

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول: الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 51: يناير 2017

✓ مع مواضع العدد 51: يناير 2017 :

- النظام القانوني للمجاري المائية العابرة للحدود.
- تقييم التجربة المغربية بخصوص النوافذ الإسلامية.
- المعالجة القانونية لحركة النفايات الخاصة الخطرة.
- التأمين من المسؤولية المدنية الطبية - دراسة مقارنة.
- إشكالية التوفيق بين النظام العام والحريات.
- مدى مطابقة النظام الأساسي للقضاة للدستور.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

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

بسم الله الرحمن الرحيم

الصفحة الرئيسية

اللجنة الاستشارية

أهداف المجلة

أخبار المجلة

اتصلوا بنا

المدير المسؤول

شروط النشر

مقالات فقهية

مقالات قانونية

مقالات مقارنة

مقالات بلغوية

حوارات علمية

تقارير خاصة

المساهمون بالمجلة

إعداد المجلة

تحت إشراف بالمجلة

استغلال القضاء: أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخزومي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30)... المزيد

كتاب القانون الدولي الخاص: إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهناي الدولية (2012/10/21)... المزيد

إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المغربي: الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد

قراءة في النظام الفكري الموالي (قانون 02/15): الأستاذة الشابة الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خوسبات (2012/10/14)... المزيد

العدد الواحد والخمسون: يناير 2017

❖ 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 مشتركاً أو 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 كولفرنسي: أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي 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 الواحد والخمسون : لشهر يناير 2017

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 51 لشهر يناير 2017 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكدك.....03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. النظام القانوني للمجاري المائية العابرة للحدود، على ضوء اتفاقية الامم المتحدة بشأن استخدام المجاري المائية

الدولية في الاغراض غير الملاحية : إعداد، عبد الحميد الصحراوي، باحث بمركز الدكتوراه بكلية الحقوق أكدال

الرباط - المغرب.....05

3. تقييم التجربة المغربية بخصوص النوافذ الإسلامية : إعداد : عادل محفوظي، قاضي بالمحكمة الابتدائية بمراكش

المملكة المغربية.....18

4. تعليق على قرار المجلس الدستوري، بخصوص الفقرة الأخيرة من المادة 43 من النظام الأساسي للقضاة : إعداد

عبد الصمد عدنان، شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد الملك السعدي بطنجة - المغرب.....26

5. المعالجة القانونية لحركة النفايات الخاصة الخطرة : قرناش جمال، ماجستير في القانون، الإداري المعمق، أستاذ

متعاقد، كلية الحقوق، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر.....39

6. التأمين من المسؤولية المدنية الطبية - دراسة مقارنة في القانون الجزائري والفرنسي : سناء خميس، دكتوراه في

القانون الخاص، جامعة مولود معمري تيزي وزو - الجزائر.....46

7. إشكالية التوفيق بين النظام العام والحريات : وديع البقالي، دكتور في القانون العام، من جامعة عبد الملك

السعدي - المغرب.....61

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد الواحد والخمسين لشهر يناير 2017



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون
الدكتور: صلاح الدين دكدالك

بسم الله الرحيم الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، وبعد ، تحل سنة جديدة ومجلة الفقه والقانون الدولية تواصل مسيرتها العلمية تحظى حثيث من أجل لم شمل الباحثين في الشرع والقانون في شتى أنحاء العالم، وفي نشر الوعي الشرعي والقانوني المجاني ، ونحن جد سعداء للنتائج الباهرة والسمعة الطيبة التي حققتها المجلة عالميا ، فلقد أصبحت مجلة معتمدة في العديد من الأبحاث والدراسات الأكاديمية الرصينة ، ومسجلة في عدة قواعد بيانات وطنية ودولية ، لكننا نطمح إلى المزيد من التوجيهات والتصحيحات والرقعي العلمي من طرف باحثين وعلماء أجلاء ساهموا ولا زالوا يساهمون في بناء صرح المجلة العلمي ، سائلين العلي القدير أن يمدنا بالصحة والعافية والإرادة لتكون دائما عند حسن ظن الباحثين الكرام في مختلف أنحاء العالم ، وما ذلك على الله بعزيز.

وحتى لا نطيل عليكم ، نترككم تتصفحون العدد لشهر يناير 2017 من مجلة الفقه والقانون ، وقد ضم بين جنباته العديد من المواضيع الهامة من بينها :

- النظام القانوني للمجاري المائية العابرة للحدود ، على ضوء اتفاقية الامم المتحدة بشأن استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية.
- تقييم التجربة المغربية بخصوص النواخذ الإسلامية.
- تعليق على قرار المجلس الدستوري ، بخصوص الفقرة الأخيرة من المادة 43 من النظام الأساسي للقضاة.
- المعالجة القانونية لكثرة النفايات الخاصة الخطرة.
- التأمين من المسؤولية المدنية الطبية - دراسة مقارنة في القانون الجزائري والفرنسي.
- إشكالية التوفيق بين النظام العام وأكاريات.

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكدالك

www.majalah.new.ma

دراسات وأبحاث بالعربية : ✓

"النظام القانوني للمجري المائية العابرة للحدود على ضوء انفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحة"



إعداد : عبد الحميد الصحراوي
باحث بمركز الدكتوراه بكلية
الحقوق أكادال الرباط - المغرب

مقدمة :

تعتبر المياه من الثروات الطبيعية الضرورية لاستمرار الحياة وديمومتها، ومفتاح للتنمية المستدامة، ورمز للترابط الإنساني بمختلف أبعاده الإنسانية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية. فقد نشأت وازدهرت الحضارات حول مصادر المياه، وتعددت مجالات وأساليب استخدامها. ولأدل على أهميته الماء قول الله تعالى " أو لم ير الذين كفروا أن السموات والأرض كانت رتقا ففتقناهما وجعلنا من الماء كل شيء حي " ¹. ويقصد " بالمجري المائية الدولية"، المياه السطحية أو الجوفية المتصلة بها التي تتقاسمها دولتين أو أكثر، أي النظم المائية التي تمتد إلى أكثر من دولة واحدة. وهي: الأنهار، البحيرات، الأنهار الجليدية، الخزانات، والقنوات؛ والمياه الجوفية.

ويعيش أزيد من 40 % من سكان العالم في أحواض المياه المشتركة بين بلدين أو أكثر، و148 دولة تشمل أقاليم داخل هذه الأحواض، و 21 بلدا تقع كلية داخلها. وتمثل المياه المشتركة 60 % تقريبا من إجمالي تدفق المياه العذبة في العالم، و 276 من الأحواض المائية هي أحواض مشتركة، تغطي تقريبا نصف مساحة اليابسة. إضافة إلى ذلك، يعتمد حوالي 2 مليار شخص في جميع أنحاء العالم على المياه الجوفية العابرة ².

ولم يعد التنظيم الاتفاقي للمجري المائية يقتصر على المسائل المتعلقة بحرية الملاحة، وترسيم الحدود، بل أصبح يشمل مجالات أخرى، كالري وإنتاج الطاقة، حيث برزت الحاجة إلى نظام قانوني لتنظيم استخدام المجاري المائية

1 - الآية 30 من سورة الانبياء.

2 - الموقع الالكتروني للجنة الامم المتحدة للمياه زيارة الموقع بتاريخ : 2016/06/02 الساعة 14:30:

<http://www.unwater.org/topics/transboundary-waters/en>.

الدولية في الأغراض غير الملاحية. وهو ما تطلب الأدوات القانونية المناسبة لإدارة المياه العابرة للحدود كجزء لا يتجزأ من المنظومة الإيكولوجية وفي دينامية واقتصادات المجتمعات البشرية.¹ وعلى إثر الجهود الكبيرة التي بذلتها الهيئات الدولية، كمعهد القانون الدولي، ورابطة القانون الدولي، والجهود الجبارة التي بذلتها لجنة القانون الدولي في تدوين وتطوير قواعد القانون الدولي الناظمة للاستخدامات غير الملاحية للمياه العابرة للحدود، توجت بإقرار اتفاقية 1997 بشأن استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، وقرار 2008 بشأن قانون طبقات المياه الجوفية العابرة للحدود. وتتكون اتفاقية الأمم المتحدة 1997 من ديباجة ومجموعة من المفاهيم والقواعد الموضوعية والاجرائية موزعة على سبع أبواب، ومرفق خاص بالتحكيم ملحق بها. وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ بصفة رسمية بتاريخ 17 غشت 2014.

وتتمحور إشكالية البحث في ماهية القانون الدولي للمجاري المائية العابرة للحدود. وما مدى توفر القواعد القانونية الناظمة لاستخدام المياه العابرة للحدود؟ أي ما هو مركز المجاري المائية العابرة للحدود في القانون الدولي؟ وما هي أهم القواعد القانونية الناظمة لاستخدام المجاري المائية العابرة للحدود؟ إن الجواب على هذه الإشكالية يقتضي إتباع منهجية تحليلية وفق العناصر التالية:

المطلب الأول: القواعد القانونية لاستخدام المجاري المائية الدولية.

المطلب الثاني: القواعد القانونية للتعاون بشأن المجاري المائية الدولية.

المطلب الثالث: القواعد القانونية لتسوية منازعات المجاري المائية الدولية.

المطلب الأول: القواعد القانونية المنظمة لاستخدام المجاري المائية الدولية:

وهي القواعد القانونية الدولية الملزمة، الناشئة عن الإرادة الصريحة أو الضمنية للمشرع الدولي، المتسمة بالتجريد والعمومية المنظمة لاستخدام المجاري المائية العابرة للحدود في الأغراض غير الملاحية، والتي تم تكريسها في الممارسة الدولية العرفية والاتفاقية، والممارسة القضائية الدولية.

الفرع الأول: الاستخدام والمشاركة المنصفان والمعقولان:

تعد قاعدة الاستخدام والمشاركة المنصفان والمعقولان، أهم القواعد القانونية التي بلورتها الممارسة العرفية الدولية في مجال الانتفاع بالموارد المائية العابرة للحدود، على أساس الإنصاف والعدالة والاستدامة والتعاون المشترك لتحقيق هذه الإدارة التعاونية على مستوى القواعد القانونية والممارسة الدولية.

وقد وردت قاعدة الاستخدام والمشاركة المنصفان والمعقولان، في الباب الثاني من اتفاقية 1997 بشأن قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية.²

الفقرة الأولى: قاعدة الاستخدام المنصف والمعقول:

يعتبر مبدأ الاستخدام (أو الانتفاع) المنصف والمعقول، من أهم المبادئ العرفية التي استقر عليها المجتمع الدولي في مجال تنظيم استخدام المياه العذبة المشتركة. فقد تم التنصيص على هذا المبدأ في عدد كبير من المعاهدات،

1 - Cafilich Lucius: « la Convention du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours des eaux internationales à des fins autres que la navigation », Annuaire français de droit international, Volume 43, 1997, P 751.

2 - اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بقانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، التي أقرت من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 21 ماي 1997، قرار الجمعية العامة 229/51؛ الوثائق الرسمية للجمعية العامة الدورة الحادي والخمسون A/RES/51/229، 8 يوليوز 1997.

كما كان له صدى في القضاء الفيدرالي، والقضاء الدولي في مختلف قضايا التحكيم الدولي، ومن خلال جهود الفقه القانوني الدولي، ترجمت في عدة صكوك قانونية، كقواعد هلسنكي عام 1966، وقواعد برلين 2004، واتفاقية 1997.

ينطلق مفهوم الاستخدام المنصف والمعقول، من كون أن كل دولة لها الحق في الحصول على الحصة المناسبة والعدالة والمعقولة من الموارد المائية المشتركة، وهو ما يعني الحاجة إلى تقاسم الموارد المائية المشتركة والفوائد الناجمة عنها بين جميع الدول المعنية على نحو يراعي مصالح وفق أسس العدالة والإنصاف والمعقولة، والحفاظ عليها لمنفعة الأجيال الحالية والمستقبلية.¹

ويقصد بقاعدة الاستخدام المنصف والمعقول أن لكل دولة إسوة بباقي الدول الحق في الانتفاع على قدم المساواة بالموارد المائية المشتركة على أساس السيادة المشتركة، دون أن يعني ذلك المساواة المطلقة في الحصص المائية والفوائد، بل مساواة تأخذ في الاعتبار التناسب والإنصاف والعوامل والظروف الجغرافية، والبيئية، والاقتصادية والاجتماعية، والإنسانية والتاريخية، والقانونية لكل حالة على حدة.²

غير أن حق كل دولة في حصة أو كمية عادلة ومعقولة الموارد المشتركة، لا يعني أن هذا الحق مطلق وغير مقيد بشروط، لأنه مقابل هذا الحق يجب كل دولة من الدول المتشاطئة ألا تتجاوز حقها في الانتفاع العادل والمعقول، وأن لا يؤدي هذا الاستخدام إلى حرمان باقي الدول من حقهم في استخدام قسط من الموارد المائية المشتركة.³

فالعدالة المائية، تستند على قواعد العدل والإنصاف لتحقيق التوازن بين المصالح المتضاربة لجميع المتفاعلين، دون أن تكون الموارد المائية المشتركة خاضعة لمنطق العرض والطلب الذي يميز باقي الموارد، نظرا للخصوصية التي تميز المياه كعنصر ضروري للبقاء على قيد الحياة وارتباطها بالأمن الإنساني للأجيال الحالية والمستقبلية.⁴

ويرجع الفقه الأساس القانوني لقاعدة الاستخدام المنصف والمعقول إلى المبادئ العامة للقانون الطبيعي، كمبدأ المساواة في السيادة بين دول المجرى المائي، ومبدأ حسن الجوار، ومبدأ حسن النية، ومبادئ العدالة والإنصاف، ومبادئ القانون الطبيعي. فالطبيعة الجغرافية للمجري المائية الموزعة لا تعطي لأي دولة السيادة المطلقة، بل لها الحق فقط في الانتفاع المنصف والمعقول والسيادة المشتركة.⁵

فهذه المقاربة المبنية على أساس الوحدة المتكاملة للمجري المائية الدولية، أكدت القبول الواسع بنظرية السيادة المحدودة والملكية المشتركة، القائمة على مبدأ المساواة بين الدول لتحقيق الأهداف المشتركة بروح التعاون وحسن النية وحسن الجوار، كمبادئ قانونية دولية عامة كرسها ميثاق الأمم المتحدة.⁶

1 - د. صبيح أحمد زهير العادلي: النهر الدولي، المفهوم والواقع في بعض أنهار المشرق العربي؛ سلسلة أطروحات الدكتوراه (63)، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت؛ أبريل 2008؛ ص: 235-236.

2 - تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة السادسة والأربعين (2 ماي - 22 يوليو 1994)؛ الوثائق الرسمية للجمعية العامة؛ (A/49/10/1)؛ منشورات الأمم المتحدة 1994، ص: 183.

3 - Kindier Adeel: Le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, Etude à propos des cours d'eau internationaux dans le monde arabe ; Thèse doctorat en droit international public ; Université Strasbourg III – Robirt Schuman ; Le 03 novembre 2008; p:150-151.

4 - د. شكراني الحسين: العدالة المائية من منظور القانون الدولي، مقال منشور بمجلة رؤى استراتيجية مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، العدد الرابع 9 سبتمبر 2013 أبوظبي الإمارات؛ ص: 78.

5 - ADEEL KINDIER ; op.cit. ; p :154.

6 - Idem ; p:154.

وتبلورت هذه القاعدة العرفية في الممارسة الدولية، في المعاهدات الثنائية أو المتعددة الأطراف، وفي أحكام المحاكم الفيدرالية ومحاكم التحكيم والمحاكم الدولية، كمحكمة العدل الدولية، وفي الفقه الدولي. تبنتها المادة الرابعة من قواعد هلسنكي 1966، وقواعد برلين 2004، والمادة الخامسة من اتفاقية الأمم المتحدة 1997.¹

وتجدر الإشارة إلى أن نص المادة الخامسة من اتفاقية 1997 جاءت أكثر شمولاً، ولم تقتصر فقط على مسألة الاستخدام العادل والمعقول، بل تناولت مسألة المشاركة المنصفة والمعقولة في استخدام وحماية وتطوير وتنمية الموارد المائية المشتركة.²

إن تحديد معايير لترجمة هذه القاعدة على أرض الواقع من الصعوبة بمكان، وطرح العديد من المشاكل والخلافات بين الدول المعنية. فوضع هذه المعايير وترتيبها من حيث الأولوية يطرح إشكاليات جمة على المستوى الواقع العملي.

وفي هذا الصدد، سعت الدول عند إبرام المعاهدات الثنائية أو المتعددة الأطراف إلى تحديد بعض المعايير المقبولة لاقتسام الموارد المائية المشتركة، والفوائد الناجمة عنها، تأخذ بعين الاعتبار العوامل والظروف الخاصة بكل مجرى مائي على حدة.

كما لعبت الهيئات القانونية غير الحكومية دوراً هاماً في جرد المعايير والعوامل التي ينبغي أخذها بعين الاعتبار لتحديد المقصود بالاستخدام المنصف والمعقول، إذ حددت المادة 5 من قواعد هلسنكي والمادة 13 من قواعد برلين لائحة بهذه المعايير.³

وحددت المادة السادسة اتفاقية الأمم المتحدة 1997 العوامل التي ينبغي مراعاتها لتحديد نطاق الاستخدام المنصف والمعقول في استخدام المجاري المائية الدولية.

وقد تبنت الاتفاقيات المبرمة بين الدول المتشاطئة العوامل أو المعايير المرتبطة بتنظيم استخدام الموارد المائية المشتركة لتجسيد الحصة العادلة والمعقولة، وفق مقاربات ومنهجيات متنوعة لترجمة هذه القاعدة على أرض الواقع. وقد ركز الفقه الدولي على ضرورة مراعاة مجموعة من الاعتبارات لتحديد الحصة المنصفة والمعقولة. فقد كانت رابطة القانون الدولي أكثر دقة في تحديد بعض المعايير التي ينبغي اعتمادها لتحديد الحصة العادلة والمعقولة، وتحديد وزن وأهمية كل عامل من هذه العوامل في مقارنته بالعوامل الأخرى، وحسب كل حالة على حدة.⁴

وقد أضافت قواعد برلين (المادة 13) بعض العوامل والاعتبارات البيئية، واعتبارات الحفظ، والحماية والتنمية والاستدامة، والاقتصاد وترشيد استخدام الموارد المائية المشتركة، والآثار التي يمكن أن يحدثها استخدام دولة ما على باقي الدول.⁵

1 - رضا بريش: طرق التسوية السلمية للنزاعات المتعلقة بالثروات المائية العابرة للحدود؛ مذكرة لنيل الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية؛ كلية الحقوق بن عكنون؛ جامعة الجزائر 1؛ 2012-2013؛ ص. 11-14.

2 ADEEL KINDIER ; op.cit. p:147-148.

3 - The Helsinki Rules on the Uses of the waters of international Rives Adopted by the international law association at the fifty second conference, held at Helsinki in August 1966. = Report the committee on the Uses of the waters of international Rivers (London, International law Association 1967).

4 - د. مساعد عبد العاطي شتوي عبد العال: القواعد القانونية التي تحكم استخدامات الأنهار الدولية في غير الشؤون الملاحية، دراسة تطبيقية على نهر النيل؛ رسالة أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق قسم القانون الدولي العام، القاهرة 2012 ص: 88.

5 - للاطلاع على النص الأصلي بالإنجليزية :

- The Berlin Rules on waters Resources Adopted by the international law Association ; p:21.

وتظهر الممارسة الاتفاقية الدولية، أن هناك عدة طرق وأساليب لتحديد الحصص المعقولة والمنصفة، تختلف بالنظر إلى الظروف المحيطة بكل مجرى مائي دولي على حدة. فهناك اتفاقيات تعتمد التقاسم القائم على توزيع الصبيب أو التدفق، وهناك التقاسم بناء على نسبة مئوية من المياه المشتركة، والتقاسم الترابي بين الدول المتاخمة للموارد المائية من الجهتين، ثم تقاسم من حيث عنصر الزمن (الوقت) وفقاً لمبدأ التناوب.¹

الفقرة الثانية: قاعدة المشاركة المنصفة والمعقولة

تعتبر قاعدة المشاركة المنصفة والمعقولة قاعدة مكملية لقاعدة الاستخدام المنصف والمعقول. فهي تهدف لخلق توازن بين حقوق الدول المتشاطئة في المجرى المائي، وضمان تطبيق قاعدة الاستخدام المنصف والمعقول، من خلال نهج التشارك والتعاون في استخدام وتنمية وحماية الموارد المائية المشتركة بطريقة منصفة ومعقولة.

ويقصد بالمشاركة المنصفة والمعقولة، أن لكل دولة الحق في التعاون مع الدول الأخرى المعنية بالموارد المائية المشتركة حول المسائل المتعلقة بالاستخدام والانتفاع العادل والمعقول، وتدابير الحماية والصون والإدارة. قصد تعزيز العلاقات والروابط الإقليمية بين الدول المعنية، قصد تحقيق الاستخدام الأمثل للمياه العابرة للحدود.²

ومن الأمثلة التي تقتضي تطبيق قاعدة المشاركة المنصفة والمعقولة، التدابير المتعلقة بحماية البيئة، ومكافحة التلوث، ومكافحة التآكل، والفيضانات، والحد من آثار الجفاف، وتدابير الحفاظ على البنية التحتية للمياه، والتدابير المتعلقة بمكافحة نقل الأمراض عبر المجاري المائية العابرة للحدود.³

وتعود نشأة قاعدة المشاركة المنصفة والمعقولة إلى المبادئ الأساسية الراسخة في العلاقات الدولية، كمبدأ حسن النية ومبدأ حسن الجوار، ومبدأ المساواة في السيادة، والسيادة المحدودة والملكية المشتركة أو المصالح المشتركة. فتطبيق هذه القاعدة يتطلب توافق الآراء بين الدول المعنية لتحقيق الاستخدام المنصف والمعقول، والتعاون والمشاركة على قدم المساواة بين دول المجرى المائي على أساس الإنصاف والمعقولة، من خلال القيام بالتدابير والأشغال الهندسية والأنشطة الرامية إلى تحقيق الاستخدام الأمثل والمستدام والمنصف والمعقول للموارد المائية المشتركة وحمايتها وتنميتها وصونها.⁴

الفرع الثاني: قاعدة منع الضرر أو الالتزام بعدم التسبب في ضرر ذي شأن :

بخلاف قاعدة الاستخدام المنصف والمعقول للموارد المائية المشتركة، لم تحظى قاعدة منع الضرر بنفس الصدى والقبول من طرف المجتمع الدولي، نتيجة تباين المواقف الدولية بشأن ماهية قاعدة منع الضرر وعلاقتها بالاستخدام المنصف والمعقول، حيث برز الجدل حول هذه القاعدة خلال أعمال لجنة القانون الدولي، وكاد هذا الجدل أن يعصف بأعمال اللجنة وجهود الأمم المتحدة في هذا الصدد، حول مسألة أولوية قاعدة منع الضرر على قاعدة الاستخدام المنصف والمعقول أو العكس، وماهية العلاقة بين هاتين القاعدتين، في ظل الاختلاف الشديد بين ممثلي الدول على مواد الاتفاقية.

