الترك بغرامة مالية من 30 إلى 500 دج.

<sup>1</sup> - د. يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي و القانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، ص 383، فقرة 529.

<sup>2</sup> - انظر: الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر، ج2، ص 226.

<sup>3</sup> - الأنصاري، زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، دار إحياء الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ج1، ص 572-573.

<sup>4</sup> - د. يوسف قاسم، المرجع السابق، ص 391 فقرة 541.

<sup>5</sup> - انظر: المادة 03 من قانون حماية الطفل السالف الذكر.

<sup>6</sup> - انظر: الفقرة الأولى من المادة 5 من قانون حماية الطفل السالف الذكر.

<sup>7</sup> - المرسوم رقم 69-88 المؤرخ في 18/06/1969 المتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري، الجريدة الرسمية: العدد 53، المؤرخة في 20/06/1969.

و من جهة أخرى، كرّس قانون الصحة و ترقيتها<sup>1</sup> نصوصا عديدة ترمي إلى حماية صحة الأطفال.

إن إهمال العناية بالطفل الذي يعرض صحته إلى خطر، يُعد جريمة يعاقب عليها القانون صراحة، حيث نصت المادة 269 من قانون العقوبات الجزائري<sup>2</sup> على أن: " كل من جرح أو ضرب عمدا قاصرا لا تتجاوز سنه السادسة عشرة، أو منع عنه عمدا الطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر، أو ارتكب ضده عمدا أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي، فيما عدا الإيذاء الخفيف، يُعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 دج".

فهنا جريمة أخرى من جرائم الامتناع، و هي صورة من صور جريمة الإيذاء العمدي للطفل، أُوجز أركانها فيما يلي:

أ- أن تقع الجريمة عمدا، على طفل لا تتجاوز سنه السادسة عشر. و الحقيقة أن الحماية يجب أن تمتد الآن إلى سن الثامنة عشر سنة<sup>3</sup>.

ب- أن تأخذ الجريمة إحدى الصور الآتية :

\* الجرح \* أو الضرب.

\* أو منع الطعام أو العناية: بحيث تتعرض صحته للخطر. و وجه الحماية أن الطفل في مثل هذه السن لا يقدر على توفير الطعام بنفسه لقصوره عادة. و بدهي أن الخطاب يتوجه إلى من تجب عليه نفقته، و ليس الأفراد الذين لا يتوجب عليهم قانونا توفير الطعام و العناية اللازمة للطفل.

\* وكذا سائر أعمال العنف العمدية الأخرى.

فإذا قامت الجريمة مستوفية عناصرها السابقة، كانت العقوبة حسب ما نصت المادة 269 السالفة الذكر، فيما عدا الإيذاء الخفيف: الحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 5000 دج.

و تشدد العقوبة المذكورة في أحوال بينها المادتان 270 و 271 من قانون العقوبات الجزائري.

2 - جريمة السماح لطفل بالدخول إلى أماكن بيع المشروبات الكحولية :

تضمن الأمر<sup>4</sup> رقم 75-26 أحكاما تحمي الأطفال من تأثيرات الإدمان السلبية على صحتهم و الحيلولة دون سقوطهم في الانحراف الخلقي.

فقد منعت أحكام الأمر المذكور أصحاب محلات بيع المشروبات الكحولية من السماح للأطفال الذين لم يكملوا الثامنة عشر سنة بالدخول إلى تلك الأماكن مهما كان السبب. و قد قررت تلك الأحكام عقوبة على جريمة

<sup>1</sup> - القانون رقم 85-05، المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 هـ الموافق 16 فبراير سنة 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> - الأمر رقم 75 - 47 المؤرخ في 17 يونيو 1975.

<sup>3</sup> - ذلك أن الجزائر قد صادقت بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92 - 461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992م على اتفاقية حقوق الطفل التي حددت سن الطفل بـ 18 سنة، و هو ما سار على وفقه القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل السالف الذكر في المادة الثانية منه.

<sup>4</sup> - الأمر رقم 75-26 المؤرخ في 29 أبريل 1975م و المتعلق بقمع السكر العلي و حماية القصر من الكحول.

السماح لهم تتمثل في غرامة من 160 إلى 500 دج، مع مضاعفة الغرامة في حالة العود. و يجوز الحكم بغرامة من 500 إلى 1000 دج، أو الحبس من 10 أيام إلى شهر.

لكن مُصدر الأمر أخفق كل الإخفاق لما سمح في المادة 17 من الأمر المذكور بدخول الأطفال إلى هذه الأماكن مُرفقين بالأب أو الأم، أو كان سن الطفل لا يتجاوز 21 عاما. ذلك أن الخمر حرام في شريعة الإسلام حرمة قطعية و مؤبدة، على الصغير و الكبير، و على الذكر والأنثى، غرسا و عصرا و بيعا و شراء، و محرّم ارتياد مجالسها و أماكن تعاطيها؛ صونا للعقل و حفظا للصحة و الفضيلة الخلقية و الطهارة الاجتماعية.

### المطلب الثاني: الحماية الجنائية للطفل من التخلي عنه:

إن من أشنع صور الجناية على الطفل التخلي عنه، و تركه عرضة للخطر. و في هذا المطلب أتناول بالدراسة مدى الحماية التي وفرها للطفل من هذه الجريمة كل من التشريع الإسلامي و الجزائري.

### الفرع الأول: الحماية الجنائية للطفل من التخلي عنه في الشريعة الإسلامية

الطفل في أمس الحاجة إلى الرعاية و الحماية. و الأسرة هي المحضن الطبيعي الذي يتولى تنشئته و تنمية جسده و عقله و روحه، و في ظل هذا المحضن يتلقى مشاعر الحب و الرحمة و التكافل، و ينطبع بالطابع الذي يلازمه مدى الحياة<sup>1</sup>.

و لما كان مفهوم الحضانة يعني الولاية على الطفل لتربيته و تدبير شؤونه<sup>2</sup>، فقد جعلها الإسلام من حق الوالدين، و الأم أولى من الأب أو غيره، حال التفريق بين الزوجين؛ لوفور شفقتها.

و إن التخلي عن الأطفال عمل يتنافى و واجب الحضانة الواقع شرعا على عاتق الحاضن.

و التخلي ظاهرة مجتمعية اتسع نطاقها في الزمن الحديث و تعددت صورها و تعقدت، و هو تصرف على ما يبدو لم يكن ذائعا في العصور السابقة للمجتمع الإسلامي؛ لذلك لم يُعنَ الفقهاء بمعالجته بأحكام خاصة، لا سيما و أنه عمل فيه إخلال بين بالتزامات شرعية لا يختلف في أكديتها اثنان. لأجل ذلك، يُعد التخلي بكل صورته المعروفة اليوم، و التي تحاول التشريعات ملاحقتها بالتجريم، ضربا من التفريط الفظيع الذي يأثم صاحبه شرعا و يكون جديرا بالعقوبة التعزيرية الزاجرة؛ حفظا لمصلحة الطفل و الأسرة و المجتمع جميعا، و هو الموقف الذي لا يعسر تأصيله في ضوء مقاصد الشريعة و أحكامها و قواعدها، القائمة على نفي الضرر و دفع المفسد و جلب المصالح العامة و الخاصة على حد سواء.

و لعل من أظهر مظاهر التخلي، غياب أحد الزوجين عن الأسرة، مما يؤدي إلى تضييع التزامات الطفل الأسرية، و منها إهمال تربيته و القيام على شؤونه، و تضييعه ماديا؛ أي صحيا و غذائيا بترك الإنفاق عليه، و سيأتي الكلام على هذا في الفرع الثالث.

<sup>1</sup> - أحمد فايز، دستور الأسرة في ظلال القرآن، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1983، ص54.

<sup>2</sup> - معجم اللغة العربية، المعجم الوجيز، ص158، مادة حضن.

## الفرع الثاني: الحماية الجنائية للطفل من التخلي عنه في القانون الجزائري:

الواقع أن صور التخلي في القانون متعددة، كما أن للتخلي ارتباطا بمجرائم أخرى تشترك في تعريضها للخطر، من ذلك حرمان القصر من العناية و الغذاء المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 269 من قانون العقوبات الجزائري.

و سأقتصر هنا على دراسة الحماية الجنائية الموفرة للطفل في القانون الجزائري من جريمتين<sup>1</sup>: الأولى جريمة ترك الأطفال و تعريضهم للخطر، و الثانية جريمة الامتناع عن تسليم طفل.

أولا - الحماية الجنائية من جريمة ترك الأطفال و تعريضهم للخطر:

عالجت المواد من 314 إلى 320 من قانون العقوبات الجزائري "جريمة ترك الأطفال و العاجزين و تعريضهم للخطر"، و هذه الجريمة تقوم على ركنين:

-> الركن المادي: و يشتمل على عنصرين:

\* أحدهما: نقل الطفل من مكان آمن إلى آخر يكون فيه عرضة للخطر.

\* و الثاني: أن يكون المجني عليه طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه؛ لكونه صغيرا في السن، أو به عاهة جسدية أو عقلية.

-> الركن المعني: و هو القصد الجنائي، المتمثل في قصد التخلص منه بصفة نهائية<sup>2</sup>.

و باستقراء نصوص قانون العقوبات الخاصة بجريمة ترك الأطفال، نجد أن الوصف الجزائي يختلف تبعا لصفة مرتكب الفعل، و مكان ترك الأطفال فيما إذا كان خاليا من الناس أم لا، و هو ما سأبينه في القرتين الآتيتين:

1 - عقوبة جريمة ترك الطفل أو العاجز في مكان خال من الناس:

- نصت المادة 314 من قانون العقوبات الجزائري في فقرتها الأولى على أن: " كل من ترك طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية و العقلية، أو عرضه للخطر، في مكان خال من الناس، أو حمل الغير على ذلك، يعاقب لمجرد هذا الفعل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات...". فمجرد ترك الطفل أو تعريضه للخطر، يكون الجريمة التي يعاقب عليها بالحبس المذكور.

- و تُرفع العقوبة، بحسب ما ينشأ عنها من مرض، أو عجز، أو موت ( الفقرات 2، 3، 4 من المادة 314 من القانون السالف الذكر).

- و تتنوع العقوبة، المبينة في المادة 315، تبعا لصفة مرتكب الفعل بالطفل أو العاجز المجني عليه ( فيما إذا كان من أصوله، أو ممن لهم سلطة عليه، أو ممن يتولون رعايته).

<sup>1</sup> - عرّف القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل في المادة الثانية منه الطفل الذي يكون في خطر بوجه عام: "الطفل الذي تكون صحته أو أخلاقه أو تربيته أو أمنه في خطر أو عرضة له...".

<sup>2</sup> - غ ج 1 قرار 1974/3/26 ملف 10021: جيلالي بغداداي، المرجع السابق، ج 1، ص 178.

2 - عقوبة جريمة ترك الطفل أو العجز في مكان غير خال من الناس :

و هي العقوبة المنصوص عليها في المادة 316 من قانون العقوبات الجزائري، حيث :

- تتمثل عقوبة مجرد الترك للطفل في الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة ( الفقرة 01).

- و ترفع العقوبة أيضا، بحسب ما ينشأ عنها من مرض، أو عجز، أو موت ( الفقرات 2، 3، 4 من المادة 316 المذكورة).

و الملاحظ أن العقوبة المقررة لهذه الجريمة تختلف تبعا للظروف المكانية التي ترتكب فيها الجريمة، و ما يترتب عنها من آثار، و نوع علاقة الجاني بالجني عليه.

و إذا كان العنصر المعنوي للجريمة يكمن في نية عدم القيام بالعناية التي تفترضها حراسة الطفل أو الرضيع، فمن المناسب - كما يذهب روني غارو- أن نميز في هذا الشأن بين الحالات الثلاثة الآتية :

\* الأولى : تتجه فيها نية الجاني من فعل التخلي إلى جعل الطفل يختفي، فنكون بصدد واقعة اختفاء طفل.

\* و الثانية : و هي التي يقصد الجاني من وراء ذلك الفعل قتل الطفل من خلال حرمانه من العناية و هو ما يشكل قتلا عمديا أو محاولة قتل.

و يعاقب كل شخص امتنع عن إنقاذه، و كان قادرا على ذلك، حيث " قضت محكمة استئناف باريس بعقاب امرأة امتنعت عن إنقاذ طفل حديث الولادة عندما رأت ابنتها تخفيه عقب مولده في الحديقة و في برد الشتاء القارس بقصد التخلص منه بسبب مولده غير الشرعي"<sup>1</sup>.

و في القانون الجزائري، إذا أفضى الترك أو التعريض للخطر إلى الموت، تكون العقوبة السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة، مهما كان التارك<sup>2</sup>.

\* أما الثالثة : و هي التي يرمي فيها من وراء فعل التخلي إلى إيذاء الطفل، فتلك جريمة أخرى مغايرة عن سابقتها.

و لا شك في أن عبارة التعريض للخطر شاملة لكل المعاني التي تدل على وضع الطفل في مكان غير بعيد عن محل إقامته أو العناية به أو رعايته سواء أكان ذلك بفعل إيجابي أو سلبي، فمن يحث طفلا على عبور الشارع الخوف بمخاطر السير يعد مرتكبا لجريمة تعريض الطفل للخطر شأنه شأن المشرفة على رحلة الأطفال إذا تركتهم دون رقابة<sup>3</sup>.

و الحكمة من تجريم أفعال الترك المذكورة تكمن، فضلا عن حفظ الأطفال، في حماية الأمن العام، و تأمين السكينة العامة.

<sup>1</sup> - نقلا عن: د. حبيب إبراهيم الخليل، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي"، المطبعة العالمية، القاهرة، 1967م، ص 298-299.

<sup>2</sup> - انظر: الفقرة الرابعة من المادة 314 من قانون العقوبات الجزائري.

<sup>3</sup> - ممدوح خليل، الجرائم الماسة بحق الطفل في الحياة و السلامة البدنية، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة السابعة والعشرون، سبتمبر 2003 م، ص 230.

## ثانيا - الحماية الجنائية من جريمة عدم تسليم طفل :

لقد بسط القانون حمايته على مصير الطفل المحضون، رعايةً لحقه في الحضانة ومصالحته فيها. و تحقيقاً لهذا الغرض من الحماية، نص قانون العقوبات الجزائي على أحكام تعاقب على الإخلال بالالتزامات المقررة بالأحكام القضائية النهائية بشأن حضانة الطفل، حيث تعاقب المادة 327 من القانون المذكور كل من يرفض تسليم طفل إلى من له الحق في المطالبة به بعد أن وضع تحت رعايته بصفة مؤقتة. كما تعاقب المادة 328 من ذات القانون كل من يرفض تسليم طفل قضي في شأن حضانته بحكم قضائي مشمول بالنفذ المعجل أو بحكم نهائي إلى الشخص الذي صدر الحكم لصالحه.

و يعاقب على الجريمة الأولى بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات، بينما يعاقب على الجريمة الثانية بالحبس من شهر إلى سنة و بغرامة من 500 إلى 5000 دج.

## الفرع الثالث : الحماية الجنائية من جريمة ترك الأسرة :

هذه جريمة فادحة، و هي مركبة من عدة جرائم. و هي الجريمة المسماة أيضا "جريمة الإهمال العائلي"، و هي جنحة بينت أحكامها المادة 330 من قانون العقوبات.

و لا تتحقق جريمة الإهمال العائلي إلا بتوافر أركانها المادية المنصوص عليها في أحكام المادة المذكورة آنفا، و هي:

- ترك أحد الوالدين لمقر أسرته، لمدة تجاوز شهرين بدون سبب جدي.
- ترك الزوج زوجته و هي حامل لمدة تجاوز شهرين بدون سبب جدي.
- وجود أولاد ( فاللادة تشترط رابطة أبوية أو أمومية)
- الامتناع عن تنفيذ الالتزامات العائلية :

\* المادية : المتمثلة في نفقة الوالد على ولده، من غذاء و كسوة و علاج.

\* الأدبية : المتمثلة أساسا في رعاية الأولاد، من إشراف على تربيتهم و اعتناء بصحتهم و حسن معاملتهم.

فإذا قامت هذه الأركان، و تمت مغادرة البيت الأسري بإرادة قطع الصلة بالعائلة - وهذا هو الركن المعنوي -، كانت العقوبة : الحبس من شهرين إلى سنة، و بغرامة من 500 إلى 5000 دج حسب الفقرة الأولى من المادة 330 السالفة الذكر.

و حسب النص المذكور، فالطفل محل حماية قانونية، حتى و لو كان جنينا في بطن أمه، و هذه حماية هامة له. و لكن لا يمكن في غياب الأطفال، حسب النص ذاته، متابعة أحد الزوجين بجريمة الإهمال العائلي، و هذا مسلك



تشريعي منتقد؛ إذ الحق في الأسرة، من خلال القرآن الكريم<sup>1</sup>، وليد الأسرة الصالحة و سابق على الوجود الواقعي للطفل<sup>2</sup>.

و هذه الجريمة لا تتخذ إجراءات المتابعة بشأنها إلا بناء على شكوى الزوج المتروك - حسب الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة-، فهي من جرائم الشكوى.

إن هذا الصنيع الذي يأتيه أحد الزوجين، هو جرم كبير في نظر الشرع الحنيف؛ وذلك لما ينطوي عليه من إهمال فظيع للأهل و الأولاد، و هو يعرض و لا ريب صحة الأولاد و أمنهم للخطر، كما يعرض أخلاقهم و آدابهم للفساد، و كل ذلك ترك لواجبات إسلامية صميمة و تضييع لمقاصد شرعية مرعية، فيستحق الفاعل، فوق إثم، عقوبة تعزيرية مناسبة تردعه.

هذا، و قد عُنت الشريعة الإسلامية بترابط الأسرة، و حرصت على أن يعيش الأولاد في حضان الأبوين عيشة كريمة، فتربية الطفل في ذلك الحضان من شأنه أن يهيئ له كل أسباب النمو الأصح جسميا و عقليا، و يعده نفسيا لاستقبال الحياة و النجاح فيها<sup>3</sup>.

و الحقيقة أن هجر أحد الزوجين للبيت الأسري جريمة ترك كاملة الوصف، و إهمال فظيع يؤدي إلى تضييع الذرية و الإضرار البالغ بشخصيتها و كيانها، و إلى تقويض كبير لأركان المجتمع من وراء ذلك. لذلك يتفق الشرع و القانون على تجريم هذا الامتناع، و عقوبة صاحبه؛ حماية للأطفال، و صيانة للأسرة، و حفاظا على أمن المجتمع و تماسكه و طمأنينته، و كلها مقاصد جديرة بالحفظ لا يماري في ذلك عاقل.

لكن اعتبار هذه الجريمة من جرائم الشكوى، فساد في التقدير من المشرع القانوني، فهي أجدر أن تُعد جريمة من الجرائم العامة؛ لتعدي آثارها و فداحة عواقبها. ثم كيف يستقيم أن تكون جريمة ترك الأسرة من جرائم الشكوى، و لا تكون جريمة الامتناع عن النفقة كذلك؟

الخاتمة :

نخلص من هذه الدراسة المتواضعة إلى النتائج الآتية :

1 - اتسمت معالجة الفقه الإسلامي لحقوق الطفل بالحصافة و الحكمة، كما تميزت حماية الشريعة الجنائية للطفل بالاستيعاب، حيث جرمت أفعال الاعتداء الإيجابية و السلبية على حد سواء، من منطلق نظرة واضحة و متكاملة للحماية الواجبة لهذا المخلوق الضعيف، تأمينا لحياته في هذه المرحلة الحساسة حتى يستوي على سوقه و يصير قادرا على تدبير أموره بنفسه. فالشرع يتطلع إلى إحياء النفوس و إنقاذها، و من مبادئه الأساسية الحفاظ على كيان الإنسان بجميع مقوماته.

<sup>1</sup> - قال تعالى: " و البلد الطيب يخرج نباته بإذن ربه و الذي خبث لا يخرج إلا نكدا" (سورة الأعراف: الآية 58)، و قال صلى الله عليه و سلم: "تخيروا لنطفكم..." رواه ابن ماجه في سننه.

<sup>2</sup> - محمد كراحة، الحق في الأسرة محاولة في التأسيس، بحث لنيل د.د.ع.م. كلية الحقوق، فاس، السنة الجامعية 2002-2003، ص 63.

<sup>3</sup> - خالد بن محمد المفلح، جريمة إهمال الطفل من قبل أبويه و عقوباتها في الشريعة الإسلامية و القانون، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1426هـ- 2005م، ص 55.

وقد حازت الشريعة الإسلامية، بلا جدال، قصب السبق في هذا الموضوع الهام الذي ما زالت القوانين و الاتفاقيات الدولية تبدئ فيه و تعيد. و مهما قيل في تطور القانون الوضعي، فهو في طريقه يسعى، و مهما يكن سعيه فما هو ببالغ ذلك السمو السامق الذي تسكنه الشريعة.

2 - رجحت، في مسألة امتناع الأم عن إرضاع طفلها، في حالات الوجوب، قول الجمهور القاضي بأن الأم إذا امتنعت عن إرضاع طفلها، و مات الطفل، لا تُقتل به و إن كانت قاصدة، و إنما تأثم، علما أن الأصل أن تُقتل به، و لكن صلة الأمومة أسقطت عنها هذه العقوبة؛ لقوله صلى الله عليه و سلم: " لا يُفاد الوالد بالولد".

و إذا كان المشرع الجزائري قد وُفق حين منح الأم ظروف التخفيف، فنزل بعقوبتها على جريمة إزهاق طفل حديث العهد بالولادة - سواء أكان ذلك بفعل إيجابي أو سلبي كالامتناع عن إرضاعه بقصد إزهاق روحه - من عقوبة الإعدام إلى عقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، حسب المادة 261 من قانون العقوبات. لئن وُفق في ذلك، فإنه جانب الصواب عندما أفرد الأم دون الأب بهذا التخفيف؛ ذلك أن البنوة في الفقه الإسلامي مسقطه - على الرأي الراجح - لعقوبة القصاص عن الوالدين في حال قتل أحدهما ولده عمدا، لا فرق في ذلك بين الأب و الأم.

هذا، و قد أطلق القانون الجزائري العبارة في المادة 259 من قانون العقوبات، و لم يفصح عما إذا كان الطفل الجني عليه بهذه الجريمة شرعيا أم ابن سفاح، و ملّت إلى تفسير هذا النص بشموله الحالتين؛ على اعتبار أن القتل إزهاق لنفس الآدمي على كل حال، و الطفل غير الشرعي آدمي جدير بأن تُحفظ حياته كذلك، و أنه لا ذنب له فيما وقع. و هو المسلك الذي يرتضيه الفقه الإسلامي.

و أرى أن النص لم يوفّق إلى وجه الصواب، لما لم يفرض عقوبة الإعدام على الجاني، إذا كان غير الأم كالطبيب مثلا، إلا إذا اقترن فعله بسبق الإصرار و التردد، فهو تمييز لا مستند له في الشريعة التي تصرح بأن عقوبة القتل العدوان هي القتل قصاصا - إذا لم تكن بين الجاني و الجني عليه علاقة قرابة -، بلا خلاف في ذلك بين فقهاءنا، اقترن القتل بالظرف المشدد أم لم يقترن.

3 - أوّل الإسلام عناية كبيرة بالصحة، و قرر أحكاما هامة لحفظها و حمايتها، و اعتبر كل امتناع مضر بها يفضي إلى الهلاك يستوجب القصاص إذا اقترن بقصد القتل، و الدية في الحالة العكسية، و سواء تعلق الأمر في ذلك بترك ربط الحبل السري للطفل، أو عدم تقديم الغذاء أو العلاج اللازم له، أو عدم التبرع عليه بالدم. إلا إذا كان الفاعل هو أحد الأبوين، فتكون علاقة الأبوة مسقطه للقصاص كما تقدم.

4 - لم يوفق المشرع الوضعي - قانون العقوبات الجزائري - في اعتبار جريمة ترك الأسرة جريمة خاصة، يتوقف تحريك الدعوى العمومية بشأنها على شكوى الزوج المتروك، بل حققها أن تُسلك ضمن الجرائم العامة؛ و ذلك باعتبار آثارها المتعدية و عواقبها العامة السيئة. و المشرع الجزائري هنا، خالف منطق الذي مشى عليه عند تصنيف جريمة الامتناع عن النفقة، حيث لم يعتبر هذه الأخيرة من جرائم الشكوى.

5 - يُلاحظ أخيرا، أن المعالجة القانونية لهذا الموضوع لم تكن بالشاملة، و لا بالرادعة كفاية؛ ما يستدعي إعادة تنظيم هذه الموضوعات بما يتناسب مع أحكام الشريعة الإسلامية، و يحقق مقاصدها في حفظ حقوق الطفل حق الحفظ. و الله أعلى و أعلم.

## قائمة المصادر و المراجع :

القرآن الكريم (برواية ورش عن نافع).

أولا - مراجع الحديث :

1 - الألباني، ناصر الدين، سلسلة الأحاديث الصحيحة و شيء من فقهها و فوائدها، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، طبعة 1415 هـ - 1995م.

2 - جامع السنة و شروحها، موقع : w3.hadithportal.com

ثانيا - مراجع اللغة :

3 - ابن فارس، أبو الحسين أحمد، معجم المقاييس في اللغة، حققه شعبان الدين أبو عمرو، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت - لبنان، 1432 - 1433 هـ / 2011م.

4 - معجم اللغة العربية، المعجم الوجيز، مصر.

ثالثا - مراجع الفقه الإسلامي و المقارن :

5 - الأنصاري، زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، دار إحياء الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

6 - ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت - لبنان

7 - ابن العربي، أبو بكر، أحكام القرآن، مراجعة و تخريج و تعليق محمد عبد القادر عطا، محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

8 - ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية.

9 - ابن حزم، أبو محمد علي، المحلى بالآثار، تحقيق: د. عبد الغفار البنداري، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2002م.

10 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، الطبعة الثانية، 1386 هـ ج3، ص 618؛ ابن الهمام، فتح القدير، دار إحياء التراث العربي.

11 - ابن قدامة المقدسي، موفق الدين، المغني، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن، د. عبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، الرياض، 1417 هـ - 1997م.

12 - أحمد فايز، دستور الأسرة في ظلال القرآن، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1983م.

13 - بدران، بدران أبو العينين (د.)، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1987م.

14 - البعلبي، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد، كتاب الاختيارات العلمية ( في اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية)، مطبعة كردستان العلمية، مصر، 1329 هـ.

15 - الخطاب، عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة.

16 - خالد بن محمد المفلح، جريمة إهمال الطفل من قبل أبويه و عقوباتها في الشريعة الإسلامية و القانون، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1426 هـ - 2005م.

17 - الدردابي، محمد (د.)، قواعد الفقه لأبي عبد الله محمد بن أحمد المقرئ، الناشر: الأستاذة سناء الدردابي، الرباط.

- 18 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، و بهامشه تقارير الشيخ عيش، دار إحياء الكتب العربية.
- 19 - الزلي، مصطفى إبراهيم، المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة بالقانون-، مطبعة أسعد، بغداد.
- 20 - السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أحمد، المبسوط، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
- 21 - الشاطبي، أبو إسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، دار المعرفة للطباعة و النشر، بيروت - لبنان، 1990م.
- 22 - الشربيني، الخطيب، مغني المحتاج، الطبعة الأولى، دار المؤيد الرياض، دار المعرفة بيروت، 1997م.
- 23 - شلبي، محمد مصطفى (أ.د.)، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت - لبنان، 1403هـ - 1983م.
- 24 - الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر.
- 25 - عبد الله إبراهيم موسى، المسؤولية الجسدية في الإسلام، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، 1416 هـ - 1995م.
- 26 - عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي.
- 27 - القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 1427 هـ - 2006م.
- 28 - القره داغي (أ.د.)، علي محيي الدين؛ أ.د. الحمدي، علي يوسف، القضايا الطبية المعاصرة: دراسة فقهية طبية مقارنة، الطبعة الثانية، دار البشائر الإسلامية، بيروت - لبنان، 1427 هـ - 2006م.
- 29 - الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986م.
- 30 - المرادوي، علي بن سليمان، الإنصاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث، بيروت - لبنان.
- 31 - الموصلبي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
- 32 - النووي، أبو زكريا محيي بن شرف، روضة الطالبين و عمدة المفتين، المكتب الإسلامي.
- 33 - النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت - لبنان، 1997م.
- 34 - يوسف قاسم (د.)، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي و القانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية.
- رابعا - مراجع القانون :
- 1/ كتب القانون :
- 35 - بلعيد، ناصر (د.)، قتل الطفل حديث الولادة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني : w3.alkanounia.com
- 36 - حبيب إبراهيم الخليل (د.)، مسؤولية الممتنع المدنية و الجنائية في المجتمع الاشتراكي"، المطبعة العالمية، القاهرة، 1967م.
- 37 - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الدار التونسية للنشر، تونس، 1990م.

38 - محمد كراحة، الحق في الأسرة محاولة في التأسيس، بحث لنيل د.د.ع.م. كلية الحقوق، فاس، السنة الجامعية 2002-2003م.

39 - ممدوح خليل، الجرائم الماسة بحق الطفل في الحياة و السلامة البدنية، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة السابعة والعشرون، سبتمبر 2003 م.

## 2/ مجلات قضائية :

40 - جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج2.

41 - قسم الوثائق بالمحكمة العليا - الجزائر، المجلة القضائية، 1998، العدد2.

42 - وزارة العدل - الجزائر، نشرة القضاة.

## 3/ نصوص تشريعية :

43 - اتفاقية حقوق الطفل مع التصريحات التفسيرية، المصادق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989م.

44 - القانون رقم 15- 12 المؤرخ في 28 رمضان عام 1436 هـ الموافق 15 يوليو سنة 2015م المتعلق بحماية الطفل ( الجريدة الرسمية: السنة 32، العدد39، بتاريخ 3 شوال عام 1436 هـ الموافق 19 يوليو 2015 م).

45 - القانون رقم 85- 05، المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 هـ الموافق 16 فبراير سنة 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم.

46 - القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم.

47 - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1382 هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966 و المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.

48 - الأمر رقم 75-26 المؤرخ في 29 أبريل 1975م و المتعلق بقمع السكر العلني و حماية القصر من الكحول.

49 - المرسوم الرئاسي رقم 92- 461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992 المتضمن المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل.

50 - المرسوم رقم 69-88 المؤرخ في 18/06/1969 المتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري، الجريدة الرسمية: العدد53، المؤرخة في 20/06/1969م.

## خامسا - مواقع إلكترونية :

w3.hadithportal.com

w3.alkanounia.com

## حماية حقوق المرأة بين القانون و الاجتهاد القضائي : النعد نمودجا



**الدكتور : عبد الجبار كريمي**  
**أستاذ باحث بمركز مهن التربية**  
**والتكوين جهة دكالة عبدة ، المغرب**

مقدمة :

تحتل المرأة المغربية مكانة متميزة في المجتمع، فهي الأم و الجدة والأخت و الزوجة و البنت أيضا. ونظرا للدور الذي تلعبه إلى جانب الرجل في تحمل المسؤولية في جميع المجالات، وكذلك بصفتها الزوجة التي تشارك في بناء الأسرة و تنشئة الأطفال . فقد ساوى الدستور المغربي الجديد بينها وبين الرجل في الحقوق المدنية وذلك في نطاق احترام أحكامه، وقوانين المملكة، المستمدة من الدين الإسلامي؛ وكذا تكريس المساواة بينهما، في كافة الحقوق السياسية والاقتصادية، والاجتماعية والثقافية والبيئية؛ وإحداث آلية للنهوض بالمناصفة بين الرجل والمرأة. ولقد كانت مدونة الأسرة<sup>1</sup> سباقة في هذا المجال، حيث عملت على انصاف المرأة وحماية حقوق الطفل، و صيانة كرامة الرجل، طبقا لمقاصد الاسلام السمحة، في العدل و المساواة. على إثر ذلك تبوأَت المرأة المغربية مكانة أرقى، مكنتها من المشاركة الفاعلة في بناء دولة الحق والقانون و المؤسسات. جاءت هذه المدونة لتأسس مجموعة من المبادئ التي تركز مبدأ المساواة بين الجنسين. فجعلت الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصحتها<sup>2</sup>. كما ساوت بين الرجل والمرأة فيما يخص سن الزواج في بلوغ ثمانية عشرة سنة مع إعطاء الحق لقاضي الأسرة المكلف بالزواج في النظر بطلبات الزواج بالنسبة للقاصرين و ذلك بناء على المصلحة و الأسباب المبررة لذلك، وبعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي<sup>3</sup>.

ومن بين المسائل التي اهتمت بها هذه المدونة هي مسألة التعدد. و الحق في التعدد مكفول للرجل وفق الكتاب والسنة، حيث يقول الله عز و جل في كتابه العزيز: " فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع"<sup>4</sup>. لكن

<sup>1</sup>: الظهير الشريف رقم 1.04.22 الصادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة.

<sup>2</sup>: المادة 24 من مدونة الأسرة.

<sup>3</sup>: المادة 19 و 20 من مدونة الأسرة.

<sup>4</sup>: سورة النساء، الآية 3

الله سبحانه وتعالى ربط امكانية التعدد بالعدل بين الزوجات، حيث يجب أن تتوفر في الرجل الشروط الكافية و الضرورية حتى لا يتعسف في استعمال هذا الحق. ولقد نبه الله سبحانه و تعالى عباده، الذين يخافون عدم العدل بين الزوجات، حين قال: "فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة"، و لكن الله تعالى نفى هذا العدل نظرا لأن الانسان بطبيعته يميل إلى جهة دون أخرى، حيث قال عز وجل "و لن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء و لو حرصتم". وعلى هذا الأساس حرصت المدونة على ضبط التعدد طبقا لتعاليم الاسلام السمحة، حيث يتم الترخيص بالتعدد بصفة شرعية وفقا لمبررات موضوعية استثنائية صارمة، و بعد الحصول على إذن مكتوب لقاضي الأسرة.

إذا كان التعدد حق للرجل يمارسه متى توفرت له المبررات الموضوعية و الاستثنائية، فإن المرأة أيضا لها الحق في أن ترفض التعدد. لكن كيف يمكن حماية حق المرأة في عدم التعدد عليها؟

حق المرأة في عدم التعدد عليها مكفول بمجموعة من الوسائل القانونية منصوص عليها في مدونة الأسرة كما يلي:

**1- شرط عدم التعدد في عقد الزواج:** أن تشترط على زوجها في العقد بعدم التزوج عليها، طبقا للمادة 40 من مدونة الأسرة " يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليه".

**2- امكانية رفض التعدد بعد الزواج:** إذا لم يكن هناك شرط عدم التعدد في عقد الزواج، للزوجة المراد التزوج عليها الحق في استدعائها من طرف قاضي الأسرة من أجل إخبارها بطلب زوجها و إبداء رأيها في الموضوع، كما يتم إخبار الزوجة الثانية بأن الزوج متزوج بغيرها و لها أن تبدي رأيها بكامل حرية. لكن السؤال الذي يطرح نفسه بقوة كيف تتعامل المحاكم مع طلبات التعدد؟ و كيف يمكن للقاضي حماية حقوق المرأة في هذا الشأن؟

في الواقع هناك حالات متعددة ترد على القضاء المغربي في هذا الشأن. حيث يبقى الضابط أمام القضاء هو تقييمه للمبررات الموضوعية الاستثنائية المنصوص عليها في مدونة الأسرة، ثم بعد ذلك تحديد موقفه من هذه الطلبات على أساس توفر أو عدم توفر الموارد الكافية لإعالة الأسرتين.

**أولا- الوسائل القانونية لحماية حق المرأة في عدم التزوج عليها:**

الزواج هو العقد الذي يفيد حل استمتاع الرجل بالمرأة ما لم يكن هناك مانع شرعي، و قد عرفه أبو زهرة على أنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكل منهما من حقوق وما عليهما من واجبات<sup>1</sup>. ولقد عرفه المشرع المغربي في مدونة الأسرة على أنه ميثاق ترابط وتراض بين رجل وامرأة، وذلك بهدف إنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين معا. فالزواج ينعقد أساسا بإيجاب من أحد المتعاقدين و قبول الآخر<sup>2</sup>. وعلى هذا الأساس يمكن للزوجين أن يشترطا على بعضهما البعض مجموعة من الشروط التي يمكن أن تدرج في عقد الزواج. فالزوجة شأنها شأن الرجل من حقه أن تشترط ما تراه مناسبا لها في عقد الزواج. فإذا اشترط الزوج التعدد فللزوجة كذلك أن تشترط العكس، وذلك عملا بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه "مقاطع الحقوق عند الشروط". كما للزوجة الحق في طلب موافقتها في حالة عدم وجود شرط عدم التعدد في عقد الزواج.

والمشرع المغربي أوجد مجموعة من النصوص القانونية التي تحمي حق المرأة في عدم التعدد عليها سواء حين إبرام عقد الزواج أو بعده، أثناء قيام العلاقة الزوجية.

<sup>1</sup>: الشيخ سيد سابق الزواج والطلاق في فقه السنة، الجزء الثاني دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ص.23.

<sup>2</sup>: المادة 10 من مدونة الأسرة.

**1- شرط عدم التعدد المدرج في عقد الزواج :**

تنص المادة 40 من مدونة الأسرة على منع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها.

يعتبر التعدد من الحقوق التي أقرها الشرع و القانون للرجل، حيث أجاز له التزوج بأكثر من واحدة دون أن يتجاوز أربع زوجات. ولكن هذا الحق يعتبر شبه ممتنع شرعا و ذلك مصداقا لقوله تعالى: " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم". وعلى هذا الأساس فالرجل الذي يرغب في الزواج بامرأة ثانية، يجب أن تتوفر فيه الشروط الأساسية والضرورية لكي يتمكن من القيام بواجباته اتجاه الزوجتين معا. لذلك وحماية للأسرة من الضياع و ضمانا لحقوق الزوجة الأولى، فالمشرع جعل امكانية التعدد رهينة بإمكانية العدل بين الأزواج، إلى حد منعه إذا خيف عدم العدل حسب تقدير القاضي الذي يرجع إليه الأمر في تقدير العدل من عدمه حسب كل حالة. كما يمكن للزوجة حين ابرام عقد الزواج، أن تشترط على زوجها بعدم التزوج عليها.

ولقد ثار الخلاف حول شرط عدم التعدد في عقد الزواج بين الفقهاء وعلماء المسلمين، بين مؤيد و معارض. ولكن الرأي الراجح هو جوازه شرعا و ذلك مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: " أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج". يدل هذا الحديث على إلزامية الوفاء بالشروط المتفق عليها بين الرجل والمرأة و المدرجة في عقد الزواج. و ذلك لأن الأمور المتعلقة بالزواج هي أجل و أقدس عند الله سبحانه وتعالى. فعقد الزواج ليس كباقي العقود، التي يمكن أن تكون محدودة في الزمن، فهو ذلك الميثاق الذي يهدف إلى الترابط والتساكن على سبيل الدوام.

و هناك أيضا الواقعة التي وقعت في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم، حيث أن علي ابن أبي طالب خطب بنت أبي جهل ، فسمعت بذلك فاطمة الزهراء فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يزعم قومك أنك لا تغضب لبناتك ، وهذا علي ناكح بنت أبي جهل ، فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فسمعت حين تشهد يقول : "إن فاطمة بضعة مني ، ويؤذي ما آذاها ، وإني أكره أن يسوءها ... وإن بني هشام بن المغيرة استأذنوا في أن ينيكحوا ابنتهم علي بن أبي طالب ، فلا آذن ، ثم لا آذن ، ثم لا آذن ، وإني لست أحرم حلالا ولا أحل حراما ، ولكن لا تجتمع بنت رسول الله و بنت عدو الله أبدا ، إلا أن يريد ابن أبي طالب أن يطلق ابنتي". وذكر ابن القيم وغيره أن الرسول صلى الله عليه وسلم لما رفض أن يتزوج علي على ابنته فاطمة رضي الله عنها، كأنه قد ألزمه بالوفاء بشرط كان اشترطه عليه بعدم الزواج بامرأة ثانية مادامت فاطمة على ذمته. و لقد بين الرسول صلى الله عليه وسلم أنه بهذا الشرط لا يحل حراما و لا يجرم حلالا، حيث ألزمه بالوفاء بما اشترط عليه حين ابرام عقد الزواج.

وحق المرأة في عدم التعدد عليها يعتبر من الحقوق المكفولة بالشرع والقانون، و ذلك حماية للمرأة و صيانة لكرامتها وإرادتها في أن تعيش حرة في بيتها دون أن تتأذى بوجود ضرة تعيش معها وتشاركها زوجها إلا أن يكون ذلك برضاها وطبقا لضوابط شرعية تمكن من حماية الأسرة من المنازعات و الخلافات .



والمشرع المغربي و خلافات لبعض التشريعات الوطنية<sup>1</sup>، أمن بأحقية المرأة في أن تشتت عدم الزواج عليها في عقد الزواج و إلا فأمرها بيدها. و على هذا الأساس فالرجل ملزم بالوفاء بهذا الشرط، إلا أن يكون ذلك برضاها فتسمح له إن توفرت له الظروف، بالزواج بامرأة أخرى. ولكن إذا أصر الزوج بالزواج بامرأة ثانية رغم وجود شرط عدم التعدد في عقد الزواج، يبقى للزوجة الأولى الحق في التمسك بالشرط المذكور و رفض التعدد. و في حالة تمسك الزوج بخرق شرط عدم التعدد، يحق للزوجة الأولى أن تطلب التلطيق بناء على عدم احترام شرط عدم التعدد. ولكن ما هي الحلول التي جاء بها المشرع المغربي في حالة عدم وجود شرط عدم التعدد في عقد الزواج.

## 2- حالة عدم وجود شرط الامتناع عن التعدد في عقد الزواج :

للزوجة أيضا الحق في إبداء رأيها عندما يريد زوجها التزوج بامرأة ثانية حتى و إن خلا عقد الزواج من شرط الامتناع عن التعدد، وذلك خلافا لما كان يجري به العمل في مدونة الأحوال الشخصية قبل التعديل وخصوصا المادة 29 التي كانت حريصة على التقيد بالنص الشرعي الذي ينص على التعدد مع التأكيد على ضرورة العدل بين النساء. إلا أنه مع التعديل الذي طال مدونة الأحوال الشخصية سنة 1993 و خصوصا المادة 30، حيث أكدت على ضرورة إشعار الزوجة الأولى برغبة زوجها في التزوج مرة أخرى، إضافة إلى حقها في مراجعة القضاء من أجل دفع الضرر الذي يمكن أن يصيبها من جراء التعدد، مع إمكانية رفض الطلب من طرف القاضي المختص إذا خيف عدم العدل. هذا إضافة إلى حق المرأة المراد التزوج عليها بإخبارها بأن الزوج متزوج بغيرها. ثم جاءت مدونة الأسرة بمسطرة خاصة في مسألة التعدد، ويتجلى ذلك من خلال المادة 42، التي تجبر الراغب في التعدد بتقديم طلب في هذا الشأن إلى المحكمة المختصة مبينا فيه الأسباب الموضوعية الاستثنائية المبررة له، و كذلك مع تقديم بيان مفصل عن وضعيته المادية. وتجدر الإشارة أن المشرع المغربي ألزم المحكمة في المادة 43 باستدعاء الزوجة المراد التزوج عليها للحضور و مناقشة المسألة في غرفة المشورة بحضور زوجها.