وعموماً يمكن التمييز في تطبيق قاعدة منع الضرر، بين حالة وجود اتفاق ينظم الانتفاع بالموارد المائية المشترك، وحالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق؛ كما يكون هناك تمييز في تطبيق هذه القاعدة بالنظر إلى نوع الضرر القابل للمنع، بين الضرر الناجم عن التنافس في الاستخدامات بين الأطراف المعنية، والضرر الناجم عن التلوث والأنشطة

¹ Idem ; p 165.

² ADEEL KINDIER ; op. cit ; p. 171.

³ Ibid ; p. 171-172.

⁴ - Ibid ; p. 174

المختلفة التي يمكن أن يترتب عنها ضرر لدولة ما أو للدول الأخرى، أو الضرر الذي يؤثر على المنظومة الإيكولوجية للموارد المائية المشتركة في حد ذاتها.

ويمكن تأصيل الأساس القانوني لقاعدة منع الضرر بناء على المبادئ الجوهرية للقانون الدولي، وفي الممارسة الدولية، والمعاهدات الدولية العامة أو الخاصة، وميثاق الأمم المتحدة، كمبادئ حسن النية وحسن الجوار، ومبادئ العدالة والإنصاف والمسؤولية الدولية عن الأضرار.¹

الفقرة الأولى: مفهوم قاعدة منع الضرر وأساسها القانوني:

تعتبر قاعدة عدم إحداث الضرر، من القواعد الأساسية العرفية للقانون الدولي للمياه العذبة العابرة للحدود، إذ تلزم كل دولة من الدول المعنية بالموارد المائية المشتركة بعدم الإضرار بباقي الدول المتشاطئة. فحق دول المجرى الأعلى في الانتفاع بالموارد المائية المشتركة فوق أراضيها، رهين بضرورة مراعاة حقوق باقي الدول المشاركة معها في الانتفاع العادل والمعقول بتلك الموارد المائية المشتركة، على أساس مبدأ المساواة في السيادة بين جميع تلك الدول.²

ويمكن القول أن قاعدة منع الضرر في مجال الانتفاع بالموارد المائية العابرة للحدود، تم استنباطها من المبادئ العامة للقانون الخاص، القائمة على عدم جواز الإضرار بالغير، وقواعد المسؤولية، وقواعد الالتزام المعروفة في فقه القانون الخاص، وهي الالتزام بالوسيلة أو بذل العناية أو الالتزام بالنتيجة أو الغاية.

كما يمكن أن تستنبط قاعدة منع الضرر من القواعد القانونية الدولية العرفية التي كرسها ممارسات الدول والقضاء وآراء الفقه الدولي، المتمثلة في الهيئات القانونية العلمية، أو آراء كبار فقهاء القانون الدولي، كمبدأ حسن النية، ومبدأ حسن الجوار، ومبدأ المساواة في السيادة، ومبدأ الاستخدام البريء للمياه المشتركة وغيرها.

ويقصد بقاعدة منع الضرر التزام كل دولة بآلا تلحق ضرراً بدولة أو الدول الأخرى المعنية بالمجرى المائي المشترك، عندما تقوم بإجراءات معينة يمكن أن تسبب ضرراً، أو تسمح باستخدام أراضيها على نحو يضر بالدول الأخرى.³

فالضرر في مجال استخدام المجاري المائية الدولية، يتمثل في انتهاك حق أو مصلحة قانونية مشروعة لدولة معينة من طرف دولة أعلى المجرى المائي، واستخدام المجرى المائي على نحو غير معقول وغير آمن، يترتب عن هذا تأثير في حصة الدولة المتضررة، أو إلحاق خسائر بشرية أو اقتصادية أو اجتماعية، مثل التلوث العابر للحدود، ونقل الأمراض والأوبئة عبر المياه العابرة للحدود، أو الضرر الناجم عن إخلال دولة المجرى الأعلى بالتزاماتها القانونية في حالة الكوارث الطبيعية.⁴

فالدولة التي أدى قيامها باستخدام الموارد المائية المشتركة، أو لم تتخذ الإجراءات والتدابير اللازمة لمنع الإضرار بدولة أخرى متشاطئة تتحمل المسؤولية الدولية الناجمة عن أعمالها وأنشطتها وتقصيرها طبقاً لقواعد القانون الدولي، يستلزم بإزالة الضرر وتخفيفه والتعويض عنه. فالضرر المقصود هو الضرر الناجم عن فعل إيجابي، رغم أن المادة السابعة لا تشير إلى الأضرار الناجمة عن الإهمال والتقصير في اتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة، ولو لم تكن لها

1 - رضى بريش؛ مرجع سابق؛ ص. 18-19.

² - Voir: ADEEL KINDIER; op cit; p 198-199.

³ - بيتر روجرز وبيتر ليدون المياه في العالم العربي، آفاق واحتمالات المستقبل، ترجمة شوقي جلال، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبوظبي الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى: 1997 ص: 402.

⁴ - د. مساعد عبد العاطي شتيوي عبد العال؛ مرجع سابق؛ ص: 112.

علاقة بالانتفاع أو استخدام المجرى المائي، كالإخلال بواجبات الإخطار عن حالات الفيضانات التي تؤدي إلى ارتفاع منسوب المجرى المائي على نحو يسبب أضرار ذات شأن للدول الواقعة أسفله.

ويمكن أن يكون الضرر ناجم عن صرف الملوثات الطبيعية أو الصناعية في المياه العابرة للحدود وتغيير نوعيتها وجودتها، مما يؤثر على حق الدول المتشاطئة الأخرى في الانتفاع الأمثل بالموارد المائية المتدفقة من الدولة المتسببة في الضرر، والرفع من تكاليف استخدامها لما تستلزمه من معالجة، بالإضافة إلى مخاطر التلوث على صحة سكان واقتصاد الدولة الموالية، ونفوق الحيوانات، والإضرار بالمنظومة الإيكولوجية للمياه. إن الضرر الممنوع في هذا المجال، هو الضرر الذي يصل إلى درجة معينة من الجسامة أو الخطورة، ويكون له تأثير واضح وعلى درجة معينة للدول المتشاطئة.

ويتم تأصيل الأساس القانوني لقاعدة منع الضرر في مجال المياه العذبة العابرة للحدود، إلى المبادئ القانونية العرفية المستقرة في الممارسة الدولية، كمبدأ حسن النية، ومبدأ حسن الجوار، ومبدأ المسؤولية الدولية عن الأنشطة أو الأفعال المشروعة وغير المشروعة التي ينتج عنها ضرر لدولة أخرى، ومبدأ المساواة في السيادة بين الدول.¹ كما يتم التأصيل للأساس القانوني لقاعدة منع إحداث الضرر في مجال المياه العابرة للحدود، بإرجاعها إلى مبادئ القانون الداخلي، خاصة مبادئ القانون المدني، كمبدأ منع التعسف في استعمال الحق، ومبدأ المساواة في الحقوق، والمسؤولية المدنية، سواء ترتبت هذه المسؤولية عن إتيان أفعال يحضرها القانون، أو المسؤولية الناتجة عن الإضرار بالغير عن طريق الإهمال والتقصير، ومعايير تحديد المسؤولية، وعناصرها، وغيرها من المبادئ المستقرة في القانون الخاص الداخلي.

وقد نصت المادة السابعة من اتفاقية 1997 والمادة السادسة من مشاريع المواد المرفقة بالقرار 124/63 على قاعدة منع الضرر في مجال استخدام المياه العابرة للحدود في الأغراض غير الملاحية، تحت عنوان الالتزام بعدم التسبب في ضرر ذي شأن.

الفقرة الثانية: أساليب تطبيق قاعدة الالتزام بمنع الضرر ذي شأن

ميزت المادة السابعة من اتفاقية 1997 في تطبيق قاعدة منع إحداث الضرر ذي شأن في حالة وجود اتفاق ينظم استخدام المياه المشتركة ومنع إحداث الضرر بناء على معايير معينة؛ وبين الحالة التي لا وجود فيها لمثل ذلك الاتفاق يحدد كيفية إزالة أو تخفيف الأضرار ذات الشأن.

لم يكن القانون الدولي ينظم بدقة آليات كيفية إزالة الضرر، إلا إذا كانت الدول المعنية بالمياه العابرة للحدود قد وقعت اتفاقيات لكيفية إزالة أو تخفيف الضرر العابر للحدود. ففي مثل هذه الحالة لا تطرح مشاكل قانونية في الإجراءات والتدابير اللازمة لإزالة أو تخفيف وإصلاح الآثار الناجمة عن الضرر العابر للحدود، وذلك عن طريق تطبيق قواعد الاتفاق القائم بين الدول المعنية، وتنفيذ جميع الوسائل والتدابير المنصوص عليها في تلك الاتفاقيات للتصدي لأي ضرر ذي شأن عابر للحدود.²

ولذلك، فهذه الاتفاقيات بين الدول المتشاطئة تحدد سبل إيجاد حل لمسألة إزالة وتخفيف الضرر العابر للحدود، ومناقشة مسألة التعويض وفق مواد الاتفاقية القائمة، للقيام بالتدابير المنصوص عليها في هذا الصدد، وتحديد طرائق التعويض الممكنة.

¹ - د. مساعد عبد العاطي شنيوي عبد العال، مرجع سابق، ص:125.

² ADEEL KINDIER ; op. cit ; p. 209.

يتم تطبيق مقتضيات الفقرة الثانية من المادة السابعة في حالة عدم وجود اتفاق بين دول المجري المائي لإزالة أو التخفيف من الضرر الذي وقع، ومناقشة مسألة التعويض عن هذا الضرر، مع الحرص على اتخاذ جميع التدابير اللازمة عند استخدام الموارد المائية المشتركة استخداما من الممكن أن يحدث ضررا كبيرا أو ذا شأن لدول المجري الأخرى، خاصة عند عدم وجود اتفاق بين الدول المتشاطئة ينظم استخدام المياه المشتركة، ويحدد أساليب إزالة أو تخفيف الضرر العابر للحدود.¹

وتتضمن الفقرة الثانية أعلاه، التزامين أساسيين، أول هذه الالتزامات يتجسد في منع أو عدم التسبب في ضرر ذي شأن، والالتزام الثاني في ضرورة تفاوض الدولة المتسببة في الضرر مع الدولة المتضررة منه، للنظر في تحديد ما إذا كان ذلك الاستخدام الذي تسبب في الضرر متوائما مع قواعد الاستخدام والمشاركة المنصفان والمعقولان طبقا لمقتضيات المادة الخامسة والسادسة من الاتفاقية، والنظر كذلك في الأساليب والتدابير الضرورية لإزالة أو التخفيف من ذلك الضرر ومناقشة مسألة التعويض عنه.²

وغالبا لا تقتصر الاتفاقيات على تحديد طريقة الاستخدام العادل والمعقول، بل تمتد لتشمل الإجراءات والتدابير لمنع الضرر العابر للحدود وكيفية إزالته أو تخفيفه، وتحديد المسؤولية في وقوع هذا الضرر، وتعويض الطرف المتضرر من الضرر العابر للحدود، كما قد تشمل تلك الاتفاقيات مسألة تعويض المواطنين المتضررين الذي يعيشون قرب تلك الموارد بشكل رئيسي كمصدر للحياة.

ويمكن أن تكون هذه التعويضات بمثابة التزام الدولة المسببة للضرر لدولة ما أو مواطني هذه الدولة، بدفع مبلغ مالي معين، أو تنفيذ بعض الأعمال، أو تمتيع المتضررين من فوائد عينية من المشاريع التي تسببت في الأضرار.³

الفقرة الثالثة : العلاقة بين قاعدتي منع إحداث الضرر والاستخدام المنصف والمعقول :

طرح إقرار قاعدة منع إحداث الضرر ذي شأن وتطبيقها على مستوى الممارسة الدولية، إشكالية العلاقة القائمة بين هذه القاعدة وقاعدة الاستخدام المنصف والمعقول. وكان تحديد ماهية هذه العلاقة محل نقاش وجدل داخل لجنة القانون الدولي، حيث طرحت مسألة أولوية إحدى هاتين القاعدتين عن الأخرى، وأيهما يشكل الأساس المفصلي لقواعد القانون الدولي الناظم للمياه العابرة للحدود، الأمر الذي أسفر عن وجود ثلاثة تيارات أساسية داخل اللجنة حول هذا الموضوع، من خلال التعليقات الواردة من الحكومات وآراء كبار فقهاء القانون الدولي والهيئات القانونية في هذا المجال.

وتهدف دراسة العلاقة بين قاعدة الاستخدام المنصف والمعقول وقاعدة الالتزام بعدم التسبب بضرر ذي شأن، إلى تحقيق التوازن بين المصالح والفوائد الناجمة عن استخدام الموارد المائية المشتركة، وبين الأضرار الكبيرة أو ذات شأن التي يمكن حدوثها من جراء ذلك الاستخدام، وسعت بذلك لجنة القانون الدولي إلى التوفيق بين القاعدتين المذكورتين في المادة (5) و (7) من اتفاقية 1997 وإيجاد توازن بينهما.

وانشطرت الآراء والتوجهات إلى ثلاثة تيارات رئيسية، التيار الأول يؤيد أولوية قاعدة الاستخدام المنصف والمعقول على حساب قاعدة منع إحداث الضرر، دافعت عنه دول المنابع؛ أما التيار الثاني المناقض للتوجه الأول، دعا إلى إعطاء الأولوية لقاعدة منع التسبب في الضرر على حساب قاعدة الاستخدام المنصف والمعقول، دعمته الدول

¹ ADEEL KINDIER ; op. cit ; p. 211.

² Ibid ; p. 211.

³ Ibid ; p. 209.

الواقعة اسفل المجرى؛ بينما تبنى الرأي الثالث موقفاً وسطاً، ودعا إلى التوفيق والموازنة بين تلك القاعدتين في نص اتفاقية 1997.

وقد جاءت اتفاقية نيويورك 1997 لتعكس التوازن بين قاعدة الاستخدام والمشاركة المنصفة والمعقولة (المادة 5) وقاعدة الالتزام بعدم التسبب في ضرر ذي شأن (المادة 7)، باعتبارهما جوهر وصلب القانون الدولي الناظم للانتفاع بالمياه العابرة للحدود.

المطلب الثاني: القواعد القانونية للتعاون في مجال المياه العابرة للحدود.

تتجسد قاعدة الالتزام العام للتعاون المائي الدولي في عدد من الالتزامات المستقرة في الاتفاقيات والممارسة الدولية، كضرورة التبادل المنتظم للبيانات والمعلومات المتعلقة بالموارد المائية المشتركة، والتدابير المزمع القيام بها، والإخطار، والتشاور والتفاوض من أجل الاستخدام الأمثل للمياه العابرة للحدود، وحماية النظام الإيكولوجي للمياه ومنع ومكافحة التلوث، وتجنب الأحوال الضارة وحالات الطوارئ، والإدارة المشتركة للمياه العابرة للحدود عن طريق الآليات التشريعية والمؤسسية الملائمة.

الفرع الأول: ماهية قاعدة الالتزام العام بالتعاون وأساسها القانوني:

يقصد بالالتزام العام بالتعاون بشأن الموارد المائية المشتركة، مجموعة من التدابير والالتزامات المتبادلة التي ينبغي اعتمادها من طرف الدول المعنية للاستخدام الأمثل للموارد المائية وتحقيق أقصى الفوائد الممكنة لجميع الدول المتشاطئة.

حظيت قاعدة الالتزام بالتعاون بشأن الموارد المائية المشتركة بقبول على مختلف الأصعدة، والتي جسدها أغلب الاتفاقيات الخاصة بالأحواض المائية، وكذا اتفاقية 1997 بمثابة قانون استخدام المجاري المائية في الأغراض غير الملاحية (المادة 8)، وقانون طبقات المياه الجوفية العابرة للحدود (المادة 7).¹

ويرجع فقهاء القانون الدولي الأساس القانوني لنشأة قاعدة الالتزام العام بالتعاون حول المياه العابرة للحدود، إلى المبادئ الأساسية للقانون الدولي، كمبدأ "المساواة في السيادة" ومبدأ "السلامة الإقليمية"، ومبدأ "حسن الجوار" و"حسن النية"، و"الاعتماد المتبادل". فقد أدى تزايد استخدام المياه العابرة للحدود، وازدياد حدة التنافس الدولي بشأنها، إلى ضرورة التعاون والإدارة المشتركة لضمان الانتفاع الأمثل لكفالة حقوق جميع الدول، وصيانة وحماية المياه العابرة للحدود في حد ذاتها.²

ونصت اتفاقية 1997 على قاعدة الالتزام العام بالتعاون في المادة (8)، وحثت الدول على التعاون على أسس المساواة في السيادة والسلامة الإقليمية والفوائد المتبادلة وحسن النية لتحقيق أمثل انتفاع من المجرى المائي الدولي وتوفير الحماية اللازمة له.

الفرع الثاني: الالتزامات الإجرائية للتعاون في مجال المياه العابرة للحدود:

لقد تطرقت اتفاقية 1997 في المواد (8) إلى (33)، والمواد (7) إلى المادة (17) من القرار 124/63 للتدابير الإجرائية للتعاون الدولي حول المياه العابرة للحدود.

وتشمل التزامات الدول المعنية في هذا الصدد، التبادل المنتظم للبيانات والمعلومات المتعلقة بالخصائص الطبيعية للمياه العابرة للحدود، ذات الطابع الجيولوجي والهيدرولوجي والهيدروجيولوجي والإيكولوجي، وتبادل البيانات والمعلومات المتعلقة بالتدابير المزمع اتخاذها من دولة ما، وإخطار الدول الأخرى بتلك التدابير وتزويدها

¹ Ibid ; pp. 225-226.

² - د. مساعد عبد العاطي شتيوي عبد العال؛ مرجع سابق؛ ص:139.

بالمعلومات والبيانات الكافية بشأنها، والتشاور والتفاوض بين الدولة العازمة على اتخاذ تلك التدابير والدول المعنية، إضافة إلى الالتزامات المرتبطة بإدارة وحماية وصون المياه العابرة للحدود.

ويعد التبادل المنتظم للبيانات والمعلومات من أهم مظاهر التعاون الدولي في مجال استخدام المياه العابرة للحدود، ومن أهم الالتزامات الإجرائية للتعاون المنصوص عليه في المادة (8) من اتفاقية 1997، لكونه يتيح للدول المعنية اتخاذ القرارات الملائمة والفعالة قصد الاستخدام الأمثل للمياه، والتطبيق الواقعي لقاعدة الاستخدام المنصف والمعقول، وقاعدة الالتزام بعدم التسبب في ضرر ذي شأن، بما يعود بالفوائد على جميع الدول المعنية، وعلى منظومة البيئة المائية ذاتها.¹

فحدود الإلزام القانوني في تبادل المعلومات والبيانات ذات الصلة بالمجى المائي كما جاء في التعليق الرسمي للجنة القانون الدولي على المادة (9)، يقتصر على المعلومات والبيانات " المتوافرة عادة " والتي لا تقتضي جهودا مكلفة للدولة المعنية.²

كما تضمنت المواد 30 و31 من اتفاقية 1997 و(المادة 19) من القرار 124/63 كيفية ونطاق تبادل البيانات والمعلومات في حالة وجود عقبات تعوق الاتصالات المباشرة، وظروف لا تتيح التبادل المباشر للبيانات والمعلومات، أو قيود مرتبطة بالمسائل الحيوية للدفاع أو الأمن الوطني والقومي للدول المعنية بالموارد المائية العابرة للحدود.

فالغرض من الالتزام بالتعاون في تبادل البيانات والمعلومات بصفة منتظمة ومستمرة هو ضمان المعطيات اللازمة والكافية لتحديد الانتفاع المنصف والمعقول، وتمكين الدول المعنية من الوفاء بالالتزامات الواردة في المواد (5) و(6) و(7) و(8) من اتفاقية 1997، والمواد (4) و(5) و(6) و(7) من القرار 124/63.

وتتعدد أساليب تطبيق الالتزام بتبادل البيانات والمعلومات بشأن المياه المشتركة، وتتنوع من حالة إلى أخرى، ومن هذه الأساليب التبادل الثنائي للبيانات والمعلومات، أو إسناد مهمة جمع هذه البيانات والمعلومات لخبراء فنيين ولجان متساوية التمثيل من البلدان المعنية، أو إنشاء محطات القياس والمراقبة لتسهيل جمع وتحليل البيانات والمعلومات ذات الصلة بالموارد المائية المشتركة وتزويد الدول المعنية بها.³

إن تطبيق قواعد القانون الدولي للمياه العابرة للحدود، يقتضي بدهاء وجود التزامات يتعين تنفيذها عند الانتفاع بالمياه المشتركة، ومن أهم هذه الالتزامات تبادل البيانات والمعلومات المتعلقة بالموارد المائية المشتركة، والتدابير المزمع القيام بها من طرف إحدى الدول المتشاطئة، ونهج مسطرة الإخطار والتشاور والتفاوض بحسن نية.

وقد نصت اتفاقية 1997 على هذه الإجراءات في الباب الثالث في تسع مواد، من المادة (11) إلى المادة (19)، ونصت المادة (15) من مشاريع المواد المرفقة بالقرار 124/63 على حد أدنى من هذه الإجراءات بسبب ندرة الممارسة الدولية المتعلقة بطبقات المياه الجوفية العابرة للحدود.⁴

أوردت اتفاقية 1997 مقتضيات الإخطار من المادة (12) إلى المادة (16)، والمادة (15) من مشاريع المواد المتعلقة بالمياه الجوفية العابرة للحدود. فقد تطرقت (المادة 12) لماهية الإخطار ونطاقه، وفترة الرد على الإخطار (المادة 13)، وحالات الرد أو عدم الرد على الإخطار، ثم التزامات الدولة الموجهة للإخطار أثناء فترة الرد.

¹ - د. محمد طلحاوي؛ مرجع سابق؛ ص: 83-84.

² - راجع: تقرير الدورة السادسة والأربعين للجنة القانون الدولي؛ مرجع سابق؛ ص: 211-212.

³ - د. محمد طلحاوي، مرجع سابق، ص: 89 إلى 95.

⁴ - تقرير الدورة الستين للجنة القانون الدولي، مرجع سابق، ص: 58.

تشير المادة (17) من اتفاقية 1977، والمادة (15) من مشاريع المواد المرفقة بالقرار 124/63، إلى التدابير اللازمة اتخاذها إذا كان الرد أو النتائج المتوصل لها من الدولة المتلقية للإخطار تفيد أن تلك التدابير لا تتفق مع أحكام المادتين (5) و (7) من الاتفاقية، والمادتين (4) و (6) من مشاريع المواد المرفقة بالقرار 124/63.

في حين تشير المادة (18) من الاتفاقية إلى الإجراءات والتدابير التي ينبغي إتباعها في الحالة التي لم يتم فيها توجيه الإخطار، وأن هناك أسباب قوية تدفع دولة أو دول المجري المائي الأخر إلى الاعتقاد بأن من شأن التدابير المزمع اتخاذها من دولة ما المس بمصحتها المنصفة والمعقولة، أو أن يكون لها أثر ضار ذو شأن عليها. ولذلك يتعين على الدول المعنية في كلتا الحالتين السابقتين الدخول في مشاورات ومفاوضات بحسن النية للوصول إلى تسوية منصفة بخصوص التدابير المزمع اتخاذها من طرف دولة ما، مع إيلاء الاعتبار لحقوق الدولة أو الدول الأخرى ومصالحها المشروعة.

تشمل الالتزامات الناشئة عن التعاون، تدابير الحماية والصون والإدارة بشكل انفرادي أو تشاركي، والتدابير الناجمة عن الأحوال الضارة وحالات الطوارئ.

وتعتبر الإدارة التشاركية من الالتزامات التعاونية، حيث يتعين على الدول المعنية بالمياه العابرة للحدود، أن تدخل في مشاورات من أجل الإدارة المثلى والمستدامة للمياه المشتركة، وإنشاء آليات مشتركة للإدارة لتنفيذ الالتزامات والتدابير التعاونية الضامنة لحماية الموارد المائية العابرة للحدود.¹

المطلب الثالث : آليات حل منازعات المياه العابرة للحدود :

تلزّم المادة 2 والمادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة الدول بفض المنازعات بالطرق السلمية، وهي إما سياسية أو قضائية، وتسري مقتضيات هذه المواد باعتبارها شريعة عامة على جميع المنازعات الدولية، ومنها المنازعات حول المياه العابرة للحدود.

كما نصت المادة (33) من اتفاقية 1997 بشأن قانون استخدام المجاري المائية في الأغراض غير الملاحية، على القواعد الخاصة بالتسوية السلمية للمنازعات.

إن حل المنازعات الدولية حول المياه العابرة للحدود يسعى إلى تحقيق نتيجة منصفة لجميع دول المجري أو الطبقة المائية العابرة للحدود، من خلال التوفيق بين وجهات النظر المتعارضة ومن تم مصالحهم المتضاربة للوصول إلى حل وسط يحظى بقبول الأطراف المتصارعة. غير أن تحقيق تلك الأهداف يقتضي من الأطراف والمتدخلين تحليل أسباب النزاع، والتمييز بين النزاع الأصلي وتفاعلاته، والعوامل المؤدية إلى تصعيده والآليات التي يمكن أن تؤدي إلى تخفيفه وحله.

وتشمل أنواع النزاعات التي يمكن أن تحدث بين الدول المتشاطئة حول المياه العابرة للحدود؛ تلك النزاعات المرتبطة بخصائص في كمية المياه، وعدم كفايتها لتلبية الحاجيات المختلفة للبلدان المتشاطئة وتلبية الطلب التنافسي عبر الحدود على الموارد المائية المشتركة؛ ثم النزاعات المرتبطة بجودة المياه المشتركة، وطريقة الاستخدام؛ والنزاعات المرتبطة بالمسؤولية الدولية عن الإهمال والتقصير في اتخاذ التدابير اللازمة لتفادي المخاطر المتصلة بالمياه العابرة للحدود، كمنع ومكافحة التلوث العابر للحدود، أو عدم الالتزام بالإخطار والانداز بالكوارث الطبيعية المحتملة.

¹ MONDANGE Adien: La Gestion Des Ressources En Eau Douce En Droit International, Droit International De L'eau Et Gestion Des Ressources Transfrontalières ; Mémoire De Séminaire Droit International Public ; Institut D'études Politiques De Lyon, Université Lumière Lyon 2 ; Université De Lyon, septembre 2009, p : 53-54.

ويتم التمييز بخصوص آليات حل النزاعات المائبة الدولية بين الأساليب الوقائية والأساليب العلاجية. ويمكن تقسيم آليات حل المنازعات ذات الصلة بالمياه العابرة للحدود، إلى صنفين، وهي؛ الوسائل الدبلوماسية، وتشمل المفاوضات والمشاورات، والمساعي الحميدة، والوساطة، والتوفيق، والتحقيق، ولجان تقصي الحقائق، وآليات لجان الاحواز، والتي تترتب عليها قرارات اختيارية؛ ثم الوسائل القضائية، التي تشمل التحكيم والقضاء الدولي، والتي ينتج عنها قرارات ملزمة للأطراف المعنية.¹

خلاصة :

في ختام هذه الدراسة لا بد من إبداء مجموعة الملاحظات المهمة، وهي :

- أن اتفاقية 1997 مثلت خطوة مهمة إلى الأمام، حظيت بمناقشة وإجماع دولي، وكانت ثمرة جهود المجتمع الدولي لتنظيم استخدام المجاري المائية الدولية.
- تميز المرجعيات القانونية المتوفرة بالضعف، وذات تأثير محدود نسبياً، ولا تحترم معظمها. خاصة اتفاقية نيويورك 1997 فهي اتفاقية إطارية لا تتوفر على القوة الإلزامية الكافية، ولا تتوفر على هياكل مؤسساتية تسهر على تنفيذها، كما لا تتوفر على آليات الرصد والمراقبة، وضعف الاهتمام بالبعد البيئي.
- ويؤخذ على اتفاقية نيويورك 1997 أنها فقط بمثابة تدوين لمبادئ القانون الدولي العرفي في هذا المجال في وثيقة رسمية، ولكنها مع ذلك لم تمثل التطوير التدريجي للقانون بمعنى المادة 13 من ميثاق الأمم المتحدة، وكانت الأحكام الواردة فيها مجرد مبادئ عامة مستقرة في التنظيم الاتفاقي والممارسة الدولية منذ مئات السنين.
- افتقار المياه الجوفية العابرة للحدود إلى قانون دولي ملزم، فقد فشلت الأمم المتحدة إلى الآن في إقرار اتفاقية أممية ملزمة حول طبقات المياه الجوفية العابرة للحدود، ولا زال هناك فراغ التشريع الدولي في هذا المجال، كما أن الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف الخاص بالمياه الجوفية محدودة العدد، لا تتعدى اتفاقيتين فقط؛

✓ قائمة المراجع :

أولاً : المراجع باللغة العربية :

◀ الكتب :

- د. صبحي أحمد زهير العادلي: النهر الدولي، المفهوم والواقع في بعض أنهار المشرق العربي؛ سلسلة أطروحات الدكتوراه (63)، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت؛ أبريل 2008.
- بيتر روجرز وبيتر ليدون: المياه في العالم العربي، آفاق واحتمالات المستقبل، ترجمة شوقي جلال، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى: 1997.
- ◀ الأطروحات والرسائل الجامعية :
- مساعد عبد العاطي شتيوي عبد العال : القواعد القانونية التي تحكم استخدامات الأنهار الدولية في غير الشؤون الملاحية، دراسة تطبيقية على نهر النيل؛ رسالة أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، القاهرة 2012.
- رضا بريش : طرق التسوية السلمية للنزاعات المتعلقة بالثروات المائية العابرة للحدود؛ مذكرة لنيل الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية؛ كلية الحقوق بن عكنون؛ جامعة الجزائر 1؛ 2012-2013.

¹ - رضا بريش؛ مرجع سابق؛ ص. ص 47-60.

◀ المجالات والمقالات :

- د. شكراني الحسين: العدالة المائية من منظور القانون الدولي، مقال منشور بمجلة رؤى استراتيجية مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، العدد الرابع 9 سبتمبر 2013 أبوظبي الإمارات؛ ص:78.

◀ الوثائق

- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بقانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، التي أقرت من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 21 ماي 1997، قرار الجمعية العامة 229/51؛ الوثائق الرسمية للجمعية العامة الدورة الحادي والخمسون A/RES/51/229، 8 يوليوز 1997.
- تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة السادسة والأربعين (2 ماي - 22 يوليوز 1994)؛ الوثائق الرسمية للجمعية العامة؛ (A/49/10/1)؛ منشورات الأمم المتحدة 1994.

◀ المواقع الالكترونية

- الموقع الالكتروني للجنة الامم المتحدة للمياه :

<http://www.unwater.org/topics/transboundary-waters/en/>.

ثانيا : المراجع باللغات الأجنبية :

► Les Thèses Et Mémoires :

- Kindier Adeel: Le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, Etude à propos des cours d'eau internationaux dans le monde arabe ; Thèse doctorat en droit international public ; Université Strasbourg III – Robirt Schuman ; Ecole Doctoral De Droit; Le 03 novembre 2008.
- MONDANGE Adien: La Gestion Des Ressources En Eau Douce En Droit International, Droit International De L'eau Et Gestion Des Ressources Transfrontalières ; Mémoire De Séminaire Droit International Public ; Institut D'études Politiques De Lyon, Université Lumière Lyon 2 ; Université De Lyon, septembre 2009.

► Documents :

- The Helsinki Rules on the Uses of the waters of international Rives Adopted by the international law association at the fifty second conference, held at Helsinki in August 1966. = Report the committee on the Uses of the waters of international Rivers (London, International law Association 1967).

► LES ARTICLES :

- Caflisch Lucius : « la Convention du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours des eaux internationaux à des fins autres que la navigation », Annuaire français de droit international, Volume 43, 1997, P 751.

نقيح التجربة المغربية بخصوص النوافذ الإسلامية



من إعداد: الأستاذ عادل محفوظي

قاضي بالمحكمة الابتدائية بمراكش

email : adilmahfoudi83@gmail.com

ملخص البحث :

تأخر المغرب في إدخال ما يعرف بالصيرفة الإسلامية إلى منظومته، رغم أن هذه الصناعة عرفت نشاطا واتساعا متزايدا في مختلف الدول الإسلامية وغير الإسلامية، وخاصة إذا علمنا أن أول تجربة بخصوصها كانت سنة 1963 بميت غمر.

وبما أن المغرب كان لا بد له أن ينخرط في سياق عوامة الخدمات المصرفية الإسلامية، وأن يستجيب لنداءات بعض النخب المغربية التي تطالب بإنشاء أبنك إسلامية، من جهة، ومناداة بعض المستثمرين الأجانب خاصة الخليجيين منهم بذلك، من جهة أخرى، فإنه بدأ هذه التجربة سنة 2007 بناء على توصية لبنك المغرب بتاريخ 2007/09/13 بناء على مقتضيات القانون المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، وخاصة مقتضيات الخاصة بالمادة 19 منه، وذلك بعد الاطلاع على رأي لجنة مؤسسات الائتمان الصادر بتاريخ 14 مارس 2007.

أهمية البحث :

تكمن أهمية هذا البحث في كونه جاء في فترة انتقالية، صادق من خلالها المغرب على قانون يتيح العمل المصرفي الإسلامي عن طريق الأبنك التشاركية¹، وعدم الاكتفاء بالنوافذ الإسلامية في البنوك التقليدية، مما يستدعي الوقوف على تجربة نوافذ الخدمات البديلة ومدى نجاعتها في التحول نحو الصيرفة الإسلامية أو التشاركية بالمغرب.

إشكالية البحث :

تتمحور الإشكالية الأساسية للبحث في مدى توفيق نوافذ الخدمات البديلة في البنوك التقليدية المغربية في المساعدة على التحول نحو المصرفية الإسلامية عن طريق بنوك شاملة تقدم الخدمات المصرفية الإسلامية. وتتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة منها :

¹ - قانون رقم 103/12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 هجرية الموافق لـ 22 يناير 2015، الصفحة 462، وقد نص هذا القانون في قسمه الثالث على البنوك التشاركية في المواد من 54 إلى 70.

ماهية نوافذ الخدمات المصرفية البديلة؟
دوافع تأسيس هذا النوع من النوافذ؟
طريقة وشكل تمويل هذه النوافذ وعلاقتها بالمصرف الأم؟
وما هو الحكم الشرعي للتعامل معها؟
- الهدف من البحث :

تقييم تجربة النوافذ الإسلامية بالمغرب، والحكم عليها بالنجاح أو الفشل.

- منهجية البحث :

سأتبع في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن لأنه المناسب لمثل هذه الدراسة.

- خطة البحث :

على ضوء ما سبق ارتأيت دراسة هذا الموضوع وفق الخطة التالية :
مقدمة.

المبحث الأول : ماهية النوافذ الإسلامية.

المطلب الأول : تعريف النوافذ الإسلامية ونشأتها وأسباب إنشائها.

المطلب الثاني : تمويل النوافذ الإسلامية وعلاقتها بالمصرف الأم وحكم التعامل معها.

المبحث الثاني : واقع النوافذ الإسلامية بالمغرب.

المطلب الأول : الإطار القانوني للنوافذ الإسلامية بالمغرب.

المطلب الثاني : تقييم عمل النوافذ الإسلامية بالمغرب.

خاتمة.

مقدمة :

يعتبر التحول نحو الصيرفة الإسلامية موضوعا متميزا يحتل مكانة مهمة داخل الاقتصاد الإسلامي وخاصة المعاملات المصرفية الإسلامية، وإذا كانت أشكال هذا التحول تختلف من بلد لآخر ومن بيئة تشريعية وسياسية إلى أخرى، فإن التحول عن طريق تأسيس نوافذ إسلامية لاقى نجاحا في بعض الدول، وعن طريقه تحولت بنوك تقليدية بكاملها للعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية، وبما أن المغرب اختار ولوج الصيرفة الإسلامية عن طريق الخدمات المصرفية البديلة في مرحلة سابقة فإن ذلك يقتضي منا الوقوف على هذه التجربة من أجل التقويم وأخذ العبر، وهذا ما سنحاول الوقوف عليه في هذه الدراسة تباعا.

المبحث الأول : ماهية النوافذ الإسلامية.

للقوف على ماهية النوافذ التي تقدم خدمات في البنوك التقليدية وجب التطرق لتعريفها ونشأتها وأسباب ذلك (مطلب أول)، كما يجب الحديث عن طريقة تمويلها والعلاقة التي تربطها بالمصرف الأم ثم معرفة حكم التعامل معها (مطلب ثان).

المطلب الأول : تعريف النوافذ الإسلامية ونشأتها وأسباب إنشائها :

إن الوقوف على حقيقة هذه النوافذ يقتضي منا الوقوف على تعريفها أولا، ثم بيان نشأتها ثانيا، وأسباب إنشائها في مرحلة ثالثة.

الفقرة الأولى : تعريف النوافذ الإسلامية.

النوافذ الإسلامية عموماً هي الفروع التي تنتمي إلى مصارف ربوية وتمارس جميع الأنشطة المصرفية بعيداً عن المخالفات الشرعية، وفي تعريفها الخاص عرفت بأنها وحدات تنظيمية تديرها المصارف التقليدية، وتكون متخصصة في تقديم الخدمات المالية الإسلامية¹، غير أن ما يجب الانتباه إليه هو التفرقة بين البنوك التقليدية التي أنشأت فروعاً مستقلة تمارس الصيرفة الإسلامية، وبين البنوك التقليدية التي أدخلت تلك المعاملات مع المعاملات التقليدية جنباً إلى جنب، وبين البنوك التقليدية التي فتحت نوافذ تقدم تلك الخدمات²، وفي المغرب تقدم البنوك التقليدية التي أدخلت هذه المعاملات لنظامها تلك المعاملات جنباً إلى جنب مع المعاملات التقليدية، باستثناء التجاري وفا بنك الذي أسس مؤسسة خاصة تقدم تلك الخدمات وأطلق عليها دار الصفاء.

الفقرة الثانية : نشأة النوافذ الإسلامية.

نشأت بداية عندما تأكدت البنوك الربوية أن الإقبال على البنوك الإسلامية أصبح متزايداً وكبيراً، وبعدها فشلت محاولات تلك البنوك في التشكيك في مصداقية البنوك الإسلامية، وأول بنك عربي ربوي أنشأ فرعاً إسلامياً هو مصرف مصر وذلك سنة 1980 بإنشاء أول فرع يقدم الخدمات المصرفية الإسلامية وأطلق عليه اسم فرع الحسين للمعاملات الإسلامية³.

ومن المصارف التقليدية أيضاً التي كانت سباقة لفتح نوافذ إسلامية في بنوكها نجد⁴، مجموعة (ANZ 1980)، الأسترالية النيوزيلندية ومصرف CITIBANK (1980 م).

الفقرة الثالثة : أسباب إنشاء نوافذ مصرفية إسلامية.

تتعدد أسباب إنشاء النوافذ الإسلامية في البنوك التقليدية، فبالإضافة إلى إنشائها من أجل الربح، عن طريق جلب مزيد من رؤوس الأموال، نجد سبباً آخر متمثلاً في أن كثيراً من الأفراد المسلمين يتخرجون من التعامل بالربا⁵، وأيضاً نجد من له نية مبيتة في إنشاء تلك النوافذ للحيلولة دون تزايد إنشاء بنوك إسلامية، والمحافظة على عملاء البنوك الربوية لئلا يتجهوا إلى البنوك الإسلامية، ناهيك عن سهولة السيطرة على الفرع على عكس إنشاء مصرف آخر جديد، زيادة على رفع البلوى في الدول التي لم تعتمد بعد إلى إنشاء بنوك إسلامية مستقلة⁶.

¹ - فهد الشريف، الفروع الإسلامية التابعة للمصارف الربوية: دراسة في ضوء الاقتصاد الإسلامي، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى - مكة المكرمة محرم 1424، ص9.

² - يزن خلف سالم العطييات، تحول المصارف التقليدية للعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الدكتوراه في الفلسفة تخصص المصارف الإسلامية، كلية العلوم المالية والمصرفية الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية 1427 هـ 2007م الصفحة 53.

³ - فهد الشريف، م س، ص10.

⁴ - سعيد بن سعد المرطان، تقويم المؤسسات التطبيقية، للاقتصاد الإسلامي النوافذ الإسلامية للمصارف التقليدية، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى - مكة المكرمة محرم 1424، ص 14 .

⁵ - مريم سعد رستم، تقييم مداخل تحول المصارف التقليدية إلى مصارف إسلامية، نموذج مقترح للتطبيق على المصارف السورية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم المالية والمصرفية، كلية الاقتصاد، جامعة حلب، الجمهورية السورية، الصفحة 5.

⁶ - لطف محمد السرحي، الفروع الإسلامية في البنوك التقليدية ضوابط التأسيس وعوامل النجاح، مؤتمر المصارف الإسلامية اليمنية الواقع وآفاق المستقبل، الجمهورية اليمنية، نادي رجال الأعمال، 20-21 مارس 2010، ص3.

المطلب الثاني: تمويل النوافذ الإسلامية وعلاقتها بالمصرف الأم وحكم التعامل معها.

لا شك أن إنشاء نوافذ تقدم خدمات مصرفية إسلامية يقتضي بداية تمويلها برأس المال (فقرة أولى)، مما يجعلها في علاقة مع ممولها الأساسي الذي هو المصرف الأم (فقرة ثانية)، وهو يمارس العمليات المصرفية التقليدية المشوبة بالمعاملات الربوية مما يجعل شرعية التعامل مع تلك النوافذ محل تساؤل (فقرة ثالثة).

الفقرة الأولى: طريقة وشكل تمويل النوافذ الإسلامية.

تمول النوافذ الإسلامية من قبل البنك الربوي الأم بواسطة أموال ربوية، وأشكال تمويل الفرع عند تأسيسه تتخذ ثلاث صور، إما عن طريق القرض الحسن، والاقتراض من أهل المعاصي ومن غير المسلمين طالما كان القرض حسنا ولا يجر نفعا جائز شرعا، فقد روت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي ودرعه مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعا من شعير، وقد اعترض البعض على هذه الطريقة اعتبارا على أن الفرع في الأخير تعود أرباحه وأمواله إلى البنك الأم، وعليه فالقرض هنا لم يبق حسنا بل جر نفعا.