ولقد حرص المشرع المغربي على ضرورة تبليغ الزوجة شخصيا، و ذلك بإحدى الوسائل المنصوص عليها في المادة 37 من قانون المسطرة المدنية، غير أنه إذا كانت الزوجة تقيم خارج المغرب، يتم توجيه الاستدعاء بواسطة السلم الإداري على الطريقة الدبلوماسية أو بواسطة البريد المضمون. و في حالة توصل الزوجة باستدعاء الحضور في المرة الأولى و لم تحضر، توجه إليها المحكمة إنذارا عن طريق عون كتابة الضبط تشعرها فيه بأنها إذا لم تحضر في الجلسة المحدد تاريخها في الإنذار، فإن المحكمة ستبث في طلب الزوج غيابيا. ولكن هذا لا يعني بأن المحكمة ستحكم لصالح الزوج تلقائيا بسبب عدم حضور الزوجة.

إن ضرورة استدعاء الزوجة للحضور أمام المحكمة، تتجلى في إعطائها الحق في الدفاع عن نفسها وعن أسرتها و خصوصا في مواجهة زوجها بالمبررات التي قدمها للمحكمة من أجل الحصول على الإذن بالتعدد. هذا بالإضافة إلى رغبة المشرع في مناقشة الزوجة لزوجها من أجل تقريب وجهات النظر و محاولة التوفيق والاصلاح بينهما<sup>2</sup>. و تجدر الإشارة أن المحكمة، و بموازاة مع المسطرة المنصوص عليها في مدونة الأسرة، تقوم بإجراء بحث دقيق حول القضية المعروضة عليها من أجل استقصاء الوقائع و كذلك التحري عن الوضعية المادية والاجتماعية للزوج. لكن ما هم

<sup>1</sup> نتحدث هنا عن القانون الإماراتي، الذي وإن كان يعطي الحق للمرأة في أن تشتت على زوجها بعدم التزوج عليها، ولكنه بالمقابل يجعل هذا الحق خالصا للرجل لا يمكن أن يمنع منه بهذا الشرط. فالمحاكم في دولة الإمارات لا تحكم بالطلاق بطلب من المرأة في حالة مخالفة الرجل لشرط عدم التعدد. حيث تعتبر المحكمة أن للرجل الحق في أن يتزوج باثنتين أو ثلاث، باعتبار أنه يستعمل حقا شرعيا خوله إياه الشرع والقانون، إلا أنه من حق الزوجة التي تزوج عليها زوجها، إذا وجدت في هذا الزواج ما يضر بها، كأن يكون هذا الزوج لا يعدل بينها وبين الزوجة الجديدة، أن تثبت ذلك وتطلب الطلاق إن شاءت، أما الزواج في حد ذاته فلا يعد ضرراً موجبا للطلاق، وإنما يتحقق الطلاق عند الهجر من الفراش أو عدم العدل سواء في المعاشرة أو في الانفاق.

<sup>2</sup> الكشيبور محمد، شرح مدونة الأسرة، ج1، ص.182.

الحكم إذا تعذر تبليغ الزوجة نظرا لعدم توفر معلومات عن محل إقامتها أو بسبب تقديم الزوج بسوء نية لعنوان غير صحيح؟

هذه المسألة تطرقت إليها مدونة الأسرة في المادة 43، حيث أعطى المشرع المغربي الحق للمحكمة البث غيابيا في طلب التعدد المقدم من طرف الزوج، وخصوصا إذا تعذر على النيابة العامة الحصول على موطن أو محل إقامة يمكن استدعاؤها فيه. أما إذا كان السبب في ذلك هو تقديم الزوج بسوء نية ببيانات غير صحيحة تتعلق بمحل إقامة الزوجة، فإن المحكمة وإذا ثبت لها ذلك، و بطلب من الزوجة، تطبق على الزوج مقتضيات الفصل 361 من القانون الجنائي بتهمة تقديم بيانات مزورة<sup>1</sup>.

هذا ويمكن للمحكمة، بعد دراستها لطلب التعدد و للمبررات المقدمة من طرف الزوج أن تأذن بالتعدد إذا توفرت شروطه الشرعية، وخصوصا المبررات الموضوعية الاستثنائية المنصوص عليها في مدونة الأسرة<sup>2</sup>، مع تقييده بمجموعة من الشروط يبقى تحديدها خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي وخصوصا في ما يتعلق بضمان حقوق الزوجة الأولى و أطفالهما. ولكن إذا ثبت للمحكمة من خلال المناقشات استحالة استمرار العلاقة الزوجية و خاصة مع إصرار الزوجة الأولى على طلب التطلق، تقوم المحكمة في هذه الحالة بتحديد مبلغ معين يتم من خلاله استيفاء كافة حقوق الزوجة و أولادهما الملزم الزوج بالإفناق عليهم. كما يجب على الزوج ايداع المبلغ المذكور في أجل لا يتعدى سبعة أيام، حيث يعتبر عدم الإيداع داخل أجل المحدد تراجعا عن طلب التعدد. و بعد ايداع المبلغ المحدد تصدر المحكمة حكما نهائيا بالتطلق و خصوصا في جزئه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية.

من الملاحظ أن المشرع المغربي قد قصر مدة الإيداع و جعلها فقط سبعة أيام بخلاف المدة المحددة للتطلق في المادة 83 من مدونة الأسرة، 30 يوما، وذلك رغبة منه في تفادي التطلق بسبب التعدد أو تفادي التعدد نفسه، و خصوصا إذا تعذر على الزوج إيداع المبلغ المحدد في أجل سبعة أيام. و لكن إذا لم يتم التوصل إلى حل بين الزوجين وتمسكا برأييهما، و خصوصا عند عدم طلب الزوجة التطلق، و بعد فشل جميع المحاولات من أجل إصلاح ذات البين من قبيل انتداب حكيمين أو مجلس العائلة أو من تراه مؤهلا للقيام بذلك، تقوم المحكمة تلقائيا بتطبيق مسطرة الشقاق، حيث تحكم بالتطلق و بالمستحقات الواجبة للزوجة كاملة مع مراعات مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>: ينص الفصل 361 من القانون الجنائي: "من توصل، بغير حق، إلى تسلم إحدى الوثائق المشار إليها في الفصل السابق، أو حاول ذلك، إما عن طريق الإدلاء ببيانات غير صحيحة، وإما عن طريق انتحال اسم كاذب أو صفة كاذبة، وإما بتقديم معلومات أو شهادات أو إقرارات غير صحيحة، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين<sup>1</sup> إلى ثلاثمائة درهم....".

<sup>2</sup>: تنص المادة 41 من مدونة الأسرة على أنه: "لا تأذن المحكمة بالتعدد:

-إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي،

-إذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، و ضمان جميع الحقوق من نفقة و إسكان و مساواة في جميع أوجه الحياة.

<sup>3</sup>: المادة 97 من مدونة الأسرة.

## ثانيا- رأي القضاة في طلبات التعدد :

كما سبق ذكره، فالمشرع المغربي أعطى للزوجة الحق في تحديد موقفها من التعدد سواء بالقبول أو الرفض. وتتجلى هذه المسألة في حقها في اشتراط عدم التزوج عليها في عقد الزواج، إضافة إلى حقها في رفض التعدد حتى وإن خلا عقد الزواج من شرط الامتناع عن التعدد. لكن تبقى للقضاء الكلمة الفصل عند النظر في طلبات التعدد. من المعلوم أن المشرع المغربي لم يمنع الرجل الذي يرغب بالزواج بامرأة ثانية. لكنه قيده بتوفر المبررات الموضوعية الاستثنائية، إضافة إلى توفر الموارد الكافية للإعالة الأسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة و إسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة. وتجدر الإشارة أن المشرع لم يحدد مضمون المبررات الموضوعية الاستثنائية، حيث ترك ذلك للقضاء. لكن السؤال الذي يطرح هنا هو كيف يمكن للقضاء أن يحمي حقوق المرأة عند البث في طلبات التعدد؟ للإجابة عن هذا السؤال لا بد أولاً للقاضي من تقييم المبررات الموضوعية الاستثنائية الواردة في طلبات التعدد، ثم بعد ذلك تحديد موقفه بعد تقييم الموارد التي يتوفر عليها طالب التعدد.

## 1- تقييم المبررات الموضوعية الاستثنائية من طرف القضاء :

لقد ألزم المشرع المغربي في المادة 41 من مدونة الأسرة طالب التعدد، أن يوضح المبررات الموضوعية الاستثنائية، إضافة إلى التوفر على الموارد الكافية للإعالة أسرتين. لكن المشرع لم يعطي مفهوما حقيقيا للمبرر الموضوعي الاستثنائي، حيث ترك ذلك للقضاء. لكن هل المبرر الذي تحدثت عنه المدونة يجب أن يكون موضوعيا من جانب الزوج أم يتعلق بالمبرر نفسه؟

المبرر الموضوعي، هو الدافع الحقيقي الذي يجعل الزوج يفكر في الزواج بامرأة أخرى. لكن هل بنفس المبرر الذي قاده إلى الزواج الأول؟ من المعلوم أن الزواج الأول يكون مبنيا عادة على مبررات ذاتية، وذلك لأن الزوج ارتضاه عن طواعية واختيار من أجل تحقيق الأهداف الموضوعية المتوخاة من الزواج وهي التساكن والمعاشرة و إنشاء أسرة على وجه الدوام. لكن لما يفشل الزواج الأول في تحقيق أهدافه يصبح الزوج مضطرا إلى البحث عنها في زواج ثان. فعندما تصاب الزوجة الأولى بمرض عضال يكون من نتائجه استحالة المعاشرة الزوجية، أو كثرة الخلافات بين الزوجين تجعل التساكن شبه منعدم بينهما، وكذلك عقم الزوجة يمكن أن يعتبر مبررا موضوعيا و خصوصا إذا طالت مدته.

و قد اختلفت الآراء الفقهية حول المبرر الموضوعي. حيث يرى البعض أن يكون هذا المبرر مشروعا و مسائرا لمقاصد الشريعة الاسلامية<sup>1</sup>، في حين يرى البعض الآخر أن المبرر الموضوعي هو ما لا تستقر بغيره جوانب مادية أو معنوية من حياة الانسان<sup>2</sup>. و المبرر الموضوعي يجب أن يكون استثنائيا حتى يمكن اعتباره سببا حقيقيا للتعدد، فالموضوعية و الاستثنائية هما صفتان متلازمتان للسبب الذي يجب أن يستند عليه طلب التعدد. و على هذا الأساس فالمبرر يجب أن يكون مبنيا على ضرورة مشروعة، بحيث عند انتفائها يتعذر تحقيق الهدف الأسمى من الزواج. لكن السؤال المطروح هنا هو ما مدى موضوعية القضاء في تحديد مفهوم المبرر الموضوعي الاستثنائي؟

لقد تعددت الأحكام و القرارات القضائية في شأن تحديد مفهوم المبرر الموضوعي الاستثنائي. فالزوجة التي رفضت أن تقيم مع زوجها في البداية حيث يقيم ويمارس عمله، لا يعتبر في نظر المحكمة مبررا موضوعيا استثنائيا مادام أن الزوج له الحق في أن يطالب زوجته بالالتحاق به والعيش معه ببيت الزوجية حيث يسكن<sup>3</sup>. فالمبرر الذي اعتمده الزوج لا

<sup>1</sup>: الأزهر محمد، شرح مدونة الأسرة " الطبعة الأولى، مطبعة دار النشر، الدار البيضاء، 2006، ص.78.

<sup>2</sup>:الكشور محمد، مرجع سابق، ص.213.

<sup>3</sup>: محكمة الاستئناف بالحسيمة، قرار غير منشور، ملف عدد 365 صادر بتاريخ 06/7/26.

يعتبر في نظر محكمة موضوعيا استثنائيا وذلك لأن مسألة الإقامة في بيت الزوجية تتطلب مسطرة أخرى غير مسطرة التعدد.

ويمكن أن يكون الإذن بالتعدد من أجل تحويل علاقة غير شرعية إلى علاقة شرعية تسمى بالزواج والمحافظة على حقوق الإبن الذي ترتب عن العلاقة غير الشرعية. ففي نازلة الحال، و بعد أن تم رفض الطلب من طرف المحكمة الابتدائية، تم الطعن بالاستئناف، و بعد دراسة ملف القضية من طرف المحكمة، وكذا تصريحات الطرفين وخاصة تصريحات الزوجة المراد التزوج عليها أمام المحكمة الابتدائية، فقد ثبت لها عدم وجود الشرط المانع من التعدد كما أن الزوجة عبرت وبصريح العبارة عن موافقتها لزوجها على التعدد، وبتشبها بالعلاقة الزوجية التي تربطها بزوجها<sup>1</sup>.

و يمكن أن يكون الإذن بالتعدد مبررا بسبب مرض الزوجة الأولى، حيث تصبح معه المعاشرة الطبيعية بين الأزواج غير ممكنة. و على هذا الأساس، قضت محكمة الاستئناف بوجدة، حين ألغت حكما للمحكمة الابتدائية بوجدة كان قد قضى برفض طلب التعدد، باعتبار مرض الزوجتين مبررا موضوعيا استثنائيا يبني عليه طلب الإذن بالتعدد. حيث أن طالب الإذن بالتعدد متزوج بزوجتين ويريد التزوج بالثالثة نظرا لمرضهما، فالأولى مريضة بالقصور الكلوي وتخضع للتصفية الدموية بصفة مستمرة، والثانية هي الأخرى أعضاءها التناسلية منكشمة مع استئصال الرحم، حيث أدلى الزوج بالشواهد الطبية التي تثبت مرض الزوجتين. بالإضافة إلى أن الزوجتين معا قد وافقتا كتابة على التعدد ولم يمانعا في ذلك<sup>2</sup>.

لا يمكن للقضاء إعطاء مفهوم دقيق للمبرر الموضوعي الاستثنائي. و ذلك لاختلاف النوازل و بالتالي اختلاف المبررات التي يتقدم بها كل طالب الإذن بالتعدد. فالقاضي من خلال سلطته التقديرية، يكون ملزما بدراسة كل حالة على حدة من خلال الوثائق المقدمة بين يديه، حتى يتمكن من ضبط مفهوم المبرر الموضوعي الاستثنائي. لكن القاضي لا يمكن له أن يؤسس قناعاته فقط على توفر المبرر الموضوعي الاستثنائي، و لكن لا بد من توفر الشرط الثاني والذي يعتبر أساسيا للتعدد، وهو القدرة على تحمل مسؤولية الزواج الثاني دون أن تتضرر الزوجة الأولى و أولادها.

## 2- تقييم مدى توفر الموارد الكافية لطالب التعدد :

لا يمكن أن نتحدث عن موقف ثابت للقضاء من مسألة التعدد، وذلك راجع لتنوع الوقائع و النوازل. فالقاضي، قبل أن يبت في طلب الإذن بالتعدد لا بد أن يتحقق من توفر المبرر الموضوعي الاستثنائي المنصوص عليه قانونا، إضافة إلى الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، و ضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة. من أهم الشروط الواجب توفرها في طالب التعدد القدرة على تحمل أعباء الأسرة الثانية. فالعدل بين الزوجات رهين بالقدرة

<sup>1</sup>: محكمة الاستئناف، قرار رقم 294، ملف عدد 2006/6، صادر بتاريخ 61/7/2006.

<sup>2</sup>: محكمة الاستئناف بوجدة، قرار عدد 93، ملف رقم 645/2.

المادية و البدنية، وتتوقف القدرة على جميع الوثائق الثبوتية التي تبين الدخل الحقيقي للمعني بالأمر وكذلك شهادة طبية إن لزم الأمر تبين بأنه بصحة جيدة تمكنه من تحمل مسؤولياته الناجمة عن الزواج. لكن ما هو المعيار الحقيقي لتحديد مدى قدرة طالب التعدد لإعالة أسرته؟ و هل يكفي موافقة الزوجة الأولى للإذن بالتعدد؟

من المعلوم أن القدرة البدنية لطالب التعدد يمكن تحديدها من خلال تقرير طبي في كل وقت وحين، لكن الموارد المالية فهي مرتبطة بزمان ومكان طالب التعدد<sup>1</sup>. لكن تبقى مواقف القضاء متضاربة في العديد من المناسبات، حيث اذنت استثنائية وجدة بالتعدد لفلاح، متزوج بامرأتين من قبل، يستغل قطعاً فلاحية مغروسة بالزيتون، و اعتبرت أن هذه الموارد الفلاحية كافية لإعالة الأسرة وضمن جميع الحقوق من نفقة وإسكان وغيره في البيئة البدوية التي يعيش فيها<sup>2</sup>. يبدو أن قرار هذه المحكمة قد صادف الصواب، فمستوى العيش في العالم يختلف عن العالم الحضري و خصوصاً أن هذا الشخص قد أدلى بمبررات اعتبرت من طرف المحكمة موضوعية استثنائية، مما جعل المحكمة تأذن له بالتعدد.

في المقابل اعتبرت المحكمة الابتدائية بتزنيث دخلاً شهرياً قيمته 6000 درهم كما صرح به طالب الإذن بالتعدد الذي ينشط في تجارة الماشية، لا يكفي لإعالة أسرته بالعالم القروي. وحكمت بأنه لا يكفي لتغطية احتياجاته الشخصية و حاجيات زوجته وأولاده<sup>3</sup>. و هناك حالات أخرى ترى المحكمة بعدم كفاية الموارد المتوفرة لإعالة أسرته رغم ارتفاع دخل طالب التعدد، نظراً للظروف المعيشية المرتبطة بزمان و مكان المعني بالأمر. فالمحكمة تبقى لها السلطة التقديرية لتحديد قيمة الموارد الكافية لإعالة أسرته وفق ما يقتضيه واقع الحال حتى وإن وافقت الزوجة الأولى على التعدد. فموافقة هذه الأخيرة لا يعتبر في نظر المحكمة شرطاً أساسياً، حيث يبقى هاجس المحكمة هو الخوف من عدم العدل، وذلك من أجل الحفاظ على حقوق الزوجة الأولى و أطفالهما إن وجدوا.

<sup>1</sup>: الكشور محمد، مرجع سابق، ص.214.

<sup>2</sup>: محكمة الاستئناف بوجدة، قرار عدد 93، ملف رقم 645/2.

<sup>3</sup>: المحكمة الابتدائية بتزنيث، حكم صادر بتاريخ 2011/11/3.

## خاتمة :

رغم النصوص القانونية التي وضعت من أجل حماية حقوق المرأة وخاصة حقها في عدم التعدد من قبيل حقها في اشتراط عدم التعدد في عقد الزواج وكذلك أخذ رأيها عند عدم وجود هذا الشرط. لكن هناك مجموعة من حالات التعدد الفعلي التي تضع المرأة و القضاء أمام الأمر الواقع. فهناك مجموعة من الزيجات التي تبرم بطريقة الفاتحة دون علم الزوجة الأولى، حيث يتم هذا الزواج في إطار التحايل على النصوص القانونية المنظمة لمسألة التعدد. وبعد ذلك يتم اللجوء بطلب إلى المحكمة بدعوى " ثبوت الزوجية " في إطار المادة 16 من مدونة الأسرة. ففي قرار صادر عن محكمة النقض، مؤيدة حكم المحكمة الابتدائية و قرار محكمة الاستئناف، اعتبرت فيه: " أن الدعوى مؤطرة وفق مقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة، المتعلقة بسماع دعوى الزوجية، دون المادة 42 من القانون نفسه المتعلقة بمسطرة التعدد التي ليس فيها موافقة الزوجة الأولى، والتي أصبحت متجاوزة بوجود زواج المطلوبين وإنجابهما خلاله... " <sup>1</sup>. واستدلت المحكمة على صحة الزواج الثاني بإثباته من خلال حضور الجيران والفقهاء، وتحديد مبلغ الصداق في 10000 درهم، «وتمت قراءة الفاتحة». واعتبرت المحكمة عذر اقتراب انتهاء العطلة السنوية للزوجين مبررا مقبولا لعدم توثيقهما الزواج عام 2007، لكونهما اضطررا إلى الالتحاق بعملهما في إسبانيا.

وفي قرار اخر لمحكمة النقض اعتبرت فيه أن أركان الزواج هي الإيجاب والقبول، وبتطابقهما يكون الرضا في عقد الزواج إضافة إلى الشروط الأخرى، ومنها انتفاء الموانع الشرعية... ولما ثبت للمحكمة تراضي الطرفين على الزواج واشتھاره، كما صرح بذلك الشهود، وإنجاب الولد وعدم وجود موانع، وقضت بثبوت الزواج بينهما، فإنها طبقت المادة 16 من مدونة الأسرة، وأما ما يتعلق بمسطرة التعدد، فإنها تطبق قبل كتابة العقد، أما بعد ثبوت الزواج والبناء بالزوجة ووجود الحمل أو الولد، فإنها تصبح متجاوزة، ولذلك يبقى ما أثير غير جدير بالاعتبار وتعين رفض الطلب» <sup>2</sup>.

إذن تبقى السلطة التقديرية للقضاء هي الكلمة الفصل في مثل هذه القضايا، حيث أن القاضي يجد نفسه أمام الواقع الذي يفرض عليه من جهة حماية حقوق الأسرة الناتجة عن الزواج الأول، ومن جهة هناك أسرة أخرى تكونت ولو عن طريق زواج خارج النص القانوني، ولكنه شرعي منتج لآثاره.

<sup>1</sup> محكمة النقض، قرار صادر في 13/04/2013. غير منشور.

<sup>2</sup> محكمة النقض، قرار صادر في 26/03/2011. غير منشور.

## وسائل الدفع الإلكترونية المدعمة في حقل المصارف الجزائرية



عبد العزيز خنفوسي : أستاذ محاضر قسم - أ

أستاذ جامعي دائم كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الدكتور مولاي الطاهر بسعيدة ، الجزائر

Email : azizkhanfouci@yahoo.fr

مقدمة :

نتج عن التطور الذي جاءت به التجارة الإلكترونية ظهور وسائل عديدة يتم بموجبها تنفيذ العقود والالتزامات المترتبة عن العلاقات القانونية التجارية من بيع للسلع وتقديم خدمات عبر الانترنت (1)، وكنتيجة منطقية لذلك ظهرت عدة وسائل للدفع يتم من خلالها انقضاء الالتزام القائم بين طرفين. ويمكننا التمييز في هذا الصدد بين نوعين من وسائل الدفع، فمنها ما كان موجودا وما تغير فيها إلا طرق معالجتها، ونجد في ذلك السفتجة الورقية والشيك الورقي العادي اللذين يعتبران وسيلتين للوفاء وتعبيرا لإرادة الطرفين على دعامة ورقية في شكلها التقليدي، حيث أن معالجتها إلكترونيا يعطيها صبغة تتماشى وطبيعة التجارة الإلكترونية.

لهذا ارتأينا دراسة هذه الوسائل في شكلها الحديث فقط، والتي تغيرت طريقة معالجتها وطرق تداولها ومنها السفتجة الإلكترونية والشيك الإلكتروني، أو تغيرت تسميتها من المقاصة الكلاسيكية إلى المقاصة الإلكترونية. أولا: السفتجة الإلكترونية نظيرة للسفتجة الورقية.

تعتبر السفتجة في شكلها العادي محررة على دعامة ورقية عملا تجاريا حسب الشكل ووسيلة دفع، ويرتبط لصحتها الشروط الواردة في نص المادة 390 من القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم، والمتمثلة في ما يلي :

- تسمية "سفتجة" في متن السند نفسه، وباللغة المستعملة في تحريره.

- أمر غير معلق على قيد أو شرط بدفع مبلغ معين.

- اسم من يجب عليه الدفع (المسحوب عليه).

- تاريخ الاستحقاق.

- المكان الذي يجب فيه الدفع.

- اسم من يجب الدفع له أو لأمره.

- بيان تاريخ إنشاء السفتجة ومكانه.
  - توقيع من أصدر السفتجة (الساحب) (2).
- وفي وقتنا الحالي أغلبية السفتجات المحررة يتم معالجتها إلكترونياً، وهذا باستعمال الدعائم الإلكترونية عوض الدعائم الورقية (3).

ارتبطت نشأة السفتجة الإلكترونية بالتجربة الفرنسية نتيجة لجهود اللجان التي اضطلعت بمحاولة حل المشاكل المالية والإدارية الناشئة عن التعامل بهذه الوسيلة، خاصة إذا ما تعلق الأمر بتدخل البنوك كطرف في هذه المعاملة، ورغبة في الاستفادة من تقنيات المعلوماتية الحديثة، والتجهيز الإلكتروني خاصة في ظل وجود الحاسب الآلي للمقاصة الموجود بالبنك المركزي بفرنسا (4).

ولا يختلف كثيراً تعريف الكمبيالة الإلكترونية عن مثيلتها المحررة على الدعائم الورقية، فنظام الكمبيالة الإلكترونية يعتمد على تدقيق أو تطوير للنظام أو الميكانيزم الذي وضع للكمبيالة الورقية. فيمكن القول أن السفتجة الإلكترونية هي عبارة عن: "محرر شكلي ثلاثي الأطراف معالج إلكترونياً بصورة كلية أو جزئية يتضمن أمراً من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغاً من النقود لشخص ثالث يسمى المستفيد لدى الاطلاع أو في تاريخ معين".

والواقع أنه ليس هناك ما يمنع من الناحية القانونية أن توجد الكمبيالة الإلكترونية فيما بين الأفراد والشركات مع بعضها البعض من خلال الشبكات الخاصة، بل ومن خلال شبكة الإنترنت، وإلى جانب استعمالها في العمليات المصرفية فهي عملية تعتمد على قدر كبير من التنظيم الفني والقانوني لمثل هذه القروض، خاصة في ضوء الاعتراف بحجية المستندات الإلكترونية ووجود طرف ثالث مثل هيئات التصديق الإلكتروني التي تضمن الثقة والمصدقية لدى الأطراف المتعاملة بالكمبيالة الإلكترونية.

ويمكننا أن نميز بين نوعين أساسيين من الكمبيالات الإلكترونية فيما يلي (5) :

#### 1- السفتجة الورقية أو المقترن بكشف (La Lettre de Change relevé Papier) :

ويرمز لها اختصاراً بـ (L.C.R papier)، وهي التي تصدر من البداية في شكلها التقليدي على دعامة ورقية، ثم يتم معالجتها إلكترونياً عند تقديمها إلى البنك لتحصيلها أو بمناسبة تظهيرها لأي طرف آخر، فيكون لها شكلية إلكترونية بواسطة بيانات تتداول عبر قنوات الاتصال بين حواسيب الأطراف المتعاملة بها.

#### 2- السفتجة الممغنطة (La Lettre de Change relevé Magnétique) :

والتي لا تعتبر عملاً تجارياً، ويرمز لها اختصاراً بـ (L.C.R Magnétique)، وفي هذا النوع يختفي أي ظهور للدعامة الورقية، وتصدر من البداية على دعامة ممغنطة مستوفية لكافة البيانات اللازمة لصحتها الخاصة بالمستفيد، المسحوب والتوقيع الإلكتروني.

والواقع أن هذا النوع هو الذي يمثل قمة الاستفادة من التقنيات الإلكترونية الحديثة (6)، فتحرر وتتداول في كل مراحلها بالطرق الإلكترونية.

أما بالنسبة للطبيعة القانونية للسفتجة الإلكترونية فقد تضاربت الآراء حولها على النحو التالي :

- أ- السفتجة الإلكترونية ليست عمل تجاري؟: اعتبر اتجاه من الفقه بأن السفتجة الإلكترونية ليست عملاً تجارياً ولا تعبر عن تسميتها أي أنها ليست بسفتجة، ولذلك فإن قانون الصرف الذي نتج عن اتفاقيات جنيف يعتمد على الحتمية المطلقة على وجود أمر على دعامة ورقية، والذي يحمل الشروط الشكلية المذكورة سابقاً، والشيء ذاته



يظهر على الدعامة الورقية لكي يغيب ولا يظهر تماما في السفتجة الإلكترونية فتكييفها أنها سفتجة مستبعدة بالضرورة.

وكتنتيجة لذلك لا يتم تطبيق قواعد القانون التجاري (7) على هذه الوسيلة من وسائل الدفع الإلكترونية، وبالتالي لا يمكن أن تكون محل نفس قواعد الكمبيالة العادية كالنظهير ونقل الملكية والقبول، ومن المستحسن أن تكون إجراءات الكمبيالة الإلكترونية أقرب إلى تلك الخاصة بالكمبيالة الورقية، فكل قواعد قانون (*Cambiaire*) مستبعدة وخاصة القواعد الخاصة بالطابع الإلزامي لميعاد الدفع الذي لا يسمح بأي ميعاد إضافي.

ب- خضوع السفتجة الإلكترونية للقواعد العامة الخاصة بالحوالة: ويرى هذا الاتجاه وعلى رأسهم الأستاذ "فاسور (*M. Vasseur*)" أن الكمبيالة الإلكترونية تخضع لنظام يقترب من النظام الذي يخضع له أمر الدفع (*Avis de Prélèvement*)، فالبنك الذي يدفع بمناسبة كمبيالة الكترونية يقوم بخضم المبلغ من رصيد زبونه (صاحب الرصيد)، وذلك بعدما يقوم هذا الأخير بالسماح بهذا الخضم عن طريق أمر الدفع لصالح المستفيد. واعتمادا على ذلك، فإن تقنية الحوالة تلتقي مع الكمبيالة الإلكترونية في مستويين اثنين:

- عن طريق المسحوب عليه (*Le Tiré*) الذي تسحب عله الكمبيالة الإلكترونية (*L.C.R Magnétique*)، والذي يقدم للبنك أمرا لإجراء الدفع أي الدفع بموجب أمر الكمبيالة الإلكترونية.
- عن طريق المدين عندما يأمر البنك عند إرجاع الأمر (*Le Relevé*) أو الكمبيالة الإلكترونية، ويؤكد على عملية الدفع.

فتم عملية الدفع بتحويل مبلغ الكمبيالة من رصيد المدين إلى رصيد الدائن، وفي كل الأحوال لا يمكن اعتبار الشريط المغناطيسي أنه يمثل طبيعة الدين، ويمكننا استنتاج البعد الذي يفرق الكمبيالة الإلكترونية والأعمال التجارية إذا كانت ضمانات دفع هذا الأخير نتيجة قطيعة لالتزامات الموقعين، وبالتالي فإن ضمانات دفع الكمبيالة الإلكترونية تعتمد أساسا على العلاقة التعاقدية والائتمان بين البنك وزبونه (8).

وعلى ذلك فلا مناص من اللجوء إلى القواعد العامة التي وضعها المشرع للأوراق التجارية التقليدية التي أدرج الفقه تسميتها بقانون الصرف، وفي رحاب هذه القواعد يثور التساؤل عن مدى خضوع الكمبيالة الإلكترونية بنوعها لقانون الصرف، فإجابة الفقه عن هذا السؤال انطلقت من نظرة مبدئية وهي ضرورة المحرر الورقي كمحرر لتطبيق أحكام قانون الصرف، ومن ثم كانت الإجابة البديهية أن الكمبيالة الإلكترونية الورقية تخضع لأحكام قانون الصرف، أما الممغنطة فلا يمكن أن تخضع لأحكام هذا القانون.

ج- حجية السفتجة الإلكترونية: الواقع أن ما تم تحليله سابقا في عنصر طبيعة الكمبيالة الإلكترونية محل نظر ودراسة، وخاصة بعد صدور قانون التوقيع الإلكتروني، ذلك أن المشرع لم يشترط في المحرر أن يكون ورقيا، فلا يوجد في الأصل اللغوي لكلمة المحرر ما يقتصر معناه على ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات سواء كان ورقيا أو غير ذلك، لذلك يمكن القول أن كلمة محرر تشمل المحرر الكتابي والإلكتروني على حد سواء (9).

وتم التأكيد على هذا المعنى من خلال المادة 05 من قانون "الأنسيترال النموذجي" التي تعرضت إلى الاعتراف القانوني برسائل البيانات بنصها: "لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ مجرد أنها في شكل رسالة بيانات"، وكذلك المادة 06 من القانون نفسه التي تنص على ما يلي: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقا".

ويمكن تدعيم هذا الرأي بقانون التوقيع الإلكتروني رقم 10 لسنة 2004 في مصر، والذي يعترف للمحركات الإلكترونية بذات الحجية المقررة للكتابة، والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت شروطها المنصوص عليها على سبيل المثال في المادة الأولى من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني التي تنص على أن الكتابة الإلكترونية هي: " كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى متشابهة تعطي دلالة قابلة للإدراك".

د- نظام أو ميكانيزم السفتجة الإلكترونية: يمتاز هذا النظام بالدقة مقارنة بنظام أو ميكانيزم استعمال السفتجة العادية التي تعتمد على الدعامة الورقية، فمسار أو نظام الدفع هو نفسه بين النوعين من السفتجات لكن الاختلاف يكمن في تكوين الأثر.

إن تكوين أو تقديم الكمبيالة الإلكترونية عمل تقوم به مؤسسة الساحب التي تستعمل نظامها الرقمي الخاص، فيكفي أن يكون لدى الساحب الكلمات السرية (*Codes*) الرقمية ما بين البنوك، وهي عبارة عن معلومات تقدم من البنك الذي يتعامل معه الساحب (10).

وتعميم هذا الميكانيزم والإجراء الخاص بالكمبيالة الإلكترونية يقودنا بدون شك إلى المخطط تقنية الأعمال التجارية لدعم القرض القصير الأجل، وإلى جانب ذلك يقدم لنا نظرة جديدة حول ضمانات الدفع التي تعتمد أساسا على علاقة الثقة والأمان المتبادل ما بين الأطراف.

ثانيا: الشيك الإلكتروني نظير للشيك الورقي.

يعتبر الشيك الوسيلة الثانية التي طورت، ونجد أن المشرع الجزائري لم يعرف الشيك وإنما اكتفى فقط بالنص على بياناته في المادة 472 من القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم، ولم تذكر ما إذا أمكن إصداره إلكترونيا، لكن يظهر ذلك ضمنا في قانون النقد والقرض المعدل والمتمم، والتنظيم رقم 97-03 المتعلق بغرف المقاصة في المادة 03 ف02 من هذا الأخير (11).

فبعدما كانت تستعمل الدعائم الورقية في المعاملات التقليدية تم تطوير هذه الوسيلة، وأصبح اليوم يستعمل الشيك المعالج رقميا أو ما يسمى بالشيك الإلكتروني.

فالشيك الإلكتروني يسمح بالقيام بالدفع بين طرفين مرورا بوسيط، وطريقة الدفع هذه تختلف عن طريقة استعمال الشيك الكلاسيكي نظرا لما تحمله هذه الشيكات المعالجة إلكترونيا والمتداولة عبر قنوات الاتصالات من خصوصية. فيقوم الوسيط بحصم مبلغ الشيك من رصيد المستعمل إلى رصيد الشركة (12)، ويعتبر أكثر الأوراق التجارية التي يمكن الاستفادة منها في مجال تقنية المعلومات والمعالجة الإلكترونية لها.

ويعرف الشيك الإلكتروني في هذا الصدد بأنه محرر ثلاثي الأطراف معالج إلكترونيا بشكل كلي أو جزئي، ويتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى البنك المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا من النقود لإذن شخص ثالث يسمى المستفيد.

كما يمكن اعتبار الصك الإلكتروني (*Electronic Cheks*) نظير للصكوك الورقية التقليدية التي اعتدنا التعامل بها، والصك الإلكتروني هو رسالة إلكترونية موثقة ومؤمنة يرسلها مصدر الصك إلى مستلم الصك (حامله) ليعتمده ويقدمه للمصرف الذي يعمل عبر الإنترنت، وليقوم المصرف بتحويل قيمة الصك المالية إلى حساب حامل الصك، وبعد ذلك يقوم بإلغاء الصك وإعادته إلكترونيا إلى مستلم الصك (حامله) ليكون دليلا على أنه قد تم صرف الصك فعلا وانقضى التزام الدفع، ويمكن لمستلم الصك أن يتأكد إلكترونيا من أنه قد تم بالفعل تحويل المبلغ لحسابه (13) وذلك بإمكانية مراقبة حركة حسابه على الخط مباشرة.

إذن تعتبر الشيكات الإلكترونية وسيلة دفع على الخط، حيث تتلائم مع معاملات البنوك الحديثة التي تسعى إلى استبدال الشيك الورقي بنوع إلكتروني يستعمل فيه توقيع إلكتروني حتى يتم التعرف على المستهلك على الخط (14)، وكذلك إعطائه صيغة قانونية.

ويخضع الشيك الإلكتروني لذات الأحكام التي تحكم الشيك التقليدي، كما يخضع فيما لا نص فيه لقواعد العرف المصرفي (15).

ولقد أدى استعمال الشيك الكلاسيكي القائم على الدعائم الورقية إلى ضخامة الوسائل المستعملة لمعالجتها بين البنوك والمؤسسات المالية، ولهذا الغرض تجتمع هذه المؤسسات في مركز المقاصة المتواجد في المدن الكبرى، وذلك لانقضاء التزامات كل طرف تجاه الآخر، وهذا النظام يعتمد على الاستعمال الهائل للورق الذي يأخذ زمنا طويلا لمعالجته.

ولهذا الغرض، وللتقليل من هذه العيوب تم إحداث نظام تبادل صور الشيكات على الكمبيوتر، كما سعت إلى ذلك فرنسا التي أنشأت تسعة مراكز للمبادلات الخاصة بالتسجيلات الرقمية، وتم وضع نظام (CRIEC) الذي يعتمد على انتقال الشيكات إلكترونيا حيث يتم الوفاء بالشيك الإلكتروني في غالب الأحيان خلال 48 ساعة بعد استلامه من البنك، كما تم وضع نظام وطني لتداول الشيك الإلكتروني (System National d'Echange "SNEIC" d'Images Chèques) للتقليل من المدة التي تفصل بين الاستلام ودفع الشيك الإلكتروني وبين المعاملات البنكية، والتي من شأنها تغيير التوازنات الاقتصادية الحالية.

وذلك بتغيير التوقيع اليدوي الذي يستبدل بتوقيع رقمي أو إلكتروني، وهذا النوع من نظام الدفع يستلزم وضع نظام (Logiciel) خاص بذلك، ويتم التداول بمراحل يكون الفارق الزمني بينها قصيرا جدا ويتم وفق المراحل التالية:

### 1- المرحلة الأولى :

يصدر البنك للزبون أو المستهلك دفتر صكوك أو دفتر شيكات إلكترونية بأرقام تسلسلية في الإطار المخصص له في موقع البنك أين يكون رصيده لديها، فيمكنه استعمالها بإرسالها على الخط مباشرة أو عن طريق نظام خاص بالمعاملين، فيكفي أن يملأ الشيك على الدعامة الإلكترونية كالشيك العادي، ويتم توقيعه إلكترونيا (Chiffré) أي توقيع مرقم.

واعتمادا على نظام القراءة الأوتوماتيكية للشيكات يتم بعث أمر الدفع الإلكتروني مباشرة إلى البنك، وتقوم هذه الأخيرة بدفع مبلغ الشيك كما لو أنه شيك على دعامة ورقية.

### 2- المرحلة الثانية :

في هذه المرحلة يقوم البنك أو المؤسسة المالية بالتأكد من العملية المالية من خلال إعلام المستهلك على الخط دائما والإشارة إلى رقم الشيك وكذلك مبلغ العملية، والجدير بالذكر أنه إذا كان الشخص مالكا لرصيد اتفاقي بخصوص شبكات عادية، فإنه لا يستلزم فتح حساب جديد لاستعمال الشيكات الإلكترونية، وبالتالي نجد أن الشخص يستفيد من خدمة الشيكات الإلكترونية اعتمادا على استعمال البنك الوسيط للشبكة العنكبوتية دون فتح حساب آخر بالضرورة.

وتستلزم عملية انتقال ودفع الشيكات الإلكترونية وضع نظام مركزي لمعالجتها وهذا ما يسمى بغرف أو مراكز المقاصة (Chambre de Compensation)، وهذا النظام يقوم بتحويل مبلغ الشيك من حساب

المستهلك أو الزبون المدين إلى حساب التاجر الدائن، هذا ولقد تمت معالجة حوالي 42 مليون شيك إلكتروني سنة 2000 في فرنسا.

وظهرت العديد من المؤسسات التي تقدم خدمة الدفع بالشيكات الإلكترونية ومنها مؤسسة *(Chek Free Corporation et Net Banque)* في الولايات المتحدة الأمريكية، أما في فرنسا فإن نظام حاسوب المقاصة *(Ordinateur de Compensation)* تم اختراعه وتسييره من طرف بنك فرنسا *(Banque de France)* منذ 1972 (16)، والغرض من هذا النظام هو تسهيل العمليات التي تستعمل فيها الأشرطة المغناطيسية التي تمثل دعامة للشيكات الإلكترونية، ولأوامر الدفع، وكذلك للكمبيالات الكلاسيكية والإلكترونية. ومنذ 1993 اعتمد على نظام آخر وهو نظام ما بين البنوك للمقاصة الإلكترونية *(Système Interbancaire de Compensation)*، وهذا الأخير عبارة عن نظام يقوم بتسيير العمليات البنكية غير المادية الخاصة بكافة وسائل الدفع باستثناء الشيك الكلاسيكي، وتقوم مجموعة من البنوك بتسييره إلى جانب بنك فرنسا.

ولقد تم اعتماد هذا النظام في بداية التسعينات ليحل محل حاسوب المقاصة، وليقوم بدوره بالمقاصة بين المتعاملين والدفع الذي يتم بالوسائل الإلكترونية، وعرف هذا النظام إقبالا هائلا خاصة منذ 2002 حيث أصبح النظام الوحيد الذي يقوم بتداول وسائل الدفع، فأصبح يقوم بـ 45 مليون عملية دفع ومقاصة يوميا، والتي تمثل بدورها حوالي 19 مليار أورو، وهذا التطور جاء كنتيجة للتطور التدريجي لوسائل الدفع الإلكترونية وتنحية طابعها المادي (17).

والجدير بالذكر في هذه النقطة هو أن الجزائر وبموجب التنظيم رقم 97-03 نظم في مادته الثالثة تسيير ومهام غرفة المقاصة التي تهدف أساسا إلى تسهيل العمليات المالية اليومية للمشاركين فيما بينهم بغض النظر عن الوسائل المستعملة عادية كانت أم الكترونية، والتي يتحمل مصاريف تسييرها المشتركين فيها حسب الشروط المقررة من طرف بنك الجزائر، وتشير المادة 18 من التنظيم على أنه يقصد بعملية المقاصة ما يلي: "كافة العمليات التحويلية اليومية بين بنك الجزائر والأعضاء من جهة، وبين الأعضاء فيما بينهم من جهة أخرى لصالح صاحب الحساب لدى المشتركين فيها بكافة وسائل الدفع التقليدية والإلكترونية، ويتم ذلك في مقر الغرفة وبحضور ممثل لكل عضو معني بالعملية التحويلية"، وعليه إذا كانت هذه العمليات يومية فهي تساير إلى حد كبير متطلبات التجارة الإلكترونية التي تسعى كافة الدول إلى تطويرها (18).

ومن خلال ما تقدم يمكن أن نشير كذلك إلى مسألة التوقيع الإلكتروني (19) الذي يتضمنه الشيك الإلكتروني، والذي من شأنه التدليل على هوية الموقع وعلى التزامه بما وقع عليه، والذي يكسب الشيك الإلكتروني قوة ثبوتية قانونية. وفي هذا الصدد حاول المشرع الجزائري تنظيم التوقيع الإلكتروني سواء من حيث النص على قيمته الثبوتية أو وضع مبدأ التكافؤ الوظيفي بينه وبين التوقيع التقليدي، وذلك من خلال نص المادة 327 المستحدثة من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم المتعلقة بالكتابة العرفية بقولها أنه: "... ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 01 أعلاه"، وعند الرجوع لنص المادة المحال لها يتبين أنه لا يعتد بالتوقيع الإلكتروني على الوثائق الرقمية بما فيها الشيك الإلكتروني، إلا إذا توافرت فيه الضوابط المنصوص عليها بقولها: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

فمن خلال هذين النصين يتبين أن المشرع لم يول اهتمامه لهذا النوع من التوثيق ولم يحدد شكلا له، بل اكتفى على مجرد إقرار المساواة بين الإثبات بالكتابة على دعامة ورقية والإثبات بالكتابة في شكلها الإلكتروني متى توفرت الشروط المدرجة في المادة **323** مكرر **01** من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، وهذا القول يشمل حتى نص المادة **03** من المرسوم رقم **07-162** التي تؤكد على أهمية التوقيع الإلكتروني في مجالات الحياة من جهة، ومن جهة أخرى تجربنا على الرجوع إلى نص المادة **323** مكرر **01** من القانون السابق، إذ لكي يأخذ بالتوقيع الإلكتروني يجب أن تكون:

- الورقة محفوظة في ظروف تضمن سلامتها.
- إمكانية التأكد من هوية الشخص مصدرها.

ثالثا : نظام المقاصة الإلكترونية.

إن تطور وزيادة حجم المعاملات المالية وسرعتها بين المؤسسات البنكية جعل من المقاصة التقليدية غير قادرة على تلبية حاجيات القطاع المصرفي، كما جعلها غير قادرة على الاستجابة لمتطلبات البنوك الحديثة، لذلك كانت المقاصة الإلكترونية أنجع حل تلجأ إليه البنوك الحديثة في ظل تألية النظام النقدي.

ويتعلق هذا النظام بإدخال الإعلام الآلي عن بعد، والذي تستخدمه البنوك فيما بينها من أجل تبادل عمليات الدفع ذات المبالغ الصغيرة سواء عن طريق عملية بعملية، أو إتمام كل العمليات دفعة واحدة أو مجموعة بمجموعة. وتكمن خاصيته في أنه يسحب عند نهاية كل مرحلة تبادل الأرصدة الصافية التي تسمى أرصدة التسديد، ويقوم بإرسالها إلى نظام تسيير حسابات التسديد المفتوحة لدى البنك المركزي لتدوينها في حسابات البنوك (20)، فالمقاصة الإلكترونية عبارة عن آلية يتم فيها تعويض الشيكات الورقية بالتحويلات الإلكترونية، كما تسمح بتحويل الأموال بين البنوك في كافة أنحاء البلاد بشكل آمن ومضمون.

كما يمكن تعريفها أيضا على أنها عبارة عن شبكة تعود ملكيتها وأحقية تشغيلها إلى البنوك المشتركة بنظام التحويلات المالية، وتتميز هذه الخدمة عن النظام الورقي القديم بأنها أسرع وأقدر على معالجة مختلف خدمات التحويلات المالية مثل خدمة إيداع الشيكات لتحويلها عند استحقاقها، خدمة تحصيل الأقساط، ويتم وضع النصوص التشريعية والتنظيمية من طرف بنك الجزائر الذي هو بنك البنوك وتتم في هذه المقاصة كل العمليات مثل: التحويلات، تحصيل الشيكات، أو العمليات التي تتم بواسطة البطاقات...

فدار المقاصة عبارة عن نظام سلكي إلكتروني يقوم بالتحويل السريع والمؤمن لأموال العملاء والتدقيق المباشر فيها، وحتى يتم استلام الإيداعات المباشرة في غرفة المقاصة يجب أن تكون المؤسسة البنكية أو المالية عضوا فيها ومتصلة عن طريق نظام الإعلام الآلي بغرفة المقاصة، وليست هذه الأخيرة التي تقوم بالوصول إلى سجلات العملاء بصفة مباشرة عن طريق نظام غرف المقاصة الآلية (21).

لقد تم تعويض المقاصة التي تشتغل بشكل تقليدي في الدول المتطورة بنظام المقاصة التي تعتمد على شبكة الإعلام، وبالنسبة لأشكال المقاصة الإلكترونية فإننا نجد المقاصة الجهوية والوطنية في فرنسا وإسبانيا، أما بلجيكا فنجدتها تعتمد على نظام المقاصة المركزية.

وبالنسبة للجزائر فهي تعتبر حديثة العهد في مجال المقاصة الإلكترونية بموجب النظام رقم **05-06** المؤرخ في **13** ذي القعدة عام **1426** هـ الموافق لـ **15** ديسمبر سنة **2005** المتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريض الأخرى، وبتحديد نظام ما بين البنوك للمقاصة الإلكترونية للصكوك والسندات والتحويلات والاقتطاعات الأوتوماتيكية.

وتقوم التجربة الجزائرية على اختيارات جذرية للنظامين "النظام الإعلامي" (*L'Information*) و"معالجة الشيكات"، ومن أجل ذلك اقتضى الأمر إتباع خطة مقتضياتها كثيرة مرتبطة إلى حد ما بالظروف الجغرافية، وكذا التزام السلطات العمومية الحاسم والثابت، والذي تجسد في إشراك الهيئات التالية:

- كل النظام المصرفي (بنك الجزائر، البنوك التجارية، والمجموعة المصرفية)، والإدارة العمومية (وزارة المالية، وزارة البريد والمواصلات، وزارة العدل) على جميع مستويات المشروع، وفي إطار قانوني متفتح كلياً على النتائج الواجب تحقيقها (22).

وكل الغرض من ذلك هو إنجاز مقاصة إلكترونية ناجحة، لذا بادرت الجزائر إلى التأهيل الاستراتيجي من خلال عصرنة القطاع المصرفي الجزائري، وقد اقتضى الأمر إنشاء مراكز تفكير وتسيير مختلفة هي (23):

- اللجنة الوطنية لعصرنة القطاع المصرفي برئاسة محافظ بنك الجزائر من أجل القيام بقيادة المشروع، وقد حددت هذه اللجنة الوطنية المشاريع الضرورية لتحديث البنوك على مستوى المحيط العام وعلى مستوى القطاع، وكانت المشكلة أساساً من بنك الجزائر والبنوك والوزارات المعنية.

وتتلخص مبادئ هذا النظام الجديد في الجزائر كما يلي :

- تجريد السندات من طابعها المادي.  
- تسوية المقاصة على أساس تسجيلات إلكترونية.  
- تبادل المعطيات المعلوماتية والقيم المعدة للمقاصة، وكذا صورها المحصل عليها عن طريق "السكانير" بواسطة الإرسال الآلي.

- انعدام التبادل المادي، وذلك لأن القيم (الشيكات على سبيل المثال) يحتفظ بها البنك المسلم، وبما أن غرفة المقاصة لن تجتمع فإن البنوك لن تلتقي فتتبادل السندات المادية.

- الاطلاع على صور القيم (شيكات وسندات) بفضل نظام الأرشيف الإلكتروني الجاهز على المباشر، وبالفعل أنشئت على مستوى النظام المصرفي للمقاصة الإلكترونية قاعدة بيانات (*Base de Données*) تضمن تخزين صور القيم التي توضع تحت تصرف البنوك على المباشر لمدة ستة أشهر علماً أن هذه الفترة قابلة للتجديد.

- شفافية عمل النظام بالنسبة لكافة المشاركين، إذ أن جميع البنوك تعلم بكافة الحوادث التي يتعرض لها أحد زملائها.  
- يعتبر المبدأ الأهم وهو التعاون بين البنوك، أي التعاون بين المؤسسات المتنافسة من أجل ضمان مقبولية وسائل الدفع، وتوفير خدمة نوعية جيدة للزبائن، وفي الأخير الاستفادة من حجم الاقتصاديات العامة.

ولأجل إنجاز المقاصة الإلكترونية لابد من وجود بنية تحتية وهيئات إدارية وتنظيمية تسهر على إنجاز هذا النظام تتمثل فيما يلي :

أ- هيئات هذا النظام في الجزائر : ونذكر منها هيئة المتابعة أو لجنة القيادة التي يرأسها نائب محافظ بنك الجزائر وإطارات سامية تمثل البنوك، وتتكفل بتنفيذ المشروع وفقاً للتوجيهات الإستراتيجية وتشرف على الهياكل العملية التي تتكون من (24):

- لجنة التفكير : مكلفة بإعداد دفاتر الشروط، ودراسة الإصلاحات القانونية، وتحديد الخصائص الوظيفية.  
- لجنة الفرز : التي تعنى بدراسة العروض، واختيار ممون البرامج والعتاد.  
- لجنة التنظيم : التي أنيط بها مهمة تحديد الإجراءات التنظيمية، وتحديد النظام الداخلي لمركز المقاصة الآلية (*CCE*).

- لجنة الاختيار والاستقبال: تهتم باختيار البرامج والتطبيقات، وكذا التحقق من تطابق الأجهزة.

ب- أهداف نظام المقاصة الإلكترونية في الجزائر: تتمثل هذه الأهداف في :

- عصرنة وسائل التبادل بين البنوك.
  - تحسين حلقات التداول المادي للقيم.
  - اكتساب نظام مقاصة إلكتروني عصري وناجح.
  - ضمان تسوية عمليات المقاصة في ظرف يومي عمل.
  - غرس ثقافة جديدة للتبادل المصرفي تقوم على أساس التعاون الفني والحريّة التجارية.
- وعليه نلاحظ أن الهدف العام للسلطات الجزائرية من إتباع وتطبيق نظام المقاصة الإلكترونية في المعاملات البنكية هو النهوض بالقطاع المصرفي وتطوير القطاع المالي والمبادلات بين البنوك، وذلك لتحفيز الناس والزبائن على قصد هذا النظام.

ولقد دخل تطبيق نظام المقاصة الإلكترونية في الجزائر حيز التنفيذ يوم **15 ماي 2006** في أول يوم للتبادلات، وكانت البداية بمعالجة الصكوك على أن تتطور العملية لتشمل باقي وسائل الدفع. ويعالج هذا النظام أكثر من **71933** عملية في الشهر، أي بما قيمته **51.12** مليار دينار جزائري وتصل إلى أكثر من **489436** عملية في نهاية السنة بقيمة **303.17** مليار دينار جزائري، وهي في ارتفاع مستمر من سنة إلى أخرى (**25**)، ويعتبر نظام المقاصة الإلكترونية نظام حديث في الجزائر مقارنة بالدول الأوروبية. ولقد كانت البنوك في السابق تنقل الصكوك وتتبادلها بينها ثم تبدأ حركة المعالجة وتأخذ هذه العملية نحو ثلاثة أشهر، لكن الطريقة الجديدة تتمثل في أن عملية التبادل حتى مع بريد الجزائر تعالج بطريقة إلكترونية حسب مبدأ "اللامادية" (**26**)، فالمقاصة بدل أن تتم على مستوى كل ولاية كما كان الأمر في السابق تتم الآن عن طريق شبكة نقل المعلومات من خلال الربط الآلي لجميع البنوك مع بنك الجزائر، فالمعلومات كانت تنتقل في أشهر لكنها اليوم أصبحت تنتقل في دقائق.

لذا يمكن أن نقول أن المقاصة الإلكترونية كبداية لها قد نجحت في توفير الوقت حيث أن العملية أصبحت تنجز في وقت قياسي للغاية، وهذا يدل على أهمية المقاصة الإلكترونية والدور الفعال الذي تلعبه في تحديث وسائل الدفع.

إن التجربة الجزائرية فيما يخص المقاصة تقدر بـ أكثر من أربع سنوات، ويحاول بنك الجزائر سنة بعد سنة تحسين هذا النظام ومحاولة تحديثه عن طريق الربط الشامل للبنوك المتواجدة على التراب الوطني بهذا النظام، ومحاولة زيادة حماية هذا النظام.

رغم كل هذا إلا أن نظام المقاصة الإلكترونية مازال يعاني من مشاكل أهمها الانقطاعات المستمرة في شبكة ما بين البنوك، وحدوث خلل في النظام ينتج عنه تحويل مالي عشوائي في الأرصدة وهذا ما يؤثر سلبا على نجاح هذه العملية، بالإضافة لهذا فالمقاصة الإلكترونية تقام بنسبة كبيرة للشيكات فقط ولا تشمل السفتجة والسند لأمر والتحويلات المالية الأخرى، ولحماية هذا النظام من القرصنة تعاقد بنك الجزائر مع مؤسسة دولية مختصة في ميدان الأمن الإلكتروني لتأمين الشبكات، والتأكيد على سرية المعلومات بحيث لا يمكن اختراق هذه الشبكات.

الخاتمة:

في الأخير يمكن القول بأنه ومن أجل الإلتحاق بركب السرعة والعصر الرقمي وتسهيل الخدمات المصرفية، قامت المصارف الجزائرية باستحداث ما يعرف بوسائل الدفع الإلكتروني المدعمة كبنابة لاقتحام الاقتصاد الرقمي الذي اجتاحت المعاملات التجارية على الصعيد الدولي، وهو ما اقتضى من السلطة النقدية الإقدام على ترتيبات

تنظيمية وتشريعية من خلال تطوير المقاصة الالكترونية وماكينات السحب الآلي، وإلى جانب ذلك وضعت خطط مرحلة للبدء في إدخال خدمات الدفع الإلكتروني وفقا لأولويات وخطط إستراتيجية على مستوى بنك الجزائر والبنوك الأخرى، وتدريب عمال البنوك على وسائل الدفع الإلكتروني والتقنيات المصرفية الحديثة، وتهيئة البيئة المصرفية وتوجيهها لإدخال الآليات الحديثة ضمن شروط الإستراتيجية المصرفية الشاملة.

الهوامش والمراجع :

(1)- أنظر: ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2009، ص: 385.

(2)- أنظر: المادة 390 من القانون التجاري الجزائري في ضوء الممارسات القضائية الجديدة، منشورات بيرتي، الجزائر، 2010/2009، ص: 134.

(3) -Voir: Toring Jean Pierre et Brion François, les moyens de paiements, édition que sais-je? 1<sup>ère</sup> édition, Paris, 1999, P: 73.

(4)- أنظر: مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق، الأوراق التجارية " وسائل الدفع الإلكترونية الحديثة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص: 324.

(5)- أنظر: يوسف واقد، النظام القانوني للدفع الإلكتروني، ماجستير في القانون العام تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، 2011/05/09، ص: 55.

(6)- أنظر: محمد بهجت عبد الله قايد، الأوراق التجارية الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، دون تاريخ نشر، ص: 07.

(7) -Voir: Jean tin Michel, droit commercial : instruments de paiement et de crédit, entreprise en difficulté, 4<sup>ème</sup> édition, 2005, P: 264.

(8)- أنظر: رضا متولي وهدان، النظام القانوني للعقد الإلكتروني والمسؤولية عن الاعتداءات الإلكترونية، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2008، ص: 27، 28.

(9)- وهو ما يستدعي تغييرا في المفهوم القانوني التقليدي السائد، ويلاحظ أن هذا التغيير لن يكون قانونيا فحسب، بل... في المقام الأول وعلى رجال القانون أن يغيروا نظرتهم للمحرر باعتبار أن المحرر لم ولن يكون أبدا مقصورا على ما هو مكتوب على الورق وحده، أنظر: مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص: 346.

(10) -ainsi est évitée la lourdeur inhérent au transfert des données écrites sur la lettre de change sur une bande magnétique, puisque le cordage sera directement effectué par le tireur. Voir: Jean tin Michel et Paul le Cannu, droit commercial : instrument de paiement et de crédit entreprise en difficulté, 5<sup>ème</sup> édition, DALLOZ, Paris, 1999, P: 277.

(11) -article 03 du règlement N° 97-03 du 16 Rajab 1418 correspondant au 17 novembre 1997 relatif à la chambre de compensation, jora N° 17 du 25/03/1998:"la chambre de compensation a pour mission de faciliter à ses adhérents, par compensation journalière entre eux. Le règlement des soldes. De tous les moyens de paiement scripturaux ou électronique dont notamment des chèques...", Voir aussi, l'article 69 de l'ordonnance 2003/11 relatif à la monnaie et le crédit.

(12) -Voir: Smith Rob et Speaker Mark et Thomson Mark, comment faire votre commerce sur internet, édition compus presse, Paris, 2000,p : 136.

(13)- أنظر: منير الجنبهي، البنوك الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص: 49.



(14) -Voir: James T. Perry et Gary P. Schneider, E-commerce, éditions Reynold Goulet, 2002, P: 508. le chèque virtuel s'agit purement et simplement de la transposition du mécanisme du chèque papier. Le client disposant d'un carnet de chèque virtuel et la signature manuscrite étant remplacée par une signature digitale. Voir: Dominique Mougenot, droit des obligations "la preuve", édition Iarcier, 3<sup>ème</sup> édition, Bruxelles, 2002, P: 318.

(15) - ومن المعلوم أن ضمانات الوفاء بالكمبيالة هي مقابل الوفاء والقبول، والتضامن والضممان الاحتياطي، ولا محل للقبول في الشيك، وذلك لأن الشيك وهو واجب الدفع لدى الاطلاع إنما يقدم إلى المسحوب عليه للوفاء لا القبول ومن ثم تقتصر ضمانات الوفاء بالشيك على مقابل الوفاء، وهو من أهم الضمانات التي يعتمد عليها حامل الشيك.

كما يجب أن يكون مقابل الوفاء مساويا على الأقل لمبلغ الشيك، ويكون دينا بمبلغ من النقود، ويجب أن يكون مقابل الوفاء موجودا وقت إصدار الشيك، وكذلك أن يكون مقابل الوفاء جائز التصرف فيه بموجب الشيك.

(16) -Voir: CH. Gavalda E. Michel, travaux dirigés de droit des affaires-effets de commerce, chèques carte de crédit, édition Litec, Paris, 1994, P: 199.

(17) -Voir: le S.I.T est géré par le groupement pour un système interbancaire de télé-compensation (S.I.T), créée en 1983 par le principales banques françaises, la poste et la banque de France.

-Voir: Bouyala Régis, le monde des paiements, édition Revue banque, 2005, P: 93.

(18) -Voir : Mostafa Hashem Sherif, paiements électronique sécurisés, collection technique et scientifique des télécommunications, presses polytechniques et universitaires romandes, la première édition est parue sous le titre la monnaie électronique en 2000, P: 52, Voir: l'ouvrage sur le site [www.books.google.fr](http://www.books.google.fr).

(19) - أنظر: هنية شريف، الشيك الإلكتروني ودور التوقيع الإلكتروني عليه في حماية الدائن، الملتقى الوطني السادس حول سبل تعزيز مركز الدائن في القانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدي، الجزائر، يومي 18/17 أبريل 2011، ص: 14.

(20) - أنظر: جميلة الجوزي، اتجاهات الإصلاح المصرفي في الجزائر، مجلة الاقتصاد المعاصر، المركز الجامعي بخميس مليانة، الجزائر، العدد 03، أبريل 2008، ص - ص: 67 - 90.

(21) - أنظر: نور الدين محرز و مريم صيد، نظام الدفع الإلكتروني ودوره في تفعيل التجارة الإلكترونية مع الإشارة لحالة الجزائر، الملتقى العلمي الدولي الرابع حول: عصرة نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر - عرض تجارب دولية -، المركز الجامعي بخميس مليانة، الجزائر، يومي 26 و 27 أبريل 2011، ص: 06.

(22) - أنظر: كمال آيت زيان، حورية آيت زيان، الصيرفة الإلكترونية في الجزائر، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الخامس حول: نحو مناخ استثماري وأعمال مصرفية إلكترونية، جامعة فيلادلفيا، كلية العلوم الإدارية والمالية، عمان، الأردن، يومي 5/4 يوليو 2007، ص - ص: 25-30.

(23) - أنظر: عبد القادر بريس، التحرير المصرفي ومتطلبات تطوير الخدمات المصرفية وزيادة القدرة التنافسية للبنوك الجزائرية، أطروحة دكتوراه دولة في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2006، ص، ص: 134، 135.

(24) - أنظر: بنك الجزائر، التطور الاقتصادي والنقدي للجزائر، التقرير السنوي 2008، ص - ص: 96-112.

(25) -Voir : Algeria gulf bank, pour connaître votre situation bancaire, dépliant 2009, P: 133.

(26) - أنظر: جلال عايد الشورة، وسائل الدفع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2008، ص: 19.

## التطبيقات العملية للمراجعة في المصارف الإسلامية - الواقع والآفاق



د. سانح بوثنين باحث في فقه الأموال

إطار في وزارة العدل بالمملكة المغربية

تخضع المراجعة (1) في المصارف الإسلامية للعديد من الإجراءات العملية، ويتم تنفيذها عبر مراحل خطوات متتالية. وبمرور نحو عقدين من الزمن على تجربة المصارف الإسلامية سجلت الكثير من الملاحظات والتساؤلات على تطبيقات المراجعة للآم—بالشراء- خصوصا وأنها شغلت الحيز الأكبر من حجم التعاملات المصرفية الإسلامية- وقد تنوعت هذه الملاحظات وتلك التساؤلات بين مؤيد لانتشارها باعتبارها الصيغة الملائمة للنشاط المصرفي الإسلامي، لكن مع ضرورة تفعيل دور هيئات الرقابة أو

المطابقة الشرعية بغية تقويم أخطاء التطبيق وانحرافاته، وبين معارض لهذا الانتشار وذلك بالنظر إلى المشاكل التي ينطوي عليها، كما أن الإكثار من توظيف صيغة المراجعة على حساب الصيغ الاستثمارية الأخرى يحول- حسب هذا التوجه- دون تحقيق أهدافها وطموحات المصارف الإسلامية. وفي هذه الدراسة سوف نحاول- بقدر الإمكان- إلقاء الضوء على تجربة المراجعة كما هي معمول بها في المصارف الإسلامية، وهل حققت بالفعل ما كان مرجوا منها، كما سنحاول رصد آفاق هذه التجربة، خاصة بعدما تم تنظيمها مؤخرا من قبل المشرع المغربي من خلال مشروع قانون البنوك التشاركية (2). وهكذا سنتناول الموضوع في محورين اثنين كالآتي:

أولا: الإجراءات العملية للمراجعة في المصارف الإسلامية.

ثانيا: التطبيق المصرفي للمراجعة الواقع والآفاق.

## المبحث الأول: الإجراءات العملية للمراجعة في المصارف الإسلامية:

تبدأ عملية المراجعة في المصارف الإسلامية بمرحلة المواعدة(3) على الشراء، حيث يتقدم العميل إلى البنك بطلب لشراء السلعة، وبعد أن يدرس طلبه هذا يتم إبرام عقد الوعد بين العميل والمصرف، وبناء عليه فالإجراءات تتم حسب الخطوات التالية:

أولاً- تلقي المصرف لطلب الشراء-ثانياً-دراسة المصرف للعملية-ثالثاً-إبرام عقد الوعد مع العميل. وسوف نتعرض لهذه الإجراءات بإيجاز فيما يأتي:

### المطلب الأول: طلب الشراء:

تبدأ عملية المراجعة بتلقي البنك طلباً من العميل يوضح فيه رغبته في أن يقوم البنك بشراء سلعة معينة، على أن يشترطها العميل منه مراجعة، ومن الناحية التطبيقية فإن ذلك يتم في جميع البنوك الإسلامية من خلال نموذج يسمى "طلب شراء"، أو "طلب شراء مراجعة"، أو "رغبة بالشراء"، والبيانات التي يحتوي عليها عموماً هي:

- مواصفات البضاعة المطلوب شراؤها.

- القيمة الإجمالية.

- بيانات عن العميل.

- المستندات المطلوبة.

وهناك بيانات تنفرد بها بعض البنوك(4)، وتتمثل في الأمور التالية:

- نسبة الربح.

- مصدر البضاعة.

- شروط ومكان التسليم.

والملاحظ أن هذا الطلب أو الرغبة عبارة عن بيان بالبضائع المطلوب شراؤها، وهو

تمهيد لإبرام عقد الوعد بالشراء بين المصرف والعميل.

### المطلب الثاني: دراسة العملية:

حينما يتلقى المصرف طلب الشراء من العميل يقوم بدراسة العملية من كل جوانبها، ويمكن القول أن مسألة الدراسة هذه تشمل مل يلي:

1 - سلامة البيانات المقدمة من العميل سواء عن نفسه، أو عن البضاعة موضوع الصفقة أو عن المورد.

2 - دراسة سوق السلعة حتى يضمن إمكانية تسويقها في حالة نكول العميل عن الشراء.

3 - التأكد من أن الطلب يدخل فعلا ضمن نشاط العميل، حتى لا تكون العملية ستارا لحصوله على مبلغ الصفقة فقط.

4 - التأكد من أن العملية تتفق والأغراض التي يمولها المصرف.

5 - التأكد من أن العملية تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية والقوانين السائدة.

6 - دراسة الحالة المالية للعميل للتأكد من قدرته على سداد الثمن.

7 - بيان تكلفة العملية بالتفصيل.

8 - تحديد نسبة الربح طبقا لنوع السلعة وأجل السداد.

9 - تحديد الأسلوب المقترح لتنفيذ العملية من حيث كيفية دفع الثمن للموردين وتحصيله من العميل.

10 - تحديد الضمانات المقترحة لضمان حق المصرف في تحصيل الثمن في ضوء حالة العميل وقيمة الصفقة (5).

ويتضح من خلال إجابات المصارف الإسلامية على استمارة الاستقصاء؛ أن بعضها عند دراسة العملية يقوم بالحصول على عروض أخرى لنفس نوع السلعة ومواصفاتها بغرض المقارنة، والحصول على أفضل العروض لإتمام الصفقة، وهذا أمر له أهميته، لأن فيه خدمة للمشتري مراجعة، كما ويؤكد صحة القول بأن المصرف الإسلامي لا يقتصر دوره على المجال التمويلي (6).

#### المطلب الثالث : عقد الوعد :

إن الخطوة التي تلي دراسة العملية وقبول المصرف القيام بها هي إبرام عقد الوعد مع العميل، والذي يتفق بموجبه الطرفان - المصرف والعميل - على تنفيذ العملية.

#### المبحث الثاني : التطبيق المصرفي لبيع المراجعة الواقع والآفاق :

يمكن القول بأن تجربة ما يقارب عقدين من الزمن تعد كافية لتقييم معظم الأنشطة التي قامت وتقوم بها المصارف الإسلامية بشكل عام، وضمنها على وجه الخصوص بيع المراجعة للأمر بالشراء، وذلك بغية تطوير أداء هذه المصارف، وضمان استمراريتها ومصداقيتها. وسوف نتعرض في هذا الصدد للنقاط التالية:

أولا : تطور بيع المراجعة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية.

ثانيا : آفاق التعامل بالمراجعة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية.

#### المطلب الأول : تطور بيع المراجعة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية :

يشكل بيع المراجعة للأمر بالشراء ما بين 40% و 90% من مجمل عمليات المصارف الإسلامية (7). سواء منها التجارية أو الصناعية أو العقارية، وسواء كانت مراجعة داخلية أو خارجية، وفي الواقع لا يمكننا الاطلاع بتفصيل على

وضعية المراجحات التي تجريها المصارف الإسلامية، لتداخلها مع أدوات وصيغ تمويلية أخرى كالمضاربة والمشاركة. كما أن هناك ملاحظة أخرى هي أن الاعتماد على الأرقام الواردة بالميزانيات والتقارير السنوية للمصارف الإسلامية، لا يعبر بدقة عن حجم التوظيفات التي تمت وفقا لكل صيغة، وذلك راجع إلى أن هذه الأرقام ما هي إلا أرصدة محاسبية، وليست أرقاما تراكمية، تبين إجمالي قيمة التوظيفات المنفذة خلال العام، بينما الرصيد المحاسبي يتأثر بحركة السداد الذي يتم خلال العام، وبالرصيد القائم من الأعوام السابقة. (8) ويتبين لنا من خلال الأرقام والإحصائيات الصادرة عن المصارف الإسلامية الارتفاع الملحوظ لحجم المراجحات مقارنة مع الأدوات التمويلية الأخرى، وبالتالي فإن بيع المراجعة أصبح يشكل أهم وسيلة تمويلية إسلامية، ولقي إقبالا متزايدا سواء من طرف المصارف الإسلامية، أو من طرف المتعاملين مع هذه المصارف، حتى بات يضيق باقي الصيغ التمويلية الأخرى، ويمكن إرجاع هذا الإقبال إلى فعالية هذه الصيغة في التمويل، وحصول كل طرف على ما يطمح إليه في مدة وجيزة، حيث إن التمويل بالمراجعة يعجل بتزويد الزبناء بالسلع، والخدمات، والمعدات التي يحتاجونها، هذا من جهة. ومن جهة ثانية فإن عملية المراجعة لا تحمل في طياتها مخاطرة كبيرة بالنسبة للطرفين معا، ويستطيع العاملون في هذه المصارف استيعابها، وذلك بالنظر إلى عدم توفر الأطر المصرفية الإسلامية التي تجمع بين الثقافة الشرعية والثقافة المصرفية في آن واحد. وبالتالي يمكننا إجمال الخصائص التي ساهمت في تطور وانتشار صيغة المراجعة في النقاط التالية:

- 1 - تحقق المراجعة ربحا معقولا للمصرف في الأجل القصير، مما يتيح للمصرف الإسلامي مصدرا لتوزيع عوائد على الودائع تمكن المصرف الإسلامي من منافسة البنوك التقليدية.
- 2 - تتصف صيغة المراجعة بالبساطة النسبية، فالربح محسوب كنسبة من ثمن البضاعة، مما يسهل على التاجر المتعامل مع المصرف تقدير هامش الربح الذي ينبغي عليه تحقيقه من بيع السلعة.
- 3 - تتصف المراجعة بأنها تصلح كوسيلة ائتمان مناسبة للنشاط التجاري، وتعتبر أداة منافسة جديرة بالتقدير في مواجهة الائتمان التجاري الربوي القائم على خصم الأوراق التجارية مقيدة الأجل، وفتح الاعتماد والقرض بالفائدة.
- 4 - إن المضاربات والمشاركات بأنواعها - بخلاف المراجعة - تحمل في طياتها امعدلا أعلى من المخاطر الأخلاقية.
- 5 - يفضل كثير من المتعاملين مع المصرف الإسلامي صيغة المراجعة، ولا يتحمسون لصيغ المشاركات، ربما لأنهم لا يرغبون في إطلاع المصرف على حساباتهم، أو على طريقة إدارتهم للنشاط، إلى غير ذلك من العوامل التي قد يكون الكثير منها غير صحيح.
- 6 - انخفاض معدل المخاطرة بالنسبة للتمويل بالمراجعة، ولا يرتبط بنتيجة نشاط العميل، وكلما قصرت فترة تملك المصرف للسلعة كلما انخفضت المخاطر.
- 7 - إن توظيف جزء من موارد المصرف الإسلامي في المراجعة يتيح تولد تيار من السيولة النقدية - ممثلا في الأقساط الدورية - مما يمكن البنك من الوفاء بالتزاماته قبل المودعين الراغبين في سحب جزء من ودائعهم. (9)
- 8 - وأخيرا نشير إلى أن عمليات المراجعة تعد أكثر تناسبا مع الطبيعة الفعلية للموارد المالية المتاحة للمصارف الإسلامية، وذلك راجع إلى كون معظم عمليات المراجعة ذات آجال قصيرة. لكن هذه المزايا برمتها لم تمنع من ظهور عدة مشاكل ومعوقات بدأت تعاني منها المصارف الإسلامية، نتيجة مبالغتها في التعامل بالمراجعة، وشبه استغنائها عن توظيف الصيغ الأخرى. وهذه المشاكل هي في الواقع موزعة بين المشاكل الفقهية النظرية، والمشاكل التطبيقية العملية.

## المطلب الثاني: آفاق التعامل بالمراجحة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية:

لقد كثر الجدل في الأيام الأخيرة حول بيع المراجحة للأمر بالشراء (10) في الأوساط المصرفية الإسلامية، ولوحظ أن البعض - حتى ممن تحمسوا لهذا البيع وأيدوا التعامل به من الناحية الشرعية في بداية الأمر - بدأ يدعو إلى ضرورة التخلص من المراجحات في مدة معينة، لأنها - وإن كانت حلالا في النظر الفقهي حسب اعتقادهم - لا تقدم بديلا حقيقيا عن الاقتصاد الربوي الرأسمالي القائم، بل هي تعمل في داخله ومن خلاله.

ويذهب هؤلاء أيضا إلى أنه إذا كان منتهى ما جاءت به البنوك الإسلامية هو المراجحة، والتي أصبحت تمثل 90% أو أكثر من معاملات بعض البنوك، فقد ضاعت ثمرة البنوك الإسلامية. (11)

وكذلك فإننا نجد طائفة كبيرة من الباحثين المعاصرين يرون أن البنوك الإسلامية باعتمادها على بيع المراجحة قد خرجت عن دائرة العمل المصرفي الحقيقي القائمة على الوساطة المالية، وانتقلت به من دور الوسيط المالي إلى دور الوسيط التجاري! وأن طريقة استخدامها لهذا البيع جعلتها تخلط بين الوساطين.

وفي المقابل نجد فئة أخرى ترى أن هذا البيع ملائم لطبيعة البنوك الإسلامية باعتبارها بنوكا استثمارية، يحق لها استخدام أموالها في كل المجالات، ومنها المجال التجاري.

والحاصل أن الأمر يتعلق أساسا بمصلحة البنك الإسلامي وإمكاناته المادية والبشرية، ولعل أهم الأسباب التي تدفع البنوك الإسلامية لاستخدام المراجحات بشكل مكثف تتمثل في أن البنك الإسلامي غير مؤهل للحصول على البضائع كأبي تاجر عادي لي طرحها على الجمهور بعد ذلك، وأيضا فإن البنوك الإسلامية تفتقر في غالب الأحيان إلى المخازن الكافية لتخزين البضائع وعرضها، وبالتالي فإن أفضل شيء بالنسبة لها هو ألا تشتري إلا بعد الحصول على أمر ووعد بالشراء، وطبقا للمواصفات التي يطلبها الزبون. (12)

ثم إن البنوك الإسلامية واجهت بعض الصعوبات في توظيف صيغ استثمارية أخرى كالمضاربات، والمشاركات، ووجدت في بيع المراجحة مرونة وتغطية لمختلف الأنشطة التجارية.

وبالرغم من كل ما قيل حول هذا الموضوع لا يمكن بأية حال الاستغناء كليا عن بيع المراجحة في المصارف الإسلامية، بعد أن مضى على التعامل به قرابة أربعين عاما. وأن المطلوب حاليا هو الاستفادة من أخطاء الماضي، وتفعيل المقترحات التي من شأنها أن تضبط التعامل بهذا البيع، وتطوره بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك فإنه ينبغي أن يعاد النظر في التطبيق المكثف لهذا البيع والغلو في استعماله على حساب الصيغ المشروعة الأخرى.

وأخيرا فإنه أن الأوان كي تنتقل المصارف الإسلامية من مرحلة اقتراح البدائل المشروعة للمعاملات المحظورة، إلى مرحلة تطوير هذه البدائل وتفعيلها، وأنه كي تستمر هذه المصارف في أداء رسالتها التي قامت من أجلها يتعين عليها أن لا تحبس نفسها في دائرة ضيقة من التعامل، وأن تخرج إلى ميادين التنمية الرحبة، والاستثمار المتنوع، حتى تشكل قيمة مضافة، وتساهم مساهمة فعالة في الازدهار الاقتصادي والاجتماعي للبلدان الإسلامية.

## ✓ الهوامش والمراجع :

1 - المراجعة في اللغة مصدر من باب المفاعلة، بمعنى الزيادة الحاصلة في المبيعة. قال صاحب "لسان العرب": الربح والربح والربح - بكسر الراء وتسكين الباء وفتح الراء والباء - : النماء في التجرة. ويطلق على بيع المراجعة أيضا: "بيع المشافة" من الشف، وهو الزيادة والفضل. إن "معجم المقاييس في اللغة" لابن فارس: "مادة ربح. وكذا "لسان العرب" لابن منظور: مادة ربح. واصطلاحا: المراجعة هي: أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة، ويشترط عليه رجحا ما للدینار والدرهم. "بداية المجتهد" لابن رشد، تحقيق علي معوض وعادل عسبد لموجود دار الكتب العلمية بيروت لبنان ط 113/1996, 5/1.

2 - ويتعلق الأمر بالمذكرة التقديمية لمشروع القانون رقم 03-34 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، والتي ورد تعريفها في المادة 52 من الفصل الأول من الباب الثالث، وجاء تعريف المراجعة كذلك في المادة 56 من مشروع هذا القانون كالاتي: "المراجعة: تعرف ككل عقد يقتني بموجبه بنك تشاري منقولاً أو عقاراً من أجل إعادة بيعه لعميله بتكلفة اقتنائه مضافاً إليها هامش ربح متفق عليه مسبقاً..". إن موقع وزارة الاقتصاد والمالية على شبكة الأنترنت.

3 - أي مواعدة كل طرف للآخر بإتمام عملية البيع، ولهذا فللمراجعة في عصرنا أصبح يطلق عليها مصطلح "المراجعة للأمر بالشراء": فهي طلب الفرد أو المشتري من شخص آخر (أو البنوك) أن تشتري سلعة معينة بمواصفات محددة، وذلك على أساس وعد منه بشراء تلك السلعة اللازمة له مراجعة، وذلك بالنسبة أو الربح المتفق عليه، ويدفع الثمن على دفعات أو أقساط تبعاً لإمكاناته وقدرته المالية، إن "العقود التشاركية" للدكتور عبد السلام فيغو، منشورات مجلة الحقوق الإصدار 38 - 2016 ص 18.

4 - "التفاصيل العملية لعقد المراجعة في النظام المصرفي الإسلامي"، بحث للدكتور محمد عبد الحليم عمر مقدم في ندوة عن "خطة (استراتيجية) الاستثمار في البنوك الإسلامية: الجوانب التطبيقية والقضايا والمشكلات" بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، عمان 21/6/1987 م، ص 1305.

5 - "بنك فيصل الإسلامي المصري"، دليل العمل، ص 120 وما بعدها.

6 - تجدر الإشارة إلى أن من الباحثين من يذهب إلى أن دور البنك الإسلامي هو الوساطة المالية بين المشتري والبائع، وبالتالي فلا تختلف في نظرهم طبيعة البنك الإسلامي عن البنوك التقليدية من هذه الزاوية، غير أنه يمكن القول أن البنوك الإسلامية تبشر - إضافة إلى الوساطة التمويلية - الوساطة التجارية أيضاً، وما بيع المراجعة إلا عملية شراء وبيع للسلع بربح محدد، وهي عملية تجارية محضة، وهذا لا يتناقض مع طبيعة عمل هذه البنوك، بل يعد من أنسب صور توظيف الأموال.

7 - "البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق"، دعائشة الشرقاوي المالقي، المركز الثقافي العربي، البيضاء، ط 2000/1، ص 452.

8 - "بيع المراجعة في المصارف الإسلامية" د. فياض عبد المنعم حسنين، دراسات في الاقتصاد الإسلامي (8)، المعهد العلمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ط 1/1996، ص 13.

9 - المصدر نفسه ص 25، 27. وكذلك يراجع "مخاطر العمل المصرفي الإسلامي مقارنة بالبنوك التقليدية"، د. محمد علي القري، مجلة "الاقتصاد الإسلامي"، بنك دبي الإسلامي، عدد 236، ذي القعدة 1421 هـ، ص 46.

10 - ومن بين التسميات التي استعملت أيضاً للدلالة على هذا البيع نجد مصطلح "المواعدة المنتهية بالبيع"، وكذا "المواعدة المنتهية بالتملك".

11 - مجلة "اقتصادنا"، العدد 51، جمادى الثانية 1418 هـ، ص 24.

12 - "البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق" ص 489.