وإما أن يقوم البنك الأم باستثمار وديعة لدى الفرع، فهذا جائز لأن الفقهاء جوزوا مشاركة الذمي واليهودي والنصراني إذا كان المسلم هو من بيده التصرف، إلا أن المشكلة التي تبقى عالقة في الأخير أن الفرع الإسلامي سيعين البنك الربوي الأم في آخر المطاف¹، وإما عن طريق تخصيص جزء من رأس مال البنك الربوي لتمويل الفرع.

الفقرة الثانية: طبيعة العلاقة بين النوافذ الإسلامية والمصرف الأم.

طبيعة العلاقة بين الفروع الإسلامية وبين البنك الأصلي تحكمها أولا وأخيرا ملكية البنك التقليدي الأم لها، وذلك من حيث رأس المال، لأن رأس مال الفرع الإسلامي هو نفسه رأس مال البنك التقليدي التابع له والذي يتعامل بالربا، وكذلك بالنسبة لإدارة الفرع، فالبنك الأم هو من يختارها، بالإضافة إلى أن أموال الفرع تدخل من جديد في ميزانية البنك الأم لتختلط مع أموال الربا²، وهذا هو الحال بالنسبة للتجربة المغربية.

الفقرة الثالثة: حكم التعامل مع النوافذ الإسلامية في البنوك الربوية.

تدور الصيرفة الإسلامية عموما حول التعامل بالحلال واجتناب الحرام، لذلك فإن المهتمين بهذا المجال انقسموا بخصوص التعامل مع هذه النوافذ، فاتجاه يرى عدم التعامل معها مطلقا، لأن أموال الفرع تختلط بأموال البنك الربوي وهذا فيه إعانة على الربا وعلى أكمله، وكذلك لأن التابع تابع ولا ينفرد بالحكم، والفرع تابع للبنك الربوي، واتجاه يرى التعامل معها على أساس وجود ضرورة شرعية³.

ولا ننسى في الأخير أن التعامل مع تلك الفروع لجأ إليه كثير من المسلمين في بلادهم نتيجة عدم ترخيص السلطات للأبنك الإسلامية، كحالة المغرب.

وما أختاره هو عدم التعامل مع تلك النوافذ في البنوك التقليدية لعدة اعتبارات منها:

- أن في ذلك إعانة على الإثم والعدوان وهو غير جائز شرعا.
- إن في ذلك إعانة المؤسسات الربوية على الاستقواء بأموال إضافية توظف لسحق الطبقات الفقيرة.
- أن الضرورة المزعومة موهومة، ولا توجد ضرورة بمعناها الشرعي للقول بالإباحة.
- أن في مقاطعتها يمكن التفكير جديا في إنشاء مؤسسات لا تتعامل بالربا والمحرمات.

¹ - فهد الشريف، م س، ص 26 إلى 28.

² - فهد الشريف، م س، ص 19.

³ - لطف محمد السرجي، م س، ص 4 وما بعدها.

المبحث الثاني: واقع النوافذ الإسلامية بالمغرب.

إن التطرق للخدمات المصرفية البديلة بالمغرب يقود بالأساس لمعرفة الإطار القانوني المؤطر لها، والأنشطة المحددة للممارسة في إطارها (مطلب أول)، ثم بعد ذلك تقييم تلك النوافذ من الناحية العملية والتشغيلية ولكن بعد معرفة الآراء المختلفة حول النوافذ الإسلامية بين الرفض والتأييد (مطلب ثان).

المطلب الأول: الإطار القانوني للنوافذ الإسلامية بالمغرب.

يقضي منا الحديث هنا عن المرجعية القانونية لهذه الخدمات البديلة، ثم بعد ذلك التطرق للأنشطة المسموح بها.

الفقرة الأولى: الإطار القانوني للنوافذ الإسلامية بالمغرب:

أسست الدولة المغربية نظام النوافذ الإسلامية بناء على توصية بنك المغرب، بتاريخ 2007/09/13 بناء على مقتضيات القانون المتعلقة بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها وخاصة تلك المرتبطة بالمادة 19 بعد الإطلاع على رأي لجنة مؤسسات الائتمان الصادر بتاريخ 14 مارس 2007.

وسمّتها بالخدمات المصرفية البديلة، كما أن المغرب لم يأخذ بكل المعاملات التي تعرفها الصيرفة الإسلامية، ولكنه اكتفى بصيغ الإجارة بنوعيتها البسيطة والمنتھية بالتمليك، والمشاركة بنوعيتها الثابتة والمتناقصة، وبيع المراجعة للآمر بالشراء.

وقد رفض المغرب عدة طلبات لإنشاء بنوك إسلامية، واختار مكرها الصيرفة الإسلامية عن طريق نوافذ إسلامية، أو كما سماها خدمات مصرفية بديلة.

الفقرة الثانية: الخدمات المصرفية البديلة حسب توصية بنك المغرب:

نصت توصية بنك المغرب على ثلاث صيغ للخدمات المصرفية البديلة وهي المراجعة والإجارة والمشاركة، وسنقف على تعاريف تلك الصيغ حسب التوصية دون الدخول في تفاصيل تلك الصيغ.

فبالنسبة للمراجعة فنجد المادة التاسعة من التوصية¹ الصادرة عن والي بنك المغرب نصت على أن "المراجعة هي كل عقد تقتني بموجبه مؤسسة الائتمان منقولاً أو عقاراً، بناء على طلب أحد العملاء، بهدف إعادة بيعه له بتكلفة الشراء مع زيادة ربح معلوم يتم الاتفاق عليه مسبقاً".

في حين عرفت المادة 1 من توصية بنك المغرب، السالفة الذكر، الإجارة على أنها: (كل عقد تضع بموجبه مؤسسة الائتمان عن طريق الإيجار منقولات أو عقارات معلومة ومحددة ومملوكة لها تحت تصرف أحد العملاء لاستعمال مسموح به قانوناً).

وهي نوعان {الإجارة التشغيلية} وهي عقد يتضمن إيجاراً سهلاً لا ينتهي بالتمليك.

والثاني إجارة واقتناء، وذلك عندما يكون العقد مصحوباً بالتزام قاطع يتعهد فيه المستأجر بشراء المنقول أو العقار المستأجر بعد انقضاء مدة يتم الاتفاق عليها مسبقاً².

بينما عرفت المشاركة في المادة الخامسة بأنها: (كل عقد يكون الهدف منه اشتراك مؤسسة الائتمان بمساهمة في رأس مال شركة موجودة أو قبل الإنشاء، من أجل تحقيق الربح، حسب نسب محددة مسبقاً بينها).

¹ - التوصية عدد 33/ج/2007 الصادرة عن والي بنك المغرب.

² - - المادة 1 من توصية بنك المغرب.

أما بخصوص المشاركة المتناقصة فقد عرفتھا توصية بنك المغرب على أنها تلك المشاركة التي تنسحب منها مؤسسة الائتمان من رأس مال الشركة تدريجيا حسب مقتضيات العقد¹

المطلب الثاني: تقييم تجربة النوافذ الإسلامية في البنوك المغربية.

قبل الحكم على التجربة المغربية سنستأنس بالأراء الراضة والمؤيدة للنوافذ الإسلامية بالبنوك التقليدية ومبررات كل فريق، ليكون الحكم على التجربة المغربية بالنجاح أو الفشل مؤيدا لفريق من الفرق المختلفة. الفقرة الأولى: النوافذ الإسلامية بين التأييد والرفض.

كغيرها من التجارب الحديثة، عرف هذا النوع من النوافذ، أخذا وردا بين مؤيد ومعارض، فالمؤيدون يرون أن قيام المصارف التجارية بفتح نوافذ إسلامية يكون بمثابة:

- اعتراف منها بالعمل المصرفي الإسلامي وجدواه.
- اعتراف بواقعية التطبيقات الإسلامية في الاقتصاد.
- إتاحة الفرصة للاستفادة من خبرة تلك المصارف التجارة في تطوير منتجات إسلامية وكوادر بشرية ينتفع بها العمل المصرفي الإسلامي بصفة عامة.
- إمكانية فرصة تحول البنك التجاري كله إلى بنك إسلامي.
- التشجيع على التعايش بين البنكين بدل الصراع والمواجهة².

بينما يتخوف المعارضون من التشويش على العاملين والعملاء، في حالة فشل هذه التجربة، كما أنها يمكن أن تكون ذريعة فقط لجلب المزيد من الأموال والزبناء عن طريق رفع اللافتة الإسلامية، دون تطبيق روح الشريعة الإسلامية في معاملاتها المالية.

الفقرة الثانية: تقييم النوافذ المغربية.

لا زال الباحثون والمتبعون للنوافذ الجديدة التي انطلقت في المغرب، مترددين في الحكم على هذه النوافذ بالفشل أو النجاح، على اعتبار أن التجربة لازالت حديثة، ولم تنتشر بالشكل المطلوب، لكن حسما للسجل الدائر، سأحاول بيان مجموعة من النقاط، التي يمكن أن تؤدي بنا حتما للحكم على هذه التجربة بالفشل أو النجاح، وأولى هذه النقاط، تتجلى انطلاقا من الواقع العملي لهذه التجربة، وهي عدم وجود رقابة شرعية لتلك الخدمات، سواء أكانت رقابة داخلية في المصارف التقليدية، أم رقابة خارجية، تابعة لبنك المغرب، أو أية جهة أخرى، والنقطة الثانية، وهي نقطة قانونية شرعية تتمثل في عدم تعديل القانون المصرفي المغربي ليتماشى مع عمل تلك النوافذ، أو على الأقل سن قانون خاص يوضح كيفية عمل تلك النوافذ ويحدد علاقتها بالسلطات النقدية، وخاصة بنك المغرب، ووزارة المالية، أما ثالثة الأثافي في النقاط فتهم جانب العاملين في تلك البنوك، إذ بزيارة يسيرة لمختلف فروع الأبنك المغربية، يكتشف المرء أن جل العاملين فيها من ذوي التخصص الاقتصادي المحض، ولا دراية شرعية لديهم بالفقه الشرعي للمعاملات المطروحة، وإذا كانت النقاط المذكورة آنفا تعتبر نقطا أساسية للحكم على هذه التجربة، فإن هناك نقطا أخرى، أثرت على هذه المعاملات، منها غياب، أو تغييب القنوات الإشهارية للمنتجات الإسلامية، بالإضافة إلى الشروط التي تضعها هذه الأبنك على صيغ التمويل الإسلامية والتي تتنافى مع مبادئ الشريعة

¹ - المادة الخامسة من توصية بنك المغرب.

² - مصطفى إبراهيم محمد مصطفى، تقييم ظاهرة تحول البنوك التقليدية للمصرفية الإسلامية، دراسة تطبيقية عن تجربة بعض البنوك السعودية، بحث لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي، قسم الاقتصاد الإسلامي، الجامعة الأمريكية المفتوحة، مكتب القاهرة، 2006، ص 101.

الإسلامية¹ كالتأمين الإجباري على الحياة، وغرامة التأخير، وأزيد نقطة أخرى تتمثل في عدم نية أي بنك في المغرب للتحويل إلى بنك إسلامي.

كما أن حجم معاملاتها يظل ضعيفا ويمثل 0,1 في المائة من حجم المعاملات المصرفية التقليدية، زيادة على غياب أي ذكر لها في التقارير الصادرة عن بنك المغرب، بالإضافة إلى غلاء منتجاتها نتيجة الإزدواج الضريبي واحتكارها من قبل ثلاثة بنوك.

وترتيا على ما سبق، لا شك في أن التجربة السالفة الذكر، أجهضت في بداية الحمل، مما يجعل مصيبتنا في فشل تلك التجربة أقل كمداء، وأيسر صبوا، وأملنا في الترخيص لأول بنك تشاركي ليتحقق لنا حلم راودنا منذ حوالي تسع سنوات.

خاتمة :

إذا كانت النوافذ الإسلامية مدخلا للتحويل من الصيرفة التقليدية للصيرفة الإسلامية، وذلك كمدخل جزئي لاقى نجاحا في بعض الدول، فإن النوافذ الإسلامية بالمغرب ولدت مشوهة ولم تؤثر إيجابا على المشهد الاقتصادي المغربي، وكانت معيبة لا من حيث الشكل أو المضمون، مما يجعلنا من هذا المنبر ننادي بالتحويل نحو صيرفة إسلامية بشكل كلي، ولعل الأيام حبلى وسترينا ما سيسفر عنه التنافس بين الأبنك التقليدية ونظيرتها التشاركية بالمغرب في حال الترخيص لها، وهو ما سيلقي على كاهل الباحثين المغاربة عبئا مضاعفا للتأسيس والتنظير لمصرفية إسلامية خالية من المحاذير الشرعية ومساهمة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

✓ المراجع :

- التوصية عدد 33/ج/2007 الصادرة عن والي بنك المغرب.

- العربي البوهالي، نافذة التمويل الإسلامية في البنوك المغربية خطوة نحو مصرف إسلامي مأمول، مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي 31 مايو 3 يونيو 2009.

- سعيد بن سعد المرطان، تقويم المؤسسات التطبيقية، للاقتصاد الإسلامي النوافذ الإسلامية للمصارف التقليدية، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى - مكة المكرمة محرم 1424

- فهد الشريف، الفروع الإسلامية التابعة للمصارف الربوية: دراسة في ضوء الاقتصاد الإسلامي، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى - مكة المكرمة محرم 1424

- لطف محمد السرحي، الفروع الإسلامية في البنوك التقليدية ضوابط التأسيس وعوامل النجاح، مؤتمر المصارف الإسلامية اليمنية الواقع وأفاق المستقبل، الجمهورية اليمنية، نادي رجال الأعمال، 20-21 مارس 2010.

¹ - العربي البوهالي، نافذة التمويل الإسلامية في البنوك المغربية خطوة نحو مصرف إسلامي مأمول، مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون

الإسلامية والعمل الخيري بدبي 31 مايو 3 يونيو 2009، ص3.

- مريم سعد رستم، تقييم مداخل تحول المصارف التقليدية إلى مصارف إسلامية، نموذج مقترح للتطبيق على المصارف السورية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم المالية والمصرفية، كلية الاقتصاد، جامعة حلب، الجمهورية السورية
- مصطفى إبراهيم محمد مصطفى، تقييم ظاهرة تحول البنوك التقليدية للمصرفية الإسلامية، دراسة تطبيقية عن تجربة بعض البنوك السعودية، بحث لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي، قسم الاقتصاد الإسلامي، الجامعة الأمريكية المفتوحة، مكتب القاهرة، 2006.
- يزن خلف سالم العطيات، تحول المصارف التقليدية للعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الدكتوراه في الفلسفة تخصص المصارف الإسلامية، كلية العلوم المالية والمصرفية الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية 1427هـ 2007م.

تعليق على قرار المجلس الدستوري بخصوص الفقرة الأخيرة من المادة 43 من النظام الأساسي للقضاة



من إعداد : عبد الصمد عدنان

شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

جامعة عبد المالك السعدي بطنجة

email : adnane.samad@gmail.com

أولاً: نص القرار موضوع التعليق :

الحمد لله وحده،

المملكة المغربية

المجلس الدستوري

ملف عدد : 1474/16

قرار رقم : 992/16 م. د

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

المجلس الدستوري،

بعد اطلاعه على القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة الخال 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 و2)، ويتعلق القسم الأول بتأليف السلك القضائي (المواد 3-25)، والثاني بحقوق 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 المادة 43 (الفقرة الأخيرة):

حيث إن هذه المادة تنص في فقرتها الأخيرة على أنه "كما يلتزم قضاة النيابة العامة بالامتثال للأوامر والملاحظات القانونية الصادرة عن رؤسائهم التسلسليين"؛

وحيث إن الدستور نص في الفقرة الأخيرة من فصله 110 على أنه يجب على قضاة النيابة العامة، أولا وقبل كل شيء، "تطبيق القانون"، وفي حدود تطبيق القانون فرض على هؤلاء القضاة "الالتزام بالتعليمات الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها"، كما أن الدستور اشترط أن تكون هذه التعليمات الملتزم بها كتابية وقانونية في ذات الوقت؛

وحيث إنه، في غير الحالات التي تهم تسيير شؤون النيابة العامة وتنظيم أشغالها، فإن الأوامر الواردة في الفقرة الأخيرة من المادة 43 المذكورة أعلاه، الموجهة إلى قضاة النيابة العامة من طرف رؤسائهم التسلسليين، لا يمكن أن تلزم هؤلاء القضاة، إذا كانت تهم اتخاذ النيابة العامة لمقرراتها، إلا إذا كانت في شكل تعليمات كتابية؛

وحيث إنه، مع مراعاة هذه الملاحظة، فإن ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 43 ليس فيه ما يخالف الدستور؛

لهذه الأسباب :

أولا- يصرح :

1- ...

2- ...

3- بأن باقي مقتضيات هذا القانون التنظيمي، ليس فيها ما يخالف الدستور؛

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؛

ثانيا - 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 ليلي المريني أمين الدمناطي
عبد الرزاق مولاي ارشيد حمداتي شبيهناء العيين محمد أمين بنعبد الله

ثانيا : 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 1.11.91¹.

وبعد أن أقر المجلس الدستوري اختصاصه في مطابقة القانون التنظيمي موضوع الدراسة للدستور، عرج على الجوانب الشكلية الواجب التقيد بها²، والمتمثلة في ضرورة تداول المجلس الوزاري في مشروع القانون التنظيمي³، 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 المجلس⁴، 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 الدستور⁵.

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

2 وفقا 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 قانونا يتضمن مادة غير مطابقة للدستور ولكن يمكن فصلها عن مجموعه، 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 المعروض على المجلس الدستوري بعد حذف العبارة المذكورة.

وما يهم من هذه الدراسة هو تحليل الأسانيد القانونية التي أسس عليها المجلس الدستوري قراره، ومعرفة ما إذا كان موفقا في ممارسة وظيفته الرقابية التي من المفترض أن تتمم القواعد القانونية المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية¹، 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؟

فالمشروع الدستوري لما وضع الآليات الأساسية لاستقلال السلطة القضائية ترك الباب مفتوحا 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 تنظيما وتأسيسا وتحديدا للقواعد الدستورية.

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

في هذا الجزء من هذه الدراسة سيتم العمل على تحليل قرار المجلس الدستوري بشأن الفقرة الأخيرة من المادة 43 من القانون التنظيمي المتعلق بالنظام الأساسي لرجال القضاء حينما اعتبر أن الأوامر الواردة في المادة أعلاه الموجهة إلى قضاة النيابة العامة من طرف رؤسائهم التسلسليين، لا يمكن أن تلزم هؤلاء القضاة إذا كانت تهم اتخاذ النيابة العامة لمقرراتها، إلا إذا كانت قانونية وفي شكل تعليمات كتابية.

فتحليل هذا القرار يستلزم أولا تحديد المقصود بمصطلح القانونية الوارد في المادة 110 من الدستور الذي يطرح أكثر من سؤال، ومنه تحديد المعايير التي يمكن اعتمادها للتمييز بين التعليمات القانونية وغير القانونية. وبالتالي، إيجاد حلول للحالات التي يقع فيها اختلاف بين الرئيس ومرؤوسه حول تعليمات معينة يعتبرها الأول قانونية في حين يرى الثاني أنها غير قانونية، على اعتبار أن الجانب القانوني يتطلب وجهات نظر مختلفة، ومعرفة ما إذا كان هذا المرؤوس سيتعرض للمساءلة في حال لم يطبق التعليمات إذا ما اعتبرها غير قانونية لكنها في واقع الحال كذلك.

كما أن تحليل هذا القرار يستلزم ثانيا معرفة ما إذا كان في قرار المجلس الدستوري بدستورية المادة أعلاه تناقض مع الفصول الدستورية 107 و109، وذلك بمحاولة الإجابة عن تساؤل مفاده: "هل يمكن اعتبار مبدأ خضوع النيابة العامة للسلطة الرئاسية حدا لاستقلاليتها؟ أم إن الأمر هو جوهره تكريس لهذه الاستقلالية؟". أو بعبارة أخرى، هل استقلال النيابة العامة وخضوعها للسلطة الرئاسية مفهومان متناقضان؟ أم إنهما متكاملان؟

على أن التساؤل الذي يمكن اعتباره أساسيا في هذا الإطار هو ذاك المتمثل في السبب الحقيقي الكامن وراء دسترة مشروعية هذه التبعية التي يخضع لها قضاة النيابة العامة.

1 "فالهدف من خلق هذا المجلس هو الزيادة من التمكن في تفسير الدستور ومعطياته 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 السلط. 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، وارد في سلسلة خطب وندوات صاحب الجلالة الملك الحسن الثاني 1992-1993، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، ص 92-

إن أول ما يمكن ملاحظته في هذه الدراسة هو اعتماد المجلس الدستوري لإقرار دستورية الفقرة الثانية من المادة 43 من القانون التنظيمي المتعلق بالنظام الأساسي لرجال القضاء فقط على الفصل 110 من الدستور.

هذا الفصل يلزم أعضاء النيابة العامة بتنفيذ التعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها. فالتعليمات الواجبة التنفيذ ينبغي أن تكون دوماً مطابقة للمقتضيات القانونية، إذ المفروض أن أعضاء النيابة العامة ملزمون بتطبيق القانون، وهم بحكم طبيعة مهامهم يخضعون للسلطة التي يعملون تحت إمرتها. فلو كبل الملك بالحكمة الابتدائية سلطة على نوابه (المادة 39 من ق.م.ج)، وللوكيل العام لدى محكمة الاستئناف سلطة على نوابه، وعلى وكلاء الملك ونوابهم (المادة 49 من ق.م.ج)، في تراتبية هرمية على رأسها الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض.

فالفصل المذكور تضمن واجبين اثنين مفروضين على قضاة النيابة العامة، قد يبدوا للوهلة الأولى أنهما واجبان متناقضان، وهما:

- واجب تطبيق القانون: "يجب على قضاة النيابة العامة تطبيق القانون...".
 - واجب الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية: "...كما يتعين عليهم الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعونها".
- غير أن الأمر ليس كذلك، فقضاة النيابة العامة ملزمون بتطبيق القانون حسب قناعاتهم وتكييفهم للقواعد القانونية التي قد تصطدم بالتعليمات الكتابية القانونية، بمعنى أنهم ملزمون بتطبيقها إذا كانت منسجمة مع القانون، وقد يرون غير ذلك ولهم تعليلهم¹.