## تعليق على قرار المجلس الدستوري بخصوص المادتين 35 و72

من القانون التنظيمي رقم 106.13 ملف عدد: 16/1474

رقم: 16/992 م. د الصادر بتاريخ (15 مارس 2016)



إعداد : عبد الصمد عدنان

دكتوراه في القانون الخاص

باحث في الشؤون الجنائية والقضائية

Email : adnane.samad@gmail.com

أولاً : نص القرار موضوع التعليق:

الحمد لله وحده،

المملكة المغربية

المجلس الدستوري

ملف عدد : 16/1474

قرار رقم : 16/992 م. د

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

المجلس الدستوري،

بعد اطلاعه على القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة المحال على المجلس الدستوري بمقتضى رسالة السيد رئيس الحكومة المسجلة بالأمانة العامة للمجلس في 18 فبراير 2016، وذلك من أجل البت في مطابقته للدستور؛



وبناء على الدستور، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، لاسيما الفصول 112 و132 و177 منه؛

وبناء على المادة 48 من القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالحكمة الدستورية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.139 بتاريخ 16 من شوال 1435 (13 أغسطس 2014)؛

وبناء على القانون التنظيمي رقم 29.93 المتعلق بالمجلس الدستوري، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.94.124 بتاريخ 14 من رمضان 1414 (25 فبراير 1994)، كما وقع تغييره وتتميمه، لا سيما الفقرة الأولى من المادة 23 والفقرة الثانية من المادة 24 منه؛

وبعد الاطلاع على الوثائق المدرجة في الملف؛

وبعد الاستماع إلى تقرير العضو المقرر والمداولة طبق القانون؛

أولاً- فيما يتعلق بالاختصاص :

حيث إن الفصل 132 من الدستور نص في فقرته الثانية على أن القوانين التنظيمية، قبل إصدار الأمر بتنفيذها، تحال إلى المحكمة الدستورية لتبت في مطابقتها للدستور؛

وحيث إن المجلس الدستوري، القائم حالياً، يستمر في ممارسة صلاحياته إلى حين تنصيب المحكمة الدستورية، عملاً بأحكام الفصل 177 من الدستور ومقتضيات المادة 48 من القانون التنظيمي المتعلق بالحكمة الدستورية التي جاءت تطبيقاً له، الأمر الذي يجوبه يكون المجلس الدستوري مختصاً بالبت في مطابقة القوانين التنظيمية للدستور؛

ثانياً- فيما يتعلق بالشكل والإجراءات المتبعة :

حيث إنه، يبين من الاطلاع على الوثائق المدرجة في الملف أن القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة المحال على المجلس الدستوري اتخذ في شكل قانون تنظيمي، جرى التداول في مشروعه بالمجلس الوزاري المنعقد بتاريخ 29 يناير 2015، طبقاً لأحكام الفصل 49 من الدستور، وتم إيداعه بالأسبقية لدى مكتب مجلس النواب بتاريخ 3 أبريل 2015، وأن هذا المجلس لم يشرع في التداول فيه إلا بعد مرور عشرة أيام على إيداعه لدى مكتبه، وذلك خلال جلسته العامة المنعقدة بتاريخ 27 أكتوبر 2015 التي وافق خلالها على المشروع، في قراءة أولى، ثم صادق عليه نهائياً في قراءة ثانية، في الجلسة العامة المنعقدة بتاريخ 10 فبراير 2016 بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين، بعد أن تداول فيه مجلس المستشارين في الجلسة العامة بتاريخ 9 فبراير 2016، وأدخل تعديلات على بعض مواده، والكل وفقاً لأحكام الفصلين 84 و85 من الدستور؛

ثالثاً- فيما يتعلق بالموضوع :

حيث إن الدستور يسند في فصله 112 إلى قانون تنظيمي تحديد النظام الأساسي للقضاة؛

وحيث إن القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة، المعروض على نظر المجلس الدستوري، يتكون من 117 مادة موزعة على باب تمهيدي وستة أقسام، يتضمن الباب التمهيدي أحكاماً عامة

(المادتان 1 و 2)، ويتعلق القسم الأول بتأليف السلك القضائي (المواد 3-25)، والثاني بمقوق وواجبات القضاة (المواد 26-56)، والثالث بوضعيات القضاة (المواد 57-95)، والرابع بنظام التأديب (المواد 96-102)، والخامس بالانقطاع النهائي عن العمل (المواد 103-107)، والسادس والأخير بأحكام انتقالية ومختلفة (المواد 108-117)؛

وحيث إنه، يبين من فحص هذه المواد مادة مادة أنها تكتسي طابع قانون تنظيمي وفقا لأحكام الفصل 112 من الدستور، وأنها من حيث مطابقتها للدستور تثير الملاحظات التالية؛

### في شأن المادتين 35 و 72 :

حيث إن المادة 35 تنص على أنه "يقبل كل قاض تمت ترقيته في الدرجة المنصب القضائي الجديد المعين به وإلا ألغيت ترقيته، وفي هذه الحالة يسجل في لائحة الأهلية برسم السنة الموالية"، وإن المادة 72 تنص على أنه "يمكن أن ينقل القاضي وفق المعايير المنصوص عليها في القانون التنظيمي المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية في الحالات التالية :

- بناء على طلبه؛
- على إثر ترقية في الدرجة؛
- إحداث محكمة أو حذفها؛
- شغور منصب قضائي أو سد الخصاص؛

وحيث إن الدستور نص في فصله 108 على أن قضاة الأحكام "لا ينقلون إلا بمقتضى القانون"؛

وحيث إنه، لئن كان عدم القابلية للنقل من الضمانات الأساسية المخولة لقضاة الأحكام، التي لا يجوز المساس بجوهرها باعتبارها من مظاهر استقلال السلطة القضائية، فإنه يستفاد مما ينص عليه الفصل 108 المذكور من كون قضاة الأحكام لا ينقلون إلا بمقتضى القانون، أن المشرع يجوز له أن يحدد حالات معينة يمكن فيها، بصفة استثنائية، نقل هؤلاء القضاة؛

وحيث إن الدستور نص أيضا في فصله 118 على أن "حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون"، ونص في فصله السادس على "مبدأ المساواة أمام القانون"؛

وحيث إن حق التقاضي يعد من الحقوق الأساسية المخولة للمواطنين وضمانة رئيسية لإعمال مبدأ سيادة القانون، وأن مبدأ المساواة أمام القانون، الذي من مظاهره المساواة بين المواطنين في الولوج إلى مرفق القضاء، يستلزمان أن توضع رهن إشارة المواطنين، المحاكم الضرورية والقضاة اللازمون لجعل حق التقاضي المخول دستوريا للمواطنين حقا مكفولا فعليا؛

وحيث إنه، يتعين ضمان التوازن بين المبدأ الدستوري القاضي بعدم قابلية قضاة الأحكام للنقل إلا بمقتضى القانون، والمبدأ الدستوري الذي يكفل للمواطنين حق التقاضي؛

وحيث إنه، تأسيساً على ذلك، فإن المجلس الأعلى للسلطة القضائية الذي أنط به الدستور، بصفة أساسية، السهر على تطبيق الضمانات الممنوحة للقضاة ولا سيما فيما يخص استقلالهم وتعيينهم وترقيتهم وتقاعدهم وتأديبهم، لا يجوز له أن يقرر نقل قضاة الأحكام، في الحالات التي حددها المشرع، دون طلب منهم، إلا بصفة استثنائية، يبررها ضمان حق التقاضي المكفول دستوريا للمواطنين؛

وحيث إنه، مع مراعاة ما سبق، فليس في مقتضيات المادتين 35 و72 ما يخالف الدستور؛

لهذه الأسباب :

أولاً- يصرح :

1- ...

2- بأن المواد 35 و43 و72 والبندين الثاني والثالث من الفقرة الثانية من المادة 97 من القانون التنظيمي المذكور، ليس فيها ما يخالف الدستور، مع مراعاة الملاحظات المسجلة بشأنها؛

3- ...

4- بأن عبارة " بصفة خاصة " الواردة في الفقرة الثانية، والبند الأول من هذه الفقرة، والمقطع الثاني من البند التاسع من نفس الفقرة من المادة 97 المذكورة أعلاه، المصرح بعدم مطابقتها للدستور، يمكن فصلها عن أحكام هذه المادة، ويجوز بالتالي إصدار الأمر بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة، باستثناء هذه المقتضيات؛

ثانياً - يأمر بتبليغ نسخة من قراره هذا إلى السيد رئيس الحكومة، ونشره في الجريدة الرسمية.

وصدر بمقر المجلس الدستوري بالرباط في يوم الثلاثاء 5 من جمادى الآخرة 1437

(15 مارس 2016)

الإمضاءات :

محمد أشركي	محمد الصديقي	ليلى المريني	أمين الدمناطي
عبد الرزاق مولاي ارشيد	حمداتي شبيها ماء العينين	محمد أمين بنعبد الله	

## ثانياً: التعليق :

بت القرار الصادر عن المجلس الدستوري أعلاه في مدى مطابقة القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة لمقتضيات الدستور الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91<sup>1</sup>.

وبعد أن أقر المجلس الدستوري اختصاصه في مطابقة القانون التنظيمي موضوع الدراسة للدستور، عرج على الجوانب الشكلية الواجب التقيد بها<sup>2</sup>، والمتمثلة في ضرورة تداول المجلس الوزاري في مشروع القانون التنظيمي<sup>3</sup>، وأسبقية إيداعه من طرف رئيس الحكومة لدى مكتب مجلس النواب، ثم التداول في مشروعه من طرف المجلس برمته بعد مضي عشرة أيام من تاريخ إيداعه، ثم المصادقة عليه بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين من المجلس<sup>4</sup>، ليتوقف عند جوهر بعض النصوص التي ارتأى أنها تثير بعض الملاحظات.

وباستثناء بعض المقتضيات الواردة في المادة 97، وتحديدًا عبارة "بصفة خاصة" الواردة في الفقرة الثانية، والبند الأول من هذه الفقرة، والمقطع الثاني من البند التاسع من نفس الفقرة، اعتبر القرار أن مقتضيات القانون التنظيمي المذكور ليس فيها ما يخالف الدستور<sup>5</sup>.

وما يهم من هذه الدراسة هو تحليل الأسانيد القانونية التي أسس عليها المجلس الدستوري قراره، ومعرفة ما إذا كان موفقاً في ممارسة وظيفته الرقابية التي من المفترض أن تتمم القواعد القانونية المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية<sup>6</sup>، خاصة في ظل تفاعل هذه الوظيفة في سياق الدستور الجديد مع معطيات الحقل السياسي والأفكار والمرجعيات التي تحرك عمله وطريقة تأويله للنصوص، ومدى مراوحتها بين المحافظة على الموروث والرغبة في التغيير، على اعتبار أن عملية التأويل ليست عملية محايدة ولكنها عملية خلاقة تؤدي في العمق إلى تعديل محتوى الدستور دون المرور بالطرق المشروعة لمراجعته أو تعديله؟

1 ينص الفصل 112 من الدستور على أن النظام الأساسي للقضاة يصدر بقانون تنظيمي.

2 وفقاً للمسطرة المنصوص عليها في الفصل 84 من الدستور.

3 الفصل 49 من الدستور.

4 الفقرة الأولى من الفصل 85 من الدستور.

5 إذا قضى المجلس الدستوري بأن قانوناً يتضمن مادة غير مطابقة للدستور ولكن يمكن فصلها عن مجموعته، يجوز إصدار الأمر بتنفيذ القانون باستثناء المادة المصرح بعدم مطابقتها للدستور. ومثال ذلك ما جاء في القرار 2000/382 بتاريخ 15 مارس 2000 الذي صرح فيه المجلس الدستوري بأن أحكام المادة 142 من القانون رقم 97-15 المعتبر بمثابة مدونة لتحصيل الديون العمومية غير مطابقة للدستور، وصرح بأن المادة 142 المذكورة يمكن فصلها عن باقي أحكام القانون، وبالتالي أمر بتبليغ القرار إلى السيد الوزير الأول ونشره في الجريدة الرسمية.

كما أنه يمكن أن يقتصر التصريح على عبارة فقط داخل نص قانوني في حالة مخالفتها للمقتضيات الدستورية. ومثال ذلك ما جاء في القرار رقم 2004/586 والصادر بتاريخ 10 غشت 2004 الذي جاء فيه أن القانون رقم 01-17 المتعلق برفع الحصانة البرلمانية مطابق للدستور ما عدا عبارة (الذي لا يمكنه رفض الإدلاء به) الواردة في الفقرة الأولى من المادة الثانية منه، حيث صرح بأن العبارة المقضي بعدم مطابقتها للدستور يمكن فصلها عن باقي الأحكام الواردة فيها، وبالتالي جاز نشر المادة المعنية ضمن مجموع القانون المعروف على المجلس الدستوري بعد حذف العبارة المذكورة.

6 "فالهدف من خلق هذا المجلس هو الزيادة من التمكن في تفسير الدستور ومعانيه وأهدافه. أسس هذا الدستور المجلس الدستوري الذي سيكون بمثابة ذلك المجلس الذي سيقول لنا هذا شيء دستوري، وهذا شيء غير دستوري دون أن يكون فوق السلطات الأخرى، ولا أن ينصب نفسه سلطة فوق السلطات. إلا أن كلمته وقضاه سوف يكونان ملزمين للجميع". مقتطف من نص خطاب جلالة الملك الحسن الثاني بمناسبة ظهور النتائج الرسمية للاستفتاء الدستوري- نص الخطاب الملكي السامي، ورد في سلسلة خطب وندوات صاحب الجلالة الملك الحسن الثاني 1992-1993، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، ص 92-

إن المشرع الدستوري لما وضع الآليات الأساسية لاستقلال السلطة القضائية ترك الباب مفتوحاً من أجل استكمال البنية النموذجية للسلطة القضائية، تلك البنية التي لن تتضح معالمها إلا من خلال البحث في مدى ملاءمة المنظومة التشريعية المتعلقة بالسلطة القضائية تنظيمياً وتأسيساً وتحديداً للقواعد الدستورية.

وعلى ذلك، فإن الحديث عن المفهوم الدستوري للسلطة القضائية يبدأ مؤثراً فيما يمكن أن يصدر من قوانين وتشريعات تهم هذه السلطة التي حظيت بنوع خاص من المعالجة الدستورية.

فالمسألة الثانية التي تطرق إليها المجلس الدستوري تتعلق بعدم قابلية قضاة الأحكام للنقل والاستثناءات التي قد تعترض تطبيق هذه الضمانة الدستورية<sup>1</sup>.

فإذا علمنا أن الحالة الأولى المنصوص عليها في المادة 72 من القانون التنظيمي المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة والمتعلقة بنقل القضاة بناء على طلبهم لا تثير من الناحية النظرية أي إشكال ما دامت مرتبطة بإرادتهم الحرة، فإن الأمر على عكس ذلك بالنسبة للحالات الأخيرة، إذ من شأنها المساس بمبدأ "الأمن التنقلي" للقضاة.

فبقراءة متأنية لقرار المجلس يتضح أن ما تضمنته مقتضيات المادة 72 من القانون التنظيمي المتعلق بالنظام الأساسي لرجال القضاة من تنقيح القضاة في حالاتي إحداث محكمة أو حذفها، وشغور منصب قضائي أو سد الخصاص تعتبر حالات دستورية.

تبعاً لذلك، ستكون هذه الدراسة مركزة حول نقطتين، الأولى مرتبطة بالأسانيد القانونية التي بنى عليها المجلس قراره، بدستورية تنقيح القضاة في حالة إحداث محكمة أو حذفها، وفي حالة شغور منصب قضائي أو سد الخصاص، والثانية تتعلق بمدى دستورية تنقيح القضاة على إثر ترقيتهم في الدرجة.

كما ستعمل هذه الدراسة على التطرق إلى كيفية ضمان التوازن بين المبدأ الدستوري القاضي بعدم قابلية قضاة الأحكام للنقل والمبدأ الدستوري الذي يكفل للمواطنين حق التقاضي، خاصة وأن هذا الحق أصبح مع دخول دستور 2011 حيز التطبيق يتمتع بقوة دستورية لا تسمح لأي سلطة كانت المساس به.

وحتى تتمكن من معرفة مدى توفيق المجلس الدستوري في قراره، وجب علينا استحضار نص وروح الدستور من أجل محاولة تفسير عبارة "وفق القانون" تفسيراً متوافقاً مع إرادة المشرع الدستوري حتى لا نفرغ هذا النص من حمولته الدستورية<sup>2</sup>.

1 تفادياً للتأثير في استقلالية القضاة أثناء أداءهم لمهامهم عن طريق آلية النقل. نصت مختلف المواثيق الحقوقية الدولية على ضمانات عدم قابلية القضاة للنقل. ومن ذلك البند الحادي عشر من المبادئ الأساسية لاستقلال السلطة القضائية الصادرة عن الأمم المتحدة بتاريخ 1985/12/13، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اعتمده الأمم المتحدة في العاشر من ديسمبر سنة 1948 الذي ينص على أن "لكل إنسان، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة نظراً منصفاً وعلنياً، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جزائية توجه إليه".

كما أن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي اعتمده الأمم المتحدة في 16 ديسمبر سنة 1966 وبدأ نفاذه في 23 من مارس سنة 1976 ما أجمل الإعلان العالمي - على السياق المتقدم - بما أورده في المادة الرابعة عشرة منه أن "الناس جميعاً سواء أمام القضاء، ومن حق كل فرد لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قِبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون ..".

2 نص الفصل 108 من الدستور على أن: "لا يعزل قضاة الأحكام ولا ينقلون إلا بمقتضى القانون".

فبخصوص النقطة الأولى المتعلقة بمدى حجية الأسانيد القانونية التي اعتمدها المجلس الدستوري للبت في دستورية المادتين 35 و72، نجد أنه اعتمد على الفصول 6 و108 و118 من الدستور، حيث أكد أن الاستثناء الذي يمكن من خلاله اللجوء إلى النقل التلقائي للقضاة مرتبط بضمان الحق في التقاضي المكفول دستوريا للمواطنين، داعيا إلى ضرورة ضمان التوازن بين المبدأ الدستوري القاضي بعدم قابلية قضاة الأحكام للنقل والمبدأ الدستوري الذي يكفل للمواطنين حق التقاضي والمساواة أمام القانون. هذه المساواة التي تستلزم حسب تعبير المجلس: " أن توضع رهن إشارة المواطنين المحاكم الضرورية والقضاة اللازمون لجعل حق التقاضي المخول دستوريا للمواطنين حقا مكفولا فعليا"<sup>1</sup>.

فالتقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا.

إن هذا الحق يهدف إلى تمكين كل المتقاضين من النفاذ إلى القضاء نفاذا ميسرا دون أعباء مالية أو إجرائية<sup>2</sup>. كما لا يمكن ضمان المحاكمة العادلة أصلا ما لم يتمتع الشخص بإمكانية ممارسة حقه في الوصول إلى المحاكم<sup>3</sup>.

وعلى أساس ذلك، ولتجسيد هذا المبدأ على أرض الواقع، فإن من حق المتقاضي أن يتكفل القضاء بتزويد حقوقه وحرياته بما يلزم من حماية قضائية سندها القانون<sup>4</sup>، أي اللجوء إلى المحاكم الوطنية دون أي عائق<sup>5</sup>. وإلا، فما جدوى تنصيب تلك المؤسسات بالبلد إذا لم يكن من السهل على المتظلم الوصول إليها للدفاع عن حقوقه ومصالحه المشروعة؟

وهذا ما قضته المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها: "...ولأن الدولة القانونية هي التي يتوافر لكل مواطن في كنفها الضمانة الأولية لحماية حقوقه وحرياته، ولتنظيم السلطة وممارستها في إطار من المشروعية. وهي ضمانة يدعمها القضاء من خلال استقلاله وحصانته لتصبح القاعدة القانونية محورا لكل تنظيم وحدا لكل سلطة ورادعا ضد العدوان"<sup>6</sup>.

غير أن هذا الحق قد يصطدم على أرض الواقع بعراقيل أبرزها عدم وجود المحاكم في بعض المناطق، أو بعدها الجغرافي مما يؤدي إلى عدم تكافؤ الفرص في اللجوء إلى القضاء<sup>7</sup>. كما قد توجد محاكم يصل إليها الأفراد جميعا،

1: "إن عدم القابلية للنقل من الضمانات الأساسية المخولة لقضاة الأحكام، وأنه لا يجوز أن يتقرر نقل قضاة الأحكام، دون طلب منهم إلا بصفة استثنائية، يبررها ضمان حق التقاضي المكفول دستوريا للمواطنين".

2 هذا التوجه الذي يجيز نقل القضاة بناء على مقتضيات المصلحة العامة هو الذي كرسته المادة الخامسة والثلاثون من القانون العربي الاسترشادي للسلطة القضائية والتفتيش القضائي المعتمد بقرار مجلس وزراء العدل العرب رقم: 20/564-29/11/2004، حيث جاء فيه: "لا يجوز نقل القضاة وأعضاء النيابة العامة أو انتدابهم إلى وظائف أدنى من درجاتهم، إلا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وبموافقة صاحب العلاقة".

3 ذ. البوفي إدريس: "المحاكمة العادلة ومتطلبات الإصلاح القضائي": مقال منشور بمجلة مسالك، العدد 36/35، 2015، ص: 111.

4 كما كان على المجلس الدستوري أن يؤسس قراره أيضا على الفصل 120 الذي ينص على أن: "لكل شخص الحق في محاكمة عادلة، وفي حكم يصدر داخل أجل معقول".

5 مركز اتحاد المحامين العرب للبحوث والدراسات القانونية: "نطاق تطبيق استقلال القضاء وحق الإنسان في التقاضي في الجمعيات العربية"، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد 13، 1989، ص: 50.

6 قرار المحكمة الدستورية العليا بمصر في 04/01/1994. القضية رقم 22 لسنة القضائية الدستورية الثامنة، الجزء الخامس، ص: 6.

7 الاتحاد الدولي للمحامين: "الميثاق الدولي للحق في العدالة للجميع"، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد 7، 1992، ص 68.

ولكنها غير متوفرة بالقدر الكافي لمواجهة عدد القضايا، أو أنها لا تتوفر على العدد الكافي من القضاة<sup>1</sup>. مما يمكن أن ينتج معه سرعة أو بطء البت في القضايا من طرف قضاة مرهقين، مما لا يسمح بالتعمق فيها درسا وتحصيلا، ويؤدي بالتالي إلى إهدار الحقوق<sup>2</sup>.

وهو ما نجد أن المشرع انتبه إليه بنصه في المادة 77 من القانون التنظيمي المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية، عند تنظيمه لانتقال القضاة، على ضرورة أولوية مراعاة المجلس الأعلى للسلطة القضائية حاجيات المحاكم<sup>3</sup>.

وهو نفس التوجه الذي سبق للمادة الحادية عشرة من القانون العربي الاسترشادي للسلطة القضائية والتفتيش القضائي المعتمد بقرار مجلس وزراء العدل العرب رقم: 20/564-29/11/2004 أن ذهب إليه، حيث جاء فيها: "يكون نقل القضاة وأعضاء النيابة العامة وندبهم ضمن الهيئة القضائية بقرار من المجلس الأعلى للقضاء مع مراعاة أي من الحالات التالية:

- أن يكون النقل بناء على طلب خطي من القاضي أو عضو النيابة العامة.
- أن يكون القاضي أو عضو النيابة العامة قد أمضى ثلاث سنوات متتالية فأكثر في الموقع المنقول منه.
- أن يكون نقل القاضي أو عضو النيابة العامة ترقية من درجة إلى أخرى.
- أن يكون القاضي أو عضو النيابة العامة قد حكم عليه من قبل المجلس الأعلى للقضاء بعقوبة أشد من عقوبة اللوم.

وما يمكن أن يعاب على المجلس الدستوري وهو يقضي بدستورية هذه المادة عدم تأسيسه لقراره كذلك على مبدأ استقلال القضاء، على اعتبار أن الحق في التقاضي وعدم قابلية النقل مرتبطان بالاستقلال<sup>4</sup>.

وهو ما كان بإمكانه فعله بإجابته عن التساؤل التالي: "هل يمكن اعتبار المساس بضمانة القضاة في النقل لاعتبارات المصلحة القضائية تعديا على مبدأ استقلال القضاء ومسا بالاستقرار الاجتماعي للقاضي، ووسيلة لفرض التعليمات والتدخل في مسار القضايا تحت وطأة التهديد؟"

1 ذ. العلوي إدريس العبدلاوي: "حق اللجوء إلى القضاء وحقوق الدفاع"، مقال منشور بمجلة الأكاديمية، العدد 18، 2001، ص: 49-57.

2 يعتبر الحق في التقاضي من الحقوق ذات البعد العالمي خاصة وأن العهد الدولي يلزم الدول بكفالة توفير سبل فعالة للتظلم، وبأن تنهي إمكانيات التظلم القضائي. كما جاء في المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن: "لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان دون تمييز من أي نوع"، ومن هذه الحقوق المذكورة في هذا الإعلان: "الحق في التقاضي".

3 جاء في المادة 77 من القانون التنظيمي المتعلق بالسلطة القضائية: "يراعي المجلس عند النظر في انتقال القضاة:

- حاجيات المحاكم.

- رغبات القضاة المبينة في طلباتهم.

- القرب الجغرافي.

- الوضعية الاجتماعية للقاضي...".

4 ويمكن تحديد عناصر استقلال القضاء في المواثيق الدولية في ثلاثة عناصر، يتمثل العنصر الأول في المساواة، فمن المتفق عليه عالميا أن "الناس جميعا سواء أمام القانون، وهم يتساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز". ويرتبط العنصر الثاني بوجود النص القانوني، أي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص. ويتعلق العنصر الثالث بوجود آليات محددة ومؤهلة للتقاضي، فمن المقرر أن لكل شخص الحق في اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون. كما أن لكل فرد الحق في أن يحاكم أمام المحاكم العادية أو الهيئات القضائية القائمة، ولا يجوز إنشاء هيئات قضائية استثنائية أو خاصة تنتزع الولاية القضائية التي تتمتع بها أصلا المحاكم العادية أو الهيئات القضائية.

وهو سؤال تبرره الطبيعة الدستورية لمبدأ استقلال القضاء التي تمنع على أي تشريع كيفما كان أن ينكره أو يقيد مده، وذلك حماية للحقوق المرتبطة به، والتي يتصدرها الحق في ولوج القضاء والحق في المحاكمة العادلة.

وبالبناء عليه، فإن أي تشريع أو قرار ينكر هذا الاستقلال أو يقيد أو ينقص منه يعد باطلا لتعارضه مع القواعد الدستورية. لكن ما العمل إذا كان هذا التشريع بدوره منصوصا عليه في صلب الدستور ويتميز بنفس درجة المشروعية كما هو حال الحق في التقاضي؟

فمبدأ استقلال القضاء يعتبر مبدأ واسعا بحيث يرتبط بالعديد من الحقوق والمبادئ الدستورية الأخرى. والمقصود به عدم خضوع القضاة في ممارستهم لعملهم لسلطات أي جهة أخرى. كما يقتضي توزيع الصلاحيات والاختصاصات بين أجهزة تتمتع بكياناتها المستقلة عن بعضها البعض، مع ضمان التوازن فيما بينها في إطار المحددات الدستورية والقوانين المؤطرة.

ومنه، فإن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الدستوري وحدها ودون غيرها بوضع القواعد العامة وإصدار التشريعات، فيما تتولى السلطة التنفيذية السهر على تنفيذ القوانين والأحكام القضائية. أما السلطة القضائية، فتتولى الفصل في الخصومات عن طريق تطبيق القوانين على النوازل المعروضة عليها.

وبالتالي، فوضع قواعد قانونية عامة ومجردة ودقيقة لتنظيم شؤون القضاة من نقل وانتداب وتأديب، ليس فيه أي تعد على مبدأ الاستقلال<sup>1</sup>.

وبالتالي، فالفصل الأول صريح في السماح بتنقيح القضاة شريطة أن يتم بمقتضى القانون وبمقتضى ظهير شريف يصدر باقتراح من المجلس الأعلى للسلطة القضائية، بحيث ينظر هذا الأخير في طلبات الانتقال على ضوء الخريطة القضائية باعتماد مجموعة من المعايير، أهمها: مراعاة المصلحة القضائية، وحاجيات كل محكمة، ثم وضعية أصحاب طلبات الانتقال.

وإذا كان لوزير العدل كنائب لرئيس المجلس الأعلى للقضاة في الدستور السابق سلط واسعة فيما يخص المسار المهني للقاضي، إذ كان معهودا إليه كل ما يتعلق بنقل القضاة وترقيتهم وتأديبهم، فإنه بمقتضى الدستور الجديد أصبح مقصيا من هذا الاختصاص، حيث ألحقت جميع الصلاحيات المتعلقة بالوضعية المهنية للقضاة بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية، الذي أصبح يهتم بالضمانات الممنوحة للقضاة، ولا سيما ما يتعلق بتعيينهم ونقلهم وترقيتهم وتأديبهم، دون أن يكون لأي سلطة أخرى حق التدخل أو التأثير أو التوجيه في تسيير الجهاز القضائي<sup>2</sup>.

1 ذ. بوكرومان محمد: "إنصاف القضاة كآلية لإنصاف المتقاضين"، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد 41، 2002، ص 17.

2 الفصل 113 من الدستور.



وعليه، فإن القول بأن من شأن المساس بهذه الضمانة لدواعي المصلحة القضائية يجعل القاضي لا يشعر بالأمان ويتولد له إحساس بأن مستقبله المهني مهدد مما يفقده استقلالته بالتبعية، هو قول مردود، على اعتبار أن المؤسسة الدستورية المختصة في تدبير الوضعية المهنية للقضاة حسب ما جاء بالوثيقة الدستورية هي المجلس الأعلى للسلطة القضائية<sup>1</sup>، فإسناد هذا الاختصاص لهذه المؤسسة دون غيرها ليس فيه أي تعد على استقلال القضاء<sup>2</sup>.

أضف إلى ذلك أن الهدف الأساسي من النص على استقلال القضاء هو أولا وأخيرا خدمة المواطن بضمان حق في التقاضي وحماية حقوقه وحياته وتوفير الأمن القضائي له، أهداف أصبحت حقوقا دستورية لفائدة المواطن والتزاما يقع على عاتق القضاء أدائه وتنفيذه على أحسن وجه<sup>3</sup>. وبهذا تصبح السلطة القضائية مدعوة، بل مطالبة بحماية حقوق الأشخاص والجماعات وحياتهم وأمنهم القضائي.

وأول ما يمكن استحضاره بهذا الصدد هو ارتباط استقلال القضاء بحق التقاضي، وحق اللجوء إلى القاضي الطبيعي، بوصفها من الحقوق الدستورية الثابتة التي يتمتع بها.

فمادام القضاء هو الحصن الذي يلوذ به الأفراد لأخذ حقوقهم، فإن القضاء لكي يقوم بهذه المهام يجب أن يكون مستقلا وعادلا، بمعنى أن الحفاظ على استقلال القضاء هو في الوقت نفسه حفاظ لحق الأفراد في التقاضي.

والعكس صحيح، فبالقدر الذي يحدث أي تصرف أو يصدر تشريع يحول بين الأفراد وحقوقهم بالتقاضي، فإنه يعتبر اعتداء ومساسا باستقلالية القضاء.

هكذا، تبدو العلاقة وثيقة بين حق التقاضي ومبدأ استقلال القضاء، وهذا ما يؤكد ارتقاء المشرع الدستوري بجملة من القواعد إلى مصاف الحقوق الدستورية، ذلك أن هذا الرقي في درجة المشروعية ينطوي على رغبة المشرع الدستوري في تقوية الطبيعة القانونية لتلك المبادئ، ناسبا القواعد إلى العدالة وليس إلى القضاء.

هذا المعطى هو ما جعل المشرع الدستوري يؤسس لمفهوم الأمن القضائي كأحد الأهداف المطلوب من القاضي تحقيقها حينما ارتقى الفصل 107 من الدستور بالأمن القضائي إلى مصاف الحقوق الدستورية<sup>4</sup>.

فبقراءة متأنية لفصول الدستور المؤطرة للسلطة القضائية، نجد أن المشرع الدستوري ارتقى بحقوق المتقاضين لتصبح من الثوابت الدستورية وتضاهي في رمزيتها ومكانتها مبادئ من قبيل استقلال السلطة القضائية والحكامه وربط

1 ذ. الصبار الطيبي: "تدبير الموارد البشرية في ميثاق إصلاح منظومة العدالة"، مقال منشور بمجلة مسالك، العدد 36/35، 2015، ص: 130.

2 أوضح السيد الوزير أن المادة 64 تضمنت حالات نقل القاضي وهي تتعلق بضمانات جد هامة محدد في أربع حالات تضبط العلاقة القائمة بين المجلس الأعلى للسلطة القضائية والقاضي، وتحمي هذا الأخير، بالإضافة إلى ضمان السير العادي للمرفق العمومي، مضيفا أنه في بعض الدول القاضي لا ينقل إلا بناء على طلبه.

وأشار إلى أن مسألة الانتداب كانت تتخذ ذريعة للنيل من استقلال القضاء وأنه بمقتضى هذا المشروع أصبح انتداب القضاة غير مفتوح. أي، أنه يقع داخل الدائرة القضائية لمحكمة الاستئناف التي يشتغل فيها القاضي مع ضرورة توفر أسباب الانتداب، وهي سد الخصائص بأحد المحاكم الموجودة في دائرة النفوذ، واستشارة المسؤول القضائي المباشر، ومرعاة القرب الجغرافي والوضعية الاجتماعية للقاضي، وتحديد المدة الزمنية في ثلاثة أشهر، وعدم انتداب القاضي أكثر من مرة داخل خمس سنوات، وذلك للابتعاد عن شبهة التأثير عن القاضي.

3 ذ. العلوي هاشم: "البيان الدستوري الجديد للسلطة القضائية وحمية إصلاح شمولي عميق للقضاء"، مطبعة الأمنية، الطبعة الأولى، 2012، ص: 120.

4 لقد أقر المشرع المغربي ولأول مرة مجموعة من القواعد الدستورية لفائدة المتقاضين، كما أقر أخرى تتعلق بسير العدالة في فرع مستقل من الفروع المؤطرة للسلطة القضائية في الدستور الجديد لفتح يونيو 2011.

المسؤولية بالحاسبة. فدسترة هذا النوع من القواعد القانونية يندرج في اتجاه تكريس المساواة أمام القضاء، وتدعيم حق التقاضي.

كما يعتبر مبدأ استقلال القضاء من المبادئ الاستدلالية للحكمة القضائية، إلى جانب مبادئ النزاهة والكفاءة والفعالية القضائية، والتي تسعى كلها إلى جعل مقارنة إصلاح القضاء مقارنة حكماتية ذات بعد شولي ومجتمعي واستراتيجي، ولا تهم فقط جانبا أو مؤسسة معينة كيفما كان موقعها، بل تجعل الإصلاح في هذا المجال الحيوي شأنا مجتمعيا يخدم مبادئ العدالة ودولة الحق والقانون.

فبمجرد استقرار روح الدستور المغربي - في شقه المتعلق بالسلطة القضائية - يتبين أنه يدور حول فكرة أساسية تتجلى في تكريس المفهوم الجديد للسلطة القضائية الذي يتوخى منه الدستور تذيب كافة العراقيل الضارة بمصالح المواطن عند التجائه إلى المحاكم قصد صيانة حقوقه بواسطة تقريب الخدمة القضائية من المتقاضين.

هكذا، نرى أن الدستور الجديد سن مفهوما دستوريا جديد السلطة القضائية يعني الحاسبة والمساءلة وإعطاء الحقوق لأصحابها. فالمبتغى النبيل الذي أراه المشرع المغربي أن يتحقق من خلال الوثيقة الدستورية هو استعمال الحكامة من أجل خدمة المواطن<sup>1</sup>.

ولا مرء في أن عدم توفير المحاكم والقضاة يكون لحساب السلطة التنفيذية عادة، وذلك بفتح المجال أمامها بالنهوض بكل أو بعض مهام القضاء، وهذا يعتبر أظهر صنوف العدوان على استقلال القضاء.

وبالبناء عليه، يمكن القول بأن سلب الاختصاص من القضاء أو تقييد اللجوء إليه من شأنه إهدار استقلاله.

وبشكل عام، فإن الحق المثار في قرار المجلس الدستوري هو حق المواطنين في وجود عدالة تتوفر على الشروط الدنيا من محاكم مجهزة وقضاة أكفاء ومحايدين<sup>2</sup>.

وبالتالي، يظهر أن استقلالية القضاء، ومنه حصانة النقل، ليت امتيازاً للقضاة بقدر ما هي مسؤولية وتكليف تترتب عنها في مواجهة القاضي التزامات عديدة تطوقه بواجبات حماية حقوق الناس وممتلكاتهم، حيث لا يمكن حماية الحقوق دون وجود قضاء مستقل ساهر على حسن سير العدالة<sup>3</sup>.

وكخلاصة لهذه النقطة، نجد أن المجلس أسس قراره معتمدا على أن ضمانات الأمن الوظيفي - ومنها ضمانات عدم قابلية القضاة للنقل - ليست امتيازاً ممنوحا للقاضي وحده، وإنما هي حق للمواطن في المقام الأول وضمانة ضرورية لصالح النظام القضائي في شموليته، هدفها تسهيل الولوج للقضاء والحفاظ على الثقة فيه تجسيدا لشعار، "القضاء في خدمة المواطن".

1. ذ. دهي عبد الحق: "الحكمة القضائية، الدلالات والأبعاد"، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، العدد 6، أبريل 2014، ص: 130.

2. ذ. عبد الصمد عدنان: "حياد القاضي الجنائي في ظل خصوصية النظام القضائي المغربي"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، الموسم الجامعي 2013/2014، ص: 150.

3. كما جاء في وثيقة الرباط حول أخلاقيات وسلوك القاضي العربي.

كما نجد المجلس الدستوري أسس قراره على مبدأ المساواة الذي يعتبر من المبادئ الأساسية للتنظيم القضائي، وهو أحد ضمانات المحاكمة العادلة. ويقتضي تطبيق هذا المبدأ عدم التمييز بين المتقاضين بسبب اللون أو العرق أو الوضع الاجتماعي أو الديني، وبتهييل وصول الأفراد إلى المحاكم<sup>1</sup>.

فبقراءة الفصول من 118 إلى 126 من الدستور، نجد أن جوهرها يدور حول مبدأ المساواة أمام القضاء، إذ إن تمتيع كل شخص بمحاكمة عادلة هو لب المساواة أمام القضاء.

أما بخصوص النقطة الثانية المتعلقة بمدى دستورية تنقيح القضاة على إثر ترقيتهم في الدرجة، فيجب الإشارة إلى أن قرار المجلس الدستوري نص صراحة على دستوريته، إذ جاء في قراره: "وحيث إنه، مع مراعاة ما سبق، فليس في مقتضيات المادتين 35 و72 ما يخالف الدستور".

وإلا كان حريا عليه أن يستثني هذه الحالة ويأمر بفصلها عن أحكام المادة 72، كما فعل مع عبارة "بصفة خاصة" الواردة في الفقرة الثانية من المادة 97 من القانون التنظيمي قيد الدراسة، وكما فعل مع جملة "الإدلاء بتصريح يكتسي صبغة سياسية" الواردة بالمقطع الثاني من البند التاسع من نفس الفقرة.

لذلك، يحق التساؤل عن مدى ارتباط تنقيح القضاة على إثر ترقيتهم في الدرجة بحق المواطن في التقاضي وبمبدأ المساواة أمام القانون<sup>2</sup>.

بادئ الأمر، يجدر لفت الانتباه إلى أن المادة 35 من هذا القانون التنظيمي لم تلزم القاضي المرقى في الدرجة بقبول المنصب القضائي الجديد المعين فيه، وإنما أتاحت له حرية الاختيار بين قبول الترقية ورفضها، ليسجل في لائحة الأهلية برسم السنة الموالية.

مما يعني أن القاضي ليس مكرها على الانتقال، بل هو مخير في ذلك. لكن الشئ الوحيد الذي قد يضره هو مسألة التأخير في الترقية في الدرجة حتى يستطيع في السنة أو السنوات المقبلة الحصول على منصب قضائي في المحكمة التي يشتغل بها أو في محكمة أخرى يرغب في الانتقال إليها.

مما يجعل التساؤل المنطقي في هذا الإطار يدور حول مدى دستورية ربط الترقية في الدرجة بقبول المنصب القضائي الجديد.

1 المساواة أمام القضاء مبدأ عالمي تضمنته المواثيق الدولية، سواء ذات الطبيعة العالمية أو الإقليمية. ويعني ممارسة الأفراد لحق التقاضي على قدم المساواة أمام محكمة واحدة، بلا تمييز أو تفرقة بينهم.

2 يقول الفريق المناهض لفكرة ربط الترقية في الدرجة بالتنقيح: "إن الترقية تبقى من بين أهم الحقوق التي يتمتع بها القاضي خلال مساره المهني، لذا فإن شروط استحقاقها يحددها القانون ومن أهمها شرط الأقدمية، والمؤهل العلمي، والكفاءة. وبذلك، لا يمكن اعتبار أي سبب آخر مهما كانت شرعيته ومشروعيته سببا مرتبطا بالترقية، خاصة تفعيل أسلوب نقل القضاة من منطقة إلى أخرى بدون رغبة منهم، فالآثار الاجتماعية والاقتصادية والنفسية المترتبة عن هذا النقل التعسفي تشعر القاضي أن ترقيته كانت بطعم التأديب، أو الانتقام منه بشكل غير مباشر بمناسبة بته في قضية ما، وهذا ما يفقد لديه حلقة هامة من حلقات ضمان استقلاله من خلال التعدي على حقه المشروع في الاستقرار العائلي والوظيفي.

لذا، يتعين أن تكون الترقية غير مقرونة بأي شرط لأنها بكل بساطة حق، والحق يتعين أن يبقى مجردا، وإلا أصبح هبة يمكن الرجوع فيها متى شئنا. وهنا نكون قد حرمانا القضاة الذين يبتون في حقوق العباد من حقه الطبيعي والقانوني في التدرج المهني إلى درجات أعلى لتحسين معيشتهم".

فالإجابة عن هذا التساؤل تقتضي ربطه بالمصلحة القضائية من جهة، وبحق الترقية باعتبارها حقا للقاضي ومكافأة له على حسن سلوكه ومساره المهني من جهة أخرى.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية المؤطرة لحق القضاة في الترقية نجد أن هذا الحق مشروط لاستحقاقه بضرورة مراعاة المجلس الأعلى للسلطة القضائية<sup>1</sup>:

- الأقدمية في السلك القضائي والأقدمية في الدرجة.
- جودة المقررات القضائية.
- القدرة على التنظيم وحسن تدبير القضايا.
- الدراسة القبليّة للملفات والسهر على تجهيزها.
- استعمال الوسائل التكنولوجية الحديثة.
- القدرة على التواصل.
- القدرة على التأطير.
- الحرص على المواكبة والتتبع والمواظبة.

وبالتالي، فلا يوجد في المادة المذكورة أي مقتضى يربط الحق في الترقية بالمنصب القضائي الجديد.

وطالما أنه لا يوجد أي مقتضى قانوني يربط الحق في الترقية بالمنصب القضائي الجديد، يحق لنا التساؤل عن السند القانوني الذي بمقتضاه يمكن إضفاء الطابع الدستوري على ربط الترقية بقبول المنصب القضائي الجديد.

لقد حددت المادة الرابعة من القانون التنظيمي المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة المناصب القضائية في :

- قاض بمحكمة أول درجة.
- نائب وكيل الملك لدى محكمة أول درجة.
- مستشار بمحكمة الاستئناف.
- نائب الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف.
- مستشار بمحكمة النقض.
- محام عام لدى محكمة النقض.

1 المادة 75 من القانون التنظيمي المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية.

لكن الإشكال المطروح في هذه النقطة يتمثل في كيفية الموازنة بين أحقية المتقاضين في الولوج إلى العدالة المنصوص عليها دستوريا وبين ضمانات عدم قابلية قضاة الأحكام للنقل. وفي حال تعذر ذلك، من الأولى بين الحقين التضحية به؟

إن السبيل الأمثل للموازنة بين الحقين الدستوريين المذكورين يتمثل في اعتقادي بضرورة اعتماد المجلس الأعلى للسلطة القضائية معايير عامة ومجردة في تنقيح القضاة دون إخلال بمبدأ المساواة بين القضاة من جهة أولى، مع محاولة السلطة التنفيذية العمل على سد الخصاص الحاصل في عدد القضاة وفق الإمكانيات المتاحة والتوازنات المالية من جهة ثانية، مع لزوم وعي السادة القضاة الأجلاء بالمسؤولية الجسيمة الملقاة عليهم، والتي تستلزم الكثير من الصبر والتضحية من جهة ثالثة. والأكثر من ذلك، ضرورة التخفيف من الأعباء الملقاة على المحاكم بمختلف درجاتها، وذلك بربط روح المواطنة والأخلاق الفاضلة في عموم المواطنين حتى يتعرف كل مواطن على حقوقه فلا يأخذ أكثر منها، ويعرف واجباته فيؤديها على أحسن وجه.