كما أنه، وبقراءة متأنية لهذا الفصل وللحيثية التي وردت في قرار المجلس الدستوري، يمكن الخروج بعدة استنتاجات بخصوص إلزام قضاة النيابة العامة بتطبيق تعليمات السلطة التي يتبعون لها، والتي تهم تسيير شؤون النيابة العامة وتنظيم أشغالها:

- هذا الإلزام مشروط بأن تكون هذه التعليمات قانونية وكتابية.
- هذا الإلزام لا يخص الأوامر الشفوية كيفما كانت.
- هذا الإلزام لا يخص الأوامر غير القانونية كيفما كانت.
- هذا الإلزام لا يخص إلا الأوامر الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها، دون غيرها من السلط الأخرى.
- لا يمكن إعدار قاضي النيابة العامة في حالة تطبيقه لتعليمات شفوية غير قانونية، لأن الدستور يؤكد على التعليمات الكتابية والقانونية.

من جهة أخرى، إذا كان مصطلح كتابية الوارد في المادة 110 من الدستور لا يثير أدنى إشكال، فإن الأمر يختلف مع مصطلح القانونية. وبالتالي، هل هناك معايير يمكن الاعتماد عليها للتمييز بين التعليمات القانونية وغير القانونية؟

والمقصود بالتعليمات القانونية في هذا الإطار هي تلك التي حددها الدستور بصفة حصرية، والتي لا تخالف القواعد القانونية الصريحة. أما باقي التعليمات أو الأوامر أو الضغوط أو الممارسات التي تهدف إلى التأثير على قاضي النيابة العامة، فإنها محظورة بقوة القانون، ومن واجب هذا الأخير أن يفصح مرتكبيها، إن هي مورست عليه.

1 ذ. بجي فيصل: "النيابة العامة بين الاستقلال والتبعية: أي نموذج يجانب المغامرة؟"، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد 31، ماي 2015، ص: 69.

وبالتالي، فكلما كانت هناك تعليمات قد تستوعب وصفا مشتركا بأنها قانونية وغير قانونية، إلا وجب على قاضي النيابة العامة تطبيقها. بمعنى أن احتمال نعتها بكونها قانونية ينهض لوحده سببا لوجوب تطبيقها.

والسبب الكامن وراء ذلك يكمن في أن اعتماد هذا التمييز قد يفتح الباب نحو سيل من التقديرات الشخصية حول ما هو قانوني وما هو غير قانوني، مما يعطي الفرصة لبعض المرؤوسين للتملص من تعليمات رؤسائهم بدعوى أنها غير قانونية، وهو ما سيجعل النيابة العامة تعيش على وقع التمرد الدائم الذي يشكل خطرا داهما على وحدة الجهاز وتماسكه¹.

وهو ما قد يؤدي إلى فقدان جهاز النيابة العامة التحكم في أعضائها بذريعة عدم قانونية التعليمات، ويؤدي تبعا لذلك إلى إفراغ نظام التبعية والسلطة الرئاسية من مضمونه.

وأعتقد أنه لا بد من نصوص توضيحية تضع حدودا لهذه التعليمات، التي لا يجب أن تمس جوهر القضايا، دون تعسف أو شطط، وفي أضيق الحدود، كالتعليمات المتعلقة بإجراء البحوث أو التحقيقات.

ومنه، يجدر التساؤل عن مدى اعتناء المشرع بتحسين قضاة النيابة العامة الذين ينفذون التعليمات التي يتلقونها كتابة أيا كانت طبيعتها. وبتعبير آخر، كيف ستنم حماية قضاة النيابة العامة من تعليمات خاطئة أعطاهم لهم عضو السلطة التنفيذية أضرت بمواطن؟ وكيف سيتم حمايتهم من كل عواقب محتملة على مسارهم المهني؟

إن إخضاع أعضاء النيابة العامة لواجب طاعة تعليمات الرؤساء التسلسليين لا يعني عدم تحديد المسؤوليات في حالة الخطأ المهني الجسيم، إذ يبقى لهم حق رفض تنفيذ تلك التعليمات إذا كانت غير قانونية وستؤدي لضرر بالمواطن الذي أصبح له دستوريا الحق في المطالبة بالتعويض عن الخطأ القضائي، وهو ما أقره الدستور في الفصل².

كما أن إلزام الدستور لهذه الفئة من القضاة بتطبيق التعليمات القانونية الكتابية لا ينفي حقهم في عدم التنفيذ متى تبين لهم إنها غير مطابقة للقانون وستؤدي إلى ضرر للمواطن وإلى مسؤوليتهم الشخصية عن القرار القضائي.

وفي ختام هذه النقطة يحق لنا أن نتساءل عن إمكانية اعتبار مقتضيات المادة 116 من الدستور التي ورد فيها أنه يراعي المجلس الأعلى للسلطة القضائية في القضايا التي تهم قضاة النيابة العامة تقارير التقييم المقدمة من قبل السلطة التي يتبعون إليها، آلية للضغط على قضاة النيابة العامة لتنفيذ مقتضيات المادة 110 منه.

هذه الفقرة تتضمن كلمتين تتطلبان نوعا من التوضيح، فماذا تفيد كلمة يراعي؟ هل تفيد غل يد المجلس الأعلى للسلطة القضائية للبت في وضعية قضاة النيابة العامة، وبالتالي التضييق من سلطته التقديرية في هذا الإطار؟ أم إن الكلمة تفيد أن تلك التقارير ليست معيارا حاسما للبت في وضعياتهم، وأن اعتماد المجلس لتلك التقارير هو على سبيل الاستئناس؟

1 ذ. وهابي يوسف: "النيابة العامة سلطة خاضعة بطبيعتها ونص الدستور وروحه يؤسسان لخضوع النيابة العامة وليس لاستقلالها"، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد 4، فبراير 2013، ص: 3.

2 ذ. بوكرومان محمد: "إنصاف القضاة كآلية لإنصاف المتقاضين"، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد 41، 2002، ص: 22.

على أن السؤال الذي سي طرح تبعا لذلك، هو: كيف يمكن لقاضي النيابة العامة يخضع قانونا للتعليمات التي يتلقاها من الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض، أي من جهة تتحكم في مساره المهني عبر المجلس الأعلى للسلطة القضائية - بما في ذلك مسطرة التأديب - أن يرفض أو حتى يناقش تطبيق الأوامر؟

أما بخصوص النقطة المرتبطة بمعرفة ما إذا كان في قرار المجلس الدستوري بدستورية المادة أعلاه تناقض مع الفصول الدستورية 107 و109، فيمكن القول بأنه نظرا لاختلاف المهام المنوطة بالقضاة الجالسين عن تلك المنوطة بقضاة النيابة العامة، فإنه يصعب القول باستقلال هؤلاء دون السقوط في تناقض مع مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 110 من الدستور التي تحملهم واجب تطبيق التعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها¹.

فالنيابة العامة قضاء من نوع خاص عهد إليه المشرع بالسهر على التطبيق السليم للقانون، بالإضافة إلى دورها التقليدي في محاربة الجريمة من خلال إشرافها على عمل الشرطة القضائية وتحريكها للمتابعات في حق المخالفين للقانون الجنائي.

ونظرا لما لها من أدوار في تحقيق المحاكمة العادلة، والمساهمة بشكل فعال في إدارة العدالة، وحماية المواطنين من الجرائم والانتهاكات، فهي تعتبر بامتياز مؤسسة مواطنة وديمقراطية².

ومن خصائصها إلى جانب الاستقلال ووحدة أعضائها خضوعها لمبدأ التسلسل الرئاسي، والذي يعني خضوع كل عضو من أعضائها - في ممارسة اختصاصاته - لتوجيهات وتعليمات رئيسه، وبما له عليه من رقابة في التنفيذ. وأي عضو من أعضائها يعتبر ممثلا لهذه الهيئة، وأي عمل صدر عنه يعتبر وكأنه صدر عن الهيئة برمتها. فإمكانية الحلول هاته، هي التي تعرف بوحدة النيابة العامة، أو مبدأ عدم التجزئة³.

وحاصل القول، أن النيابة العامة تستمد قوتها كجهاز من وحدة وتماسك أعضائها، مما يفرض أن تكون قيم الانضباط هي السائدة داخل هذا الجهاز. وهي بذلك، توصف بأنها قضاء التعليمات التي غالبا ما تكون شفوية نظرا للسرعة التي تتطلبها طبيعة عمل هذه المؤسسة.

وقد حافظ الدستور على نفس الروح الوحدوية والانضباطية من خلال إلقاء واجب طاعة الرؤوسين للتعليمات الكتابية الصادرة عن رؤسائهم.

وللتدليل بأن تنصيب المشرع على خضوع أعضاء النيابة العامة للسلطة الرئاسية وللتعليمات الموجهة إليهم ليس فيه ما يناقض مبدأ الاستقلال، يكفي استحضار بعض الحالات التي تجسد روح استقلال النيابة العامة، وتجعل من وفاء قاضي النيابة العامة هو أولا وأخيرا لحكم القانون وليس لجهة إدارية معينة. ومن هذه الحالات على سبيل المثال، لا الحصر:

1 وهو ما جعل البعض يحصر استقلال قضاة النيابة العامة في الضمانات التي تحصن مسارهم المهني بقوة الفصل 109 من الدستور.

2 ذ. كريم لحرش: "الدستور الجديد للملكة المغربية: شرح وتحليل، سلسلة العمل التشريعي والاجتهادات القضائية، مطبعة فضالة، العدد 3، 2012، ص: 89.

3 استنادا لما ورد في الباب الثالث من الكتاب التمهيدي من قانون المسطرة الجنائية في الفصول 36 وما يليه، فإن النيابة العامة هي الجهاز القضائي المخول له قانونا حق إقامة الدعوى العمومية ومراقبتها والمطالبة بتطبيق القانون وتنفيذ مقررات هيئة الحكم والتحقيق.

كما أنه بالرجوع إلى مقتضيات المادة الثالثة من قانون المسطرة الجنائية، فإن النيابة العامة تسهر على إثارة الدعوى العمومية وتمارسها إلى جانب الموظفين المكلفين بذلك قانونا.

- طبيعة عمل النيابة العامة الأساسي الذي هو ممارسة سلطة الاتهام، مما يستوجب الخضوع للتعليمات الداخلية التي يوجهها بعضهم إلى بعض، أي تلك التي يوجهها رؤساؤهم إلى مرؤوسيهم بحكم التبعية.
- صحة وسلامة الإجراءات التي يقوم بها عضو النيابة العامة بالرغم من أنها قد تباشر بالشكل الذي تتعارض مع أوامر وتعليمات رئيسه¹.
- حرية ممثل النيابة العامة في تقديم جميع الملتزمات الشفوية التي يراها ضرورية لحسن سير العدالة، ولا يقيد في ذلك إلا القانون وضميره. وذلك، بالاختصار على تنفيذ التعليمات من خلال ملتزمات الكتابية، والإفصاح عن قناعتها الشخصية شفويا أثناء جلسات الحكم².
- ففي حالة وجود تعارض بين التعليمات الموجهة للنيابة العامة وبين مجرى القضية، كما لو ظهرت أثناء سير الدعوى العمومية معطيات جديدة قد تغير مجرى القضية، لا يمكن لممثل النيابة العامة الذي تلزمه أخلاقيات المهنة على العمل على تحقيق المحاكمة العادلة أن يتصرف وفق هذه التعليمات، وإنما يتعين عليه أن يتصرف وفق ما تلجج في وجدانه واستقر عليه اعتقاده.
- ذلك أن الأدوار الموكلة إلى النيابة العامة لا تعني أنها دائما تقف ضد المتهم، وإنما تعني أنها خصم شريف، باعتبارها تمثل الحق العام وتدافع عن كل إخلال قد يهدد أمن واستقرار المجتمع.
- فعندما تقيم النيابة العامة الدعوى العمومية في مواجهة أحد الأشخاص، فإنها لا تقوم بذلك إلا من خلال ما تكون لديها من قناعة ووسائل الإثبات. أما إذا حصل وظهر لديها عناصر جديدة بعد إقامة الدعوى العمومية تؤكد براءة الظنين من المنسوب إليه، فإنها آنذاك تكون ملزمة بالوقوف إلى جانبه والدفاع عن براءته.
- فالنيابة العامة، باعتبارها الجهة القضائية الموكول لها مهمة الدفاع على حقوق المجتمع في إطار القانون، ارتبطت في ذهن أفراد المجتمع بكونها "المغرق". وهي عبارة تدل على كون هذه المؤسسة لا تعبأ بتحقيق المحاكمة العادلة، وأن عملها خارج عن الضوابط القانونية. كما تدل هذه العبارة على كون النيابة العامة تحاول إلصاق التهم بالأفراد بأية وسيلة كانت.
- لكن في حقيقة الأمر، هي خصم شريف، تعمل وفق القانون وبالالتزام بأحكامه، مع ما يتطلب ذلك منها من الالتزام بالحياد والتجرد، بما يعني ذلك من الوقوف مسافة واحدة من جميع الأطراف.
- فتطور البنى الفكرية والتقدم الحاصل في الالتزام بالمنظومة الحقوقية دفعا بالنظرة التقليدية لدور النيابة العامة إلى الاضمحلال تدريجيا لتحل محلها النظرة القانونية والحقوقية للدور الذي يجب أن تلعبه هذه المؤسسة، وهو الدور الذي يجب أن يكون مجسدا للقواعد والمبادئ الرامية لتحقيق العدالة³.

1 ومع ذلك، فإن الرئيس الذي يكون معارضا لتوجهه يمكن له أن يغيره بأحد زملائه لإتمام باقي الإجراءات وفق توجهاته، أو أن يعطي تعليماته لعضو آخر من أعضاء النيابة لكي يمارس بشأن الإجراءات الأولى طرق الطعن المخولة له أن يمارسها أو أن يمارسها بنفسه.

2 تنص المادة 138 من قانون المسطرة الجنائية على أنه: "يجب على النيابة العامة أن تقدم ملتزمات كتابية طبقا للتعليمات التي تتلقاها ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة 51. وهي حرة في تقديم الملاحظات الشفهية التي ترى أنها ضرورية لفائدة العدالة".

3 ذ. البوفي إدريس: "المحاكمة العادلة ومتطلبات الإصلاح القضائي": مقال منشور بمجلة مسالك، العدد 36/35، 2015، ص:112.

وخلاصة القول: إن النيابة العامة هيئة قضائية، تمارس سلطة الاتهام نيابة عن المجتمع، بما تقيمه من دعاوى عمومية، ضد كل من يرتكب فعلا يجرمه القانون ويعاقب عليه، وأن طبيعة عملها الذي تحكمه مبادئ فصل سلطة الاتهام عن سلطة الحكم، وعن سلطة التحقيق، يجعلها مستقلة عن كل هذه الجهات، وخاضعة فقط، ومن الداخل لأعضائها حسب تسلسلهم الرئاسي.

وفي نهاية هذه النقطة، وجب التأكيد على أربع نقاط:

- إن قضاة النيابة العامة يتلقون التعليمات بقوة النص الدستوري.
 - إن استقلال قاضي النيابة العامة يختلف من حيث مضمونه وتجلياته عن استقلال قاضي الحكم.
 - إن حصر التعليمات في الكتابية والقانونية هو الاستقلال بعينه.
 - إن المشرع أراد للنيابة العامة أن تلعب أدورا إيجابية ومحايدة وفق الضوابط القانونية.
- هكذا، نصل إلى الإشكالية المحورية في هذا الإطار، والمتمثلة في السبب الحقيقي الكامن وراء دسترة مشروعية هذه التبعية التي يخضع لها قضاة النيابة العامة.

إن القراءة المتأنية لفصول الدستور تعطي انطبعا واضحا بأن وضعية قضاة النيابة العامة قد تغيرت، إذ إن هذا الجهاز لم يعد فضاء مطلقا للتعليمات كما كان عليه من قبل، وإنما أضحي قضاة النيابة العامة لا يتقيدون إلا بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها.

وهو ما يعني توجه المشرع الدستوري بشكل واضح نحو تضييق مجال التعليمات الموجهة إلى قضاة النيابة العامة بشكل يعزز استقلاليتهم، ويضمن فصلا تاما بين عمل النيابة العامة، وما يمكن أن يتأثر به أعضاؤها من تعليمات.

وانسجاما مع مقتضيات الدستور الذي يجب أن يؤخذ كوحدة، فقد انتقلنا من نظام ملائمة المتابعة الذي يعطي لقضاة النيابة العامة سلطة تقديرية واسعة في الحفظ أو المتابعة إلى نظام قانونية المتابعة، فلا تملك النيابة العامة أن تقوم بحفظ مسطرة أنجزت، وإلا تمت مساءلتها من المتضرر من خطأ قضائي محتمل كما يخول له الدستور ذلك.

لكن، ذلك لا يعني إنهاء العمل بسلطة ملائمة المتابعة، وإنما يعني تقنين العمل بها وتضييقها إلى أبعد الحدود.

فالمقتضيات الواردة في الفصلين 109 و110 تفرض التأمل في أدوار النيابة العامة التي تختلف عن تلك التي يختص بها القضاء الجالس، حيث تسهر على تنفيذ السياسة الجنائية، ولها من الصلاحيات ما يمس جل المجالات العمومية ويمس بالنظام العام، إضافة إلى الأدوار المزدوجة التي تلعبها - القانونية والاجتماعية -¹.

وبالتالي، فطبيعة عملها الأساسي يستوجب الخضوع للتعليمات الداخلية التي يوجهها الرؤساء إلى رؤوسهم بحكم التبعية، كما تستلزم خضوعهم للوكيل العام للملك لدى محكمة النقض، باعتباره المسؤول عن تنفيذ السياسة الجنائية².

1 ذ الحجاجي منير: "قراءة في ميثاق إصلاح العدالة ومخرجاته التشريعية"، مقال منشور بمجلة مسالك، العدد 36/35، 2015، ص: 82.

2 ذ. لكربي إدريس: "استقلالية القضاء ورهانات الديمقراطية والتنمية"، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، العدد 6، أبريل 2014، ص: 101.

وهذه الصلاحيات لا يمكن ممارستها دون هامش كبير من سلطة الملائمة، من حيث إجراء البحوث، وفتح التحقيقات، وتقديم الطعون، سلطة تساهم بقدر كبير في الحفاظ على التوازنات الاجتماعية الأساسية.

وسلطة الملائمة هذه من خاصيات النيابة العامة التي يجب استحضارها في كل نقاش يهم موقع النيابة العامة في المنظومة القضائية.

وإذا كان القانون هو الذي يجب أن يحكم قرارات النيابة العامة، فإن المنظومة التشريعية - باعتبارها معبرا حقيقيا عن الإرادة التشريعية الرسمية - التي تحكم عمل هذه الأخيرة هي التي تحدد الإطار المناسب للحركة وحدودها؛ الشيء الذي يطرح التساؤل حول الحدود والنطاق الذي ارتضاه المشرع لدور النيابة العامة.

فمن ناحية الاختيارات التشريعية، نجد أن جل النظم القانونية، إما أنها تتجه نحو تقييد حرية عمل النيابة العامة وهو ما يصطلح عليه بنظام قانونية عمل النيابة العامة، وبالتالي، تقييد حركاتها وسكناتها التي يجب أن تكون محسوبة، ولا يمكنها تجاوز تلك الحدود، وإلا عرضت عملها للبطلان ووقعت تحت طائلة المساءلة القانونية، أو أنها تضع بيدها سلطة الملائمة الذي يمكنها من تكييف مواقفها حسب كل حالة على حدة¹.

وبتعبير آخر، فالتشريعات تختلف في مدى ونطاق السلطات التي تعطيها لقاضي النيابة العامة في تدبير الوضعيات القانونية التي يتولى معالجتها. وهو أمر قرره الفقه قديما عندما قرار قاعدة "القلم أسير واللسان حر".

وجدير بالذكر، أن هذه الاختيارات التشريعية لأدوار النيابة العامة غير اعتباطية، ولكنها مرتبطة بمستوى تطور المجتمع ومدى احترامه للقانون وقواعده.

فكلما كان المجتمع أفرادا ومؤسسات تحترم القانون بصورة تلقائية وذاتية، كلما كان الاتجاه نحو تبني نظام قانونية عمل النيابة العامة، وكلما كان هناك استهتار بالحقوق وعصف بالالتزامات إلا وكان الاتجاه نحو اعتماد نظام الملائمة.

وبين النظامين بون كبير يكمن في كون نظام قانونية المتابعة لا يعني أن نظام الملائمة غير قانوني، وإنما يعني أن كلا منهما له قواعده الخاصة التي حددها المشرع نفسه.

وبالتالي، فإن النيابة العامة في المجتمعات التي تحترم القانون لا تجد نفسها مضطرة للعب دور مزدوج (قانوني - اجتماعي)، وإنما تكتفي فقط بمراقبة جوانب خرق النظام العام سلفا بقواعد قانونية أمره تفرض على النيابة العامة التدخل الإجباري في حال حدوث خرق. كما تراعي التطبيق الصارم للقانون في حالة المس بالنظام والأمن العامين².

كما أن عمل النيابة العامة في ظل نظام قانوني يتبنى القانونية يتسم بالصرامة والقسوة، ويجد في ذلك مساندة مجتمعية لأن الأفراد أنفسهم يحترمون قواعد القانون ويتمثلون لأحكامه ويجسدونها سلوكا يوميا.

1 ذ. الزيتوني إبراهيم: "سلطة القضاء في الدستور مقومات الاستقلالية ورهانات الإصلاح"، مقال منشور بمجلة مسالك، العدد 36/35، 2015، ص: 13.