وتبعاً لذلك، يمكن الإجابة عن التساؤل المتعلق بأي من الحقين يجوز التضحية به بطرح سؤال آخر افتراضي مؤداه: "هل القاضي الذي يزاول عمله بمحكمة أول درجة يوجد مقرها بمدينة أخرى غير تلك التي توجد بها محكمة الاستئناف التابعة لها، سيفرض على المجلس الأعلى للسلطة القضائية ترقيته إلى درجة مستشار بمحكمة الاستئناف مع بقاءه مزاوياً لمهامه بالمحكمة الابتدائية، خاصة إذا علمنا أن المنصب القضائي الجديد الذي أعطي له كان بسبب فراغ بمحكمة الاستئناف تسبب فيه ترقية أحد المستشارين بمحكمة الاستئناف إلى مستشار بمحكمة النقض، أو أحيل إلى التقاعد"؟ مع علمنا، أن قضاة محاكم أول درجة يجوز أن يكونوا مرتبين في درجات أعلى من الدرجة الثالثة.

ما الحق الأولى بالتضحية به في هذه الحالة؛ حق القاضي في الترقية المشروط بقبول المنصب القضائي الجديد، أم حق المواطنين في التقاضي؟

في الختام، يجدر التأكيد أن المعول عليه أولاً وأخيراً هو عدم تعسف المجلس الأعلى للسلطة القضائية في استعمال هذا الحق المخول له بنصوص الدستور.

✓ لائحة المراجع :

-الكتب :

ذ. كريم لحرش : "الدستور الجديد للمملكة المغربية: شرح وتحليل، سلسلة العمل التشريعي والاجتهادات القضائية، مطبعة فضالة، العدد 3، 2012.

ذ. العلوي هاشم: "البنين الدستوري الجديد للسلطة القضائية وحتمية إصلاح شولي عميق للقضاء"، مطبعة الأمنية، الطبعة الأولى، 2012.

-المقالات :

مركز اتحاد المحامين العرب للبحوث والدراسات القانونية : " نطاق تطبيق استقلال القضاء وحق الإنسان في التقاضي في الجمعيات العربية"، مقال منشور بمجلة الحامي، العدد 13، 1989، ص: 39-56.

ذ. البوفي إدريس : " المحاكمة العادلة ومتطلبات الإصلاح القضائي": مقال منشور بمجلة مسالك، العدد 36/35، 2015، ص: 107-123.

الاتحاد الدولي للمحامين : " الميثاق الدولي للحق في العدالة للجميع"، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد 7، 1992، ص 63-74.

ذ. العلوي إدريس العبدلاوي : " حق اللجوء إلى القضاء وحقوق الدفاع"، مقال منشور بمجلة الأكاديمية، العدد 2001، 18، ص : 49-57.

ذ. بوكلمان محمد : "إنصاف القضاة كآلية لإنصاف المتقاضين"، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد 41، 2002، ص 15-27.

ذ. الصبار الطيبي : " تدبير الموارد البشرية في ميثاق إصلاح منظومة العدالة"، مقال منشور بمجلة مسالك، العدد 36/35، 2015، ص: 127-137.

ذ. دهبي عبد الحق: "الحكام القضائية، الدلالات والأبعاد"، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، العدد 6، أبريل 2014، ص: 129-135.

-النصوص القانونية :

الدستور الجديد للمملكة المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 29 يوليو 2011.  
-الخطب الملكية :

نص خطاب جلالة الملك الحسن الثاني رحمه الله بمناسبة ظهور النتائج الرسمية للاستفتاء الدستوري، وارد في سلسلة خطب وندوات صاحب جلالة الملك الحسن الثاني 1992-1993، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1994.

-القرارات والأحكام القضائية :

قرار المجلس الدستوري رقم: 992/16، بتاريخ 15 مارس 2016.

قرار المجلس الدستوري رقم 2004/586، بتاريخ 10 غشت 2004.

قرار المجلس الدستوري رقم 2000/382، بتاريخ 15 مارس 2000.

## قانون المؤسسات العمومية في موريتانيا



الدكتور محمد دده : أكاديمي وباحث

كلية الحقوق جامعة ، نواكشوط

تقوم الفكرة العامة للمؤسسات العمومية على كونها حلا ابتدعه المشرع ليقابل به الضرورات التي واجهت الدولة في إشباع الحاجات العامة الحديثة، التي كشف العلم مسيبتها وقدم وسائل إشباعها التقنية<sup>1</sup>. فأمام اتساع وظيفة الدولة الإيجابية وما يجب على الوزير القيام به من مهام متشعبة أقام المشرع تحت وصايته محطات للقرار لمساعدته على القيام بوظائف على أحسن وجه، من خلال التخفيف من عبئ تسييره اليومي للمصالح العامة التي يضطلع جهازه الوزاري بها.

وهكذا أكد الواقع أن المؤسسات العامة هي من ابتكار المشرع أجبرته عليها ضرورات اقتصادية وتنظيمية يفسرها إنشاء المنظمات ومكاتب التوجيه الاقتصادي في فرنسا والهيئات الضابطة والمنظمة التي أنشأها روزفلت في ثلاثينيات القرن العشرين في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>2</sup>. ولدراسة المؤسسات العامة سنقوم بتعريفها وبيان أركانها، ثم تحديد وشرح أنواعها المختلفة، وبيان كيفية إنشائها وإلغائها (مبحث أول)، ثم بيان مدى ما تتمتع به من استقلال إداري ومالي عن السلطة المركزية (مبحث ثاني).

<sup>1</sup> - حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة الحديثة، الكتاب الثاني: نظرية المؤسسات العامة، ط 2 (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1984) ص: 7

<sup>2</sup> - محمد شطا، نفس المرجع، ص: 16

## المبحث الأول: تعريف المؤسسات العامة وتحديد أركانها وأنواعها وبيان طرق إنشائها وإلغائها.

وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول منهما للتعريف بالمؤسسات العامة. على أن نتناول في المطلب الثاني أركانها وأنواعها وطرق الإنشاء والإلغاء.

## المطلب الأول: تعريف المؤسسات العامة:

إن ابتداء المشرع لفكرة المؤسسات العامة وإن كان يعطيه الحق في بيان مراده بهذه المؤسسات، ويجعل كلمته هي الفصل عند الاختلاف، إلا أنه لا يجعله محتكراً لمجال التعريف بهذه الكيانات. فالفقه له كلمته أيضاً في هذا المجال. وبالتالي فسنعتمد في الفقرات اللاحقة إلى بيان التعريفين الفقهي والتشريعي للمؤسسات العامة.

## الفقرة الأولى: التعريف الفقهي للمؤسسات العامة:

لقد نشب الخلاف قويا، وما زال محتدماً بين فقهاء القانون العام حول تعريف المؤسسات العامة. مرد ذلك استمرار الخلاف القديم بين مدرستي السلطة العامة، والمرافق العامة، حول نظرية المرفق العام، والذي ألقى بظلاله على فكرة المؤسسات العامة. نتيجة لاعتبار رواد هاتين المدرستين أن المرفق العام يمثل عنصراً أساسياً في تعريف المؤسسة العامة.

ففي حين يعتبر رائد مدرسة السلطة العامة وعميد كلية الحقوق بجامعة باريس جورج فيدل المؤسسة العامة بأنها: "مرفق عام منح الشخصية المعنوية" مضيفاً أنها "ليست إلا وسيلة اللامركزية عن طريق المرافق، لأنها تعطي الشخصية المعنوية والاستقلال المالي للمرفق العام" ومعتبراً في الوقت نفسه أن هذا هو ما استقر عليه الفقه القانوني العام. نجد رائد مدرسة المرافق العامة دي لوبادير يبدأ تعريف المرافق العامة بالتنبيه إلى أن التمييز بين طائفتين من الأشخاص الإدارية المتخصصة. وميزة الأخيرة مؤسسة على نشاطها الذي هو حسب لوبادير: "إدارة مرفق عام" لا إدارة دائرة إقليمية كما هو شأن الأشخاص الإقليمية. وبحسب توجهه فإن هذه الأشخاص الإدارية المتخصصة هي ما بات يعرف عندنا بالمؤسسات العامة<sup>1</sup>.

إن تأمل تعريفي فيديل ولوبادير يكشف لنا اتفاق الفقيهين رغم تناقض نظريتهما للنشاط العام على اعتبار المرفق العام هو حجر الزاوية والركن الأساس في المؤسسات العامة، التي لا تعدو كونها بالنسبة لهما مرفقا عاما يتمتع بالشخصية المعنوية. وهو ما سيجاريهم فيه بشكل غالب توجه الفقه العربي.

ففي محاولته للتعريف بالمؤسسة العامة اعتبر حامد مصطفى أنها تعتبر في عرف القانون الإداري مرفقا عاما لأنها عبارة عن "مصلحة عامة محلها خدمة الجمهور في شأن من الشؤون التي تهمهم الاجتماعية والاقتصادية. {ولا تخضع للإدارة المباشرة للحكومة}"<sup>2</sup>. وعلى ذلك يعتبرها مصطفى بمثابة تطور جديد للمرفق العام، لكنه أكثر منه قدرة على اتخاذ القرار بشكل مستقل بحيث يمكن القول بحسب مصطفى إن المؤسسة العامة هي "مرفق عام تحرر من سلطان إدارة الحكومة المباشرة ليؤدي الغرض منه سليما من العيوب التي تشوب المرافق العامة". ولمزيد من التوضيح يؤكد مصطفى أن ما يميز المؤسسة العامة عن المرفق العام هو مجرد مسألة التبعية للإدارة الحكومية التي يدخل نشاط

<sup>1</sup> - حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة الحديثة، ص: 53

<sup>2</sup> - نقلا عن محمد شطا، نفس المرجع، ص: 23



المرفق ضمن اختصاصها، فإذا كانت مطلقة فهو مرفق عام. أما إذا كان مستقل بنشاطه ويخضع فقط لنوع من الوصاية، بحيث تتخذ قراراته وتنفذ ضمن المرفق نفسه دون تدخل من الإدارة الحكومية التي يتبع لها، فعندها يكون مؤسسة عامة. وتأسيسا على ذلك يعتبر مصطفى أن المؤسسة العامة هي: "منظمة تدير المرفق العام نيابة عن الحكومة وبإذن منها أو من السلطة التشريعية".

وإذا كان الأستاذ حامد مصطفى قد اعتبر التلازم بين المرفق العام والمؤسسة العامة عرفا من أعراف القانون الإداري حسب تعبيره. فإن الفقيه سليمان الطماوي قد اعتبر هذا التلازم بدهية من بدهيات القانون. إذ أن المؤسسة العامة برأيه ماهي إلا "مرفق عام يدار عن طريق منظمة عامة ويتمتع بالشخصية المعنوية". وقد شدد على أنها تمثل نوعا من اللامركزية المرفقية في مقابل اللامركزية الإقليمية. وهو بالضبط ما قال به عمار عوابدي الذي اعتبر أن المؤسسة العامة تخضع لأسلوب إداري لا مركزي تحقيقا للأهداف المحددة في نظامها القانوني<sup>1</sup>.

وليس هذا الرأي للدكتورين الطماوي وعوابدي بدعة، بل هو في ما يبدو اتجاه مستشري داخل المدرسة الفقهية القانونية العربية، إذ نجده كذلك موثقا ضمن الموسوعة السياسية التي اعتبرت المؤسسة العامة: "هيئة إدارية عامة تمثل نوعا من اللامركزية في الإدارة المنبثقة عن السلطة التنفيذية تتمتع بشخصية مستقلة عن شخصية الدولة"<sup>2</sup>.

إن كل ما سبق من تعريفات يكشف عن رأي مستقر يكاد يمثل إجماعا داخل الفقه القانوني العربي على وجود أربع مقومات أساسية هي التي تعطي للمؤسسة العامة شكلها المميز<sup>3</sup>، والمتمثلة أساسا في: قيام المؤسسة العامة على إدارة مرفق عام. تمتع هذا المرفق بالشخصية القانونية. وأنها تمثل لا مركزية إقليمية. وأنها هيئة عامة تدير مرفقا عاما.

لكن رغم هذا الاتفاق شبه التام داخل المدرسة القانونية العربية حول تعريف المؤسسات العامة وتمييزها، فإن هنالك من تعرض لهذه التعاريف بالنقد مؤكدا عدم دقتها في التعريف بالمؤسسة العامة. ولما كان الهدف من دراستنا هو التوصل إلى نتائج علمية مؤسسة عقلا ومنطقا، وليس مجرد التعصب لرأي فقهي بعينه، فلا ضير في أن نتعرض لهذه التعاريف بشيء من النقد بهدف معرفة مدى دقتها في تحديد فكرة المؤسسة العمومية كما هي واقعا وممارسة.

وسنبدا في ذلك بفكرة التلازم بين المؤسسة العامة والمرفق العام، ذلك أن هذا الإصرار ضمن الفقه العربي بالتلازم بين المؤسسة العامة والمرفق العام سيؤدي إلى إقحام المؤسسة العامة ضمن جلد لما يحسم بعد حول فكرة المرافق العامة نفسها، والتي ما تزال موضع خلاف فقها وقضاء. فحتى يومنا هذا لم يستقر الفقه والقضاء على تعريف موحد للمرافق العامة. وهكذا ونتيجة لما تقدم نجد بعض من المتخصصين العرب يرفض هذا التلازم بين المؤسسة العامة والمرفق العام. بل ويشدد أكثر من ذلك على أن المؤسسة العامة كنظام لتسيير المصالح العامة سابق في الظهور على فكرة المرفق العام. ويمكن أن نقرأ حول ذلك رأي الدكتور سعد علوش الذي نقله عنه الدكتور حامد شطا، والذي أكد فيه عدم ارتباط المؤسسة العمومية بالمرفق العام، مشددا على أن المؤسسة العامة هي فكرة "أملتها على المشرع ضرورات عملية على العكس من فكرة المرفق العام التي هي فكرة فقهية محضة"<sup>4</sup>. إن هذا الرأي للدكتور علوش

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الأول: النظام الإداري (ديوان المطبوعات الجزائرية 2000) ص: 23

<sup>2</sup> - عبد الوهاب الكيالي، الموسوعة السياسية، ط 1 (المؤسسة العربية للدراسات والنشر مطبعة المتوسط 1974) ص: 532

<sup>3</sup> - فتحي عبد الصبور، الشخصية المعنوية للمشروع العام (عالم الكتب 1973) ص: 337

<sup>4</sup> - راجع: محمد شطا، نظرية المؤسسات العامة، ص: 16

يعني في أحد جوانبه أنه إذا كان لا بد من وجود تلازم بين المؤسسة العامة والمرفق العام أن تكون المؤسسة العامة هي العنصر الأساس في تعريف المرفق العام وليس العكس، وذلك للسبق في الظهور.

ويعضد مذهب العلوش هذا ما أكد عليه الدكتور أحمد رشيد أستاذ الإدارة العامة بجامعة الأزهر الذي اعتبر أنه لا وجود لأي تلازم بين المؤسسة العامة والمرفق العام، منتقدا بشدة ما قال إنه خلطا شائعا ضمن كثير من الدراسات بين المؤسسات العامة والمرافق العامة مؤكدا في الآن نفسه أن المؤسسات العامة هي: "منظمات أعمال تعمل في نطاق أهداف المصلحة العامة كفروع جديد من فروع الجهاز الإداري"<sup>1</sup>. وأكثر من ذلك يؤكد رشيد على أن ما يقول به يتفق مع ما تبنته جامعة الدول العربية في إطار نشاط لجنة توحيد المصطلحات الإدارية التي اعتبرت أن المؤسسة العامة "منظمة عامة ذات شخصية معنوية تباشر نشاطا اقتصاديا"<sup>2</sup>. ولا يخفى أن هذا التوجه الذي اعتمدته اللجنة التابعة للجامعة العربية أعرض تماما عن الرأي القائل بالتلازم بين فكريتي المؤسسة العامة والمرفق العام.

وينتقد الدكتور حماد محمد شطا بدوره وبشدة مذهب الفقه العربي بخصوص المؤسسات العامة معتبرا أن القول بالتلازم بينها والمرفق العام لا يستقيم. لا لأن من شأن ذلك إقحام المؤسسة العامة ضمن الجدل الدائر حول نظرية المرفق العام فحسب. بل لأن الجمع بين الفكرتين يجعل فكرة المؤسسة العامة فكرة لا قيمة لها ما دامت منحصرة في كونها مجرد منح المرفق العام شخصية معنوية. ولأن منح الشخصية المعنوية كذلك لا يمثل معطى تمييزي. لأنه يمكن منحها لأنشطة لا حصر لها<sup>3</sup>.

وإضافة إلى ما سبق وتأكيدا على عدم دقة مذهب التلازم بين فكرة المؤسسة العامة والمرفق العام، نجد أحد أعلام هؤلاء وهو الفقيه دي لوبادير يقر بأن فكرة المؤسسات العامة قد فقدت بساطتها ومن الصعوبة منحها تعريفا مبسطا، وذلك على خلفية حكم محكمة التنازع الصادر في التاسع من ديسمبر 1899 الذي اعتبرت فيه أن الجمعيات النقابية المرخص بها للملاك مؤسسات عامة، وهذه الجمعيات لا تمثل بأي حال من الأحوال مرافق عامة<sup>4</sup>.

هكذا إذا يتضح لنا من خلال ما تقدم أن لا وجود بالضرورة لتلازم بين المؤسسات العامة والمرافق العامة. وبالتالي فليست المؤسسة العامة مديرة لمرفق عام.

والآن نتجاوز إلى اعتبار المؤسسة العامة مرفقا عاما منح الشخصية المعنوية وبهذا الخصوص يمكن أن نكتفي بالاستدلال بحكمي مجلس الدولة الصادرين في يوليو 1942 وإبريل 1943 ميني وبوجان، على التوالي، واللذين لم يعتبروا لجنة التنظيم مؤسسة عامة رغم أنها مدرجة ضمن المرافق العامة، وتتمتع بالشخصية المعنوية. وهو ما جعل الفقيه لوبادير يعترف معلقا على الحكمين قائلًا: إنهما يكرسان وجود فئة من الأشخاص المعنوية من القانون العام ليست لها صفة المؤسسة العامة<sup>5</sup>. وهذا الاعتراف من الفقيه لوبادير وهو من أشد المدافعين عن فكرة كون المؤسسة العامة ما هي إلا مرفقا عاما منح الشخصية المعنوية، يؤكد عدم دقة هذا المذهب. كما يدل على أن مجرد منح المرفق

<sup>1</sup> - أحمد رشيد، مشاكل تطبيقية في إدارة المؤسسات العامة، ط 2 (مصدر المعارف 1971) ص: 5

<sup>2</sup> - أحمد رشيد، نفس المرجع، ص: 5

<sup>3</sup> - محمد شطا، نظرية المؤسسات العامة، ص: 28 و 87

<sup>4</sup> - أنظر حول هذا الموضوع: محمد شطا، نفس المرجع، ص: 54

<sup>5</sup> - محمد شطا، نفس المرجع، ص: 50 وما بعدها

العام الشخصية المعنوية لا يعني ضرورة اعتباره مؤسسة عامة، وهي الفكرة التي جعلت الفقه العربي بما يشبه الإجماع يقرر أن المؤسسة العامة ماهي إلا مرفق عام منح الشخصية المعنوية.

أما بخصوص تمثيل المؤسسة العامة لا مركزية مرفقية في مقابل اللامركزية الإقليمية فإنه ورغم ما تكاد المؤلفات العربية تجمع عليه من كون المؤسسة العامة تمثل لا مركزية مرفقية في مقابل اللامركزية الإقليمية<sup>1</sup>، فإن البعض الآخر من الكتاب العرب اعتبر الفكرتين متناقضتين، وأن لا مقارنة بينهما إلا في ما يخضعان له من وصاية. لأن اللامركزية الإقليمية شاملة لكل الأنشطة ضمن الإقليم، خلافا للمؤسسة العمومية التي تعتبر محددة النشاط ومنحصرة في حدود ما يمنحها المشرع كغاية لتحقيقها. كما أن اللامركزية الإقليمية تدار من قبل هيئة منتخبة، بينما تدار المؤسسة العامة من قبل هيئة معينة من قبل السلطة التنفيذية، والفرق بين بين من هو منتخب بصلاحيات دستورية، ومن هو معين بصلاحيات تنظيمية<sup>2</sup>. وبهذه الفوارق الجوهرية بين الفكرتين يتضح لنا مدى التباعد بينهما بما يعدم المقارنة، فمن باب أولى التماثل.

وأخيرا وليس آخرا اعتبار المؤسسة العامة هيئة عامة تدير مرفقا عاما إن هذا القول هو أكثر الأقوال السابقة التباسا، لأنه يجعل من المؤسسة العامة شكلا تركيبيا من مرفق عام وجهاز عام. ذلك أن قيام المرفق العام يعني توافر جميع عناصره والتي من ضمنها المجموعة البشرية المسيرة للمرفق بشقيها المديرين والتنفيذيين، وهم - القائمين بأن المؤسسة العامة تدير مرفقا عاما - يطلبون زيادة على ذلك منظمة عامة لكي تدير المرفق العام. أي أنهم يطلبون عناصر المرفق العام من أموال وأهداف ومجموعة بشرية مسيرة لإدارة المرفق، فكأنهم يقولون لنا إن المؤسسة العامة هي مرفق عام يدير مرفقا عاما<sup>3</sup>. ومن البدهي أن هذا لا يستقيم عقلا ولا منطقا، ولا يقدم أي فائدة في مجال التمييز بين النمطين.

وهكذا وتأسيسا على هذه الانتقادات التي أوردنا يمكن أن نستخلص عدم وجود ترابط بين المؤسسة العامة والمرفق العام. إذ من الممكن وجود مؤسسة عامة لا تدير مرفقا عاما، كما هو حال الغرف التجارية والصناعية. كما أنه ليس من الضرورة اعتبار كل مرفق عام متمتع بالشخصية المعنوية مؤسسة عامة. وأخيرا ليست المؤسسة العامة هيئة عامة تدير مرفقا عاما، كما لا تمثل لا مركزية مرفقية.

ولا يخفى أنه في حال اعتماد هذه الأفكار التي تهدم الأسس التي يقوم عليها التعريف التقليدي للمؤسسات العامة، سيكون هذا التعريف متجاوزا ولا قيمة له نظريا وهو ما يفرض تقديم بديل عنه. وما نقتحه كبديل هي المقاربة التي تقدم بها الدكتور حماد محمد شطا التي اعتبرت المؤسسة العامة "جزء أو حصة من المال العام خصصته الدولة لتمويل نشاط معين بقصد إشباع حاجة جماعية، يدار بطريقة الإدارة المباشرة مفوضة الاختصاص"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر علي شريف، الإدارة العامة المعاصرة (الدار الجامعية 1988) ص: 366

<sup>2</sup> - محمد شطا نظرية المؤسسات العامة، ص: 30

<sup>3</sup> - محمد شطا، نفس المرجع، ص: 25

<sup>4</sup> - محمد شطا نفس المرجع، ص: 98

## الفقرة الثانية: التعريف التشريعي للمؤسسات العامة:

لقد سبق وقررنا في بداية هذه الدراسة أن المؤسسة العامة ليست وليدة الترف الفكري لفقهاء القانون، كما أنها ليست وليدة العاطفة الوطنية فحسب. وإنما هي ضرورة عملية أملت على المشرع ظروف تطور دور الدولة. ولما كان المشرع الذي يعيننا بالدرجة الأولى في موضوع المؤسسة العامة هنا هو المشرع الموريتاني، فإننا سنعرض في هذه الفقرة لمفهومه للمؤسسات العامة بشيء من التحليل والمقارنة.

اعتبر المشرع الموريتاني في الفقرة الأولى من المادة الثانية من الأمر القانوني 09 - 90 الصادر بتاريخ 4 إبريل 1990 أن المؤسسة العامة هي: "الأشخاص الاعتباريين الخاضعين للقانون العام والمتخصصين والقائمين على مرفق عمومي ولهم ممتلكاتهم الخاصة ويتمتعون بالاستقلال المالي ولا يستفيدون من أية مساهمة خصوصية"<sup>1</sup>.

إن القراءة المتأنية لهذا التعريف تكشف أن المشرع الموريتاني قد تبنى الرأي القائل بأن المؤسسة العامة هي هيئة عامة تدير مرفقا عاما، والذي سبق وبيننا عدم دقته. غير أنه ولما كانت الكلمة الفصل في تحديد المراد بالمؤسسات العامة في أي بلد هي من اختصاص المشرع الوطني لذلك البلد، فإننا مجبرين على الانصياع لرؤية المشرع الموريتاني بخصوص المؤسسات العامة، ما دامت دراستنا هذه عن المؤسسات العامة في موريتانيا. والتزام هذه الرؤية كمحدد للمؤسسة العامة لا لأنها هي الأمثل، وإنما لتمتعها بصفة الإلزام المفقودة أصلا في الرأي الفقهي.

وإذا ما قمنا من أجل إثراء الدراسة بمقارنة ما ذهب إليه المشرع الموريتاني بخصوص تنظيم المؤسسات العامة مع بعض البلدان العربية لتكشف لنا نفس مستوى الخلاف حول تعريف هذه المؤسسات تماما كما شهدته الفقه. فعلى الرغم من موافقة المشرع اللبناني نظيره الموريتاني من خلال نص المادة الثانية من المرسوم التشريعي رقم 4517 الخاص بالنظام العام للمؤسسات العامة التي اعتبرت مؤسسة عامة كل "هيئة تتولى مرفقا عاما وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال الإداري والمالي"<sup>2</sup>. فإن نظيرهما المصري قد سار في الاتجاه الآخر حيث تبنى الرأي القائل بعدم التلازم بين فكرة المؤسسة العامة والمرفق العام. ذلك أنه وطبقا للمذكرة الإيضاحية للقانون رقم 60 لسنة 1963 فإن المؤسسات العامة هي "شخص من أشخاص القانون العام، تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا، أو زراعيا، أو ماليا، أو تعاونيا. ولها ميزانية مستقلة تعد على نمط الميزانيات الخاصة. أما الهيئات العامة فهي شخص إداري عام يدير مرفقا عاما أو مصلحة أو خدمة عامة، ويكون لها الشخصية الاعتبارية ولها ميزانية خاصة بها تعد على نمط ميزانية الدولة وتلحق بميزانية الجهة الإدارية التابعة لها"<sup>3</sup>. وهذه التفرقة التي أقامها المشرع المصري بين المؤسسة العامة، والهيئة العامة مع تمييزه الأخيرة بقيامها على مرفق عام، تعكس بوضوح عدم اعتماده فكرة التلازم بين المؤسسة العامة والمرفق العام، التي حاول البعض إلصاقها به، ومنهم المستشار الدكتور فتحي عبد الصبور الذي يكيف النشاط العام للمؤسسات العمومية على أنه نشاط مرفقي لاستهدافه الصالح العام<sup>4</sup> في الوقت الذي اعتبر فيه المشرع المصري هذه

<sup>1</sup> المادة 2، الأمر القانوني 09 - 90 المنظم للمؤسسات العامة والشركات ذات رأس المال العمومي والمحدد لعلاقتها بالدولة، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، عدد 746 (30 مايو 1990) ص: 400

<sup>2</sup> نقلا عن: حسن الحلبي، المؤسسات العامة في لبنان، ط 1 (لبنان منشورات اعويدات 1974) ص: 195

<sup>3</sup> علي شريف، الإدارة العامة المعاصرة، ص: 489

<sup>4</sup> د. فتحي عبد الصبور، الشخصية المعنوية للمشروع العام، ص: 341 وما بعدها

المؤسسات وحدات اقتصادية قابضة الأمر الذي أوقع سعادة المستشار في حيرة ترجمها اتجاهه إلى القول: إن للمؤسسة العامة في القانون المصري نوعين من النشاط، نشاط مرفقي، ونشاط اقتصادي، وهو ما لا يسلم من النقد.

ففي ما يخص التكييف القانوني الذي أورده لطبيعة النشاط العام للمؤسسات العامة حيث اعتبره نشاطا مرفقيا لاستهدافه المصلحة العامة فهذا معارض بما سبق وأوردنا على لسان الفقيه "دي لوبادير" حينما أقر أن الجمعيات النقابية المرخص بها للملاك رغم أن نشاطها يستهدف الصالح العام ويقوم على تحقيق منفعة جماعية هي مقاومة الفيضانات والحرائق، لم يعترف لنشاطها بصفة المرفق العام، أما في ما يخص قوله بوجود نشاطين للمؤسسة العامة فهو بذلك يناقض نفسه، ويهدم نظريته حول مماهات المشرع المصري بين المؤسسة العامة والمرفق العام، ذلك أنه وبعد أن أسس للقول بمرفقية المؤسسات العامة باعتبار مرفقية نشاطها حسب ما جاء في تعليقه على المادة الثانية من القانون رقم 60 لسنة 1971، نجد هنا يعدل عن ذلك المذهب ويضيف إلى المؤسسة العامة نشاطا آخر غير مرفقي هو الذي سماه النشاط الاقتصادي، مما يمكن معه أن يستخلص وجود نوعين من المؤسسات العامة: مؤسسات عامة تقوم على إدارة مرفق عام - حالة النشاط المرفقي - وأخرى لا تقوم على إدارة مرفق عام - حالة النشاط الاقتصادي -.

وتأكيدا لعدم صحة ما ذهب إليه المستشار فتحي عبد الصبور نجد الدكتور علي شريف رئيس قسم إدارة الأعمال بجامعة بيروت العربية يقرر في معرض تعليقه على المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 60 أن المؤسسة العامة حسب الأصل لا تدير بنفسها المرفق العام بل تقوم بذلك عن طريق الشركات والجمعيات<sup>1</sup> التي تقوم بالإشراف عليها وهو ما يتأكد منه عدم اعتماد المشرع المصري لمرفقية المؤسسات العامة كما سبق وأشرنا مخالفا بذلك نظريته الموريتاني والبناني.

وهكذا ورغم ما تمثله المؤسسات العامة من كونها فكرة خالصة للمشرع ابتدعها ليقابل بها الضرورات التي واجهت الدولة في تأدية وظائفها وما يستتبع ذلك من تحكمه في تحديد ماهيتها بشكل دقيق، إلا أنه لم يكن بمنأى عن مؤثرات المحيط التي لا يمكن عزله عنها وهو ما جعل رؤيته لهذه المؤسسات تتأثر بشكل أو بآخر بالخلاف الفقهي حول نظرية المؤسسات العامة، والذي تأسس على اختلاف المنطلقات والخلفيات التي أقام عليها كل طرف فقهي نظريته، ففي الوقت الذي يغلب فيه الفكر الاشتراكي على القائلين بعدم ضرورة قيام المؤسسات العامة على إدارة مرفق عام، يغلب الفكر الرأسمالي على القائلين بمرفقية المؤسسات العامة، وهو ما يرجعه الدكتور حماد محمد شطا - أي تمسك الليبرالية بالمرفق العام كعنصر أساسي في تعريف المؤسسة العامة - إلى محاولتهم الزج بها في ما أسموه أزمة المرفق العام وتحريرها من ضوابط القانون العام وبالتالي إخضاعها للقانون الخاص ليتسنى للأفراد الأقوياء اقتصاديا انتزاعها في ما بعد، كما أن فكرة المرفق العام التي يريدون جعلها أساس المؤسسة العامة مناقضة لمبدأ الربحية، وهو ما يعني أنهم يريدون أن يضيقوا على الدولة هذا المجال الواسع حتى يبقوها في وظيفتها الرئيسية عندهم، وهي الأمن والدفاع والقضاء، التي أجبرت الظروف النظرية الرأسمالية على تعديها لإشباع حاجات أخرى بفعل خوفها من أن تسلبها حسب رأي الدكتور حماد الديمقراطيات الشعبية بريقها<sup>2</sup>.

1. د. علي شريف، الإدارة العامة المعاصرة، ص: 419

2. د. حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة الحديثة، الكتاب الثاني: نظرية المؤسسات العامة، بتصرف

## المطلب الثاني: تحديد أركان وأنواع المؤسسات العامة وبيان طرق إنشائها وإلغائها:

سنتناول أركان وأنواع المؤسسات العامة (في فقرة أولى) على أن نتناول طرق الإنشاء والإلغاء في (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: أركان وأنواع المؤسسات العامة:

#### أولاً: أركان المؤسسات العامة:

تتميز المؤسسات العامة عن غيرها من التنظيمات الإدارية للدولة القائمة على النشاط العام بمجموعة من الأركان، تتطلبها الغاية من وجود المؤسسات العامة المتمثلة في خلق إدارة مرنة لنشاط عام يعتبر دوره محورياً في عملية التنمية. سواء تعلق الأمر بالنشاط المتعلق بإنشاء وتطوير البنية التحتية الاقتصادية والاجتماعية، أو تعلق بالنشاط المتخصص في إنتاج السلع، وتقديم الخدمات.

وأخذنا في الاعتبار خطورة وأهمية المهمة التي أنشئت المؤسسة العامة للاطلاع بها، فقد حاول المشرع الموريتاني في تحديده للمراد بالمؤسسة العامة أن يبرز المقومات والأركان الأساسية التي اعتمدها في التمييز بينها وباقي أنواع النشاط العام.

#### 1- الشخصية المعنوية:

لم يعد الجدل القانوني قائماً حول تمتع المشاريع العامة بالشخصية المعنوية<sup>1</sup> التي يمنحها القانون ليرتب عليها تمتعها بالحقوق، والتزامه بالواجبات. ويقصد بالشخصية المعنوية التي هي من ابتكار رجال القانون، مجموعة الأموال، والأدوات، والأشخاص، التي تسعى الدولة من خلال تخصيصها إلى تحقيق الصالح العام. وكتجسيد لاهتمام المشرع الموريتاني بموضوع الشخصية المعنوية للمؤسسة العامة، صدرت الفقرة الثانية من الأمر القانوني 09-90 المنظم لسير المؤسسات العامة بالتأكيد على تمتع هذه المؤسسات بالشخصية المعنوية، حيث نصت هذه الفقرة على "الأشخاص الاعتباريين" أي المتمتعين بالشخصية المعنوية. وهو ما يترتب عنه من الناحية القانونية: أهلية المؤسسة العامة في موريتانيا لحقي التملك والتقاضي، إضافة إلى حق استقلال الوطن.

وعلى ذلك فهي مؤهلة لاكتساب الحقوق، وتحمل الالتزامات، وهي في ذلك سيادة أمرها في ما تلتزم به من واجبات تجاه الغير، وما يلتزم به الغير تجاهها، بما في ذلك الدولة التي تمتلك المؤسسة العامة بحكم شخصيتها المعنوية حق مقاضاتها، والتعاقد معها<sup>2</sup> من خلال وكيل قانوني يعبر عن إرادتها، ويتصرف باسمها.

وإضافة إلى ما سبق تحول الشخصية القانونية للمؤسسة، ذمة مالية مستقلة، تمكنها من تحقيق الأهداف المرسومة لها بمرونة وسرعة أكبر من تلك التي تتمتع بها باقي عناصر النشاط العام غير المتمتع بالشخصية المعنوية.

<sup>1</sup> - محمد الأمين ولد شيخنا ولد عبيد، الوجيز في النظام الإداري الموريتاني، ط 1 (نواكشوط 2001) ص: 137

<sup>2</sup> - حسن الحلبي، المؤسسات العامة في لبنان، ص: 40-41

**2- تسيير مرفق عام :**

تقوم المؤسسة العامة على إدارة مرفق عام حسب ما جاء في الأمر القانوني 09-90 الذي اعتبرها شخصا اعتباريا يقوم على إدارة مرفق عام، وهو ما يمنحها امتياز السلطة العامة. وبالتالي تعتبر قراراتها وعقودها إدارية، وأشغالها وأموالها عامة، بالإضافة إلى خضوعها لنظام المحاسبة العامة، ورقابة القضاء الإداري.

**3- الاستقلال المالي :**

يقتضي ذلك تمتعها بذمة مالية مستقلة، وانفصال موازنتها عن موازنة الدولة، وتمتعها بمصادر خاصة للإيرادات المالية.<sup>1</sup>

**4- الاستقلال الإداري :**

ويعني تمتع الجهاز القيادي للمؤسسة بسلطة واسعة تخوله تحقيق الأهداف المرسومة للمؤسسة ضمن استراتيجية الحكومة.<sup>2</sup>

**ثانيا : أنواع المؤسسات العامة :**

تتنوع المؤسسات العامة وتتعدد تبعاً لمعايير مختلفة لتصنيفها، فمن حيث النطاق هنالك المؤسسات العامة الوطنية التي تمارس نشاطها على عموم التراب الوطني، وهنالك المؤسسات العامة الجهوية، وهي التي تعدها الجماعات المحلية لممارسة نشاط معين في إقليم أو جهة.

ومن حيث الاختصاص تنقسم إلى مؤسسات عامة إدارية وهي التي تقوم بتقديم خدمات عامة عادة ما يضطلع بها مرفق عام، وتخضع في سيرها للقانون العام. ومؤسسات عامة اقتصادية ويمثل هذا النوع من المؤسسات المقاولات الخصوصية من حيث التنظيم، وسير العمل<sup>3</sup>، وهي تزاوّل نشاطا اقتصاديا إنتاجيا أو استهلاكيا، في صورة عمل صناعي أو مالي أو تجاري أو زراعي أو تعاوني<sup>4</sup>.

**الفقرة الثانية : إنشاء وإلغاء المؤسسات العامة :**

لقد كان لتطور ظروف ومتطلبات العيش، والحاجة إلى وجود مرونة في تحقيق بعض الأهداف التنموية داخل الدولة دورا محوريا في تقسيم ما يسمى الحاجات العامة أو الخدمات العامة إلى نمطين، حاجات تبلغ من الحساسية درجة يجب أن تظل وسيلة تحقيقها خاضعة خضوعا تاما للسلطة المركزية، وبالتالي يتم إسنادها إلى مرفق عام غير مشخص، وحاجات داخلية في عموم الخدمات وهي بطبيعتها غير حساسة وتحتاج وسيلة إشباعها إلى مرونة وسرعة في اتخاذ القرار، وهذه يمكن إسنادها إلى مرفق عام مشخص يمنح قدرا من الاستقلال مع الخضوع لتبعية الوصاية. وهذا النوع الأخير هو الذي يسند لمؤسسات عامة، ويمكن إنشاء هذه المؤسسات باستحداثها، أو منح الشخصية المعنوية لمرفق كان

<sup>1</sup> - حسن الحلبي، المؤسسات العامة في لبنان، ص: 41

<sup>2</sup> - محمد الأمين ولد شيخنا ولد عبيد، الوجيز في النظام الإداري الموريتاني، ص: 137

<sup>3</sup> - المادة (4) من الأمر القانوني 09-90، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، عدد 746، ص: 400

<sup>4</sup> - عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الأول: النظام الإداري، ص: 23

قائما، مما يعني وجود أسلوبيين لإنشاء المؤسسات العامة. ويتم إنشاء هذه المؤسسات إما بقانون، أو بأمر قانوني تصدره السلطة التنفيذية بعد استئذان البرلمان، أو بمرسوم صادر عن مجلس الوزراء حسب دستور بلد المنشأ.

وفي موريتانيا دأبت الممارسة العملية على أن المؤسسة العامة تنشأ بمرسوم صادر عن مجلس الوزراء، حسب ما قضت بذلك الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الأمر القانوني 90-09 التي نصت على أن: "تنشأ المؤسسات العمومية وتحل بموجب مرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء على تقرير مشترك من الوزير المكلف بالصياغة والوزير المكلف بالمالية، بعد التشاور مع الوزير المكلف بالتخطيط<sup>1</sup> وعند الاقتضاء الجماعات الإقليمية والمحلية"<sup>2</sup> وهو ما ورد مضمونه في المادة الرابعة من الأمر القانوني 84-034 دون تغيير يذكر. إلا أن هذه الممارسة كان يجب التخلي عنها بعد دخول دستور العشرين يوليو 1990 حيز النفاذ، وذلك بحكم مخالفتها لمادته السابعة والخمسين التي حددت مجال التشريع، وأدرجت "إنشاء فئات المؤسسات العامة" ضمن مجال القانون، ما يعني أن ولاية الاختصاص في مجال إنشاء المؤسسات العامة تنعقد للسلطة التشريعية بوصفها الجهاز المخول دستوريا سلطة سن القوانين، أو للحكومة وفقا لمقتضيات ما يسمى قانون التأهيل المنصوص عليها في المادة ستين من الدستور. وأي إجراء خارج هذا الإطار -إنشاء المؤسسات العامة بقانون أو بأمر قانوني في حالة قانون التأهيل - يعتبر مخالفا للقانون ويجب وقفه.

#### ثانيا: إلغاء المؤسسات العامة :

تلغى المؤسسات العامة بنفس الطريقة التي أنشئت بها، وبعبارة أخرى يمكن القول إن إلغاء المؤسسة العامة بنفس الأداة القانونية التي أنشئت بها، أو بأقوى منها في سلم تدرج القواعد القانونية. على أنه إذا كان إنشاء المؤسسة العامة قد تم بتفويض المشرع للإدارة، فإن إلغاء المؤسسة لا يمكن أن يتم إلا بقانون، ما لم يصدر تفويض جديد وصريح للإدارة بحق الإلغاء<sup>3</sup>. وفي موريتانيا يتم إلغاء المؤسسات العامة بمرسوم صادر عن مجلس الوزراء، وذلك وفقا لما جاء في المادة الخامسة من الأمر القانوني 90-09 التي نصت على أن "تنشأ المؤسسات العامة وتحل بموجب مرسوم يتخذ في مجلس الوزراء"<sup>4</sup>.

أخيرا تجدر الإشارة إلى النتائج المترتبة عن إلغاء المؤسسات العامة لا سيما تلك المتعلقة بأموالها. ففي حالة الاستغناء بشكل نهائي عن المؤسسة والمرفق الذي كانت تدير، فإن نص الإلغاء يعين الجهة التي ستؤول إليها أموال المؤسسة وممتلكاتها. أما في حالة إلغاء المؤسسة من خلال تجريد المرفق من الشخصية الاعتبارية مع بقاءه قائما لأداء خدماته لكن في ظل الإدارة المركزية في هذه الحالة ستؤول الأموال إلى الإدارة التي ستتولى إدارة المرفق العام الجديد<sup>5</sup> وفي موريتانيا أحالت الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة سالف الذكر إلى أن مرسوم حل المؤسسة هو المحدد لإجراءات تصفيتها.

<sup>1</sup> - وزير الشؤون الاقتصادية والتنمية حاليا

<sup>2</sup> - المادة (5) من الأمر القانوني 90-09، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، عدد 746، ص: 400

<sup>3</sup> - حسن الحلبي، المؤسسات العامة في لبنان، ص: 71

<sup>4</sup> - المادة (4) من الأمر القانوني 90-09، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، عدد 746، ص: 400

<sup>5</sup> - حسن الحلبي، المؤسسات العامة في لبنان، ص: 72



## المبحث الثاني: الاستقلال الإداري والمالي للمؤسسات العامة:

تمثل ميزة الاستقلالية في اتخاذ القرار تحقيقاً للأهداف التي أنشئت المؤسسة العامة لتحقيقها أهم مقوماتها، والضامن لانسيابية العمل داخلها دون الحاجة إلى انتظار الإجراءات الطويلة والمعقدة بعض الأحيان التي يتطلبها العمل الإداري العادي. وهذا الاستقلال وإن كان أمراً ضرورياً ومطلوباً لتمكين المؤسسة العامة من أداء مهامها على الوجه المطلوب، إلا أنه يخلق نوعاً من الارتباك خاصة إذا تعلق الأمر بمسألة الوصاية التي تخضع لها المؤسسة، حيث يعتبر بعض من رجال القانون أن نظام الوصاية متعارض مع خاصية الاستقلالية، ولا يتلاءم مع ضرورة المرونة التي تحتاجها المؤسسة لأداء مهمتها، وهو ما لا يعبر عن وجهة نظر السلطة التي ترى في نظام الوصاية ضماناً لبقاء المؤسسة العامة كجزء من بناء الدولة، فهي في النهاية إنما توجد بإرادة الدولة، وتعيش في ظلها، وتتصرف بأسبابها.

وإذا كانت طبيعة نشاط المؤسسة العامة تقتضي قدراً من استقلال الإرادة، والرأي والمسلك فإن ذلك لا يقتضي استقلالها عن الدولة<sup>1</sup>. وبحسب التعريفات التي تطرقنا لها سابقاً ينقسم استقلال المؤسسة العامة إلى استقلال إداري، وآخر مالي.

## المطلب الأول: الاستقلال الإداري:

الأصل أن تتولى الدولة الإدارة المباشرة للخدمات العامة عن طريق مرافق عامة يتخصص كل منها في غرض معين، غير أن هذه الطريقة قد لا تتناسب مع بعض أنماط النشاط الذي تقوم به بعض المرافق العامة، ما يقتضي تميز هذه المرافق بخصائص تحرر إدارتها من القواعد والنظم الإدارية الصارمة المتبعة في إدارة العمل بالمرافق العامة المركزية<sup>2</sup>. ذلك أنه إذا كان من الممكن الحكم على فاعلية نشاط مؤسسة أو شركة عامة بوصفها أداة من أدوات الاقتصاد القومي من خلال الحسابات الاقتصادية، فالأمر ليس بنفس السهولة بالنسبة للمصالح العامة ذات الصبغة الإدارية مثل مراكز الشرطة مثلاً، فالحسابات الاقتصادية لا تقدم صورة عن الفاعلية في أداء الخدمة، وإنما المعول عليه هو القدرة على تقليص الجرائم. وهذا ما يجعل من الضرورة التمييز بين النشاط الاقتصادي، والنشاط ذي الصبغة الإدارية غير الاقتصادية.

فما دام من غير المنطقي إدارة مصلحة عامة كمركز الشرطة، والحكم عليه بالنجاح أو الفشل في أداء مهامه من خلال المعايير المطبقة في حالة المشاريع الاقتصادية، فلا يصح أن نعمل نفس الشيء بالنسبة للشركة العامة نسبة إلى المعايير المطبقة للحكم على مركز الشرطة<sup>3</sup>، من هنا قامت الحاجة إلى وجود تمايز في الأنماط الإدارية المطبقة على كل حالة، ما أدى في نهاية المطاف إلى ظهور المؤسسات العامة كمنظومة من أنماط الإدارة المستقلة في ما يتعلق بالقرارات التي تحقق الغايات التي أنشئت من أجل تحقيقها. ولمزيد من الإيضاح سنتناول موضوع الاستقلال الإداري في نقطتين، تركز الأولى على إبراز الأسس التي يقوم عليها، في ما تركز الثانية إبراز الوسائل التي تجسد هذا الاستقلال على أرض الواقع.

<sup>1</sup> - عبد الرحمن محمد السدحان، هل المؤسسة العامة بديل للدولة أم وسيلة لها (معهد الإدارة العامة، الرياض 1976) ص: 71

<sup>2</sup> - عبد الرحمن محمد السدحان، هل المؤسسة العامة بديل للدولة أم وسيلة لها، ص: 71-72

<sup>3</sup> - حسن أحمد توفيق، الإدارة العامة (الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، 1980-1981) ص: 574

## الفقرة الأولى : الأسس التي يقوم عليها الاستقلال الإداري :

يقوم الاستقلال الإداري للمؤسسات العامة بحسب الدراسات القانونية على أساسين: طبيعة النشاط الذي تقوم به المؤسسة العامة، وأصل نشأتها. ففي ما يخص طبيعة النشاط فقد اتفقت معظم المدارس الفقهية القانونية على أن السرعة والمرونة التي يتطلبها أداء الخدمات الحيوية التي يوكل أمرها إلى مؤسسة عامة هو الذي يستدعي تميزها بنظام خاص بها عن باقي إدارات الخدمة العمومية. ذلك لأن اعتبار النشاط اقتصادياً، أو ذا طبيعة حيوية خاصة هو المبرر لوجود قدر كبير من المرونة وحرية التصرف المفضيين إلى سرعة الإنجاز<sup>1</sup> وهو ما يساعد المؤسسة على بلوغ أهدافها بيسر وسهولة<sup>2</sup>.

هذا في ما يخص طبيعة النشاط، أما في ما يتعلق بأصل نشأة المؤسسة، فهي عبارة عن مزيج بين مصلحة عامة تعبر عن مجموعة من ضغوط الموقف الاجتماعي غير الطامح للربح البحث، وعملية إنتاجية اقتصادية هدفها تحقيق عائد من خلال النشاط الذي تضطلع به المؤسسة<sup>3</sup>، وهو ما يكشف عن ضرورتين: ضرورة تحقيق المصلحة العامة في إدارة المؤسسة خلال تحقيق غاياتها، وضرورة اتباع أسلوب إداري يحفظ للمؤسسة طابعها الاقتصادي، ويجعلها قادرة على المنافسة الاقتصادية.

لقد شكلت محاولة الجمع بين هاتين الضرورتين، والخشية من تحول المؤسسة العمومية إلى مصلحة حكومية تقليدية، أو شركة خاصة تدار وفق مشيئة أصحابها، شكلت هاجساً أدى في النهاية بالفقه والتشريع القانونيين إلى ابتكار أسلوب إداري يحافظ على تمثيل الضرورتين من خلال إيجاد وسيلة تتمتع باستقلالية في القرار الإداري، لكنها في نفس الوقت تتقيد بمبادئ السياسة العامة للدولة في مجال تحقيق المصلحة العامة، وهو ما أدى في النهاية إلى إنشاء فئات المؤسسات العامة باعتبارها منشآت عامة تهدف إلى تحقيق النفع العام، وتتمتع بالفاعلية الاقتصادية، وهي كذلك جزء من الجهاز الإداري للدولة<sup>4</sup>.

## الفقرة الثانية : وسائل تجسيد الاستقلال الإداري للمؤسسات العامة في التشريع الموريتاني :

تنطوي فكرة الاستقلال الإداري الذي تتمتع به المؤسسة العمومية على قدر من الاستقلال في ما يتعلق بالهيئات التي تتولى تسيير المؤسسة. وإضافة إلى ذلك وتأكيداً على استقلال المؤسسة العامة من حيث القرار والتسيير عن منشئها الذي هو الدولة، نصت المادة العاشرة من الأمر القانوني 09-90، والمادة الثانية من المرسوم 118-90 المتعلق بسير هيئات المداولة للمؤسسات العامة، على أن المؤسسة تسيير من طرف هيئة مداولة هي مجلس الإدارة الذي يملك كامل الصلاحية في ما يتعلق بالقرار داخل المؤسسة في استقلال تام عن السلطة التنفيذية للدولة التي لا تملك عليها إلا سلطة الوصاية المقررة في المادة 20 من الأمر القانوني 09-90. وإضافة إلى مجلس الإدارة هنالك لجنة التسيير التي يعينها المجلس من بين أعضائه، والجهاز التنفيذي.

<sup>1</sup> - حسن أحمد توفيق، نفس المرجع، ص: 105

<sup>2</sup> - عبد الرحمن محمد السدحان، هل المؤسسة العامة بديل للدولة أم وسيلة لها، ص: 7

<sup>3</sup> - أنظر قريبا من هنا: أحمد رشيد، مشاكل تطبيقية في إدارة المؤسسات العامة، ص: 10

<sup>4</sup> - أنظر في هذا المعنى: أحمد رشيد، نفس المرجع، ص: 79

## (1) - مجلس الإدارة :

يعتبر مجلس الإدارة أعلى سلطة للمؤسسة العامة، ويتمثل دوره في وضع السياسات العامة للمؤسسة، كما يتولى الإشراف على وظائف التنفيذ التي تقوم بها الهيئات التنفيذية، ويتم تعيين رئيس وأعضاء هذا المجلس بمرسوم حسب اقتراح من الوزير المكلف بالوصاية<sup>1</sup> لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد. وقد يضم مجلس الإدارة إضافة إلى ممثلي الدولة ممثلين عن المستخدمين والعمال<sup>2</sup>، وينتهي تفويض أعضاء مجلس الإدارة إذا فقد أحد الأعضاء الصفة التي عين بسببها<sup>3</sup>، أو تخلف ثلاث مرات متتالية دون عذر<sup>4</sup>. وتختص مجالس إدارة المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري بوجود ترؤسها من قبل موظف سام من موظفي الدولة<sup>5</sup>.

يداول مجلس الإدارة في دوراته العادية الثلاث سنويا التي يخطر بها إلزاما الوزير المكلف بالوصاية، أو دورات فوق العادة إذا دعت الضرورة، في كل ما له علاقة بنشاط المؤسسة. ويعتبر من صلاحيات المجلس مداولة مخططات المؤسسة، المصادقة على الميزانية، الإذن في القرض والضمانات والكفالات، الإذن في البيوع العقارية، تحديد شروط المكافأة بما في ذلك تلك المتعلقة بالمديرين والمديرين العامين، المصادقة على التعريفات، المصادقة على العقود البرنامج، الإذن في أخذ المساهمات المالية، الموافقة على القوانين الداخلية للجان الصفقات والعقود<sup>6</sup>. ولا تقبل مداولة مجلس الإدارة إلا إذا حضر نصف أعضائه، وتتخذ قراراته بالأغلبية البسيطة، ويكون صوت الرئيس مرجحا<sup>7</sup>. وتحال محاضر اجتماعات المجلس بعد توقيعها من طرف الرئيس وعضوين على الأقل في الأيام الثمانية التي تلي اجتماعه إلى سلطة الوصاية للتصديق<sup>8</sup>.

وفي مجال الرقابة يعد مجلس الإدارة تقريرا سنويا مفصلا وسري، يقوم من خلاله تسيير المديرين والمديرين العامين ومساعدتهم في ما يتعلق بالانضباط والمواظبة وتحديد الأهداف المحددة للمؤسسة، ويلزم المجلس بإرسال التقرير إلى سلطة الوصاية في أجل أقصاه 30 يونيو و 31 ديسمبر من كل سنة

## (2) - الهيئة التنفيذية :

تتألف هذه الهيئة من شخص يأخذ صفة مدير في المؤسسة العامة الإدارية، ومدير عام في المؤسسة العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، إضافة إلى مدير ومدير عام مساعد، ووجود المساعدين غير لازم. ويتم تعيين المدير والمدير المساعد للمؤسسة الإدارية بمرسوم صادر عن مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالوصاية، ويقالون بنفس الطريقة.

<sup>1</sup> - أنظر: فقرة (2) من المادة (2) من المرسوم 90-118 المتعلق بتشكيل وتنظيم الهيئات المداولة في المؤسسة العمومية (الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية عدد 746، 30 مايو 1990) ص: 671

<sup>2</sup> - فقرة (1) من المادة (3) من المرسوم 90-118 الجريدة الرسمية عدد 746، ص: 672

<sup>3</sup> - فقرة (4) من المادة (2) نفس المرسوم، ص: 671

<sup>4</sup> - فقرة (3) من المادة (6) نفس المرسوم، ص: 672

<sup>5</sup> - فقرة (1) من المادة (6) نفس المرسوم، ص: 672

<sup>6</sup> - المادة (6) نفس المرسوم، ص: 672

<sup>7</sup> - المادة (8) نفس المرسوم، ص: 672

<sup>8</sup> - المادة (8) نفس المرسوم، ص: 672

أما المؤسسات ذات الطابع التجاري والصناعي فإن كانت مملوكة للدولة فإن مديرها ومساعدته يعينان بنفس الطريقة السابقة ويعتبران من فئة الموظفين العموميين، أما إذا كانت مملوكة من طرف عدة مساهمين من ضمنهم الدولة، فإنهما يعينان من قبل مجلس الإدارة بناء على اقتراح من الوزير المكلف بمتابعة نشاط المؤسسة ولا يشترط فيهما أن يتصفا بصفة الموظف العمومي<sup>1</sup>.

### (3) - لجنة التسيير :

تتكون هذه اللجنة من أربعة أعضاء من ضمنهم رئيس مجلس الإدارة يعينهم المجلس من بين أعضائه وذلك لمراقبة مستوى تنفيذ توجيهاته في الفترات الفاصلة بين دورات المجلس. وتجتمع هذه اللجنة كل شهرين، أو كل ما دعت الضرورة<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني : الاستقلال المالي للمؤسسات العامة :

يقصد بالاستقلال المالي للمؤسسة العمومية تتمتعها بذمة مالية مستقلة تؤهلها لتحقيق أهدافها بمرونة وانسيابية دون الخضوع لمعوقات الصرف العام، وذلك من خلال انفرادها بميزانية خاصة بها منفصلة عن ميزانية الدولة من حيث أبواب الصرف<sup>3</sup>، فهي وإن كانت تتلقى جزءا كبيرا من ميزانيتها من الدولة، إلا أنها لا تخضع في صرف هذه الميزانية لنفس مسطرة ميزانية الدولة، بل تتمتع المؤسسة بحرية التصرف في ميزانيتها، من حيث التوزيع والصرف في حدود ما منحها القانون من استقلالية<sup>4</sup> نظرا لكون الاستقلال المالي للمؤسسة ليس غاية في حد ذاته، إنما هو وسيلة لتحقيق هدف محدد. من أجل ذلك رتب القانون على المؤسسة العامة مجموعة من القيود هدفها الحيلولة دون انحراف أداء المؤسسة في ظل الاستقلال المطلق، وهذه القيود هي: قيد الوصاية الذي يضبط عمل المؤسسة ضمن النطاق العام للمصلحة العامة، ويحول دون استغلال ميزة الاستقلال المالي للانحراف بأداء المؤسسة عن الغايات المرسومة لها من قبل السلطات العامة، وقيد الوصاية الذي يحول دون إنفاق أموال المؤسسة خارج إطار النشاط الذي حددته لها السلطة العامة.

إن هذا التوجه العام في القانون هو ما تبناه المشرع الموريتاني حين اعتبر أن المؤسسة العامة هي شخص اعتباري متخصص يدير مرفقا عاما<sup>5</sup>، فتنصيص المشرع الموريتاني على التخصص يجعل عمل المؤسسة منحصرًا إلزامًا في الغرض الذي أنشئت المؤسسة لتحقيقه، بين ما يجعلها قيامها على إدارة مرفق عام خاضعة للوصاية المرتبطة بفكرة المرفق العام المستقل. وتجدر هذه القيود أساسها في المحافظة على الأموال العامة التي تتصرف فيها المؤسسة تحقيقًا للمصلحة العامة، والتي حدد الأمر القانوني 09-90 مصدرها بالنسبة للمؤسسات ذات الطابع الإداري بإعانات وتخصيصات الدولة، أو أحد الأشخاص العموميين الآخرين، والإعانات المقدمة من شخصيات وطنية أو دولية سواء كانت خاضعة للقانون العام أو الخاص، لإضافة إلى الإيرادات شبه الضريبية المرخص لها في الحصول عليها، والمكافآت

<sup>1</sup> - محمد الأمين ولد شيخنا ولد عبيد، الوجيز في النظام الإداري الموريتاني، ص: 146-147

<sup>2</sup> - المادة (7) من المرسوم 90-118 الجريدة الرسمية، ص: 672

<sup>3</sup> - أنظر حسن الحلبي، المؤسسات العامة في لبنان، ص: 41

<sup>4</sup> - عمار عوابدي، القانون الإداري، ص: 312-313

<sup>5</sup> - المادة (2) الأمر القانوني 09-90، الجريدة الرسمية، عدد 746، ص: 400

التي تحصل عليها لقاء الخدمات التي تقدمها<sup>1</sup>، وبالنسبة للمؤسسات ذات الطابع التجاري والصناعي بالتعويضات التي تتقاضاها الخدمات والمنتجات التي تقدمها<sup>2</sup>، وإعانات الدولة في حالة عجز تسبب لها فيه تحقيق مصلحة عامة ألزمتها بها الدولة.

وتجدر الإشارة إلى أن الدولة من أجل متابعة نشاط المؤسسة، والتأكد من عدم انحرافها في ما يتعلق بممارسة الاستقلالية المالية تقوم بتعيين مفوض حسابات يقوم بتدقيق الدفاتر والصناديق والأموال والقيم التي تمتلكها المؤسسة أو الشركة، هذا فضلا عن رقابة صحة الكشوف والحسابات، ولضمان أداء مهامهم فقد خولهم القانون صلاحية القيام بالمعاينات والرقابات التي يرونها مناسبة، وفي جميع الأوقات، مع إلزامهم برفع تقارير عن ما توصلوا إليه من نتائج إلى مجلس الإدارة، وإرسال نسخ من التقارير إلى محكمة الحسابات. كما يمكنهم في حالة ما إذا اكتشفوا خلال كبيراً دعوة مجلس الإدارة للانعقاد<sup>3</sup>. غير أن عمل هؤلاء المفوضين على أهميته يجب أن يسير بطريقة تسمح بأقل مستوى من التدخل والتأثير على أنشطة المؤسسة العامة. وذلك من خلال انحصار عمل المفوضين المراقبين في معاينة الوقائع والتصرفات ذات الصلة بالمهم المنوطة بهم<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - المادة (7) الأمر القانوني 90-09، الجريدة الرسمية، عدد 746، ص: 401

<sup>2</sup> - المادة (2) نفس الأمر القانوني، ص: 401

<sup>3</sup> - أنظر المادة (24) نفس الأمر القانوني، ص: 405

<sup>4</sup> - أنظر المادة (30) نفس الأمر القانوني، ص: 406

# ✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

## La preuve devant les tribunaux internationaux pénaux



Une recherche Présentée par Dr Kamal Towati Aboshah

Maître de conférences- Université d'Omer Al Mokhtar

La Libye – El-Beida

Prouver, c'est convaincre le juge d'une réalité qui est réelle ou supposée ; dans le débat judiciaire, c'est cette conviction qui importe. La preuve « *consiste à établir ce qui est vrai. En droit pénal, la preuve consiste à déterminer l'existence de certains faits pénalement répréhensibles par une personne identifiée qui a eu l'intention de les commettre* »<sup>1</sup>. Elle peut également être définie comme « *un mécanisme destiné à établir une conviction sur un point incertain* »<sup>2</sup>. Nous pouvons aussi la définir comme « *tout moyen permettant d'affirmer l'existence ou la non-existence d'un fait donné ou encore l'exactitude ou la fausseté d'une proposition* »<sup>3</sup>. Elle peut également être définie comme la démonstration de la véracité d'un fait<sup>4</sup>. En d'autres termes, dans le domaine du droit, la preuve se contente « *d'atteindre une représentation de la vérité, de la réalité, ou du moins d'en convaincre celui auquel on la présente* »<sup>5</sup> ou bien c'est le moyen de déterminer chez le juge la représentation du fait jusque-là ignoré<sup>6</sup>.

Dans la majorité des lois nationales, les principes fondamentaux qui gouvernent la preuve sont les principes de la liberté de la preuve et de la légalité de la preuve<sup>7</sup>. La liberté de la preuve se dédouble puisqu'elle concerne

<sup>1</sup> . G. Lopez et S. Tzitzis, *Dictionnaire sciences criminelles*, Dalloz, Paris, 2004, p.736.

<sup>2</sup> . F. Jobron-Minier, *Le témoin devant la justice pénale*, thèse, Droit privé et sciences criminelles, Université de Poitiers, 2000, p.1.

<sup>3</sup> . *Id.* p.1

<sup>4</sup> . *Ibid.*, p.1.

<sup>5</sup> . J. Salmon, « Le fait dans l'application du droit international », *in: R.C.A.D.I.*, 1982-II, vol.175, p.304.

<sup>6</sup> . J-C. Wittenberg, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *in Recueil des cours*, 1936, II, tome, 56, p.5.

<sup>7</sup> . Voy. par exemple l'article 427 du Code de procédure pénale français et l'article 275 du Code de procédure pénale libyen.

tout à la fois la production de la preuve et son appréciation par le juge. Les infractions peuvent en effet être établies par tout mode de preuve, il faut également laisser au juge le soin de la décider au cas par cas<sup>1</sup>. Cette liberté de preuve doit être encadrée par quelques règles fondamentales qui s'appuient sur des dispositions textuelles ou sur des principes généraux<sup>2</sup>. Selon ces dispositions, la preuve doit sauvegarder les intérêts des personnes mises en cause. L'efficacité recherchée ne doit pas considérablement entraver la liberté individuelle<sup>3</sup>. En ce qui concerne la preuve en droit international pénal, nous constatons que cette preuve est soumise au développement de ce droit lui-même. Les TMI de Nuremberg et de Tokyo prévoyaient qu'ils n'étaient pas liés par les règles techniques relatives à l'administration des preuves et qu'ils admettaient tout moyen qu'ils estimaient avoir une valeur probante<sup>4</sup>. Il était entendu que les questions de procédure et de preuve ne devaient en aucun cas permettre qu'un coupable échappât à la justice<sup>5</sup>. Devant ces Tribunaux, par exemple, la preuve par déclaration assermentée qui ne permet pas la confrontation avec la partie adverse a été largement utilisée. En outre, les règles énumérées dans la Convention de Genève de 1929, relative au traitement des prisonniers de guerre, ont été considérées comme inapplicables aux criminels de guerre, même si elles représentaient les règles minima de justice généralement admises. Enfin, ces procès ont été menés avant l'adoption d'instruments définissant les paramètres de la procédure équitable et sans que les accusés ne puissent dès lors bénéficier du raffinement et de la précision qui ont été apportés à ce concept par les organes de contrôle internationaux à vocation régionale ou universelle<sup>6</sup>.

En revanche, les tribunaux *ad hoc*, comme les TPIY, TPIR et TSL, y dédient une section entière de leurs RPP<sup>7</sup>. Ces RPP énoncent que les tribunaux *ad hoc* peuvent recevoir tout élément de preuve pertinent qu'ils estiment avoir valeur probante<sup>8</sup>. Devant ces Tribunaux, il n'existe pas de règles déterminées visant l'administration de la preuve<sup>9</sup>. Il nous semble que les tribunaux *ad hoc* ont adopté des règles flexibles pour ce qui est de

<sup>1</sup>. Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2001, p.37.

<sup>2</sup>. F. Debove, F. Falletti et T. Janville, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, P.U.F., 2001.

, p.590.

<sup>3</sup>. G. Lopez et S.Tzitzis, *Dictionnaire sciences criminelles*, *op.cit.*, p.736. Voy. dans le même sens, Dictionnaire de la terminologie du droit international, *op.cit.*, p.471.

<sup>4</sup>. L'article 19 de la Charte de Nuremberg se lit : « *Le Tribunal ne sera pas lié par les règles techniques relatives à l'administration des preuves. Il adoptera et appliquera autant que possible une procédure rapide et non formaliste et admettra tout moyen qu'il estimera avoir une valeur probante* ». La valeur probante peut être définie comme la capacité d'un fait de prouver quelque chose.

<sup>5</sup>. A-M La Rosa, « La preuve », *in* : Hervé Ascensio, Emmanuel Deaux, Alain Pellet *Droit International Pénal*, (dir), Paris, Pedone, 2012, p. 945.

<sup>6</sup>. A-M La Rosa, *Juridictions pénales internationales*, Paris, PUF, 2003, p.256.

<sup>7</sup>. G. Cataldi et G. Della Morte, « La preuve devant les juridictions pénales internationales », *in* La preuve devant les juridictions internationales, Hélène Ruiz Fabri et Jean-Marc Sorel, (dir), Paris, Pedone, p.197.

<sup>8</sup>. TPIY et TPIR : art.89-C des RPP, Voy. aussi TSL : art.149-C du RPP. Le RPP du TSSL ne se réfère qu'à la pertinence : art.89-C.

<sup>9</sup>. A-M La Rosa, « La preuve », *op.cit.*, p.946.



l'administration de la preuve. Ils ont exclu l'admissibilité des preuves propres à la *common law*, celles-ci perdant toute pertinence à partir du moment où ce sont des juges professionnels et non des jurés qui tranchent<sup>1</sup>. Pour étudier la preuve en droit international pénal, il convient d'observer les caractéristiques du système probatoire privilégié par les tribunaux *ad hoc* (section I), les moyens de preuve (Section II) et l'appréciation de la preuve (III).

### Section I : Le système probatoire privilégié :

Ce système fixe les règles qui doivent être suivies pour convaincre l'autorité juridictionnelle saisie de la réalité d'un fait. Ces règles précisent notamment les parties ainsi que les participants à la procédure et leurs rôles respectifs ; elles attribuent la charge de la preuve et fixent le niveau requis pour convaincre l'instance juridictionnelle saisie de la justesse d'une prétention. Enfin, ces règles peuvent retenir certains éléments de preuve, en exclure d'autres et établir la valeur probante et la pertinence qu'elles leur attachent<sup>2</sup>. Ce système permet, par exemple, de mesurer l'importance que revêt le rôle de témoin afin de contribuer à la manifestation de la vérité<sup>3</sup>.

Le système probatoire varie en fonction tant de la tradition juridique dans laquelle les instances s'inscrivent, que de leur nature pénale, civile, internationale, mixte ou nationale. En outre, l'organisation du système probatoire des tribunaux internationaux pénaux est influencée par des facteurs qui leur sont propres tels que leur mode de création, notamment par traité ou résolution du Conseil de sécurité, la position qu'elles occupent face aux juridictions nationales en matière de primauté, de complémentarité ou la place qu'elles réservent à la prise en compte d'intérêts tiers, qu'ils soient étatiques ou privés<sup>4</sup>. Dans tous les cas, le système probatoire des tribunaux *ad hoc* doit permettre aux juges d'être pleinement informés, de telle sorte que leurs décisions soient crédibles<sup>5</sup>. Trois phases, auxquelles sont attachées des obligations probatoires différentes pour chaque protagoniste, caractérisent le mode de démonstration privilégié par les tribunaux *ad hoc*. Il s'agit de l'enquête paragraphe I, le transfert et de la comparution paragraphe II ainsi que du procès paragraphe III.

<sup>1</sup> . A-M La Rosa, « La preuve », in Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, (dir), Julian Fernandez et Xavier Pacreau, Paris, Pedone, 2012, p.1588.

<sup>2</sup> . A-M La Rosa, « La preuve », *op.cit.*, p.947.

<sup>3</sup> . L. Boussinot, *Le témoin et la justice répressive*, thèse, Droit et sciences politiques, Nice, Université de Nice Sophia-Antipolis, 2012, p.57.

<sup>4</sup> . A-M La Rosa, « La preuve », *op.cit.*, p.947.

<sup>5</sup> . *Id.* p.946.

### **Paragraphe I : L'enquête :**

A ce stade du procès pénal, l'ensemble de la preuve repose sur un organe de poursuite. La procédure n'est pas publique et se mène en l'absence de l'accusé ou la personne qui fait l'objet de l'investigation. Le Procureur est responsable de l'instruction des dossiers et de l'exercice de la poursuite contre les accusés pour violations graves du droit international. Il s'agit d'un organe distinct au sein des tribunaux *ad hoc*, qui agit en toute indépendance, il peut obtenir des renseignements de toutes sources, et notamment des gouvernements, des organes de l'ONU, des organisations intergouvernementales et non gouvernementales<sup>1</sup>. Il évalue les renseignements reçus ou obtenus et se prononce sur l'opportunité ou non d'engager les poursuites<sup>2</sup>. Il mène les enquêtes, sans nécessité d'autorisation, sur la foi des renseignements obtenus de toutes sources<sup>3</sup>. Le Procureur est habilité à interroger les suspects, les victimes et les témoins, à réunir des preuves et à procéder sur place à des mesures d'instruction. S'il estime qu'au vu des présomptions il y a lieu d'engager des poursuites, c'est-à-dire qu'il existe des éléments de preuve suffisants pour soutenir qu'un suspect a commis une infraction relevant de la compétence du Tribunal<sup>4</sup>, il établit un acte d'accusation dans lequel il expose succinctement les faits et le crime ou les crimes qui sont reprochés à l'accusé en vertu du statut. L'acte d'accusation est transmis à un juge de la Chambre de première instance<sup>5</sup>.

### **Paragraphe II : Le transfert et la comparution :**

Le juge de la Chambre de première instance saisi de l'acte d'accusation doit examiner l'ensemble des éléments de preuve admis aux fins de la confirmation des charges et s'il estime qu'au vu des éléments de preuve il y a lieu d'engager des poursuites, il confirme l'acte d'accusation que le procureur a établi. S'il confirme l'acte d'accusation, le juge, sur réquisition du procureur, décerne les ordonnances et mandats d'arrêt, de détention, d'amener ou de remise de personnes et toutes autres ordonnances nécessaires pour la conduite du procès<sup>6</sup>. L'Etat auquel est transmise une telle demande de transfert doit agir sans délai et avec toute la diligence voulue pour assurer sa bonne exécution, conformément à l'obligation de coopération et d'entraide judiciaire prévue. Cette obligation prévaut sur tous obstacles juridiques que la législation nationale ou les traités d'extradition, auxquels l'Etat requis est partie, peuvent opposer à la remise ou au transfert de l'accusé<sup>7</sup>. L'acte d'accusation ayant été confirmé, l'inculpé comparait dès son transfert à titre d'accusé sans délai devant une Chambre de

<sup>1</sup> . Les articles 16 et 18 du statut du TPIY.

<sup>2</sup> . G. Cataldi et G. Della Morte, « La preuve devant les juridictions pénales internationales », *op.cit.*, p.205.

<sup>3</sup> . TPIY, art.18/1 du statut ; TPIR, art.17/1 du statut ; TSSL, art.15/1 du statut, TSL, art.11/1 du statut.

<sup>4</sup> . TPIY et TPIR, art. 47 B des RPP ; TSSL, art. 47 B du RPP ; TSL, art.68 B du RPP.

<sup>5</sup> .TPIY, art.18/4 et 19 du statut ; TPIR art.17/4 et 18 du statut ; TSSL, art.47 E du RPP ; TSL, art.68 B du RPP.

<sup>6</sup> . TPIY et TPIR, art.54 du RPP ; TSSL, art.47/H des RPP ; TSL, art.78, 79 et 84 du RPP.

<sup>7</sup> . Art. 58 du RPP du TPIY.

première instance et est officiellement mis en accusation<sup>1</sup> et ne peut, à ce stade, contester les preuves du Procureur<sup>2</sup>.

### Paragraphe III : Le procès :

Une fois le procès commencé, il se déroule publiquement devant une Chambre de première instance en présence de l'accusé. L'incarcération du prévenu pendant la durée du procès est une institution communément reconnue dans les systèmes judiciaires étatiques. Elle vise à prévenir la fuite d'un accusé, à empêcher la destruction de preuve ou la récidive ainsi qu'à protéger l'ordre public et les témoins, voire l'accusé lui-même<sup>3</sup>. A ce stade, le procureur porte le fardeau de la preuve en ce qu'il lui incombe de convaincre la majorité de la Cour ou du Tribunal de la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable<sup>4</sup>. S'il échoue, l'accusé doit bénéficier de la mise en œuvre de la présomption d'innocence et être dès lors acquitté<sup>5</sup>. C'est sous cette lumière que doit être considérée la possibilité qui a été donnée à l'accusé de demander son acquittement après la présentation des moyens de preuve de l'accusation<sup>6</sup>. Les tribunaux *ad hoc* ont longtemps exigé de la part de l'accusé la preuve de l'existence de circonstances exceptionnelles pour justifier la mise en liberté provisoire<sup>7</sup>. Chaque partie du procès peut appeler des témoins à la barre et présenter des moyens de preuve. A moins que la Chambre n'en décide autrement, les moyens de preuve sont présentés dans l'ordre suivant : a) preuves du procureur ; b) preuves de la défense ; c) réplique du procureur ; d) duplique de la défense ; e) moyens de preuve demandés par la Chambre de première instance ; f) toute information pertinente permettant à la Chambre de première instance de décider de la sentence appropriée. Après présentation de tous les moyens de preuve, les parties au procès déposent leurs mémoires en clôture et le Procureur peut prononcer un réquisitoire et la défense a le pouvoir de plaider<sup>8</sup>. Les tribunaux dans cette phase visent à éclaircir et compléter au nom de la vérité les preuves présentées par les parties<sup>9</sup>. Le président de la Chambre déclare les débats clos et la Chambre se retire pour délibérer à huis clos<sup>10</sup>.

<sup>1</sup>. Art.20 du statut du TPIY.

<sup>2</sup>. TPIY, art.62 et 62 bis du RPP ; TPIR, art.62 du RPP ; TSSL, art.61 du RPP ; TSL, art. 98 A du RPP.

<sup>3</sup>. A.M La Rosa, «Réflexions sur l'apport du Tribunal pénal international pour l'ex- Yougoslavie au droit à un procès équitable », *op.cit.*, p.958.

<sup>4</sup>. A-M La Rosa, *Juridictions pénales internationales*, *op.cit.*, p.259. Voy. aussi A-M La Rosa, « La preuve », *op.cit.*, p.954. Voy. également l'article 87 des RPP des TPIY, TPIR, TSSL, et l'art.148 du RPP du TSL.

<sup>5</sup>. A-M La Rosa, « La preuve », *op.cit.*, p.954.

<sup>6</sup>. TPIY et TPIR, art.98 bis des RPP et TSSL, art.98 du RPP.

<sup>7</sup>. TPIY, TPIR et TSSL, ancien art.65 des RPP.

<sup>8</sup>. S'il le souhaite, le Procureur peut répliquer et la défense présenter une duplique, art. 86 du RPP du TPIY. Voy. aussi l'art.85 du RPP.

<sup>9</sup>. A-M La Rosa, « La preuve », *op.cit.*, p.955.

<sup>10</sup>. A-M La Rosa, *Juridictions pénales internationales*, *op.cit.*, p.259. Voy. aussi A-M La Rosa « La preuve », *op.cit.*, p.208.

## Section II : Les moyens de preuves :

Sur la base du principe de la liberté de preuve, nous pouvons dire que tous les moyens de preuves sont acceptés devant les tribunaux *ad hoc*. Mais, dans la pratique, nous constatons que les moyens de preuves devant les tribunaux *ad hoc* sont les moyens traditionnels de preuve : témoins de fait, experts, preuves documentaires, les aveux et la descente sur les lieux font partie de leur arsenal. Il faut souligner que ce sont les témoignages et non les documents qui représentent la majorité des preuves devant les tribunaux *ad hoc*. Cela apparaît clairement quand nous lisons le mémoire préparé dans le cadre de consultations du Bureau du Procureur de la CPI, où nous lisons que « *le succès d'un procès dépend souvent de la qualité du témoignage d'une victime. Une personne décédée faute de soins médicaux appropriés constitue une perte inestimable pour le bon déroulement d'une affaire en cours. L'aspect psychologique n'est pas à négliger non plus car une victime dont on se désintéresse risque de ne plus vouloir coopérer avec le tribunal. La question est plus importante qu'il n'y paraît. En effet, au TPIR, le fait d'avoir aidé certaines victimes a été violemment critiqué par les avocats de la défense accusant le Bureau du Procureur d'acheter ses témoins. Tout est question d'équilibre* »<sup>1</sup>. Il faut souligner à ce propos que jusqu'au mois de septembre 2014 plus de 4 600 témoins ont comparu devant le TPIY dans toutes les affaires<sup>2</sup>. De plus, il suffit de rappeler qu'au cours de la seule affaire Blaskic devant le TPIY, plus de cent cinquante témoins ont comparu devant les juges, alors que le nombre des témoins à charge et des témoins à décharge utilisés pendant le procès de Nuremberg contre les grands criminels nazis est sensiblement moindre<sup>3</sup>. Nous allons étudier ces moyens de preuves acceptés devant les tribunaux *ad hoc* ci-après.

### Paragraphe I : Le témoignage :

Le témoignage détermine dans l'esprit de celui qui le reçoit la représentation d'un fait jusqu'alors inconnu de lui<sup>4</sup>. Deux types de témoignage peuvent être distingués : d'une part celui du témoin ordinaire (A) et d'autre part celui du témoin expert (B).

#### A) Le témoin ordinaire

Il peut être défini comme une personne qui, étant présente au moment où un fait s'accomplit, en atteste la vérité<sup>5</sup>. Ou un « *simple particulier invité à déposer, dans le cadre d'une enquête ou sous la forme écrite d'une attestation, sur les faits dont il a eu personnellement connaissance, après avoir prêté serment de dire la vérité* »<sup>6</sup>. Le témoin est appelé à la barre pour relater les faits dont il a eu connaissance et qui sont susceptibles

<sup>1</sup> . L. Walpen « Quelques considérations sur la direction des enquêtes d'un Tribunal pénal international », cité par A-M La Rosa, *Juridictions pénales internationales*, *op.cit.*, p.201.

<sup>2</sup> . Voy. le site du TPIY [www.icty.org](http://www.icty.org), consulté le 02/12/2014 à 16h37, cité aussi dans les informations publiées par le TPIY en septembre 2014 collectées lors de ma visite au siège du TPIY du 17 au 22 décembre 2014.

<sup>3</sup> . Disponible sur <http://avalon.law.yale.edu/imt/01-04-46.asp#hollriegel>, consulté le 13/5/2013 à 11h01.

<sup>4</sup> . J-C. Wittenberg, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op.cit.*, p.5.

<sup>5</sup> . F. Jobron-Minier, « Le témoin devant la justice pénale », *op.cit.*, p.8.

<sup>6</sup> . R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, *op.cit.*, p.701.

de participer à la démonstration recherchée<sup>1</sup>. Ce témoignage peut être défini comme « *le récit fait à un juge ou à un officier de police judiciaire par une personne appelée témoin de ce qu'elle a appris directement ou par ouï-dire sur les faits à prouver* »<sup>2</sup>. La valeur probatoire attribuée au témoignage devant les tribunaux *ad hoc* repose essentiellement sur les principes classiques fondamentaux de la liberté de la preuve<sup>3</sup>.

En principe, le témoin de fait comparaît en personne devant le tribunal<sup>4</sup>. Avant de témoigner, tout témoin fait la déclaration solennelle suivante : « *Je déclare solennellement que je dirai la vérité, toute la vérité et rien que la vérité* »<sup>5</sup>.

Les tribunaux *ad hoc* privilégient la confrontation directe afin d'être plus à même de juger la crédibilité du témoin et de permettre un plein respect du droit de l'accusé d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge<sup>6</sup>. Toutefois, conscients des difficultés considérables relatives aux déplacements des témoins jusqu'au prétoire ou encore à leur sécurité, les tribunaux *ad hoc* ont fait preuve de souplesse en autorisant le témoignage par moyens électroniques ou autres moyens spéciaux ou encore par déposition recueillie et enregistrée sous la supervision d'un officier instrumentaire mandaté par le Tribunal<sup>7</sup>. Les Chambres de première instance des tribunaux *ad hoc* exercent un contrôle sur la modalité de l'interrogation et la présentation des éléments de preuve, afin d'éviter toute perte de temps inutile<sup>8</sup>.

Les témoins présentent les faits dont ils ont eu connaissance et qui sont susceptibles de prouver l'un ou l'autre des éléments de l'infraction du chef duquel l'accusé est poursuivi<sup>9</sup>. Le témoin peut avoir vu l'accusé accomplir l'acte répréhensible ou, sans l'avoir vu, il peut contribuer à l'élaboration d'un faisceau d'éléments graves, précis et concordants qui mènent à conclure au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé est coupable de l'infraction reprochée<sup>10</sup>.

Etant donné l'importance attachée à la preuve testimoniale comme une preuve essentielle devant les tribunaux *ad hoc*<sup>11</sup>, la crédibilité des personnes qui défilent à la barre est cruciale, tout faux témoignage sous déclaration

<sup>1</sup>. A-M La Rosa, « La preuve », *op.cit.*, p.956.

<sup>2</sup>. J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 2011, p.339, n° 405.

<sup>3</sup>. L. Boussinot, *Le témoin et la justice répressive*, *op.cit.*, p.57.

<sup>4</sup>. Art.90/A du RPP du TPIY, TPIR et du TSSL. Art. 150 du RPP du TSL. C'est ce qu'indique expressément la première phrase du paragraphe 2 de l'article 69 du statut de la CPI : « *Les témoins sont entendus en personne lors d'une audience* ».

<sup>5</sup>. Art.90/A du RPP du TPIY et du TPIR. et du TSSL, TSL : art : 150-A du RPP du TSL. Au même effet, l'art 66-1 du RPP de la CPI énonce que : « *Je déclare solennellement que je dirai la vérité, toute la vérité, rien que la vérité* ».

<sup>6</sup>. A-M La Rosa, « La preuve », *in* Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op.cit.*, p.1584.

<sup>7</sup>. TPIY, TPIR et TSSL, art.71 du RPP; TSL, art .123. L'art 68-2 du Statut de la CPI énonce que : « *La Cour peut également autoriser un témoin à présenter une déposition orale ou un enregistrement vidéo ou audio, et à présenter des documents ou des transcriptions écrites...* ».

<sup>8</sup>. Art. 90/F du RPP du TPIR et du RPP du TPIY.

<sup>9</sup>. A-M La Rosa, *Juridictions pénales internationales*, *op.cit.*, p.262.

<sup>10</sup>. A-M La Rosa, *Juridictions pénales internationales*, *op.cit.*, p.262.

<sup>11</sup>. E. David, « La Cour pénale internationale », *in: Recueil des cours*, tome 313, 2005, p.405.

solennelle est passible d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement ou des deux à la fois<sup>1</sup>. En outre, de manière à éviter que le témoin n'ajuste consciemment ou non son récit, il ne doit pas être présent dans la salle d'audience au moment de la déposition d'un autre témoin<sup>2</sup>. Devant les tribunaux *ad hoc*, il est maintenant admis qu'un témoin, une fois la déclaration solennelle prononcée, devienne un témoin de la vérité et ne soit plus, dès lors, strictement le témoin de l'une ou l'autre des parties<sup>3</sup>.