2 ذ. عبد النبوي محمد: "الدور الاجتماعي للنيابة العامة في ظل قانون المسطرة الجنائية المغربية الجديد"، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 37، 2004، ص: 96.

وبالتالي، فإنهم يعتقدون أن أي خروج عن تلك القواعد والنواميس، إنما هو تهديد للنظام العام وبنية السلم الاجتماعي، مما يستوجب الزجر الفوري ليكون رادعا لكل من سولت له نفسه الخروج عن الضوابط القانونية.

غير أن البيئة الاجتماعية التي لا تقدر فيها قيمة القاعدة القانونية، إنما هي بيئة لا تحترم عمل المؤسسات العامة بما في ذلك عمل السلطة القضائية. وهي بيئة تتميز بالخرق اليومي والمتكرر للقانون، الشيء الذي يفرض على المشرع أن يتبنى نظاما يحكم عمل النيابة العامة يتلاءم مع هذه البيئة الاجتماعية.

ولا يعني ذلك أن نظام ملاءمة المتابعة لا تتبناه إلا الدول "المتخلفة اجتماعيا" أو تلك التي لا تزال في طور النمو، وإنما قد نجد هذا النظام في نظم قضائية متطورة.

وهو ما يعني أن تبني نظام الملاءمة هو اختيار واعى من المؤسسات التشريعية وترجمة عملية للاختيارات الرسمية لنطاق ومدى حركة النيابة العامة من أجل الحفاظ على النظام العام وحماية السلم الاجتماعي.

وإذا كان نظام قانونية عمل المتابعة يقيد تحرك النيابة العامة بقواعد قانونية صارمة تتجسد بصورة جلية في لحظة تحريك الدعوى العمومية وعرض الأفراد المفترض خرقهم للقانون على أنظار المحكمة، فإن نظام الملاءمة يعطى للنيابة العامة حرية التصرف في تحريك أو عدم تحريك الدعوى العمومية بعد أخذ مجموعة من الاعتبارات التي تبقى معقولة في بيئة لا يزال فيها القانون غير محترم.

ومن تلك الاعتبارات نجد الظروف التي تقترف فيها الجريمة أو يتم فيها التعدي على القانون وخرقه، كما أن من تلك الاعتبارات نجد ما يستلزمه الظرف الاجتماعي العام ومدى قدرة القرار المتخذ من طرف النيابة العامة على إحداث الأثر المتوخى منه، أم إنه سيساهم في إحداث اضطراب اجتماعي ويأتي بنتائج عكسية؛ على اعتبار أن عدم احترام الأفراد لروح القانون وقواعده وانتصارهم للمصالح الشخصية على حساب الحق والقانون هو المحرك الأساسي لسوء فهم بعض قرارات النيابة العامة.

فالهدف إذن وراء دسترة مشروعية هذه التبعية التي يخضع لها قضاة النيابة العامة، يتجلى في ضرورة العمل على بلورة رؤية موحدة لاستكشاف الظروف الاجتماعية ومدى القدرة على رصد ما قد تسببه بعض القرارات من اضطراب اجتماعي.

وهنا، نلمس الفرق بين النظرة المؤسساتية للنيابة العامة والنظرة الشخصية لقاضي النيابة العامة في استجلاء جميع الآثار المحتملة للقرار المزمع اتخاذه.

وخلاصة القول في هذا السياق، أن النيابة العامة لا تتحرك في إطار ذاتي موسوم بالمزاجية والاعتباطية في اتخاذ القرارات، وإنما بناء على اختيار تشريعي مترجم لرغبة سياسية في إعطاء هذه الجهة القضائية دورها القانوني والاجتماعي بما يتلاءم مع طبيعة وخصوصية المجتمع.

ومنه، فلحديث عن قاضي النيابة، إنما هو حديث عن عضو من أعضاء السلطة القضائية. ولذلك، فإن مسؤوليته في تطبيق القانون تبقى أمرا محسوما في ظل النظام الدستوري والإطار القانوني الذي يسمح له باتخاذ القرارات المناسبة في الوقت المناسب، شريطة أن تكون تلك القرارات مطابقة للقانون وفي إطار التوجهات العامة التي تهدف إلى تحقيق السلم الاجتماعي.

وبالتالي، فإن التعامل مع النيابة العامة كجهة مؤسساتية يختلف عن التعامل معها تجزيئيا باعتبارها مجموعة من الأفراد.

✓ لائحة المراجع :
- الكتب :

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

- المقالات :

ذ. بجي فيصل : "النيابة العامة بين الاستقلال والتبعية: أي نموذج يجانب المغامرة؟"، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد 31، ماي 2015، ص: 60-67.

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

ذ. وهابي يوسف : "النيابة العامة سلطة خاضعة بطبيعتها ونص الدستور وروحه يؤسسان لخضوع النيابة العامة وليس لاستقلالها"، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد 4، فبراير 2013، ص: 1-5.

ذ. عبد النبوي محمد : "الدور الاجتماعي للنيابة العامة في ظل قانون المسطرة الجنائية المغربية الجديد"، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 37، 2004، ص: 84-101.

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

ذ. الزيتوني إبراهيم : "سلطة القضاء في الدستور مقومات الاستقلالية ورهانات الإصلاح"، مقال منشور بمجلة مسالك، العدد 36/35، 2015، ص: 15-27.

ذ. الحجاجي منير : "قراءة في ميثاق إصلاح العدالة ومخرجاته التشريعية"، مقال منشور بمجلة مسالك، العدد 36/35، 2015، ص: 79-93.

ذ. لكريني إدريس : "استقلالية القضاء ورهانات الديمقراطية والتنمية"، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، العدد 6، أبريل 2014، ص: 95-103.

- 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 الجلالة 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.

المعالجة القانونية لحركة النفايات الخاصة الخطرة



قرناش جمال ، ماجستير في القانون

الإداري المعمق، أستاذ متعاقد، كلية الحقوق

جامعة حسيبة بن بوعلي ، الشلف ، الجزائر

مقدمة :

تعتبر النفايات أهم المشاكل البيئية المعاصرة التي تواجه دول العالم، وخاصة الدول النامية، كأهم مصدر من مصادر التلوث، وذلك لأن النفايات تساهم بشكل مباشر في تلوث البيئة¹. وما لذلك من تأثير جد سلبي على العنصر البشري، وكذا كل مكونات الطبيعة، على اعتبار أن البيئة هي المحيط المادي الذي يعيش فيه الإنسان بما يشمل من ماء، وهواء، وفضاء، وتربة، وكائنات حية، ومنشآت شيدها لإشباع حاجياته².

ولعل أخطر أنواع النفايات إضرارا بالبيئة هو تلك النفايات التي بفعل مكوناتها وخاصة المواد السامة التي تحتويها يمتثل أن تضر بالصحة العمومية و/ أو البيئة³، وقد سمى المشرع الجزائري هذا النوع من النفايات بـ "النفايات الخاصة الخطرة" عكس بعض التشريعات المقارنة⁴.

¹- اجعير عبد القادر، التجربة المغربية في ميدان إدارة النفايات، وزارة إعداد التربة والماء والبيئة، الرباط، بدون تاريخ، ص 168.

²- ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 31.

³- المادة 03 من القانون 19/01، المؤرخ في 12/12/2001، المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها، ج.ر، عدد 77، لسنة 2001.

⁴- حيث أن المشرع الجزائري يميز بين النفايات الخاصة، وهي كل النفايات الناتجة عن النشاطات الصناعية والزراعية والعلاجية والخدمات وكل النشاطات الأخرى والتي بفعل طبيعتها ومكونات المواد التي تحتويها لا يمكن جمعها ونقلها ومعالجتها بنفس الشروط مع النفايات المنزلية وماشبهها والنفايات الهامدة، أما النفايات الخاصة الخطرة فهي السابق الإشارة إليها في الهامش رقم 03 من هذه الصفحة، في حين لا نجد هذا التمييز عند المشرع المغربي ويأخذ بمدلول واحد هو النفايات الخطرة- أنظر، الفقرة 6 من المادة 03، من الظهير الشريف 153-1-06 المؤرخ في 22 نونبر 2006 بتنفيذ القانون رقم 00-28 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها، ج.ر، عدد 5480، بتاريخ 7 دجنبر 2006، وفي نفس الاتجاه سار المشرع المصري- أنظر، المادة 1 الفقرة 19 من قانون رقم 4 لسنة 1994 في شأن البيئة، ج ر، عدد 05، لسنة 1994.

ونظرا للتبعات غير المرغوب فيها في حالة سوء تسيير هذا النوع من النفايات، وبالأخص أثناء عمليات نقلها المختلفة، أو ما يعرف بحركة النفايات الخاصة الخطرة، وبغية ضبط هذه العملية، فإن القانون قد وضع شروط وقواعد تحكم ذات العملية، سواء تعلق الأمر بحركة النفايات الخاصة الخطرة داخل حدود الوطن، أو تلك المتعلقة بحركتها خارج الحدود. هذا ما سنحاول أن نعرض عليه في هذه الدراسة، وهذا بالتطرق إلى القواعد المتعلقة بكلى الحالتين، وذلك على الشكل التالي :

المطلب الأول : القواعد المتعلقة بحركة النفايات الخاصة الخطرة داخل الحدود :

إن حركة النفايات يقصد بها" كل عملية نقل للنفايات، وعبورها، واستيرادها، وتصديرها"¹، وعلى هذا الأساس فإن هذه العملية تتضمن شحن النفايات الخاصة الخطرة، وتفريغها، ونقلها، ويساهم في هذه العملية مرسل النفايات الخاصة الخطرة و هو كل شخص طبيعي أو معنوي الذي يقوم بتسليمها إلى الشخص المكلف بنقلها أي ناقل النفايات الخاصة الخطرة، وصولا إلى من تنقل إليه بغرض تجميعها أو إزالتها، وتخضع هذه الخطوات لشروط عامة، و أخرى خاصة، جاء بها المرسوم التنفيذي 2409/04².

وعليه، سيتم التعرض في هذا المطلب إلى الشروط العامة لنقل النفايات الخاصة الخطرة (الفرع الأول)، وكذا الشروط الخاصة لنقل النفايات الخاصة الخطرة (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الشروط العامة لنقل النفايات الخاصة الخطرة :

إن الشروط العامة المطلوب توافرها في هذا المضمرة، تتمثل فيما يلي :

أ- الشروط المتعلقة بتغليف النفايات الخاصة الخطرة : نظرا لخطورة هذه النفايات، فقد أوجب المرسوم التنفيذي المنوه إليه أعلاه في مادته الرابعة (04) بوضعها في مخلفات خاصة، مع الأخذ بالاعتبار طبيعة هذه النفايات، وحالتها وكذا خطورتها، أي أن تتوافق هذه المخلفات مع تلك النفايات من حيث خصائص مساكته، ومقاومته للضغوطات والاهتزازات، والصدمات، والحرارة والرطوبة. كما يجب أن تحتوي أغلفة النفايات الخاصة الخطرة على بطاقات واضحة حتى يتسنى التعرف على نوع النفايات التي تحتويها³، وتحدد الخصائص التقنية لهذه البطاقات بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالبيئة من جهة، والوزير المكلف بالنقل من جهة أخرى.

ب- الشروط الخاصة بوسائل نقل النفايات الخاصة الخطرة: مراعاة للطبيعة الخاصة لهذه النفايات، فإنه يجب أن تكون وسائل نقلها معدة ومكيفة مع طبيعتها وخصائصها، كما يجب أن تخضع هذه الوسائل لمراقبة المطابقة والمعايير التقنية الدورية المعمول بها في هذا الشأن، وبغية التوضيح و الإعلام عن طبيعة هذه النفايات والأخطار التي يحتمل أن تشكلها، فقد أوجبت المادة التاسعة (09) من المرسوم 409/04 على ضرورة وضع إشارة خارجية واضحة خاصة بذلك على مستوى وسائل نقل هذه النفايات، في حين ألزمت المادة العاشرة (10) من نفس المرسوم على أن يكون

¹ - المادة 03 من القانون 19/01.

² - المرسوم التنفيذي 409/04، المؤرخ في 14/12/2004، المحدد لكيفيات نقل النفايات الخاصة الخطرة، ج.ر، عدد 81، لسنة 2004.

³ -أنظر، المادة 06 من المرسوم التنفيذي 409/04، وأنظر كذلك المادة 31 من الظهير الشريف 153-06-1، و المادة 2/28 من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة المصري رقم 4 لسنة 1994، قرار مجلس الوزراء 338، لسنة 1995.

ناقل النفايات الخاصة الخطرة مجوزته شهادة مهنية مسلمة له طبقا للتشريع المعمول به، وثبتت متابعتها تكويننا في هذا المجال.

ج- الشروط المتعلقة بتعليمات الأمن : فيما يتعلق بالمجال الأمني، وبغرض القيام بالتدابير الأمنية الفورية، فإنه يتعين على ناقل النفايات الخاصة الخطرة، في حالة وقوع حادث ما أثناء عملية النقل الإبلاغ و على الفور كل من مصالح الشرطة، أو الدرك الوطني، والحماية المدنية، والسلطات الإقليمية المختصة ، وذلك من أجل وقف تسرب هذه النفايات، واسترجاعها هي وكل المواد الملوثة بها التي قد تشكل خطرا معين .

الفرع الثاني : الشروط الخاصة لنقل النفايات الخاصة الخطرة :

يخضع نقل النفايات الخاصة الخطرة إلى ترخيص من قبل الهيئات صاحبة الاختصاص¹، ويخص هذا الترخيص رخصة نقل النفايات الخاصة الخطرة، و وثيقة حركة النفايات ، وذلك على الشكل التالي:

1- رخصة نقل النفايات الخاصة الخطرة :

إن رخصة نقل النفايات الخاصة الخطرة يجب أن تثبت بأن ناقل هذه النفايات مؤهل بنقلها، ويتم الحصول على هذه الرخصة بناء على طلب يتقدم به الناقل إلى الوزير المكلف بالبيئة بعد تشكيل ملف خاص، ويحدد الملف وكذا خصائصه التقنية وكيفية منحه بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالبيئة والوزير المكلف بالنقل، كما يجب على ناقل النفايات الخاصة الخطرة وخلال كل عملية نقل أن يكون حائزا على ترخيص بالنقل يكون على قيد الصلاحية، وهو ملزم بتقديمه عند كل مراقبة للسلطات المؤهلة لهذا الغرض².

2- وثيقة حركة النفايات الخاصة الخطرة :

لقد أكدت المادة السابعة عشر (17) من المرسوم التنفيذي 409/04 السالف بيانه على أن يكون كل نقل للنفايات الخاصة الخطرة مرفوقا بوثيقة خاصة تدعى ب " وثيقة الحركة"، وذلك لغرض التحقق من :

- مدى مطابقة النقل مع التنظيم والتشريع المعمول بهما .

- ضبط تدخلات كل متعامل مساهم في عملية النقل.

- مطابقة الشروط العامة لسير النقل، لا سيما مساره وآجاله.

وتحدد خصائص هذه الوثيقة بقرار مشترك بين الوزراء المكلفين بالدفاع الوطني، والداخلية، إلى جانب البيئة والنقل، ونفس الأمر ينطبق على نقل النفايات الخاصة الخطرة بواسطة النقل البحري والسكك الحديدية الوطنيين.

1- أنظر المادة 24 من القانون 19/01، وأنظر كذلك المادة 30 من الظهير الشريف 153-06-1، و المادة 25 من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة المصري

2- أنظر المادة 16 من المرسوم التنفيذي 409/04.

وقد ألزمت المادة التاسعة عشر (19) من ذات المرسوم ناقل النفايات الخاصة الخطرة بعدم مغادرة منشأة معالجة النفايات الخاصة الخطرة التي أفرع فيها هذه النفايات، إلا بعد أن تنظف وتطهر الحاوية أو المقصورة، وتكاليف التطهير هي على عاتق حائز النفايات الخاصة الخطرة.

وفي ختام عملية النقل هذه، يتعين على مرسل النفايات الخاصة الخطرة، وناقلها، وكذا المرسل إليه بتوقيع وثيقة حركة النفايات الخاصة الخطرة، كإثبات على الانتهاء من المهام الموكلة إليهم.

وللإشارة، فإن القانون الجزائري¹ يمنع معالجة هذا النوع من النفايات خارج المنشآت المرخص لها والمخصصة لذلك، ونفس الأمر متبنى في القانون المغربي².

هذه هي أهم القواعد التي يجب مراعاتها بشأن حركة النفايات الخاصة الخطرة داخل الحدود، إلا أن المشاكل الناجمة عن التلوث البيئي بصفة عامة، والنفايات الخطرة خصوصا، وضعت المجتمع الدولي أمام ضرورة إيجاد صيغ عملية، وألياف قانونية من شأنها حماية البيئة من التلوث، باعتبار أن قضية البيئة ترتبط بأهم حقوق الإنسان قاطبة³. ولهذا الغرض تم تبني قواعد تحكم عملية حركة النفايات الخاصة الخطرة خارج الحدود، وفق ما يلي:

المطلب الثاني: القواعد المتعلقة بحركة النفايات الخاصة الخطرة عبر الحدود:

إن حركة النفايات الخاصة الخطرة هو نقلها من منطقة خاضعة للولاية القضائية الوطنية لدولة إلى أو عبر منطقة خاضعة للولاية القضائية الوطنية لدولة أخرى، أو إلى أو عبر منطقة لا تخضع للولاية القضائية الوطنية لأي دولة، شريطة أن تشترك في النقل دولتان على الأقل⁴، وفي هذا الشأن فإن هناك إطار قانوني ينظم هذه العملية من جهة، ومن جهة أخرى إجراءات يلزم إتباعها، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الإطار القانوني المنظم لحركة النفايات الخاصة الخطرة عبر الحدود:

إن الإطار القانوني الذي يحكم عملية نقل النفايات عبر الحدود هو "اتفاقية بازل بشأن التحكم في نقل النفايات الخطرة عبر الحدود والتخلص منها"، والتي انضمت إليها الجزائر بتحفظ في 16/05/1998⁵.

واتفاقية بازل بشأن التحكم في نقل النفايات الخطرة عبر الحدود والتخلص منها، وعادة ما يعرف اختصارا باسم اتفاقية بازل، هي معاهدة دولية التي تم تصميمها للحد من تحركات النفايات الخطرة بين الدول، وعلى وجه التحديد لمنع نقل النفايات الخطرة من البلدان المتقدمة إلى البلدان الأقل نموا. ومعالجة حركة النفايات المشعة. وتهدف الاتفاقية

¹ - المادة 20 من القانون 19/01.

² - المادة 33 من الظهير الشريف 1-06-153 .

³ - عبد رزيق المخادمي، التلوث البيئي، مخاطر الحاضر وتحديات المستقبل، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص 143.

⁴ - المادة 02 الفقرة 03 من اتفاقية بازل بشأن التحكم في نقل النفايات الخطرة عبر الحدود والتخلص منها، المؤرخة في 22/03/1989، والتي دخلت حيز النفاذ في 05/05/1992.

⁵ - راجع في ذلك، المرسوم الرئاسي 158/98، المؤرخ في 16/05/1998، المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ لاتفاقية بازل بشأن التحكم في نقل النفايات الخطرة عبر الحدود والتخلص منها، ج.ر، عدد 32، لسنة 1998.

أيضا لتقليل كمية وسمية النفايات المتولدة، لضمان الإدارة السليمة بيئيا قدر الإمكان، ومساعدة أقل البلدان نموا في الإدارة السليمة بيئيا للنفايات الخطرة والنفايات الأخرى التي تولدها¹.

تم التصديق على هذه الاتفاقية في 22 مارس عام 1989 كرد فعل للإنتاج العالمي السنوي لمئات الملايين من أطنان النفايات الخطرة على صحة الإنسان والبيئة والحاجة الماسة للتدابير الدولية اللازمة للتعامل مع نقل هذه النفايات عبر الحدود ولضمان إدارتها والتخلص منها بطريقة سليمة بيئياً. أما مبادئ تنفيذ الاتفاقية فتشمل: يجب تقليل كمية النفايات الخطرة المتولدة، ويجب معاملتها والتخلص منها في نفس مكان تولدها بقدر الإمكان، والتقليل من عمليات نقل النفايات الخطرة عبر الحدود إلى درجة تتناسب مع إدارتها بطريقة سليمة بيئياً. وكذلك يجب تقديم المساعدة للدول النامية والدول ذات الاقتصاد المتغير².

وعليه، حتى وإن كانت هناك اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف فإن اتفاقية بازل هي التي تنظم هذا الأمر، وتخضعه بالكامل لمراقبتها، ووفق أحكامها، وتبعاً لذلك فإن عملية النقل الدولي في هذا الإطار تتم عبر إجراءات وخطوات معينة.

الفرع الثاني: إجراءات حركة النفايات الخاصة الخطرة عبر الحدود:

بناء على أحكام اتفاقية بازل، فإن عملية النقل الدولي للنفايات تتم عبر ثلاث دول³، وهي كالتالي:

أ- دولة التصدير: وهي الدولة التي يبدأ منها، أو بدأ منها بالفعل نقل النفايات الخاصة الخطرة عبر الحدود.

ب- دولة الاستيراد: وهي الدولة التي يتم فيها نقل النفايات الخاصة الخطرة عبر الحدود بغرض التخلص منها فيها، أو بغرض شحنها قبل التخلص منها في منطقة لا تقع في حدودها.

ج- دولة العبور: وهي أي دولة ما عدا دولة التصدير والاستيراد، يجري عبرها نقل النفايات الخاصة الخطرة.

ويتم النقل عبر الحدود بإتباع الخطوات الآتية⁴:

- تخطر دولة التصدير عن طريق السلطة المختصة فيها، أن تطلب من المصدر أن يخطر السلطة المختصة في الدول المعنية كتابة بأي نقل مقترح لنفايات خطرة عبر الحدود، ويتضمن هذا الإخطار المعلومات والبيانات الخاصة بهذه النفايات.