L'opinion des juges sur les faits de la cause se forme au fil des témoignages entendus et en fonction de la crédibilité relative qu'ils accordent aux témoins ; dans la pratique, chaque partie du procès prépare l'interrogatoire principal de ses témoins<sup>4</sup>. Ils doivent exposer clairement dans le prétoire tous les faits soutenant les plaidoiries<sup>5</sup>. La crédibilité des témoins n'est véritablement mise à l'épreuve que par le contre-interrogatoire de ces mêmes témoins par le conseil de la partie adverse. Celui-ci tentera alors de mettre en exergue les faiblesses du récit relaté, les contradictions, voire les éléments qui renforcent sa propre théorie des faits. Pour ce faire, il a le droit de poser des questions directes, fermées et provocatrices, pour autant que le contre-interrogatoire reste courtois et respectueux du témoin<sup>6</sup>. Le droit d'interroger les témoins à charge fait partie des droits fondamentaux de tout accusé et s'avère une partie intégrante et essentielle de l'exercice visant à faire émerger la vérité<sup>7</sup>.

La déclaration écrite, en lieu et place d'un témoignage oral, a été acceptée par les RPP des tribunaux *ad hoc*<sup>8</sup>. Ces déclarations écrites peuvent contribuer à l'économie judiciaire et être utiles notamment dans la démonstration du contexte général dans lequel le crime a été commis. En effet, ces preuves ne sont pas toujours contestées et ne concernent généralement pas directement le comportement ou les agissements de l'accusé. Les juges doivent toutefois faire preuve de prudence dans la décision d'admettre de telles déclarations, surtout lorsque leur fiabilité n'a pas été scrupuleusement vérifiée et que des préjudices irréparables peuvent être causés à la défense. Ils doivent vérifier la teneur de toute déclaration prononcée hors audience pour scruter si elle est volontaire, véridique et digne de foi<sup>9</sup>.

La jurisprudence des tribunaux *ad hoc* fixe une hiérarchie dans la valeur probante à accorder à toutes ces formes de témoignage. La Chambre de première instance du TPIY a précisé qu'un témoignage présenté par

<sup>1</sup> . TPIY, TPIR et TSSL, art.91 des RPP ; TSL, art.152 du RPP.

<sup>2</sup> . TPIY, TPIR et TSSL, art. 90/D des ; TSL, art.150/C.

<sup>3</sup>.TPIY, Le Procureur *c/ Kupreskic*, n° IT-95-16. Jugement du 21 septembre 1998. Décisions sur la communication des parties avec leurs témoins,

<sup>4</sup> . A-M La Rosa, « La preuve », *op.cit.*, p.957.

<sup>5</sup> . *Id*, p.957.

<sup>6</sup> . *Ibid*, p.956.

<sup>7</sup> . A-M La Rosa, « La preuve », *op.cit.*, p.958.

<sup>8</sup> . TPIY, TPIR et TSSL : art.92 *bis*, du RPP, qui les autorisent expressément. Voy. également TSL : art.154, 155, 156 et 158 du RPP.

<sup>9</sup> . A-M La Rosa, « La Preuve », *in* : Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op.cit.*, p.1585.

voie de vidéoconférence<sup>1</sup> « *bien que pesant davantage qu'un témoignage donné sous forme de déposition est moins probant qu'un témoignage présenté dans le prétoire* »<sup>2</sup>.

S'agissant des témoins enfants, les tribunaux *ad hoc* en principe ont admis leur témoignage, mais un jugement, toutefois, ne peut être fondé sur ce seul témoignage<sup>3</sup>.

En outre, devant les tribunaux *ad hoc*, les juges du siège participent eux-mêmes à cet exercice. Ils se laissent une totale discrétion pour décider du moment le plus approprié pour interroger chaque témoin<sup>4</sup>. Un témoin ne peut refuser de répondre, sous peine d'outrage au tribunal, même dans les cas où ses réponses risqueraient de l'incriminer<sup>5</sup>.

Toujours en matière de témoins, il convient d'indiquer qu'afin de protéger ces derniers, les statuts des tribunaux *ad hoc* prévoient une indemnité et différents niveaux de protection<sup>6</sup>. La pratique des tribunaux *ad hoc* reflète le souci d'éviter de nouveaux traumatismes aux témoins ou que des mesures de représailles ne soient prises contre ceux-ci ou les membres de leurs familles, mais le pouvoir de ces tribunaux est limité, car ils ne bénéficient ni d'une force de police ni d'un réel programme de protection des témoins. De plus, les efforts de ces tribunaux ne devraient pas porter atteinte au plein respect des droits de la défense<sup>7</sup>.

Les mesures de protection sont octroyées au stade préliminaire et au procès. Avant que le procès ne débute, les tribunaux autorisent la non divulgation de l'identité des témoins placés sous leur protection. Une fois le procès commencé, les mesures prévues sont variées et visent surtout à protéger le témoin en limitant notamment la divulgation publique de données d'identification qui pourrait lui être préjudiciable<sup>8</sup>. Les Chambres permettent la suppression d'informations relatives à l'identification du témoin dans les dossiers du greffe ou l'utilisation de moyens techniques incluant l'altération de l'image ou de la voix et l'usage d'un circuit fermé de télévision<sup>9</sup>.

<sup>1</sup>. Le témoignage par vidéoconférence permet d'obtenir le témoignage de personnes qui refusent ou sont dans l'incapacité de venir au siège du Tribunal. Voy. par ex l'article 71/D, RPP, du TPIY et TPIR. Voy. aussi l'article 124 du RPP du TSL.

<sup>2</sup>. TPIY, Le Procureur c/ Dusko Tadic, Décision relative aux requêtes de la défense aux fins de citer à comparaître et de protéger les témoins à décharge et de présenter des témoignages par vidéoconférence, 94-1-T, 26 juin 1996, p.9154.

<sup>3</sup>. L'article 90/B du RPP du TPIY. Voy. aussi, TPIR, art.90/c du RPP.

<sup>4</sup>. TPIY et TPIR, art.98 des RPP ; TSL, art.165 du RPP.

<sup>5</sup>. TPIY, art. 77 et 90 F du RPP ; TPIR et TSSL, art.77 et 90 E des RPP ; TSL, art. 152 du RPP.

<sup>6</sup>. Par exemple, l'article 22 du statut du TPIY énonce que : « *Le Tribunal international prévoit dans ses règles de procédure et de preuve des mesures de protection des victimes et des témoins. Les mesures de protection comprennent, sans y être limitées, la tenue d'audiences à huis clos et la protection de l'identité des victimes* ». Voy., dans le même sens, l'article 69 et 75 du RPP ; TPIR et TSSL, art.75 du RPP. Selon l'art. 7 de la directive pratique relative aux indemnités versées aux témoins et experts, adopté par le TPIY le 5 décembre 2001 : « *Le Tribunal verse aux témoins une indemnité de présence en dédommagement des pertes de salaires, de revenus et de temps entraînées par leur déposition. Les témoins ne sont tenus de soumettre ni demande ni pièce justificative pour recevoir l'indemnité* ».

<sup>7</sup>. A-M La Rosa, « La preuve », *op.cit.*, p.959.

<sup>8</sup>. *Id.*, p. 959.

<sup>9</sup>. TPIY, TPIR et TSSL, art.75 des RPP.

Les tribunaux *ad hoc* n'ont pas hésité à ajouter à ces mesures l'octroi de sauf-conduits aux témoins de la défense, même en transit<sup>1</sup>. Insistant sur l'importance pour l'administration de la justice de la présence physique des témoins cités à comparaître, les Chambres ont souhaité rééquilibrer les forces entre les parties en assurant les conditions nécessaires pour la comparution d'importants témoins à décharge qui refusent systématiquement de venir au siège du Tribunal par crainte de faire eux-mêmes l'objet d'une enquête, voire d'une arrestation ou d'une accusation<sup>2</sup>. Le TPIY a estimé que les mesures de protection des témoins incluaient l'autorisation de témoigner sous couvert d'anonymat<sup>3</sup>.

En fait, le contenu du témoignage peut être couvert par le secret professionnel, telles les relations entre une personne et son médecin ou encore entre des conjoints ou une personne et un membre du clergé ; la question qui se pose ici est celle de savoir si un témoin peut s'abstenir de témoigner sous prétexte de respecter le secret professionnel, surtout lorsque l'on sait que les lois pénales nationales sanctionnent la divulgation du secret professionnel<sup>4</sup>.

Pour répondre à cette question, nous notons que l'article 97 du RPP du TPIY énonce que : « *Toutes les communications échangées entre un avocat et son client sont considérées comme couvertes par le secret professionnel, et leur divulgation ne peut pas être ordonnée...* »<sup>5</sup>. On peut déduire de cet article que les secrets non professionnels ne seront pas couverts par cette disposition devant les Tribunaux<sup>6</sup>.

S'agissant des communications confidentielles du CICR, la décision prononcée par une Chambre de première instance du TPIY reconnaît au CICR un droit absolu à la non communication de son information confidentielle<sup>7</sup>. Cette question s'est présentée lors de l'affaire *Simic* devant le TPIY qui a déclaré que, lorsque le fonctionnaire du CICR est appelé par l'une des parties, il peut refuser de se présenter pour la déposition<sup>8</sup>.

Dans le contexte des tribunaux *ad hoc*, qui ont pour mandat de juger les crimes internationaux les plus graves qui touchent l'ensemble de la Communauté internationale, les valeurs sociales protégées par la confidentialité doivent être traitées avec la plus grande circonspection<sup>9</sup>. Les tribunaux *ad hoc* devraient également préciser

<sup>1</sup>. A-M La Rosa « La preuve », *op.cit.*, p.959.

<sup>2</sup>. TSL, art.81 du RPP.

<sup>3</sup>. Le Procureur c/ Dusko Tadic, n°94-1-T, Décision relative à l'exception préjudiciable soulevée par le Procureur aux fins d'obtenir des mesures de protection pour les victimes et les témoins, 10 août 1995, pp.77/507 bis 4350778.

<sup>4</sup>. Par exemple, l'article 236 de la loi pénale libyenne de 1953.

<sup>5</sup>. Voy. également l'article 97 du RPP du TPIR.

<sup>6</sup>. L'art 69-5 du statut de la CPI adopte le même principe : « *La Cour respecte les règles de confidentialité...* ».

<sup>7</sup>. TPIY, Le Procureur c/ Simic, Chambre de première instance III, Décision relative à la requête de l'accusation en application de l'article 73 du Règlement concernant la déposition d'un témoin, IT-95-9, 27 juillet 1999. Pour plus de détails, voy. A-M La Rosa, «La preuve», *in* Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op.cit.*, p.1593.

<sup>8</sup>. La Chambre de première instance du TPIY, décision sur la requête de l'accusation en vertu de l'article 73 du Règlement concernant la déposition d'un témoin, n° : IT-95-9 du 27 juillet 1999.

<sup>9</sup>. A-M La Rosa, « La preuve », *in* Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op.cit.*, p. 1594.



dans quelle mesure les communications échangées dans le contexte d'une relation sont privées et non sujettes à divulgation<sup>1</sup>.

### B) Le témoin expert :

Ce témoin comparaît afin de donner un avis sur une question juridique ou scientifique. Autrement dit, l'expert examine, constate et apprécie les faits relatifs au litige<sup>2</sup>. Il peut être défini comme « *un témoin spécialisé dans un domaine de connaissances sur lesquelles on lui demande de déposer* »<sup>3</sup>. Son rôle n'est pas de rapporter ce qu'il a vu ; il doit plutôt guider le Tribunal dans l'appréciation de la preuve par son opinion éclairée<sup>4</sup>.

Cet avis peut porter sur nombre de questions différentes, « *compréhension de la langue, questions historiques, questions militaires, questions scientifiques, questions médicales notamment la santé mentale de l'accusé, procédure suivie pour son identification, puissance de frappe d'une arme donnée, questions psychiatriques ou questions psychologiques, etc.* ». Il s'agit d'une mesure d'instruction consistant à charger une ou plusieurs personnes compétentes appelées experts, de faire des constatations techniques et d'exposer au tribunal le résultat de leur examen dans un rapport<sup>5</sup>.

L'intérêt d'une bonne administration de la justice justifie le recours à ce type de témoin<sup>6</sup>. La jurisprudence des tribunaux *ad hoc* a donné quelques précisions en la matière et a développé des critères très souples pour guider l'admission d'un témoin en cette qualité. Par exemple, l'objectivité et l'indépendance ne sont pas des critères qui seront examinés au stade du choix de l'expert mais pourront jouer un rôle dans la valeur probante attachée à l'expertise<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>. A-M La Rosa, « La preuve », in Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op.cit.*, p.1594.

<sup>2</sup>. A-M La Rosa, « La preuve », *op.cit.*, p.961.

<sup>3</sup>. TPIY, Le Procureur c/ Celebici, Décision relative à la requête introduite par l'accusation aux fins de permettre aux enquêteurs d'assister au procès pendant les dépositions des témoins, n° : IT-96-21, 20 mars 1997.

<sup>4</sup>. A-M La Rosa, *Juridictions pénales internationales*, *op.cit.*, p.264.

<sup>5</sup>. L. Savadogo, « Le recours des juridictions internationales à des experts », in *A.F.D.I.*, L-2004, p.231.

<sup>6</sup>. Par ex, selon l'art 74 du RPP du TPIY : « *Une Chambre peut, si elle le juge souhaitable dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, inviter ou autoriser tout Etat, toute organisation ou toute personne à faire un exposé sur toute question qu'elle juge utile* ». La même possibilité est prévue à l'article 74 du RPP du TPIR.

<sup>7</sup>. Chambre II du TPIY, Le Procureur c/ Vujadin Popovic, affaire n° IT-05-88-T, Deuxième décision relative au témoignage du général Rupert Smith, 11 octobre 2007. § 26. Voy. aussi, le TPIY, le Procureur c/ Stanislav Galic, n° IT-98-29-T, Décision relative aux témoins experts Ewa Tabeau et Richard Philipps, 3 juillet 2002. Voy. aussi TPIY, Ch. 1, Le Procureur c/ Vidoje Blagojevic, affaire n° : IT-02-60-T, Décision relative aux requêtes de l'accusation aux fins de l'admission de déclaration de témoins experts, 7 novembre 2003. Voy. TPIR, Ch.1, Le procureur c/Aloys Simba, n° ICTR-01-76-1, Décision relative à la requête de la défense en irrecevabilité du rapport d'expertise et en disqualification du témoin expert Alison Des Forges, 14 juillet 2004.

L'expert peut comparaître pour l'une ou l'autre des parties au procès ou à la demande du tribunal<sup>1</sup>. Il vient alors étayer la position de la partie qui fait appel à lui, l'autre partie peut recourir à un autre expert qui viendra mettre en doute, voire contredire les conclusions scientifiques du premier<sup>2</sup>.

Les tribunaux *ad hoc* acceptent d'entendre ou convoquent d'office des experts afin qu'ils exposent leurs conclusions scientifiques relatives à différents domaines qui s'étendent notamment à la santé mentale de l'accusé<sup>3</sup>, à la procédure suivie pour son identification, à la puissance de frappe d'une arme donnée, au contexte historique et à la nature d'un conflit armé ou à la qualification d'un groupe à titre de groupe national, ethnique, racial ou religieux<sup>4</sup>. Les experts en médecine légale revêtent une importance particulière<sup>5</sup>, notamment lorsqu'il est question d'identifier les victimes, d'obtenir des informations sur les crimes dont elles ont été l'objet ou encore de corroborer le témoignage de survivants<sup>6</sup>. La réparation en faveur des victimes exige l'audition d'experts pour ce qui est de la détermination de l'ampleur du dommage, de la perte ou du préjudice causé aux victimes<sup>7</sup>. L'avis demandé à l'expert fait appel à des connaissances particulières de la science, de la technique et de l'art. Il possède une force probante<sup>8</sup>.

## **Paragraphe II : Les preuves documentaires :**

La preuve documentaire ou écrite est celle qui résulte de pièces ou documents de nature à établir le fait allégué<sup>9</sup>. Les RPP des statuts des tribunaux *ad hoc* ne font pas référence aux preuves documentaires, mais le principe de liberté de la preuve conduit nécessairement les tribunaux à admettre ce moyen de preuve. L'omission de cette référence par les rédacteurs découle, à notre avis, du fait que ces rédacteurs étaient influencés par la doctrine traditionnelle selon laquelle le témoignage est « la reine des preuves »<sup>10</sup> du procès pénal contemporain<sup>11</sup>. Dans les faits, les tribunaux *ad hoc* admettent les preuves documentaires sans qu'elles aient besoin d'être soumises par l'intermédiaire d'un témoin<sup>12</sup>. Des milliers de documents et de pièces à conviction sont présentés

<sup>1</sup>. A-M La Rosa, « La preuve », *op.cit.*, p.961.

<sup>2</sup>. A-M La Rosa, *Juridictions pénales internationales*, *op.cit.*, p.265.

<sup>3</sup>. TPIY, Le Procureur c/ Vasiljevi, affaire n° : IT-98-32-PT, jugement du 19 avril 2000.

<sup>4</sup>. A-M La Rosa, « La preuve », *op.cit.*, p.961.

<sup>5</sup>. TPIY, Le Procureur c/ Mladen Naletili, alias Tuta, ordonnance aux fins d'une analyse de police scientifique, jugement du 18 avril 2000.

<sup>6</sup>. TPIY, le Procureur c/ Radislav Kritic, affaire n° IT-98-33, jugement du 2 août 2001, § 76. Dans ce jugement, la Chambre de première instance a confirmé qu'« après avoir examiné les rapports médico-légaux des experts de l'Accusation, M. Stanković, l'expert en médecine légale cité par la Défense a affirmé que « certains charniers rassemblaient les corps d'individus tués lors de combats entre les belligérants et (...), dans d'autres sites, pour lesquels on était certain que des exécutions avaient eu lieu, il y avait aussi (...), des personnes tombées au combat » ».

<sup>7</sup>. A-M La Rosa, « La preuve », *op.cit.*, p.961.

<sup>8</sup>. L. Savadogo, « Le recours des juridictions internationales à des experts », *op.cit.*, p.251.

<sup>9</sup>. J-C Wittenberg, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op.cit.*, p. 59.

<sup>10</sup>. L. Boussinot, *Le témoin et la justice répressive*, *op.cit.*, p.52.

<sup>11</sup>. Au contraire l'article 69-1 du statut de la CPI adopte ce moyen de preuve : « La Cour peut également autoriser un témoin à présenter une déposition orale ou un enregistrement vidéo ou audio, et à présenter des documents... ».

<sup>12</sup>. TPIY, Le Procureur n° : IT-95-8, du 1 août 2000, Décision faisant droit à la demande aux fins de l'admission de preuves documentaires.

devant les Tribunaux, mais aucune règle n'a été élaborée en ce qui concerne l'administration de ces preuves et la nécessité de respecter la règle de la meilleure preuve<sup>1</sup>, c'est-à-dire de présenter l'original d'un document ou de justifier, lorsque cela s'avère impossible, la production d'une copie. Toutes pièces et tous documents de nature à établir le fait ont été admis<sup>2</sup>. Dans l'affaire Akayesu, le TPIR a considéré comme faits irréfutables les documents fondamentaux relatifs à la création et à la compétence du Tribunal ainsi que certains rapports et documents de l'ONU<sup>3</sup>.

### **Paragraphe III : Les aveux :**

Les RPP des tribunaux *ad hoc* admettent l'aveu comme moyen de preuve. A cet égard, l'article 92 du RPP du TPIY énonce que « *l'aveu de l'accusé donné lors d'un interrogatoire par le Procureur est présumé libre et volontaire jusqu'à preuve du contraire* »<sup>4</sup>.

Cet aveu doit avoir lieu après la comparution initiale de l'accusé devant le Procureur en présence de son conseil, à moins que l'accusé n'ait volontairement et expressément renoncé à la présence de celui-ci. La renonciation à l'assistance de son conseil doit être enregistrée sur bande magnétique ou sur cassette vidéo<sup>5</sup>.

### **Paragraphe IIII : Le transport sur les lieux :**

Une instance pénale se rend à un endroit déterminé pour procéder à un examen ou à des constatations relatives à un élément de preuve qui ne peut pas être présenté dans la salle d'audience. Ce moyen de preuve permet de vérifier des faits, d'acquérir une connaissance directe de ces derniers et de prouver ainsi leur existence<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>. A-M La Rosa, *Juridictions pénales internationales*, *op.cit.*, p.287.

<sup>2</sup>. Contrairement à ces dispositions, le TMI de Nuremberg exige, en particulier, de posséder l'original ou une pièce équivalente, sur ce point le Tribunal avait rejeté les documents sur lesquels ne figurent pas les indications relatives à leur origine et à leur découverte. Chaque document, ou chaque série de documents, doit être accompagné d'une déclaration faite sous serment attestant dans quelles circonstances et à quelle date le document a été découvert. A défaut de cette attestation, le document n'est pas admissible. Pour plus de détails, voy. H. Monneray, « La preuve documentaire et testimoniale au procès de Nuremberg », *in* R.G.D.I.P., n° : 1-2 52, 1948 janvier-juin, p.34.

<sup>3</sup>. TPIR, le Procureur c/ Jean-Paul Akayesu, affaire n° : ICTR-96-4-T, La Chambre de première instance II du jugement du 2 septembre 1998, §§ 131 et 165.

<sup>4</sup>. Voy. également l'article 92 du RPP du TPIR, l'article 92 du RPP du TSSL. Cet aveu est défini comme une « *déclaration par laquelle une personne tient pour vrai un fait qui peut produire contre elle des conséquences juridiques* ». R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, *op.cit.*, p.78. En droit, l'aveu est un mode de preuve et, de toutes les preuves, c'est la plus décisive. C'est un acte de volonté qui va produire contre une partie des conséquences juridiques. L'aveu est toujours la preuve du fait. Voy. J-C. Wittenberg, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op.cit.*, p. 59. L'aveu ne peut plus être obtenu que par des moyens légaux, c'est-à-dire qu'il doit résulter d'un interrogatoire. Toute pression physique, psychique, violence policière, comme torture par procédés, sont proscrites de même que les fraudes et mensonges. Il convient de distinguer entre l'aveu judiciaire, qui est connu des juges directement et est fait en justice, et l'aveu extra-judiciaire, qui est connu des juges indirectement, fait devant des tiers et émanant d'un écrit du prévenu ou de l'enregistrement de ses propos. Voy. M. Herzog-Evans et G. Roussel, *Procédure pénale*, Paris, Vuibert, 2013, p.177.

<sup>5</sup>. Les articles 63 des RPP des TPIY, TPIR et TSSL.

<sup>6</sup>. A-M La Rosa, *Juridictions pénales internationales*, *op.cit.*, p.292.

Le déplacement sur les lieux a été adopté par les RPP des tribunaux *ad hoc* et les articles 4 des RPP des TPIY et TPIR énoncent respectivement qu'«une Chambre peut, avec l'autorisation du Président, exercer ses fonctions hors le siège du Tribunal si l'intérêt de la justice le commande». Le président du TPIY a jugé qu'il était dans l'intérêt de la justice d'autoriser une telle visite en raison du fait qu'elle permettait d'obtenir une « connaissance de première main et l'estimation de la topographie de la région, y compris la distance entre les maisons, les trajectoires de missiles et les trajets et pour évaluer l'ampleur de la destruction sur la localité »<sup>1</sup>. Ce moyen de preuve est marqué par des points faibles, notamment en ce qui concerne les tribunaux *ad hoc*, car la visite se déroule souvent des années après la perpétration du crime et les lieux, la topographie ainsi que les personnes sont susceptibles d'avoir changé. De plus, la situation sur place peut être dangereuse pour permettre le déplacement sur les lieux. Dans ces circonstances ce moyen de preuve présente peu d'utilité<sup>2</sup>.

### Section III : L'appréciation de la preuve :

La recevabilité des preuves relève d'une décision assez discrétionnaire devant les tribunaux *ad hoc*<sup>3</sup>, c'est-à-dire que la recevabilité des preuves est gouvernée par le principe de « la liberté de la preuve »<sup>4</sup>, qui signifie que toutes les preuves sont en principe admissibles et toutes ont la même valeur quelle que soit la nature de l'infraction en cause<sup>5</sup>. Autrement dit, cette liberté concerne tout à la fois la production de la preuve et son appréciation par le tribunal<sup>6</sup>. Le juge dispose de la liberté d'accorder aux éléments de preuves la valeur et le poids qu'ils méritent à ses yeux<sup>7</sup>; la condamnation est prononcée non en raison du fait que de telles preuves soient réunies, mais plutôt parce que le juge est convaincu de la culpabilité de l'accusé<sup>8</sup>.

En appliquant le principe de « la liberté de la preuve », les tribunaux *ad hoc* peuvent se fonder sur le seul témoignage d'une victime pour conclure à l'existence juridique du fait rapporté sans besoin de corroboration. Dans ce sens, l'article 96 des RPP des TPIY et TPIR énonce que « la corroboration du témoignage de la

<sup>1</sup>. Traduit de l'anglais par l'auteur: « first hand knowledge and estimation of the topography of the region including distance between houses missile trajectories and travel routes and to assess the extent of destruction upon the locality" Voy. le TPIY, le Procureur c/ Kupreskic, n°: IT-95-16, autorisation d'un transport sur les lieux donnée par le président en application de l'article 4 du RPP, 29 septembre 1998.

<sup>2</sup>. A-M La Rosa, *Juridictions pénales internationales*, op.cit., p.293.

<sup>3</sup>. G. Cataldi et G. Della Morte, « La preuve devant les juridictions pénales internationales », op.cit., p.212. En fait, devant tous les tribunaux internationaux la souplesse est de rigueur. Devant la CIJ, l'opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice dans l'affaire du Sud-Ouest africain était que « les tribunaux internationaux ne sont pas liés par des règles aussi strictes que celles des tribunaux nationaux, dont beaucoup ne conviennent pas à des litiges entre gouvernements ». Voy. CIJ, Rec.1966, p.6

<sup>4</sup>. L'article 89/C du RPP des TPIY et TPIR énonce que : « La Chambre peut recevoir tout élément de preuve pertinent dont elle estime qu'il a valeur probante ». Voy. aussi TSL ; art. 149/C du RPP. Le RPP du TSSL ne se réfère qu'à la pertinence : art.89/C.

<sup>5</sup>. F. Debove, F. Falletti et T. Janville, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, op.cit., p.588.

<sup>6</sup>. *Id*, p.588. Selon l'art 89 du RPP du TPIR : « La Chambre peut recevoir tout élément de preuve pertinent qu'elle estime avoir valeur probante ».

<sup>7</sup>. A-M La Rosa, « La preuve », op.cit., p.963.

<sup>8</sup>. *Id*, p.963.

.....*victime par des témoins n'est pas requise* ». Cette liberté dans la preuve explique l'acceptation par les tribunaux *ad hoc* des témoignages par vidéoconférence<sup>1</sup>.

Les seules preuves qui sont admises devant les tribunaux *ad hoc* sont celles qui ont été présentées par le Procureur à travers l'acte d'accusation. Ces preuves pourront fonder les décisions de ces tribunaux<sup>2</sup>. Les tribunaux peuvent se référer aux faits qui sont de notoriété publique, cette disposition est incluse dans le statut de Nuremberg<sup>3</sup>, ou encore dans les RPP des tribunaux *ad hoc*<sup>4</sup>. Cette technique s'appelle la connaissance d'office, selon laquelle le juge dans un procès prend connaissance de faits notoires dont il peut tenir compte, après en avoir dressé le constat, même s'ils n'ont pas été allégués ou prouvés devant lui. La Chambre d'appel du TPIR a considéré que le génocide d'avril 1994 était un fait de notoriété publique dont elle peut dresser le constat judiciaire et qui ne requiert plus la preuve de sa commission<sup>5</sup>. Les débats dans le prétoire se limitent à la responsabilité pénale présumée des accusés et au lien avec le contexte où des crimes similaires sont commis en masse<sup>6</sup>.

Selon les RPP des tribunaux *ad hoc*, n'est pas recevable un élément de preuve « *obtenu par des moyens qui entament fortement sa fiabilité ou si son admission, allant à l'encontre d'une bonne administration de la justice, lui porterait gravement atteinte* »<sup>7</sup>. Les Chambres des tribunaux *ad hoc* considèrent que la fiabilité est une composante inhérente et implicite de la recevabilité des éléments de preuve : « *Ainsi si un élément n'est pas fiable il n'aura assurément aucune valeur probante* »<sup>8</sup>.

D'après ces dispositions, les juges peuvent exclure tout élément de preuve qui a été obtenu par contrainte, pression exercée ou par l'absence de garanties d'un procès équitable ou obtenues par des moyens illégaux car les règles qui gouvernent les procédures devant les tribunaux *ad hoc* se fondent sur les droits de l'homme internationalement reconnus dans la recherche des preuves ; autrement dit, les éléments de preuve doivent avoir

<sup>1</sup>. A-M La Rosa, « La preuve », *op.cit.*, p.965.

<sup>2</sup>. B. Nignan, « Conditions requises pour la décision », *in* Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Julian Fernandez et Xavier Pacreau (dir), Paris, Pedone, 2012, p.1647.

<sup>3</sup>. Art.21 du statut de Nuremberg : « *Le Tribunal n'exigera pas que soit rapportée la preuve de faits de notoriété publique, mais les tiendra pour acquis. Il considèrera également comme preuves authentiques les documents et rapports officiels des Gouvernements des Nations Unies, y compris ceux dressés par les Commissions établies dans les divers pays alliés pour les enquêtes sur les crimes de guerre ainsi que les procès verbaux des audiences et les décisions des tribunaux militaires ou autres tribunaux de l'une quelconque des Nations Unies* ».

<sup>4</sup>. TPIY, TPIR et TSSL : art 94 de leurs RPP. TSL : art.160 du RPP.

<sup>5</sup>. TPIR, Le Procureur c/ Edouard Karemera, Décision faisant suite à l'appel interlocutoire interjeté par le Procureur de la décision relative au constat judiciaire, ICTR-200-55, 12 septembre 2006, § 16. La connaissance d'office est une notion qui suscite des controverses, principalement dues à son caractère vague et imprécis, le juge doit, par conséquent, y avoir recours de manière circonspecte. Ceci est d'autant plus vrai dans un procès pénal où la culpabilité et l'innocence d'un individu sont en jeu. Pour plus de détails sur ce sujet, voy. A-M La Rosa, Juridictions pénales internationales, *op.cit.*, p.287 et ss.

<sup>6</sup>. A-M La Rosa « La preuve », *in* Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op.cit.*, p. 1596.

<sup>7</sup>. Art.95 du RPP des TPIY, TPIR et TSSL. Voy. aussi art.162 du RPP du TSL.

<sup>8</sup>. TPIY, Le Procureur c/ Tadic, Décision relative à la requête de la défense sur les éléments de preuves indirects, citée à la note 8, § 15.

été obtenus dans des circonstances qui ne portent pas atteinte à leur nature ou à leur caractère et n'enfreignent aucun droit fondamental du suspect ou de l'accusé<sup>1</sup>. Les tribunaux *ad hoc* devraient permettre de rejeter systématiquement les preuves obtenues par l'utilisation de la torture ou d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>2</sup>. Aucune qualification ou degré de la violation ne sont requis, mais un lien doit nécessairement exister entre cette violation et la preuve obtenue. Cette disposition s'applique à toute collecte de preuves, y compris celle qui aurait pu être réalisée par un Etat<sup>3</sup>.

Les tribunaux *ad hoc* doivent également bénéficier d'éléments probants tant pour la démonstration de l'élément matériel que pour celle de l'élément psychologique avant de décider que l'infraction a été commise. La preuve de l'élément matériel des crimes relevant de la compétence des tribunaux *ad hoc*, est portée sous forme de témoignage, mais les Chambres saisies se contentent rarement d'un seul témoignage<sup>4</sup>. Si elles le font, elles mettent alors l'accent sur sa très grande crédibilité et sur le fait que le témoin connaît l'accusé depuis de nombreuses années<sup>5</sup>. En général, les Chambres des tribunaux *ad hoc* dépendent du nombre important de témoins qui ont vu le fait qui doit être prouvé. De plus, elles examinent attentivement les hésitations et contradictions de ces témoins, mises en exergue lors de leur contre-interrogatoire, afin de s'assurer qu'elles n'affectent en rien leur crédibilité et vérifient dans le témoignage même de l'accusé les éléments qui permettent d'étayer leurs conclusions<sup>6</sup>. Par exemple, le TPIR s'est référé à des témoignages qui contredisaient l'allégation de l'accusé selon laquelle il aurait tenté d'empêcher des massacres<sup>7</sup>. Le Tribunal dans la même affaire n'a pris en compte que les éléments de preuve qui sont directs et qui ne prêtent pas à équivoque<sup>8</sup>.

Quant à l'intention ou l'élément moral des crimes relevant de la compétence des tribunaux *ad hoc*, leur preuve porte sur la conscience de l'acte reproché ou la conscience de ses conséquences ; cette preuve est plus complexe lorsqu'il s'agit de démontrer une intention spécifique. L'acte de génocide par exemple peut être inféré d'un

<sup>1</sup>. TPIY, Le Procureur c/ Celbici, Décision relative à l'exception préjudicielle de l'accusé Zdravko Mucic aux fins de l'irrecevabilité de moyens de preuve, affaire n° : IT-99-29-21, du 2 septembre 1997, § 41.

<sup>2</sup>. TPIY, Le Procureur /c. Brdanin, décision sur l'objection de la défense pour intercepter les preuves, n° : IT-99-36, 3 octobre 2003, § 55. L'article 69-7 du Statut de la CPI dans ce sens a exclu les éléments de preuve obtenus par des moyens qui violent le Statut de la Cour ou les droits de l'homme internationalement reconnus, si la violation met sérieusement en question la crédibilité des éléments de preuve ; ou si l'admission de ces éléments de preuve était de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité.

<sup>3</sup>. A-M La Rosa, « Preuve », *in* Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op.cit.*, p.1597.

<sup>4</sup>. A-M La Rosa, « La preuve », *op.cit.*, p.965.

<sup>5</sup>. *Id*, p.965.

<sup>6</sup>. A-M La Rosa, « La preuve », *op.cit.*, p.966.

<sup>7</sup>. TPIR, le Procureur c/ Jean-Paul Akayesu, affaire n° ICTR-96-4-T, Chambre de première instance II, jugement du 2 septembre 1998, §§ 182 et 193. .

<sup>8</sup>. *Ibid*, §§ 405-415.

certain nombre d'éléments, tels la doctrine générale du projet politique inspirant les actes de génocide ou la répétition d'actes de destruction discriminatoires<sup>1</sup>.

La jurisprudence des tribunaux *ad hoc* considère comme faits révélant une intention génocidaire et qui se réfèrent directement à l'accusé, l'attitude calomnieuse de ce dernier par rapport au groupe victime<sup>2</sup> ou le caractère systématique et répété de ses actions<sup>3</sup>. L'intention génocidaire peut s'inférer du projet de créer un Etat ethniquement homogène là où les populations sont mélangées et du fait d'exclure des groupes non serbes ou de les déporter par la force<sup>4</sup>. Le caractère massif des effets destructeurs, le nombre de victimes sélectionnées en raison de leur appartenance à un groupe, le type d'armes utilisées, le viol systématique des femmes appartenant au groupe ciblé et le fait de les empêcher d'avorter pour qu'elles donnent naissance à des enfants d'une identité nouvelle, la désorganisation des groupes par l'humiliation et la terreur, la destruction des lieux de culte et des bibliothèques peuvent aussi s'avérer des éléments pertinents<sup>5</sup>. Les mesures discriminatoires contre les biens et les mesures économiques ont aussi été utilisées pour démontrer l'intention requise, parmi un ensemble d'éléments de preuve concordants<sup>6</sup>. Toutefois, la CIJ a estimé que l'intention génocidaire ne peut être inférée de l'utilisation de l'arme nucléaire, malgré sa capacité destructive massive inhérente<sup>7</sup>.

#### **Le résumé :**

Après avoir présenté une étude sur la preuve devant les tribunaux *ad hoc*, nous avons constaté que la majorité des règles appliquées par ces tribunaux ont été inspiré des lois nationales surtout en ce qui concerne les principes de la liberté de la preuve et de légalité de la preuve. Sur la base de ce principe nous pouvons dire que tous les moyens de preuve sont acceptés devant les tribunaux *ad hoc*, mais dans la pratique nous constatons que les moyens de preuves devant les tribunaux *ad hoc* sont les moyens traditionnels de preuve : témoins de fait, experts, preuves documentaires, les aveux et la descente sur les lieux font partie de leur arsenal. Il faut souligner que ce sont les témoignages et non les autres moyens qui représentent la majorité des preuves devant les tribunaux *ad hoc*.

<sup>1</sup>. TPIY, le Procureur c/ Radovan Karadzic et Ratko Mladic, n° 95-5-R61 et 95-18-R61. Examen des actes d'accusation dans le cadre de l'article 61 du RPP, 11 juillet 1996, pp.1440-1375 §§ 92et 94.

<sup>2</sup>. TPIR, Le Procureur c/ Clément Kayishema et Obed Ruzindana, affaire n° ICTR-95-1-T, Chambre de première instance II, jugement du 21 mai 1999, § 527 538-540.

<sup>3</sup>. *Id*, p.543-545.

<sup>4</sup>. TPIY, le Procureur c/ Radovan Karadzic et Ratko Mladic, n° 95-5-R61 et 95-18-R61. Examen des actes d'accusation dans le cadre de l'article 61 du RPP, 11 juillet 1996, § 94.

<sup>5</sup>. TPIR, le Procureur c/ Jean-Paul Akayesu, affaire n° ICTR-96-4-T, jugement du 2 septembre 1998, § 523.

<sup>6</sup>. *Id*, § 523.

<sup>7</sup>. La CIJ, dans l'affaire de la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996. Rec.1996, 226, § 26.

D'après nous, cette sélectivité est critiquable car les tribunaux *ad hoc* sont compétents face aux crimes internationaux qui menacent la paix et la sécurité internationales. Ces crimes dangereux doivent donc être prouvés par tous les moyens. Autrement dit, les autres moyens de preuve auraient dû être traité de la même façon que le témoignage au sein des tribunaux *ad hoc*.

### **Bibliographie :**

G. Lopez et S. Tzitzis, *Dictionnaire sciences criminelles*, Dalloz, Paris, 2004.

F. Jobron-Minier, *Le témoin devant la justice pénale*, thèse, Droit privé et sciences criminelles, Université de Poitiers, 2000.

J. Salmon, « Le fait dans l'application du droit international », *in* : *R.C.A.D.I.*, 1982-II, vol.175.

J-C. Wittenberg, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *in* *Recueil des cours*, 1936, II, tome, 56.

Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2001.

F. Debove, F. Falletti et T. Janville, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, P.U.F., 2001.

A-M La Rosa, « La preuve », *in* : Hervé Ascensio, Emmanuel Deaux, Alain Pellet *Droit International Pénal*, (dir), Paris, Pedone, 2012.

A-M La Rosa, *Juridictions pénales internationales*, Paris, PUF, 2003.

G. Cataldi et G. Della Morte, « La preuve devant les juridictions pénales internationales », *in* *La preuve devant les juridictions internationales*, Hélène Ruiz Fabri et Jean-Marc Sorel, (dir), Paris, Pedone.

A-M La Rosa, « La preuve », *in* *Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, (dir), Julian Fernandez et Xavier Pacreau, Paris, Pedone, 2012.

L. Boussinot, *Le témoin et la justice répressive*, thèse, Droit et sciences politiques, Nice, Université de Nice Sophia-Antipolis, 2012.

J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 2011, p.339, n° 405.

B. Nignan, « Conditions requises pour la décision », *in* *Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Julian Fernandez et Xavier Pacreau (dir), Paris, Pedone, 2012.



## **l'exploitation et la protection des eaux minérales naturelles et des eaux de source**



**KAID HAFIDA Doctorante**

**en droit des affaires comparée et professeur**

**contractuelle à la faculté de droit Mostaganem, Algérie**

### **introduction :**

en eau de la planète, nous avons l'intuition qu'il était possible (et même souhaitable) de le faire au travers de la démarche scientifique. Nous avons donc entrepris ce mémoire dans l'idée de vérifier si ce présupposé était correct.

Pour ce faire, nous avons mis en place dans une classe de CM2 à Voisins le Bretonneau (78) un projet concernant l'utilisation de l'eau par Convaincues de la nécessité d'éduquer les élèves à la protection de l'environnement, et plus particulièrement à la préservation des ressources l'homme. Nous avons étudié plus précisément le circuit de l'eau dans la ville avec ses différentes étapes (traitement de l'eau potable, fonctionnement du château d'eau, épuration des eaux usées), la consommation et coût de l'eau, l'impact de l'action de l'homme sur l'environnement. Ceci a permis aux élèves de prendre conscience de la nécessité de préserver l'eau.

L'ensemble de ce travail a été réalisé en mettant en œuvre une démarche d'investigation (démarche expérimentale et recherche documentaire).

Au terme de notre intervention dans cette école, nous sommes confirmées dans ce que nous pressentions : il est possible de faire adopter un comportement citoyen aux élèves, grâce aux connaissances et compétences que la démarche scientifique permet de construire.

Au sens d' eau minérale naturelle, une eau microbiologiquement saine provenant 'une nappe ou d'un gisement souterrain<sup>1</sup>, exploitée à partir d'une ou plusieurs «émergences naturelles ou forées, à proximité des quelles est conditionnée. Elle se distingue nettement des autres destinées à la consommation humaine par sa nature caractérisée par sa pureté, et par sa teneur spécifique en sels minéraux, oligo-éléments ou autres constituants. Ces caractéristiques sont appréciées sur les plans, géologique et hydrogéologique, physique, chimique et physico-chimique, microbiologique, pharmacologique.

---

<sup>1</sup> - Eau de source L'eau de source provient, comme l'eau minérale naturelle, d'une source souterraine et est naturellement potable. Cette eau ne peut pas non plus subir de traitement et doit également être embouteillée à la source. Contrairement à l'eau minérale naturelle, sa composition ne présente pas le même degré de stabilité mais peut par contre varier, tout en restant dans certaines limites. Elle doit respecter les normes de potabilité pour les eaux « destinées à la consommation humaine »

. - Eau du robinet Les eaux du robinet, qui parviennent aux usagers via un réseau de conduites, proviennent d'un mélange d'eaux de surface et d'eaux venant de nappes souterraines. Quelle que soit leur provenance, elles doivent être traitées chimiquement pour les rendre propres à la consommation. Pour garantir leur potabilité au terme de leur acheminement par conduites, on doit en outre leur adjoindre du chlore. Sur les 110 litres d'eau du robinet que consomment chaque jour les Belges, seul 1% est utilisé comme boisson, 99% étant affectés aux soins corporels et au ménage. L'OMS fixe ainsi la Dose Journalière Admissible (DJA) pour les êtres humains, exprimée en milligramme par kilo de poids corporel. A partir de cette dose journalière, on calcule alors la concentration maximale admissible d'une substance dans l'eau potable en tenant compte du poids corporel moyen, du pourcentage de l'ingestion totale qui peut se faire via l'eau potable (afin de tenir compte des autres sources possibles) et de la quantité d'eau ingérée en moyenne par jour. Le tableau ci-dessous schématise

Ces eaux minérales naturelles peuvent posséder des propriétés thérapeutiques favorables à la santé humaine, eau de source, une eau d'origine exclusivement souterraine, apte à la consommation humaine microbiologiquement saine et protégée contre les risques de pollution<sup>1</sup>.