- تقوم دولة الاستيراد بالرد على المخطر كتابة بالموافقة على النقل بشروط، أو دون شروط، أو برفض السماح بالنقل، أو بطلب معلومات إضافية، وترسل نسخة من الرد النهائية لدولة الاستيراد إلى السلطات المختصة في الدولة المعنية بعملية النقل.

¹ - أنظر، الموقع الإلكتروني: https://ar.wikipedia.org/wiki/اتفاقية_بازل

² - المرجع نفسه.

³ - الفقرات 10 ، 11 ، 12 ، من المادة 02 لاتفاقية بازل.

⁴ - المادة 06 من اتفاقية بازل.

- لا تسمح دولة التصدير للمصدر ببدء النقل عبر الحدود حتى تتلقى تأكيدات بأن المخاطر قد تلتقى الموافقة المكتوبة لدولة الاستيراد.

- تقوم كل دولة عبور طرف في عملية النقل هذه، بإبلاغ المخاطر على وجه السرعة باستلام الإخطار، ويجوز لها أن ترد بعد ذلك على المخاطر كتابة خلال ستون (60) يوما بالموافقة على النقل بشروط، أو دون شروط، أو برفض السماح بالنقل، أو بطلب معلومات إضافية، وعلى دولة التصدير ألا تسمح ببدء النقل إلا بعد أن تتلقى الموافقة المكتوبة لدولة العبور.

وعليه، فإن عملية النقل الدولي للنفايات الخاصة الخطرة لا بد أن تتم في إطار قواعد وأحكام اتفاقية بازل، وأي نقل لا يحترم ذلك يعد تجارا غير مشروع للنفايات.

وللتنويه، فإن القانون الجزائري¹، وكذا القانون المغربي²، يمنعان استيراد النفايات الخطرة.

خاتمة :

بعد الانتهاء من هذه الدراسة، نخلص إلى أن النفايات الخاصة الخطرة تعد أخطر أنواع النفايات، ولأجل ذلك كان لها حيز قانوني هام سواء على الصعيد الوطني، أو الصعيد الدولي، بغية مجابهة نتائجها السلبية، خاصة أثناء نقلها، على اعتبار أن خطورتها تزداد ضراوة كلما كان هناك تسيير سيء لحركة هذه النفايات، لذا أضفى القانون بعض القواعد والشروط، والتي من شأنها أن تصد من معضلة الآثار غير المرحب بها بالنسبة لصحة البشر والبيئة ككل. وقد تباينت هذه الشروط وتلك القواعد بين ما هو وطني، بما في ذلك شروط تخص الشخص الناقل لهذه النفايات، وأخرى خاصة بوسائل النقل ومستنداته، وبين ما هو دولي، والذي كان لاتفاقية بازل الدور البارز في تنظيم إجراءات عملية النقل عبر الحدود، باستحداث أدوات تستخدمها الحكومات على جميع المستويات، بغرض توفير التوجيه العملي في هذا الشأن، والذي من شأنه تسهيل إدارة حركة النفايات الخطرة بطريقة أجمع، تسهم في ضمان العيش في كنف بيئة نظيفة وسليمة، وهو الهدف المرجو من كل ما سيق في هذه الأسطر.

✓ قائمة المصادر و المراجع :

- اجعير عبد القادر، التجربة المغربية في ميدان إدارة النفايات، وزارة إعداد التربة والماء والبيئة، الرباط، بدون تاريخ.
- ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- القانون 19/01، المؤرخ في 2001/12/12، المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها، ج.ر، عدد 77، لسنة 2001.
- الظهير الشريف 153-06-1 المؤرخ في 22 نونبر 2006 بتنفيذ القانون رقم 00-28 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها، ج.ر، عدد 5480، بتاريخ 7 دجنبر 2006.
- قانون رقم 4 لسنة 1994 في شأن البيئة، ج.ر، عدد 05، لسنة 1994.

¹- المادة 25 من القانون 19/01.

²-المادة 42 من الظهير الشريف 153-06-1

- المرسوم التنفيذي 409/04، المؤرخ في 2004/12/14، المحدد لكيفيات نقل النفايات الخاصة بالخطرة، ج.ر، عدد 81، لسنة 2004.
- اللائحة التنفيذية لقانون البيئة المصري رقم 4 لسنة 1994، قرار مجلس الوزراء 338، لسنة 1995.
- عبد رزيق المخادمي، التلوث البيئي، مخاطر الحاضر وتحديات المستقبل، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000.
- اتفاقية بازل بشأن التحكم في نقل النفايات الخطرة عبر الحدود والتخلص منها، المؤرخة في 1989/03/22، والتي دخلت حيز النفاذ في 1992/05/05.
- المرسوم الرئاسي 158/98، المؤرخ في 1998/05/16، المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ لاتفاقية بازل بشأن التحكم في نقل النفايات الخطرة عبر الحدود والتخلص منها، ج.ر، عدد 32، لسنة 1998.
- الموقع الإلكتروني : اتفاقية_بازل - <https://ar.wikipedia.org/wiki/>

النّامين من المسؤولية المدنية الطبية - دراسة مقارنة في القانون الجزائري والفرنسي -



سناء خميس دكتوراه في القانون

الخاص جامعة مولود معمري تيزي وزو

Email : khemissana06@gmail.fr

ملخص :

تعتبر آلية التأمين من المسؤولية الطبية ضرورة لا خيار في الآونة الأخيرة خاصة مع كثرة وازدياد عدد ضحايا الحوادث الطبية نظراً للتقدم الذي يشهده المجال الطبي وكذا استعمال التقنيات المعقدة التي أفرزها التطور العلمي والتقني في مجال إنتاج وسائل العلاج، مع هذا الوضع برزت أكثر دور آلية التأمين في مجال المسؤولية الطبية باعتبارها وسيلة تضمن حصول ضحايا الحوادث الطبية على حقهم في التعويض وكذا حماية التقدم في المجال الطبي بحماية الذمة المالية للأطباء بجانبها السلبي ما يشجعهم أكثر على الابتكار والعمل. هذا ما دفع بالتشريع الفرنسي وكذا الجزائري لتبني هذه الآلية وجعلها إلزامية.

مقدمة :

كانت ولا زالت مهنة الطب تؤثر على حياة الأشخاص بصفة إيجابية وسلبية، بصورة إيجابية من خلال معالجة الأمراض والعلل المختلفة التي تمس بحياة الأشخاص وبصورة سلبية على اعتبار أن الطبيب يظل دائماً شخص يمكن له أن يرتكب أخطاء، ما دفع بالتشريعات المختلفة إلى تقرير المسؤولية الطبية بنوعها المدنية والجنائية محاولة لتجسيد الحماية الكافية للمرضى المتضررين من الأخطاء الطبية خاصة بتطور الوسائل العلاجية والأجهزة المستعملة في المجال الطبي.

ظهرت مشكلة التعويض بعد كثرة الدعاوي أمام القضاء في مجال المسؤولية الطبية خاصة المسؤولية المدنية لطرفي الدعوى سواء المدعي أي المريض من خلال عدم حصوله على حقه في حالة إعسار الطبيب، أو المدعى عليه وهو الطبيب الذي يكون التعويض كعبء مالي يتقل كاهله ويؤدي إلى انتقاص ذمته المالية.

أدت كل هذه الأسباب إلى ضرورة إيجاد وسيلة للاحتياط والحماية، وهذا مالا يتجسد إلا عن طريق نظام التأمين الذي أصبح في المجال الطبي ضرورة لا خيار ما أدى إلى تدخل التشريعات وإقرار إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية الطبية عن طريق إبرام عقد التأمين مع الشركات المختصة بهذا المجال.

للتعرّف أكثر على نظام التأمين في المجال الطبي نتساءل :

ما مدى كفاية عقد التأمين من المسؤولية في ضمان التعويض عن الأضرار الطبية ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية سنتطرق بداية إلى التعريف بعقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية في مبحث أول، ثم إلى كفاية هذا العقد في ضمان التعويض عن الأضرار الطبية في مبحث ثاني.

المبحث الأول : الإطار العام لعقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية :

يقتضي تحديد الإطار العام لعقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية التطرق لمفهومه في مطلب أول قصد بيان المقصود به، خصائصه، أطرافه وكذا تكييفه القانوني، بعدها سنتناول إلزامية التأمين في هذا النوع من المسؤولية في مطلب ثاني.

المطلب الأول : مفهوم عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبيّة :

سنتعرّض في هذا المطلب إلى التعريف بعقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية وإلى طبيعته القانونية في فرعين على التوالي :

الفرع الأول : التعريف بعقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية :

عرّف المشرع الجزائري عقد التأمين في قانون التأمينات بالكتاب الأول تحت عنوان عقد التأمين، وقياساً على هذا التعريف نستنبط تعريفاً لعقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية (أولاً) وخصائصه (ثانياً) وكذا أطرافه (ثالثاً) أولاً : تعريف عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية :

تتمثل فكرة التأمين من المسؤولية بوجود شخص ما يخشى أن يكون مسؤولاً عما يصيب الغير من ضرر فيقوم بإبرام عقد تأمين ينتقل بموجبه تبعه تعويض ذلك الضرر عن كاهله إلى طرف آخر يرضى بذلك وهو المؤمن.

انتشر التأمين من المسؤولية المهنية في معظم الدول العربية بما فيها المسؤولية الطبية، وهو عقد كسائر عقود التأمين من المسؤولية المدنية ضد الأخطاء والأخطار، يؤمن بواسطته المؤمن للمؤمن له تعويض الأضرار الناجمة عن رجوع الغير عليه بالمسؤولية، ويتعهد المؤمن بتغطية المسؤولية الطبية كاملة من الأضرار الواقعة على المريض¹.

عرّف المشرع الجزائري عقد التأمين على أنه: " عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراد أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

كما عرّفه بيكار وبيسون : " عقد بموجبه يضمن المؤمن الأضرار الناتجة عن الدعاوي الموجهة من الغير ضد المؤمن له"².

والمشرع الجزائري لم يعرف عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية بل اكتفى في المادة 167 من قانون التأمينات بالإشارة للإلزامية التأمين من المسؤولية المدنية الطبية بنصها: " يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء

¹ - كمال فريحه، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، " فرع قانون المسؤولية المهنية "، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 335.

² - زينة براهيمي: مسؤولية الصيدلي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع " قانون المسؤولية المهنية " كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،

السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير"¹

يمكن أن نقول بصفة عامة أن عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية هو عقد تلتزم بمقتضاه شركات التأمين أن تؤدي للغير المضرور مبلغاً من المال كتعويض عن الضرر الذي لحقه جراء الخطأ الطبي مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها الطبيب أو الأشخاص المهنية الطبية الأخرى، حالة تحقق الخطر المبين في العقد.

ثانياً: خصائص عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية

إن خصائص عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية هي نفسها خصائص عقد التأمين بوجه عام، وهي:

أ- رضائية عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية :

لم يشترط المشرع الجزائي وحتى التشريعات المقارنة استيفاء شكل معين أو إتمام إجراء معين لانعقاد عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية، وبما أن الأصل في العقود الرضائية، فإن هذا العقد يبرم بمجرد ائتران الإيجاب بالقبول، غير أن إثباته لا يكون إلاً بالكتابة والتي تتمثل في وثيقة التأمين نظراً لشدة تعقيده واشتماله على العديد من الشروط المتنوعة وامتداد أثره إلى الغير المضرور، واشتراط الكتابة للإثبات يقتصر على علاقة المؤمن بالمؤمن له، أما الغير المضرور فيمكنه إثبات عقد التأمين بكافة طرق الإثبات.

ب- عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية عقد ملزم لجانبين

يرتب عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية حقوق والتزامات متقابلة على عاتق أطرافه بحيث يكون المؤمن له ملزم بدفع أقساط التأمين مقابل التزام المؤمن بدفع مبلغ التعويض عند تحقق الخطر المؤمن منه² لذا هو عقد ملزم لجانبين.

ج- عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية عقد زمني مستمر:

يكون الزمن في عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية عنصراً جوهرياً في تنفيذه، إذ لا يمكن أن يتم تنفيذه دفعة واحدة بمجرد انعقاده، وإنما يتم تنفيذه بأداءات مستمرة، فالتزام شركة التأمين بضمان التعويض عن الأضرار الطبية هو التزام مستمر منذ إبرام العقد حتى انقضائه، وكذلك الأمر بالنسبة للمؤمن له عندما يظل ملتزماً بأداء أقساط التأمين على فترات متتالية.

وما يترتب على اعتبار عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية عقد تأمين من المسؤولية وعقد زمني، أن المؤمن ملزم بتعويض الضرر الطبي حتى ولو وقع الخطر المؤمن منه أكثر من مرة واحدة خلال المدة التي يسري فيها العقد بمجرد تحقق المسؤولية³.

د- عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية عقد إذعان :

ثار خلاف حول تحديد ما إذا كان عقد التأمين من المسؤولية بصفة عامة عقد إذعان أم لا.

¹ - المادة 167 من الأمر رقم 95 - 07 مؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلّق بالتأمينات، ج.ر عدد 13 الصادر في 08 مارس 1995، معدّل ومتمم بموجب القانون رقم 06 - 04 مؤرخ في 20 فبراير 2006، ج.ر عدد 15 الصادر بتاريخ 12 مارس 2006.

² - بهاء الدين مسعود سعيد خويبة: الآثار المترتبة على عقد التأمين المسؤولية المدنية-دراسة مقارنة-، أطروحة لاستكمال درجة الماجستير في برنامج القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008، ص 18 و19.

³ - بهاء الدين مسعود سعيد خويبة: مرجع نفسه، ص 20.

هناك من يرى أن عقد التأمين من المسؤولية تتوافر فيه صفة الإذعان بسبب أن المؤمن يقوم بطباعة نماذج للعقد يضع فيها شروطه التي لا يقبل نقاشاً فيها، بحيث لا يكون أمام المؤمن له سوى التسليم والقبول أو الرفض. من جهة أخرى، هناك من يرى أن عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية ليس من عقود الإذعان لأن المؤمن له يمكنه رفض التعاقد واللجوء لشركة تأمين أخرى مما ينفي صفة الإيجاب والرضوخ من جانب المؤمن له. وبالأخص عقد التأمين الإلزامي كعقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية، فهو ليس من عقود الإذعان لأن العقد مفروض على المؤمن له والمؤمن على السواء، بالتالي لا يكون هناك طرف قوي يفرض شروطه على الطرف الآخر¹. يبقى عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية عقد إذعان وما القول أن المؤمن له، له الحرية في اختيار شركة التأمين المناسبة له هذا لا يعني سوى أنه في حقيقة الأمر سيختار من بين شركات التأمين المتعددة الشركة التي يفضل الإذعان لديها، والدليل على ذلك هو نص المادة 622 من القانون المدني الجزائري التي أشارت إلى بطلان الشروط التعسفية الواردة بعقد أو وثيقة التأمين دون تمييز بين أنواع التأمينات من المسؤولية سواء كانت اختيارية أم إلزامية².

ثالثاً: أطراف عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية :

يبرم عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية بين طرفين هما: المؤمن (أ) و المؤمن له (ب) :

أ- المؤمن :

المؤمن هو الشخص المعنوي المانح للضمان في مقابل القسط أو الاشتراك والذي يصبح مالك لهما بمجرد تسلمهما، وشركة التأمين تأخذ أحد الشكلين الآتيين : شركة ذات أسهم وشركة ذات شكل تعاضدي استناداً لنص المادة 215 من قانون التأمينات التي تقضي : " تخضع شركات التأمين و/ أو إعادة التأمين في تكوينها إلى القانون الجزائري وتأخذ أحد الشكلين الآتيين :

- شركة ذات أسهم،

- شركة ذات شكل تعاضدي.

غير أنه عند صدور هذا الأمر، يمكن للهيئات التي تمارس عمليات التأمين دون أن يكون غرضها الربح أن تكتسي شكل الشركة التعاضدية³

ب- المؤمن له :

لتحديد الأشخاص المعنيين بالمسؤولية المدنية الطبية، نعود لقانون التأمينات الذي حددهم ب:

- المؤسسات الصحية المدنية،

- أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي،

- الصيدالة⁴.

¹ بهاء الدين مسعود سعيد خويبر: الآثار المترتبة على عقد التأمين المسؤولية المدنية-دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص 23.

² المادة 622 من الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدّل و متمم بالقانون رقم

05 - 10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر عدد 44 الصادر في 26 يونيو 2005.

³ المادة 215 من الأمر 95 - 07 المتعلق بالتأمينات، مرجع سابق.

⁴ المادة 167 من الأمر 95 - 07 المتعلق بالتأمينات، مرجع نفسه.

كما أضافت المادة السادسة من المرسوم رقم 07 - 321 المتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة وسيرها، المؤسسات الإستشفائية الخاصة¹.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية.

هناك ثلاث عناصر بها تتبين الطبيعة القانونية لعقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية هي: تأكيد عقد التأمين للمسؤولية وعدم نفيها (أولاً)، عقد التأمين من المسؤولية ليس باشتراط لمصلحة الغير (ثانياً) كما أنه عقد تأمين من الدين (ثالثاً).

أولاً: عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية يؤكد المسؤولية لا ينفىها:

إنّ أهم ما يميّز عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية أنّه يؤكد المسؤولية لا ينفىها؛ فموجب عقد التأمين يتحصل المضرور على تعويض من طرف شخص آخر غير مرتكب الخطأ بموجب عقد أبرم بين المؤمن (شركة التأمين) والمؤمن له (الطبيب) وهو مرتكب الخطأ، فهذا العقد يؤكد ويقر بقيام مسؤولية الطبيب وبخطئه لكن لا ينفىها، أي يبقى الخطأ مسند إلى الطبيب، فالغرض من التأمين من المسؤولية المدنية الطبية هو استبقاء المسؤولية في ذمة المسؤول (الطبيب) وجعل المؤمن هو الذي يتحملها بدلا عنه (شركة التأمين).

ثانياً: عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية ليس باشتراط لمصلحة الغير:

يختلف عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية عن الاشتراط لمصلحة الغير؛ فالاشتراط التزام أحد طرفي العقد - المتعهد - بأن يؤدي مباشرة لشخص أجنبي عن العقد وهو المنتفع أداء معين اشترطه لصالح طرف آخر وهو المستفيد الذي يكتسب حقا مباشرا تجاه المتعهد بتنفيذ المشاركة لصالحه، فحين عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية الأصل فيه أن المضرور (المريض) ليس له حق مباشر في مواجهة شركة التأمين فهو ليس بالمستفيد من عقد التأمين، بل مكتسب الحق هو الطبيب وهذا الحق هو تحمل شركة التأمين التعويض بدلا من الطبيب، كما أن هذا الأخير يتعاقد مع شركة التأمين لمصلحته لا لمصلحة الغير المضرور²

ثالثاً: عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية عقد تأمين من الدين:

يعتبر عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية تأمينا من الدين إذ يضمن الجانب السلبي للذمة المالية للمؤمن له وهو الطبيب أي تغطية الزيادة التي قد تصيب العنصر السلبي للذمة المالية للطبيب المتمثلة فيما عليه من التزامات مالية اتجاه الغير وهو المريض لسبب ارتكابه الخطأ³

المطلب الثاني: إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية الطبية:

نظرا للأهمية البالغة لعقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية سواء للمؤمن له أو الغير المضرور (الفرع الأول)، صدرت نصوص قانونية تقضي بالزاميته مثل ما فعل المشرع الفرنسي وكذا المشرع الجزائري (الفرع الثاني) الفرع الأول: أهمية عقد التأمين من المسؤولية المدنية:

وُجد عقد التأمين أساسا لتحقيق منفعة وتلبية حاجة أساسية لكل من المؤمن (أولاً) أو الغير (ثانياً) وذلك في ضمان التعويض عند حدوث الضرر الطبي.

¹ - المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 07 - 321 مؤرخ في 22 أكتوبر 2007، يتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة وسيرها، ج.ر عدد 67 الصادر في 24 أكتوبر 2007.

² - بهاء الدين مسعود سعيد خويبة: الآثار المترتبة على عقد التأمين المسؤولية المدنية-دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص 13.

³ - بهاء الدين مسعود سعيد خويبة: الآثار المترتبة على عقد التأمين المسؤولية المدنية-دراسة مقارنة-مرجع سابق، ص 17.

أولاً: أهمية عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية بالنسبة للمؤمن له :

يبرز دور عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية في توفير الدعم الكافي للأطباء لإيجاد مزيد من الابتكارات وعدم الحد من قدراتهم في التوجه إلى كل ما هو جديد، المساهمة في الرفع من مستوى أدائهم المهني إذ يخلق لديهم شعوراً بالأمان والطمأنينة في أداء واجباتهم بما يكفل الرفع من مستواها والتفوق في أدائها وتشجيع المبادرات الفردية والأنشطة الطبية الأخرى بتغطية الأخطار والأضرار الناجمة عن ممارسة الأعمال الطبية وفقاً للأصول المتعارف عليها دون خوف من شبح المسؤولية¹.

ثانياً: أهمية عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية بالنسبة للغير المضرور:

تكمن أهمية عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية بالنسبة للغير المضرور أي المرضى كون أنه النظام الوحيد الذي يمكن أن يوفر الأمان للمرضى وطمأنتهم بأن الالتجاء إلى الأطباء وحدث خطأ طبي ليس مجازفة مجهول مصيرها، لأن في نظام التأمين من المسؤولية المدنية الطبية ما يوفر لهم التعويض المناسب إذا ما نتج عن المعالجة الطبية أخطاء أودت بقدراتهم أو حدثت منها².