Une eau minérale naturelle ou une eau de source ne peut faire l'objet d'aucun traitement ou adjonction autre que la séparation des éléments instables et la sédimentation des matières en suspension par décantation ou filtration, et l'incorporation de gaz carbonique ou la dénazification. Les traitements ou adjonctions sont réalisés à l'aide de procédés physiques, mettant en œuvre des matériaux inertes, précédés, le cas échéant, d'une aération. Ils ne doivent pas avoir pour but ou effet de modifier les caractéristiques microbiologiques de l'eau minérale ou de l'eau de source.

Les conditions de traitement ou les adjonctions sont fixées par arrêté conjoint des ministres chargés des ressources en eau, de la santé, du commerce, et de la normalisation.

La proportion d'éléments contenus dans l'eau minérale naturelle et l'eau de source doit être conforme aux règlements techniques en vigueur et ne doit pas dépasser les valeurs qui seront fixées par un arrêté conjoint des ministres chargés des ressources en eau, de la santé, du

<sup>1</sup> - les eaux minérales naturelles et les eaux de source sont classées en :

-eau minérale naturelle non gazeuse : l'eau minérale non gazeuse est une eau minérale naturelle qui, à l'état naturel et après traitement éventuel autorisé conformément la loi et conditionnement, ne contient pas de gaz carbonique libre en proportion supérieur à la quantité nécessaire pour maintenir dissous les sels hydrogène-carbonatés dans l'eau.

-eau minérale naturellement gazeuse : l'eau minérale naturellement gazeuse est une minérale naturelle dont la teneur en gaz est, après traitement éventuel autorisé et conditionnement, la même qu'à l'émergence compte tenu des tolérances techniques usuelles.

-eau minérale naturelle dégazifiée : l'eau minérale naturelle dénazifiée est une eau minérale naturelle dont la teneur en gaz carbonique, après traitement éventuel autorisé conformément aux dispositions la loi et conditionnement, n'est pas la même qu'à l'émergence.

-eau minérale naturelle renforcée au gaz carbonique de la source : l'eau minérale naturelle renforcée au gaz carbonique, après traitement éventuel autorisé conformément aux dispositions de la loi, n'est pas la même qu'à l'émergence et qui fait l'objet d'adjonction en gaz carbonique émanant de la source.

-eau minérale naturelle gazéifiée : l'eau minérale gazéifiée est une eau minérale naturelle rendue gazeuse, après traitement éventuel autorisé, par addition de gaz carbonique d'autre Provence.

-eau de source : l'eau de source est une eau de source introduite au lieu de son émergence, telle qu'elle sort du sol, sous réserve des traitements éventuels autorisés dans des récipients de livraison au consommateur ou dans des canalisations l'amenant directement dans ces récipients.

-eau de source gazéifiée : l'eau de source gazéifiée une eau de source qui, sous réserve des traitements éventuels autorisés, est rendue effervescente par addition de gaz carbonique.

commerce et de la normalisation, le classement des eaux minérales naturelles et des eaux de source consiste en l'identification de leur catégorie conformément à l'article 3 ci-dessus.

La commission permanent ,Il est institué auprès du ministre chargé des ressources en eau une commission permanente des eaux minérales naturelles et des eaux de source désignée ci-après "commission", chargée notamment: - de donner un avis technique sur la reconnaissance, le classement et la concession des eaux minérales naturelles et des eaux de source, - d'étudier, d'évaluer, et d'émettre un avis sur le développement, l'exploitation et la protection des eaux minérales naturelles et des eaux de source ainsi que sur toute question en rapport avec son objet qui lui serait soumise, - d'étudier, d'évaluer, de vérifier la conformité, et d'émettre un avis sur les dossiers de demande de reconnaissance, les dossiers de demande d'octroi de concession, - de définir et de fixer les dispositions et prescriptions des cahiers des charges particuliers de concession des eaux minérales naturelles et des eaux de source<sup>1</sup>.

## **Chapitre 1 : des conditions d'exploitation commerciale eaux minérales naturelles et des eaux de source.**

En matière d'installations d'exploitation de l'eau minérale naturelle ou de l'eau de source, les cahiers des charges particuliers doivent préciser, les caractéristiques des installations de pompage ou de captage des eaux, les caractéristiques de l'unité de conditionnement de l'eau, l'implantation de l'unité de conditionnement qui doit être la plus proche possible du point de captage d'eau, l'obligation de la conformité du projet à la réglementation en vigueur, notamment celle relative aux établissements classés, l'obligation de réaliser les installations de façon à éviter toute possibilité de contamination et à conserver les propriétés de l'eau minérale naturelle ou de l'eau de source répondant à sa qualification, les

---

<sup>1</sup> - La commission permanente est présidée par le ministre chargé des ressources en eau ou son représentant et elle est composée: - du représentant du ministre chargé des collectivités locales, - du représentant du ministre chargé du domaine national, - du représentant du ministre chargé de la protection des consommateurs, - du représentant du ministre chargé de l'environnement, - du représentant du ministre chargé de l'agriculture, - du représentant du ministre chargé du tourisme, - du représentant du ministre chargé de la santé, - du représentant du ministre chargé de la culture, - du représentant du ministre chargé de la normalisation, - du directeur général du centre national de toxicologie, - du directeur général de l'institut Pasteur d'Algérie, - du directeur du centre algérien de contrôle de la qualité et de l'emballage, - du directeur général de l'agence nationale des ressources hydriques. Le secrétariat de la commission permanente est assuré par les services du ministère des ressources en eaux. Dans le cadre de ses travaux, la commission permanente peut solliciter la contribution de toute personne susceptible de l'éclairer en la matière. L'organisation et le fonctionnement de la commission permanente sont fixés par arrêté du ministre chargé des ressources en eau.

délais de réalisation de l'unité de conditionnement d'eau et les délais de mise en production.

L'exploitation des eaux minérales naturelles et des eaux de source à des fins commerciales ne peut être exercée que pour des eaux dont la qualité d'eau minérale naturelle ou d'eau de source a fait l'objet d'une procédure de reconnaissance, et exclusivement, en vertu d'une concession d'exploitation à des fins commerciales d'eaux minérales naturelles et d'eaux de source <sup>1</sup>.

Dans le cadre de la promotion de l'investissement privé et de la valorisation des eaux minérales naturelles et des eaux de source qui ont fait l'objet d'inventaire et de classement par les services compétents du ministère chargé des ressources en eau, et pour permettre les meilleures conditions de transparence, il sera fait recours aux procédures d'adjudication pour l'octroi des concessions d'exploitation des eaux minérales naturelles et des eaux de source.

### **Section1 : De la recherche des eaux minérales naturelles et des eaux de source et de la reconnaissance de leur qualité :**

La procédure de reconnaissance de la qualité d'eau minérale naturelle et d'eau de source consiste en l'identification de leurs caractéristiques<sup>2</sup>.

Peuvent demander la reconnaissance de la qualité d'eau minérale naturelle et d'eau de source, tout titulaire d'une autorisation de travaux de recherche et de captage d'eau, obtenue conformément aux dispositions en vigueur en la matière et désirant exploiter le point d'eau à des fins commerciales; Les organismes ou établissements relevant du ministère des ressources en eau à l'effet d'inventorier les eaux minérales naturelles et les eaux de source et de veiller à leur protection et à leur exploitation conformément aux dispositions de l'article 10 ci-dessus. L'autorisation de recherche et de captage d'eau, est délivrée par le wali territorialement compétent, sur avis technique des services techniques

---

<sup>1</sup> -Art.09 ,Décret exécutif n°04-196 du 15 juillet 2004 relatif à l'exploitation et la protection des eaux minérales naturelles et des eaux de source, le présent décret a pour objet de définir les eaux minérales naturelles et les eaux de source conformément à leurs caractéristiques et leurs propriétés qui les distinguent des autres eaux potables destinées à la consommation humaine, et réglementer leur exploitation et leur protection.

<sup>2</sup> - Art.11 Décret exécutif n°04-196, Déjà citée.

du ministère chargé de ressources en eau, conformément aux dispositions en vigueur en la matière<sup>1</sup>.

Le dossier de demande de reconnaissance de la qualité des eaux minérales naturelles ou des eaux de source doit être adressé par le demandeur en trois (3) exemplaires au ministre chargé des ressources en eau et doit comporter, une demande, l'autorisation de travaux de recherche et de captage délivrée par le wali territorialement compétent, les nom, prénoms et domicile du demandeur et, pour une personne morale, la raison sociale, ainsi que l'adresse de son siège social, un nom proposé au point d'eau, un extrait de la carte au 1/50.000 et d'un plan situant l'emplacement du point d'eau, le débit instantané maximal du point d'eau et le volume d'eau journalier, les résultats des analyses d'eau effectués par des laboratoires figurant sur une liste de laboratoires fixée par voie réglementaire. Lorsque la demande de reconnaissance est faite par un organisme ou établissement relevant du secteur du ministère des ressources en eau, le dossier doit comporter en outre, un rapport circonstancié.

Au titre de l'examen du dossier de reconnaissance de la qualité d'eaux minérales naturelles et d'eaux de source la commission permanente peut faire procéder aux vérifications des analyses et des documents transmis dans le cadre du dossier prévu par les dispositions de la loi. A l'issue de l'examen du dossier de reconnaissance par la commission permanente et au cas où cet examen confirme la qualité d'eau minérale naturelle ou d'eau de source, la reconnaissance de cette qualité fait l'objet d'un arrêté de reconnaissance de la qualité d'eau minérale naturelle ou d'eau de source de l'eau concernée pris par le ministre chargé des ressources en eau et qui détermine<sup>2</sup>.

Les services compétents du ministère chargé des ressources en eau tiendront à jour le fichier des eaux minérales naturelles et des eaux de source.

## **Section2 : De la concession pour l'exploitation commerciale des eaux minérales naturelles et des eaux de source.**

Sont considérés comme activités d'exploitation d'eau minérale naturelle ou d'eau de source, les travaux de captage, de transport, de stockage et d'embouteillage des eaux minérales naturelles et des eaux de source.

<sup>1</sup> - Art.12, Décret exécutif n°04-196, Déjà citée.

<sup>2</sup> - Art 15 Décret exécutif n°04-196, Déjà citée.

La concession en vue de l'exploitation commerciale d'une eau minérale naturelle ou d'une eau de source est octroyée par un arrêté de concession pris par le ministre chargé des ressources en eau. Cet arrêté comporte l'approbation du cahier des charges particulier dont les clauses sont fixées par la commission permanente, instituée en vertu des dispositions de la loi, en conformité avec les dispositions du présent décret et du cahier des charges-type qui lui est annexé. Le cahier des charges particulier est annexé à l'arrêté de concession de l'eau minérale naturelle ou de l'eau de source concernée.

Outre les conditions prévues par le cahier des charges-type annexé au présent décret, le cahier des charges particulier fixe, notamment, les conditions générales d'exploitation de la concession, et les dispositions générales relatives aux points de prélèvement, aux ouvrages de captage, les installations requises destinées à l'exploitation, au stockage et au transport des eaux minérales naturelles et des eaux de source, les mesures à prendre pour la protection contre les inondations, les conditions et quantités de prélèvement des eaux concernées pour l'approvisionnement en eau potable des agglomérations avoisinantes, ou pour satisfaire des usages qui existaient avant la date d'octroi de la concession, les traitements et adjonctions autorisés, la nature et la périodicité des contrôles et des analyses exigés de l'exploitant, la durée de concession et le sort des ouvrages à l'expiration de la concession, la remise en état des lieux en cas de désistement unilatéral, les conditions financières de la concession<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> -Art. 19 Décret exécutif n°04-196, Déjà citée.

Le demandeur d'une concession d'exploitation d'eau minérale naturelle ou d'eau de source peut être<sup>1</sup>, soit propriétaire du terrain sur lequel se trouve le point d'eau ou être titulaire d'un droit de jouissance, ou d'un titre de location comportant expressément l'objectif d'exploitation commerciale de l'eau minérale naturelle ou l'eau de source concernée, pour une période au moins égale à celle de la concession, soit l'adjudicataire de la concession d'exploitation d'une source ou d'un gisement relevant du domaine public hydraulique octroyée conformément aux dispositions de la loi<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - Art 20 Décret exécutif n°04-196, Déjà citée.

<sup>2</sup> - *L'eau du robinet doit être traitée chimiquement pour être conforme aux normes de potabilité. L'Eau Minérale Naturelle se caractérise par sa pureté originelle et il est interdit de la traiter. Des limites de qualité strictes sur différents paramètres et contaminants sont imposées par la réglementation (arrêté du 28/10/12) pour les eaux minérales. Des limites de qualité encore plus strictes sont imposées pour prétendre à l'appellation «eau pour nourrissons». Pour vérifier le respect de ces critères draconiens, de nombreux contrôles sont pratiqués par un laboratoire externe agréé pour le contrôle des Eaux Minérales Naturelles. Les résultats sont surveillés par les ARS (Agences régionales de santé). Les eaux minérales naturelles peu minéralisées comme Wattwiller peuvent être consommées quotidiennement par toute la famille. Avec l'eau minérale naturelle...pas de surprise désagréable ni de risque d'impuretés, et une sécurité alimentaire garantie. Les eaux fortement minéralisées sont, elles, plus à consommer occasionnellement, en alternance avec d'autres eaux, afin d'apporter ponctuellement un surplus de tels ou tels minéraux, par exemple en réponse à une carence momentanée.*



Pour la demande de concession pour l'exploitation commerciale d'une eau minérale naturelle ou d'une eau de source, le demandeur adressera un dossier en (3) exemplaires au ministre chargé des ressources en eau dont la consistance sera fixée par voie réglementaire et qui doit comprendre notamment, l'autorisation de travaux de captage et de recherche d'eau délivrée par le wali territorialement compétent, l'arrêté de reconnaissance délivré par le ministre des ressources en eau, l'étude hydrogéologique pour la connaissance de la ressource et pour la définition des points de prélèvement et la délimitation des zones de protection. Cette étude sera réalisée par une institution habilitée ou un hydrogéologue agréé, l'étude d'impact élaborée et approuvée conformément à la réglementation en vigueur<sup>1</sup>.

### **Section 3 : Des prescriptions relatives concessionnaire et au régime général de la concession :**

Au titre des dispositions relatives au concessionnaire et au régime général de la concession, les cahiers des charges particuliers doivent préciser, l'identité du concessionnaire, les références de l'autorisation de travaux de recherche et de captage ou du titre sur la base duquel est octroyée la concession, les références de l'acte de reconnaissance de la qualité d'eau minérale ou d'eau de source, le débit ou les quantités que le concessionnaire peut

<sup>1</sup> - Art. 42. - Le présent décret sera publié au Journal officiel de la République algérienne démocratique et populaire. Fait à Alger, le 27 Jomada El Oula 1425 correspondant au 15 juillet 2004. Ahmed OUYAHIA. ANNEXE I CAHIER DES CHARGES-TYPE RELATIF A LA CONCESSION D'EXPLOITATION DES EAUX MINERALES NATURELLES ET DES EAUX DE SOURCE Article 1er. En application des dispositions de l'article 19 du décret exécutif n° 2004-196 du 27 Jomada El Oula 1425 correspondant au 15 juillet 2004 relatif à l'exploitation et la protection des eaux minérales naturelles et des eaux de source, le présent cahier des charges-type a pour objet de déterminer les clauses, droits et obligations que doivent comporter les cahiers des charges particuliers.

-DE L'ELABORATION ET DU CONTENU DES CAHIERS DES CHARGES PARTICULIERS:Elaborés par la commission permanente instituée par les dispositions de l'article 7 du décret exécutif n° 2004-196 du 27 Jomada El Oula 1425 correspondant au 15 juillet 2004, susvisé, et approuvés par arrêté du ministre chargé des ressources en eau, les cahiers des charges particuliers établis pour chaque concession doivent comporter: - l'ensemble des conditions, procédures, droits et obligations que les dispositions du décret exécutif n° 2004-196 du 27 Jomada El Oula 1425 correspondant au 15 juillet 2004 prévoient comme devant être fixées et/ou précisés par les cahiers des charges particuliers; - l'ensemble des dispositions prescrites par le présent cahier des charges-type; - toute autre condition ou procédure conforme aux dispositions du décret exécutif n° 2004-196 du 27 Jomada El Oula 1425 correspondant au 15 juillet 2004, susvisé, et répondant à des réalités ou à des particularités spécifiques du gisement d'eau minérale naturelle ou de l'eau de source concernée, ou susceptible de préciser les conditions générales de passation ou d'exploitation de la concession, les cahiers des charges particuliers doivent comporter l'ensemble des prescriptions relatives: - au concessionnaire et au régime général de la concession; - aux installations d'exploitation de l'eau minérale naturelle ou de l'eau de source concernée; - à la protection du gisement d'eau minérale naturelle ou d'eau de source concernée; - au contrôle et à la surveillance de l'eau minérale naturelle et de l'eau de source concernée.

prélever, les traitements et adjonctions permis pour la catégorie d'eau minérale naturelle ou d'eau de source concernée, l'obligation de porter immédiatement à la connaissance du concédant toutes variations qui surviendraient dans la qualité de l'eau ou dans le débit de la source, l'obligation d'élection de domicile du concessionnaire dans la localité où est implantée la concession, et l'obligation du concessionnaire, sous peine de résiliation de la concession à ses torts et de poursuites judiciaires le cas échéant, d'informer le concédant de toute entreprise et usurpation ou de tout acte de nature à préjudicier au droit de propriété de l'Etat.

Sont seules considérées comme faisant partie de la concession, les eaux en provenance du forage ou de la source dans la limite de la quantité maximale journalière fixée par la commission permanente. Le concessionnaire ne peut prélever du forage une quantité d'eau supérieure à celle fixée par le cahier des charges particulier. Les débits journaliers exploités doivent être mentionnés dans le registre d'exploitation et mis à la disposition du concédant. Le concessionnaire est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter le gaspillage et la perte de l'eau. L'eau doit être amenée par canalisation étanche jusqu'à l'unité de production<sup>1</sup>.

La concession est accordée pour une durée de cinquante (50) ans. Elle prend effet à partir de la publication au Journal officiel de la République algérienne démocratique et populaire de l'arrêté l'approuvant et prend fin le 31 décembre de la cinquantième année. Elle est renouvelable selon les mêmes formes qui ont servi à l'octroi de la concession<sup>2</sup>.

En fin de concession, l'ouvrage de captage sera considéré comme bien en retour à l'Etat. Les installations et machines resteront la propriété du concessionnaire qui devra les enlever.

## **CHAPITRE2 : De la protection des eaux minérales naturelles et eaux de source et les sanctions pénales.**

Dans le cadre d'eau et environnement, Le secteur de l'eau embouteillée a souvent été précurseur dans le domaine de l'environnement et continue de mettre en place des mesures adéquates pour, d'une part une gestion durable des nappes aquifères et d'autre part, une

<sup>1</sup> -Art 05 Décret exécutif n°04-196, Déjà citée.

<sup>2</sup> - L'enjeu économique des eaux minérales, Extrait de la lettre trimestrielle Energies et matières premières n°10. 4ème trimestre 1999.

politique d'emballage responsable diminuant continuellement son impact sur l'environnement<sup>1</sup>.

La gestion durable du patrimoine hydrique, la surface cumulée des périmètres de protection mis en place par les minéraliers et les producteurs d'eau de source membres de la FIEB représente un total 242 km<sup>2</sup>, soit la superficie de 37.230 terrains de football... Ces zones aquifères sont réparties entre 28 sources d'eau minérale naturelle et 16 sources d'eau de source reconnues officiellement.

Elles sont toutes rigoureusement protégées, entre autre par l'installation de vastes périmètres de protection. En y ajoutant l'ensemble des zones protégées des eaux provenant des pays étrangers et mises sur le marché belge par les membres de la FIEB, ce chiffre se monte à 538,90 km<sup>2</sup>, soit plus de trois fois la superficie de la Région de Bruxelles-Capitale. Ces périmètres de protection sont primordiaux pour garantir la pureté originelle de l'eau naturelle, aujourd'hui et pour les générations futures. Protéger le filtre naturel assure une gestion durable des nappes aquifères. Grâce à ce filtre naturel (souterrain et à l'abri de tout risque de pollution lié aux activités humaines) et à sa pureté originelle, l'eau minérale naturelle et l'eau de source peuvent être bues sans aucun traitement chimique ou microbiologique...la pureté naturelle ! Pas de surexploitation des nappes aquifères Le cycle de l'eau fait également l'objet d'une attention sévère<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - « Analyse environnementale de l'évolution des tonnages d'emballages ménagers en France entre 1997 et 2006 sur 8 marchés de produits de grande consommation », ADEME 2007. La progression de la consommation d'eaux plates depuis 1997 aurait dû conduire à une augmentation proportionnelle des tonnages d'emballages correspondants. Or on observe que ces tonnages de déchets d'emballages évoluent moins vite que la consommation d'eaux en bouteille. - La principale raison est la réduction du poids unitaire des bouteilles de 2L, 1,5L, 1L (effet poids primaire). Le poids de la bouteille plastique d'1,5L qui représente plus de 85% du marché est passé en moyenne de 38,8g en 1997 à 35,2g en 2006, soit une réduction de 9% au global entraînant une diminution de 15.000 tonnes d'emballages. - On constate par ailleurs un effet contenance avec l'apparition des fontaines de 5L, ainsi que la progression des bouteilles de 2L qui ont permis une réduction des tonnages de 6.000 tonnes au total, compensant ainsi le développement du format 1L. La diminution du poids unitaire des emballages a un effet favorable sur tous les indicateurs environnementaux (exemple : épuisement des ressources, énergie primaire, déchets municipaux). La même évolution est constatée pour les eaux gazeuses mais de façon beaucoup plus spectaculaire. - Le remplacement des bouteilles en verre de 1L par des bouteilles en PET a entraîné une baisse des tonnages d'emballages de 100.000 tonnes. En 2006, une bouteille plastique d'un litre d'eau gazeuse pèse 41,5g49 alors qu'une bouteille en verre pèse 252g. En 2006, le verre ne représente plus que 5% des bouteilles d'eau gazeuse (47% en 1997). Par ailleurs, la réduction à la source du poids unitaire des bouteilles en plastique a contribué à la baisse des tonnages, en particulier, les poids des bouteilles plastique d'un litre et 1,25L, qui représentent plus des deux tiers du marché ont diminué respectivement de 10 et 16% de 1997 à 2006. 50 ADEME, Eco-Emballages, « Prévention et valorisation des déchets d'emballages », juin 2007.

<sup>2</sup> - Etude du Professeur Barry Pokin, Rapport Nestlé sur la gestion des ressources en eau – mars 2007

Les eaux naturelles proviennent uniquement de sources souterraines. Elles effectuent sous le sol un parcours de plusieurs années au cours duquel elles sont constamment filtrées par les couches de roches traversées. Ce sont ces roches « lavées par l'eau » qui leur donnent les minéraux et les oligo-éléments déterminant leur goût et leur composition stable<sup>1</sup>.

La pérennité des sources aquifères et la qualité constante de l'eau sont d'une importance cruciale. Ainsi, il n'est pas prélevé plus d'eau que ce que la nature est capable d'en renouveler quand il pleut ou quand il neige. Le volume maximum que les producteurs d'eau minérale naturelle et d'eau de source peuvent prélever est d'ailleurs réglementé par la loi. Il n'y a donc pas de surexploitation des nappes aquifères<sup>2</sup>

Conformément aux dispositions de l'article 114 de la loi n° 83-17 du 16 juillet 1983, susvisée, il est institué autour de chaque point d'eau minérale naturelle ou d'eau de source un périmètre de protection qualitative<sup>3</sup>. La délimitation de cette zone de protection sera précisée par le cahier des charges particulier sur la base de l'étude hydrogéologique et de l'étude d'impact exigées conformément aux dispositions de l'article 21 ci-dessus. Si de nouvelles circonstances en font reconnaître la nécessité, ces périmètres de protection des eaux minérales naturelles ou des eaux de source peuvent être modifiés et étendus selon les modalités et procédures qui ont prévalu pour leur délimitation initiale.

Conformément aux dispositions de l'article 111 de la loi n° 83-17 du 16 juillet 1983, susvisée, sont interdits à l'intérieur des périmètres de protection, toute activité, rejet ou dépôt susceptible d'altérer la qualité des eaux. Les activités de toute nature que l'exploitant veut exercer ou dont il veut permettre l'exercice doivent faire l'objet d'une demande

<sup>1</sup> - Le Code de la santé publique (article R. 1321-69 du décret n°2003-461 du 20 mai 2003) définit l'eau minérale naturelle comme « possédant un ensemble de caractéristiques qui sont de nature à lui apporter des propriétés favorables à la santé. » 20 Arrêté du 14 mars 2007

<sup>2</sup> - Le chiffre d'affaires du secteur des eaux minérales naturelles en France s'élevait à environ 2 milliards d'euros en 1996 (L'enjeu économique des eaux minérales, Extrait de la lettre trimestrielle Energies et matières premières n°10. 4ème trimestre 1999).

-D'origine souterraine, l'eau minérale naturelle possède une pureté 100% originelle, La source est protégée contre tout risque de pollution et de contamination, L'embouteillage se fait obligatoirement à la source pour préserver l'authenticité et la pureté originelle de l'eau jusqu'au consommateur.

La composition de l'eau minérale naturelle est stable dans le temps, l'eau minérale naturelle ne subit aucun traitement chimique ni microbiologique. ...elle est naturellement pure, l'eau minérale naturelle peut revendiquer des effets favorables pour la santé, elle est reconnue « eau minérale naturelle » par le Ministère de la Santé publique sur avis du Conseil supérieur de la Santé, les eaux minérales naturelles qui répondent à des critères strictes du Conseil supérieur de la Santé peuvent

particulière jointe au dossier prévu par l'article 21 ci-dessus, et être expressément autorisées par les clauses du cahier des charges particulier. Aucun sondage ou travaux souterrains de quelque nature que ce soit, ainsi que tout travaux ayant pour objet ou entraînant une modification du captage de l'eau minérale naturelle ou de l'eau de source ne peuvent être effectués sans l'information et l'approbation de la commission permanente.

### **Section 1 : Des prescriptions relatives a la protection du gisement des eaux minérales naturelle ou des eaux de source.**

Les cahiers des charges particuliers doivent préciser les périmètres de protection autour du forage, de la source et des ouvrages de stockage de l'eau et doivent fixer pour chaque zone du périmètre de protection, les activités et plantations autorisées, ainsi que les clôtures ou tout autre ouvrage de protection. Les cahiers des charges particuliers doivent comporter également toute autre prescription relative à la protection de la ressource découlant de l'étude hydrogéologique et/ou de l'étude d'impact.

Les cahiers des charges particuliers doivent comporter une clause engageant la responsabilité du concessionnaire en matière de protection et de sauvegarde de la ressource et des ouvrages et équipements dès la mise en exploitation du forage ou de la source.

Sans préjudice des dispositions législatives et réglementaires en la matière, les cahiers des charges particuliers doivent comporter toute prescription sur les assurances que l'exploitant doit contracter au titre de la concession qui lui est octroyée, et aux fins de la protection des consommateurs, de la ressource, des installations ou des pollutions éventuelle<sup>1</sup>s.

### **-Des prescriptions relatives au contrôle et a la surveillance des eaux minérales naturelle ou des eaux de source.**

Les cahiers des charges particuliers doivent préciser les conditions dans lesquelles le concessionnaire doit procéder à l'installation, à ses frais, de deux compteurs d'eau, l'un à l'entrée de l'unité de conditionnement aux fins de mesures rapides du débit et à des prélèvements pour analyse; le deuxième pour enregistrer le débit exploité à la sortie de l'unité. Les frais de maintenance des compteurs et de leur changement sont à sa charge.

Art. 13. - Le concessionnaire est tenu de procéder au contrôle de l'eau minérale naturelle

<sup>1</sup> - Art 11 Décret exécutif n°04-196, Déjà citée

ou de l'eau de source objet de la concession conformément aux dispositions des articles 23 et 24 du décret exécutif n° 2004-196 du 27 Jomada El Oula 1425 correspondant au 15 juillet 2004, susvisé.

A ce titre, les cahiers des charges particuliers doivent préciser le contenu et la fréquence des analyses quotidiennes, périodiques ou de confirmations<sup>1</sup>, ainsi que les modalités et procédures d'inscription des résultats des analyses dans un registre coté et paraphé qui doit être présenté lors des contrôles et transmis mensuellement à l'autorité désignée par le cahier des charges particulier<sup>2</sup>.

## **Section 2 : De la surveillance et du contrôle des eaux minérale naturelles et des eaux de source.**

La surveillance des eaux minérales naturelles et des eaux de source a pour objet le contrôle de la stabilité et de la qualité des eaux ainsi que des installations destinées au captage et au conditionnement de ces eaux.

Le concessionnaire est tenu d'installer et de faire fonctionner un système de contrôle interne de la qualité de l'eau à tous les niveaux de la production, et comportant notamment un laboratoire intégré à l'usine de conditionnement. Le concessionnaire doit garantir la qualité du produit qu'il délivre conformément à la réglementation en vigueur<sup>3</sup>.

Lors des différents contrôles effectués par l'exploitant ou par les services concernés de l'Etat et notamment ceux relevant du ministère chargé des ressources en eau, du ministère chargé de la santé et du ministère chargé de la protection du consommateur, toute variation constatée dans les caractéristiques de l'eau minérale naturelle ou l'eau de source doit faire l'objet d'une nouvelle analyse des propriétés de l'eau auprès des laboratoires prévus par l'article 13 ci-dessus. A la suite de cette nouvelle analyse, si la variation constatée est confirmée, la commission permanente est saisie et détermine les caractéristiques de l'eau minérale naturelle ou l'eau de source concernée. Sur la base des conclusions de la commission permanente, soit il est procédé à une confirmation de la reconnaissance de la qualité d'eau minérale naturelle ou d'eau de source en maintenant son classement initial ou en définissant un nouveau classement de l'eau minérale naturelle ou de l'eau de source

<sup>1</sup> - L'enjeu économique des eaux minérales, Extrait de la lettre trimestrielle Energies et matières premières n°10. 4ème trimestre 1999.

<sup>2</sup> - Panorama des industries agroalimentaires, Ministère de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche et des Affaires rurales, Edition 2004

<sup>3</sup> - Art 23 Décret exécutif n°04-196, Déjà citée

concernée, soit, lorsque l'eau, de façon temporaire, présente un danger pour la santé ou ne présente plus les caractéristiques ou les qualités qui lui ont été reconnues lors de la reconnaissance de sa qualité d'eau minérale naturelle ou d'eau de source, la concession est suspendue jusqu'à rétablissement de la qualité de l'eau qui prévalait lors de l'octroi de la concession concernée<sup>1</sup>. Le rétablissement de cette qualité ne peut être décidé qu'après un nouvel examen par la commission permanente, soit, au cas où la modification des caractéristiques de l'eau concernée et la perte de ses qualités reconnues est définitive, la concession est résiliée<sup>2</sup>.

Sans préjudice des dispositions législatives et réglementaires en matière de contrôle, le concessionnaire est tenu d'effectuer sous le contrôle des services compétents des administrations chargées des ressources en eau, de la santé<sup>3</sup>, de la protection du consommateur, et de l'environnement, chacun pour ce qui le concerne, et suivant leurs instructions, la surveillance et l'entretien des griffons, de la chambre et de la galerie de captage et de l'état des canalisations, la surveillance et le contrôle de l'eau conformément aux prescriptions législatives et réglementaires en vigueur, tous les travaux d'installation ou de rénovation nécessaires à la porte de la galerie de captage pour l'embouteillage de l'eau minérale naturelle ou l'eau de source, toute mesure ayant pour objet la protection environnementale du site, de la ressource ou des installations<sup>4</sup>.

### **Section 3 : Des sanctions**

#### **1-des sanctions pénal :**

Outre les conditions, procédures et modalités de suspension ou de résiliation de la concession fixées par l'article 24 ci-dessus, pour des raisons liées à la qualité de l'eau minérale naturelle ou de l'eau de source concernée, la concession peut également être suspendue après mise en demeure puis résiliée dans les cas suivants, en cas de non-respect des clauses contenues dans le cahier des charges particulier, lorsque la source est restée inexploitée ou insuffisamment exploitée pendant deux (2) ans, lorsque le concessionnaire s'abstient de faire procéder aux analyses prévues par le cahier des charges particulier ou à

<sup>1</sup> - L'enjeu économique des eaux minérales, Extrait de la lettre trimestrielle Energies et matières premières n°10. 4ème trimestre 1999.

<sup>2</sup> - Panorama des industries agroalimentaires 2006, Ministère de l'Agriculture et de la Pêche.

<sup>3</sup> - Art 25 Décret exécutif n°04-196, Déjà citée.

<sup>4</sup> - MICHEL PRIEUR, le droit de l'environnement, 3 eme édition ,1996 dalloz, p.36

2-Leila chikaoui, droit pénal del environnement et lurbanisme ,E N T tunis, 1993 ,p.37.

l'exécution des mesures, procédures ou travaux d'entretien requis par les organes de contrôle et de surveillance, lorsque l'entretien des ouvrages est insuffisant et qu'il peut en résulter des conséquences dommageables à l'hygiène et à la conservation de la nappe souterraine<sup>1</sup>.

Après constat par les organes de contrôle habilités d'une des situations, procès-verbal en est établi et notifié au concessionnaire concerné avec transmission d'un rapport détaillé à la commission permanente. Le procès-verbal doit préciser les actions, mesures ou travaux à exécuter pour le rétablissement des conditions acceptables d'exploitation de la concession, ainsi que les délais d'exécution des mesures requises. A l'expiration de ce délai, et en cas de constat de non-exécution des mesures requises, la concession est suspendue et la commission permanente est saisie. Après vérification des conditions d'exploitation de la concession, audition éventuelle du concessionnaire, et examen du dossier, la commission permanente peut: - soit accorder un délai supplémentaire par une mise en demeure adressée au concessionnaire pour l'exécution des mesures prescrites, à l'issue de laquelle, en cas de non exécution de ces mesures, la concession sera résiliée; soit proposer la résiliation directe de la concession. La commission permanente peut prononcer la décision de résiliation aux torts du concessionnaire, sans indemnisation, et proposer toute mesure conservatoire, toute action jugée utile pour faire disparaître, aux frais du concessionnaire, tout dommage causé par son exploitation, et toutes les poursuites judiciaires qu'elle estimera utile d'engager<sup>2</sup>

## **2-Des dispositions financières :**

Le concessionnaire est tenu de payer une redevance annuelle de base au titre de la concession d'exploitation commerciale d'une eau minérale naturelle ou d'une eau de source<sup>3</sup>, cette redevance est fixée par la loi de finances, une redevance additionnelle est due en outre par le concessionnaire qui sera fixée par la procédure d'appel d'offres prévue par les dispositions de la loi.

<sup>1</sup> - Art 29 Décret exécutif n°04-196, Déjà citée.

<sup>2</sup> -Art 30 Décret exécutif n°04-196, Déjà citée.

<sup>3</sup> - MICHEL PRIEUR, le droit de l'environnement, op.cit. p.88.



### 3-Des dispositions diverses :

En cas de sécheresse ou autres calamités, ou si l'intérêt public l'exige, et en tenant compte de l'intérêt général et de celui du concessionnaire les quantités de prélèvement fixées conformément aux dispositions de l'article 19 ci-dessus, peuvent exceptionnellement être réduites, après examen par la commission permanente, en présence du ou des concessionnaires concernés, par arrêté du ministre chargé des ressources en eau. Cet arrêté vaut modification du cahier des charges particulier concerné en la matière<sup>1</sup>.

Après la mise en exploitation de la concession, et au cas où, après analyses et tests à la charge du concessionnaire, il s'avère que l'eau minérale naturelle concernée dispose de vertus thérapeutiques, le concessionnaire adresse une demande au ministre chargé de la santé pour la reconnaissance de ces vertus thérapeutiques et sur les conditions requises pour en faire mention sur l'étiquetage. Les modalités d'application du présent article sont fixées par arrêté du ministre chargé de la santé<sup>2</sup>.

Sur la base de la valeur thérapeutique ou du débit d'une eau minérale naturelle ou d'une eau de source, et de la nécessité, à ce titre, d'une protection plus rigoureuse, les eaux minérales naturelles ou les eaux de source concernées peuvent, après examen par la commission permanente et révision du cahier des charges particulier, être déclarées d'utilité publique par arrêté du ministre chargé des ressources en eau. Le cahier des charges particulier fixera les prescriptions d'utilité publique applicables à cette eau minérale naturelle ou à cette eau de source<sup>3</sup>.

Sans préjudice des dispositions législatives ou réglementaires en la matière, les étiquettes apposées sur les bouteilles d'eau commercialisées, ne peuvent contenir de mentions relatives à leur qualité d'eaux minérales naturelles ou d'eaux de source qu'après avoir fait l'objet d'une reconnaissance et d'un classement selon les procédures fixées par les dispositions du présent décret<sup>4</sup>.

Sous réserve des dispositions de l'article 19 ci-dessus, les eaux reconnues comme étant des eaux minérales naturelles ou des eaux de source conformément aux dispositions du

<sup>1</sup> -Art 32 Décret exécutif n°04-196, Déjà citée.

<sup>2</sup> -Art 33 Décret exécutif n°04-196, Déjà citée.

<sup>3</sup> -Art 34 Décret exécutif n°04-196, Déjà citée.

<sup>4</sup> -Art 35 Décret exécutif n°04-196, Déjà citée.

présent décret, sont interdites à toutes utilisations agricoles ou industrielles. Toute limitation de l'utilisation de l'eau à usage agricole, au titre de l'aliéna ci-dessus doit être compensée par des apports en eau à partir d'autres sources.<sup>1</sup>

Toute exploitation d'un gisement d'eau minérale naturelle ou d'eau de source située dans une aire comportant des éléments relevant du patrimoine culturel est interdite<sup>2</sup>.

Sans préjudice des interdictions d'utilisation des ressources en eau édictées par les dispositions de la loi n° 2003-10 du 19 Joumada El Oula 1424 correspondant au 19 juillet 2003, susvisée, et de ses textes d'application, et dans le cas où la ressource en eau minérale naturelle ou d'eau de source est située dans une aire protégée, son exploitation doit se faire en conformité avec les dispositions réglementant ces aires protégées et selon les modalités fixées par le cahier des charges particulier. Les eaux thermales sont exclues du domaine d'application du présent décret. Dans le cas d'une utilisation mixte d'eaux dont le caractère thermal et celui d'eau minérale naturelle ou de source est reconnu conformément à la réglementation en vigueur, les modalités d'utilisation de ces eaux sont fixées par un arrêté conjoint des ministres chargés des ressources en eau et du tourisme.

Les conditions relatives au conditionnement et à l'emballage des eaux minérales naturelles et des eaux de source ainsi que les matières utilisables à ce titre et les modalités de leur récupération, de leur valorisation et de leur recyclage sont fixées par un arrêté conjoint des ministres chargés des ressources en eau, de l'environnement, du commerce, de la santé et de l'industrie. En vue de la mise en conformité aux dispositions du présent décret, les exploitants publics ou privés d'eau minérale naturelle ou d'eau de source doivent présenter leur demande de concession dans un délai n'excédant pas six (6) mois après la publication des arrêtés prévus par les dispositions du présent décret<sup>3</sup>.

### **Conclusion :**

Protection des ressources naturelles Les minéraliers ont été parmi les premiers à prendre des mesures écologiques rigoureuses pour renforcer la protection des ressources naturelles et en effectuer une gestion durable. Ainsi, pour prévenir tout risque de contamination des ressources dès l'infiltration de l'eau dans le sol et dans le but de transmettre un patrimoine hydrique exceptionnel aux générations futures, un périmètre de protection étendu a été mis

<sup>1</sup> - Art 36 Décret exécutif n°04-196, Déjà citée.

<sup>2</sup> - Art. 37. Décret exécutif n°04-196, Déjà citée

<sup>3</sup> - MICHEL PRIEUR, le droit de l'environnement, op.cit. p.84.

en place autour de chaque site naturel. C'est ainsi que l'impluvium, c'est-à-dire la zone d'infiltration de l'eau (de pluie ou de neige) qui alimente le gisement souterrain où l'eau minérale se constitue lentement et qui peut couvrir plusieurs milliers d'hectares, fait l'objet d'une politique de protection stricte, soutenue par l'ensemble des acteurs locaux. Cette protection stricte assure en plus la préservation de la biodiversité dans les périmètres de protection.

En effet, à l'intérieur de chaque zone de protection, les activités humaines potentiellement polluantes (agriculture et industrie) ou dommageables pour la nature (forage, constructions, etc.) sont réglementées voire interdites. Le périmètre de protection autour de la source peut couvrir plusieurs milliers d'hectares. Pour mieux entretenir cet environnement naturel, la plupart des producteurs collaborent depuis longtemps déjà avec des partenaires locaux et les autorités publiques afin de sensibiliser à l'importance de préserver l'habitat naturel et la biodiversité locale. Dans un monde où les zones naturelles se font de plus en plus rares, il est heureux de constater de tels efforts et investissements pour contribuer à leur pérennité<sup>1</sup>.

De ces partenariats ressort un florilège de mesures de protection concrètes de nos zones aquifères telles que L'interdiction des pesticides, engrais et amendements (lutte biologique). L'interdiction de toute activité pouvant altérer la qualité et la pureté de l'eau, l'interdiction d'utiliser le sel de déneigement. La préservation des zones humides et de leur biodiversité, l'usage d'huiles biodégradables pour les outils et engins forestiers, la création de points d'information sensibilisant aux vertus du respect de la nature et de l'impact positif de l'adoption d'attitudes et d'habitudes responsables sur la qualité de l'eau. Il en résulte un patrimoine aquifère belge unique, extrêmement protégé.

---

<sup>1</sup> - Panorama des industries agroalimentaires, Edition 2006, Ministère de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche et des Affaires rurales. 16 L'enjeu économique des eaux minérales, Extrait de la lettre trimestrielle Energies et matières premières n°10. 4ème trimestre 1999. 14 L'enjeu économique des eaux minérales, Extrait de la lettre trimestrielle Energies et matières premières n°10. 4ème trimestre 1999

مجلة الفقه والقانون  
[www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma)

ردمد : 2336-0615