الفرع الثاني: التكريس القانوني لإلزامية التأمين في المجال الطبي :

إنّ التأمين من المسؤولية المدنية في فرنسا كان تأميناً اختيارياً باستثناء بعض الحالات الخاصة كما هو الحال في مجال البحوث العلمية الطبية ومؤسسات نقل الدم، إلى أن تبني المشرع الفرنسي قانون 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة الذي عدّل أحكام المسؤولية الطبية³ وكان عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية يغطي كل الأخطاء المهنية الطبية، لكن هذا لا يعني إعفاء المسؤول من تحمل المسؤولية الجنائية⁴. كما كرّست بعض التشريعات إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية الطبية منها الجزائرية على إلزامية التأمين في المجال الطبي (أولاً)، كما نصّت على جزاء في حالة مخالفة هذه القاعدة (ثانياً)

أولاً: النصوص القانونية المؤكدة على إلزامية التأمين في المجال الطبي :

ألزم قانون الصحة الفرنسي في المادة 1142 مكرر 2 التأمين من المسؤولية المدنية وكذا الإدارية بنصها في الفقرة الرابعة: " تأمين المؤسسات والمصالح والهيئات المذكورة في الفقرة الأولى يغطي إجراءات العاملين ضمن حدود المهمة الممنوحة لهم، حتى ولو كان هؤلاء يتمتعون بالاستقلالية في ممارسة فن الطب"⁵

أمّا بالنسبة للتشريع الجزائري فقد نصّت المادة 167 من الأمر 95 - 07 المتعلق بالتأمينات: " يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المهنية اتجاه مرضاهم واتجاه الغير"⁶.

¹ - كمال فريحة: المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 336

² - كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 336

³ - سامية بومدين، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 179.

⁴ - ينظر:

ARICHAUX –RAMU Michèle : responsabilité du médecin, principes généraux, fasc. 440-1, édition technique, Juris – classeurs, 1993, p 19.

⁵ - ينظر:

Loi n°2002- 203 du 04 mars 2002 relative aux droit des malades et à la qualité du système de santé, J O R F du 05 mars 2002.

⁶ - المادة 167 من الأمر 95 - 07 يتعلّق بالتأمينات، مرجع سابق.

كما نصّت المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 07-321: " يتعيّن على المؤسسة الإستشفائية الخاصة اكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة ومستخدميها ومرضاها"¹ تؤكد هذه النصوص إجبار المشرع الجزائري كل أعضاء السلك الطبي بإبرام عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية.

ثانياً: الجزاء المترتب عن عدم التأمين من المسؤولية المدنية الطبية :

فرض المشرع الفرنسي في قانون الصحة العامة غرامة مالية والمنع من الممارسة الطبية في حالة عدم الالتزام بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية، وهذا ما نصّت عليه المادة 1142 مكرر 25 الفقرة الأولى: " يعاقب على الإخلال بإلزامية التأمين المنصوص عليه في المادة 1142 مكرر 2 بغرامة تقدّر ب 45000 أورو كما يعاقب الأشخاص الطبيعيين على ارتكابهم الجريمة المذكورة في هذه المادة أيضا بعقوبة تكميلية بالمنع حسب الكيفيات المنصوص عليها في المادة 131-27 من قانون العقوبات ..."²

أمّا بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نصّت المادة 1/184 من الأمر 95-07 المتعلّق بالتأمينات " يعاقب على عدم الامتثال لإلزامية التأمين المنصوص عليه في المواد 163 إلى 172 و 174 أعلاه بغرامة مالية مبلغها 5000 دج إلى 10000 دج"

ما يلاحظ بإجراء مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري أنّ الجزاء حسب المشرع الجزائري هو جزاء رمزي، وليس بجزاء حقيقي كما هو في قانون الصحة الفرنسي، بالتالي يجب على المشرع وضع جزاء أكثر صرامة في حالة الإخلال بإلزامية التأمين، بالإضافة إلى انعدام المتابعة التأديبية كما هو موجود في القانون الفرنسي. أفضل موقف هو للمشرع الإماراتي يجعل الالتزام بالتأمين شرط ضروري ولازم للحصول على الترخيص لممارسة المهنة، وبالتالي مخالفة هذا الالتزام يؤدي إلى متابعة الطبيب بممارسة المهنة بصفة غير مشروعة³.

المبحث الثاني: ضمان عقد التأمين للمسؤولية المدنية الطبية :

تغطي شركة التأمين بعض الأضرار الطبية إذا ما توفرت فيها جملة من الشروط القانونية، دون فئة أخرى من الأضرار، وحماية للمرضى المتضررين تدخل المشرع الفرنسي بالنص على أساس آخر لجانب الخطأ للمسؤولية وهو المخاطر لكن في هذه الحالة صندوق التضامن القومي هو الذي يقوم بالتعويض لسبب انتفاء الخطأ الطبي (المطلب الأول) والمتضرر يستفي حقه من التعويض إمّا بطريقة ودية أو عن طريق القضاء مع مراعاة طريقة ارتكاب الخطأ الطبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: كفاية عقد التأمين في تعويض الأضرار الطبية :

تعوّض شركة التأمين عن الخطأ الطبي الذي حدّده القانون بتوفّر شروط معينة (الفرع الأول)، كما توجد فئة من الأضرار غير معوّضة بقوة القانون فيها يتحمّل المتضرر تبعه ذلك، وفئة أخرى نصّ عليها المشرع الفرنسي ويتم التعويض عنها على أساس المخاطر (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الأضرار الطبية المعوّضة من المؤمن :

نصّ القانون على الأضرار المعوّض عنها من قبل شركة التأمين (أولاً) ذلك إذا ما توافرت جملة من الشروط (ثانياً).

¹ - المادة 06 من المرسوم التنفيذي 07-321 المتضمّن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة و سيرها، مرجع سابق.

² - كمال فريجة: المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 339.

³ - كمال فريجة: المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 339.

أولاً: الأضرار المحددة قانوناً :

بخلاف المشرع الجزائري الذي لم يحدد في المادة 167 من أمر 95 - 07 السالف ذكره الأضرار الطبية التي يعوّضها المؤمن عند قيام مسؤولية الطبيب، فإن المشرع الفرنسي حددها إذ يلتزم المؤمن طبقاً لأحكام قانون 04 مارس 2002 بتعويض المضرور من جراء خطأ الطبيب جميع المبالغ المالية التي يكون الطبيب ملزماً بتقديمها للمضرور في حالة قيام مسؤوليته وهي كالتالي :

- جميع المبالغ التي يكون مسؤولاً عن دفعها إلى المريض المضرور كنتيجة مباشرة لخطئه المهني الشخصي، بما في ذلك المصاريف التي تنفق من قبل المؤمن لدفع المسؤولية عنه، ويشمل التعويض في حالة وفاة المريض، الضرر المرتد إلى خلفه العام.

- المبالغ التي يكون الطبيب مسؤولاً عنها بموجب مسؤوليته التبعية عن الأخطاء الصادرة عن مساعديه الذين يعملون تحت إشرافه وتوجيهه، بما في ذلك الأطباء تحت التربّص.

- كافة الأضرار الجسدية أو المادية التي تلحق بالمرضى من لحظة دخولهم إلى عيادة الطبيب أو مكان مزاولته نشاطه المهني حتى مغادرتهم العيادة وذلك ضمن مقدار خاص لهذا التعويض يحدد في وثيقة التأمين، ولا يشمل هذا الالتزام الأضرار الجسدية أو المادية لمستخدمي المؤمن لهم أو أزواجهم أو أبنائهم أو أبويهم¹.

تقدر قيمة تعويض المريض المضرور بما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب وفقاً للقواعد العامة، فيشمل كافة الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة به، أي ما يصيبه من ضرر جسدي أو عاهة مستديمة وما يتبع ذلك من خسارة بسبب عدم القدرة عن العمل أو مصاريف العلاج الإضافية، وكذلك الضرر المعنوي الناتج عما يصيبه من تشوهات جسدية، وفي حالة وفاته يمتد التعويض إلى الضرر المادي والمعنوي المرتد لخلفه العام.

ولا يجوز للمضرور الذي حصل على التعويض من المؤمن أن يرجع بعد ذلك على المسؤول بتعويض آخر إلا في حالة عدم تمكنه من الحصول على تعويض كامل من شركة التأمين فيرجع على المسؤول بما يكمل التعويض².

ثانياً: شروط التعويض :

تغطي شركة التأمين أخطاء الطبيب بتوفّر شرطين هما :

أ- حدوث الخطأ أثناء مراحل العمل الطبي :

ينحصر نطاق التأمين من مسؤولية الطبيب في تغطية نتائج خطئه المهني عبر جميع مراحل نشاطه الطبي، سواء كان ذلك في مرحلة التشخيص أم العلاج أم في مرحلة الرعاية والمتابعة اللازمة بعد العلاج.

فمضمون هذا التأمين تعويض المريض عن الضرر اللاحق به بسبب خطأ الطبيب أو الجراح، سواء وقع هذا الخطأ في مرحلة التشخيص أو في مرحلة العلاج أو خلال إجراء عملية جراحية، أو أخطاء التخدير، أو وقع الضرر وقت الاستشارة الطبية، وباتفاق خاص يمكن تغطية الأخطاء الصادرة عن الأشخاص الذين يستعين بهم الطبيب في تنفيذ العلاج أو في الرعاية والمتابعة كأعمال التمريض المطلوبة بعد وصف العلاج أو بعد إجراء التدخلات الطبية الجراحية³.

¹ - كريمة عباشي: الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 161.

² - كريمة عباشي: الضرر في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 161.

³ - كريمة عباشي: مرجع نفسه، ص 159.

ب- شرط وقوع الخطأ من الطبيب المختص :

لا يجوز للطبيب غير المختص بالجراحة القيام بعمليات جراحية، حتى ولو كان قادراً عليها، فلا يجوز لطبيب الأنف والحنجرة إجراء عملية جراحية لترقيع القرينة في عين المريض فإن تجاوز حدود تخصصه الطبي حتى إن اقتضت الضرورة ذلك فإنه يتحمل بمفرده نتائج الخطأ الصادر منه، ولا تعوّض شركة التأمين¹.

في هذا الصدد نصّت المادة 160 من القانون المتضمّن مدوّنة أخلاقيات الطبّ " يخوّل الطبيب وجراح الأسنان القيام بكلّ أعمال التشخيص والوقاية والعلاج، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجا أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصه أو إمكانياته إلاّ في الحالات الاستثنائية"²

الفرع الثاني : الأضرار الطبيّة غير المعوّضة من المؤمن :

تشمل الأضرار الطبية غير المعوّضة من المؤمن نوعين: الأضرار غير معوّضة بقوة القانون (أولاً)، الأضرار الناجمة عن المخاطر (ثانياً)

أولاً : الأضرار غير معوّضة بقوة القانون :

لا تغطي شركة التأمين الأضرار اللاحقة بالمضروب والناجمة عن :

- المسؤولية الناتجة عن ارتكاب الطبيب خطأ متعمداً أدى إلى تضرر المريض أو وفاته، كما في حالة القتل الرحيم، سواء أكان ذلك بطلب من المريض أو ذوبه، كما تشمل موت المريض بسبب إيقاف أو رفع أجهزة الإنعاش الصناعي بالرغم من عدم تأكد الطبيب من موت المريض دماغياً.

- المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن خطأ عادي غير مهني إذا كان نطاق التأمين ينحصر بالخطأ المهني³
- المسؤولية الناجمة عن المعالجة بأشعة إكس وجميع العناصر المشعّة، ما لم يتم الاتفاق على تغطيتها ولقاء قسط تأمين إضافي.

- المسؤولية الناجمة عن إجراء التجارب الطبيّة، ووصف المنتجات الدوائية قبل إجازة تسويقها.

- المسؤولية الناجمة عن عمليات الإجهاض الاختياري.

- المسؤولية الناجمة عن جراحة التجميل.

- المسؤولية الناجمة عن مخالفة الأصول العلمية لمهنة الطبّ.

- المسؤولية الناجمة عن زرع الأعضاء.

- المسؤولية الناجمة عن العمليات الجراحية التي يقصد منها تعديل الصفات الوراثية.

- المسؤولية الناجمة عن تغيير الجنس.

- المسؤولية الناجمة عن زراعة الأسنان.

- المسؤولية الناجمة عن خطأ الطبيب البديل، ما لم يتم الاتفاق على تغطيتها لقاء قسط تأمين إضافي.

¹ - كريمة عباشي: الضرر في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 160

² - المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 26 يوليو 1992، المتضمّن مدوّنة أخلاقيات الطبّ، ج.ر عدد 52 الصادر في 08 يوليو 1992.

³ - كريمة عباشي: الضرر في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 162.

- المسؤولية الناجمة عن حوادث السيارات التي تقع بفعل المؤمن له (الطبيب) أو أحد تابعيه أثناء استخدامها في أغراض النشاط الطبي، لأن مثل هذه المسؤولية مغطاة بموجب التأمين من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات.

- الغرامات المحكوم بها على الطبيب الجنائية.

- الأضرار الجسدية للمريض أو وفاته الناجمة عن سبب أجنبي¹.

ثانياً: الأضرار الناجمة عن المخاطر:

قد يتصور وجود حالات أين ينعدم الخطأ الطبي ما ينتج عنه انتفاء مسؤولية الطبيب وعدم تعويض شركة التأمين، لكن يكون المريض أصيب بضرر سببه المخاطر التي قد تلازم أعمال الوقاية والتشخيص والعلاج، ورغبة من المشرع الفرنسي في حصول المضرورين على التعويض أضاف بالمادة 98 مواد جديدة إلى قانون الصحة العامة أشار فيها إلى الحق في التعويض باسم التضامن الوطني، وهذه المخاطر تشمل كل من:

أ- أضرار الحوادث الطبية وانتانات المشافي الناجمة عن عمل من أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج

تم تعريف الحادث الطبي من قبل مجلس الدولة الفرنسي في مجال مسؤولية المستشفيات العامة خلال حكم صدر في 1993: " نسبة المخاطر التي تصاحب العمل الطبي اللازم للعلاج أو التشخيص، والتي يكون وجودها معروفاً غير أن تحققها يعتبر أمراً استثنائياً لا صلة لها بحالة المريض الأولى ولا يمكن اعتبارها تطوراً متوقفاً لها ويتخلف عنها ضرر ذو خطورة استثنائية" أو ضرر ناتج عن إنتان مشفى بمناسبة استشفاء المريض في مستشفى عام أو خاص².

ب- أضرار العلل العلاجية الناجمة عن عمل من أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج:

قد يتضرر المريض لسبب وجود مخاطر في الأدوية التي يستعملها وفي هذا الصدد تعدد مسؤولية الطبيب، والدواء باعتباره منتج فالمسئول بدرجة أولى هو المنتج.

قام المشرع الفرنسي باستحداث مسؤولية المنتج في القانون المدني سنة 1998 في المواد 1386 مكرر أين أشار إلى المنتجات المعيبة، ويكون المنتج معيب حسب المادة 1386 مكرر 4 عندما لا يحقق الأمن أو الاستعمال المشروع المنتظر منه وفي هذه الحالة تقوم مسؤولية المنتج مع مراعاة حكم المادة 1386 مكرر 11 على منتوجه بما فيها المنتجات الصحية مثل الدواء.

ولكن المشرع الفرنسي في المادة 1142 مكرر 1 في الفقرة الثانية نصّ صراحة على فتح باب للتعويض عن مخاطر الأدوية على أساس مبدأ التضامن الوطني في حدود معينة وعندما لا تتوافر شروط التعويض وفقاً للقانون المدني³

لكي يتم التعويض باسم التضامن الوطني يجب توافر جملة من الشروط:

1 - انتفاء خطأ الطبيب أو الهيئة أو المؤسسة الصحية وعدم قيام مسؤولية المنتج.

2 - أن يتعلّق الضرر المراد تعويضه بحادث طبي أو علة علاجية المنشأ أو إنتان المشفى.

3 - توافر رابطة السببية بين الضرر والنشاط الطبي.

4 - النتائج غير العادية للأضرار.

¹ - كريمة عباشي: الضرر في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 162 و 163.

² - كمال فريجة: المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 350.

³ - كمال فريجة: مرجع نفسه، ص 349.

5 - شرط الجسامة إذ اشترط المشرع نسبة العجز أن تتعدى 25 بالمائة¹.

تجدر الإشارة أنه بعد صدور قانون حقوق المرضى في فرنسا عام 2002، والذي تشدد كثيرا بالنسبة للمسؤولية المدنية للطبيب، ثارت صعوبات عدة على أرض الواقع بشأن التأمين من المسؤولية الطبية. ونتيجة لذلك تدخل المشرع الفرنسي ثانية في 30-12-2002 وأصدر قانونا مكملا لقانون حقوق المرضى ينص على توزيع التعويض المالي عن الأضرار الناجمة عن انتانات المشافي بين شركات التأمين والمكتب الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية الذي أنشأه قانون حقوق المرضى لهذه الغاية².

المطلب الثاني: طرق استيفاء مبلغ التأمين:

تختلف كيفية التعويض بين حالتين: حالة ارتكاب الخطأ من طبيب واحد وحالة ارتكابه في فريق طبي (الفرع الأول)، كما توجد هناك طريقتين يعتمد عليهما المضرور لاستيفاء حقه من المؤمن: الطريقة المباشرة وهي طريقة ودية والتسوية القضائية التي يمكن اعتبارها طريقة غير مباشرة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: التعويض عن الأضرار الطبية:

نتعرض في هذا الإطار إلى حالتين:

أولاً: حالة الخطأ الطبي الفردي

إن الخطأ الطبي يوصف على أنه الخطأ المهني الذي يقوم عند إخلال ذوي المهن بالواجبات الخاصة التي تفرضها عليهم منهم كإهمال الجراح أصول مهنة الجراحة وإهمال المحامي أصول الدفاع عن موكله وتعتبر المسؤولية عن هذا الخطأ مسؤولية عقدية إذا كان يربط صاحب المهنة بالمضرور عقد، أما إذا انتفى هذا العقد فالمسؤولية تقصيرية³. كما عرفه علماء الشريعة الإسلامية بأنه: "الخطأ الفاحش الذي لا تقره أصول الطبابة ولا يقره أهل العلم والفن من ذوي الاختصاص"⁴ تضمن شركات التأمين المسؤولية المهنية للأطباء عن أخطائهم الفردية وأخطاء المساعدين حماية للمرضى وحماية للمهنة الطبية، بشرط ألا يتجاوز الطبيب حدود تخصصه فالتأمين يغطي المسؤولية المهنية للطبيب في مجال تخصصه، وفي حالة تجاوز الطبيب الأجير المهمة المنيطة به يمكن لشركة التأمين التنصل من تغطية المسؤولية المدنية أي سقوط ضمان المؤمن، هذا ما أخذ به المشرع الفرنسي وكذا الجزائري⁵.

ثانياً: حالة الخطأ المرتكب داخل الفريق الطبي:

المشكل لا يطرح في حالة ارتكاب الخطأ الطبي من طرف طبيب واحد لأنه يؤمن من طرف شركة تأمين واحدة، لكن الإشكال يطرح في حالة ارتكاب خطأ من طرف فريق طبي والذي يتصور فيه حالتين:

- إما إبرامهم لعقد تأمين لدى شركة تأمين واحدة وهنا لا إشكال،

¹ ينظر: Article 1142-1 de la loi n° 2002 - 203 relative aux droit des malades et à la qualité du système de santé, op cit.

² صالح فواز: المسؤولية المدنية للطبيب- دراسة مقارنة في القانون السوري و الفرنسي،- مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2006، ص 153.

³ نادية حسان: تطور القانون المقارن لحماية ضحايا الأعمال الطبية، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 76.

⁴ بلعيد بوخرس: خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع "المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 33.

⁵ كمال فريجة: المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 339.

- أو إبرامهم لعقود تأمين لدى شركات تأمين مختلفة في هذه الحالة يقع الإشكال حيث المريض يرجع على أكثر من مؤمن مما يثير مشكلة توزيع الضمان بينهم، وفي هذا الصدد نعود لاتفاق 28 يونيو 1976.

وهو اتفاق أبرم بين كافة شركات التأمين التي تعنى بالتأمين من المسؤولية الطبية في فرنسا، وهذا الاتفاق يميز بين صفة مرتكب الخطأ لتحديد شركة التأمين الملزمة بالتعويض على النحو التالي:

1 - بالنسبة لمؤمن المسؤولية المدنية للجراح: يكون ملتزماً بالضمان في 03 حالات: الخطأ الطبي الناتج:

* إجراء الفحوص السابقة عن التدخل الجراحي متى كانت تدخل في تخصصه.

* التدخل الجراحي ذاته والآثار المباشرة له.

* المسؤولية الناتجة عن التخدير إذا تم بواسطة ممرضة أو أي شخص غير متخصص في أعمال التخدير.

2 - بالنسبة لمؤمن المسؤولية المدنية لطبيب التخدير:

* الفحوصات السابقة على التدخل الجراحي المتعلقة بفحص انتظام عمل القلب والتنفس وفحوص الدم.

* الفحوصات المتعلقة بالتحقق من سلامة أدوات التخدير ووضع المريض على منضدة العمليات فيما عدا

الضرورات الخاصة التي يقدرها الجراح بالنسبة لهذا الوضع.

* أفعال التخدير بالمعنى الفني، أفعال الإنعاش والمتابعة المباشرة للمريض حتى إفاقة نهائياً من تأثير التخدير.

3 - بالنسبة لمؤمن المسؤولية المدنية لمؤسسة العلاج:

• الأدوات والأجهزة الموجودة في قاعة العمليات ما لم يكن الحادث قد وقع بسبب خطأ في الاستعمال.

• تنفيذ الفحوص والإعداد السابق وللحاق على العملية الجراحية.

• الحوادث التي ترجع مباشرة إلى القصور الوظيفي كالقصور في عدد وكفاءة القائمين بالعمل الطبي أو

القصور في تجهيز وإعداد أدوات وأجهزة العلاج¹.

الفرع الثاني: طرق استيفاء مبلغ التعويض من المؤمن:

هناك طريقتين لاستيفاء مبلغ التعويض هما:

أولاً: التسوية الودية:

تكون التسوية ودية عندما لا يلجأ المضرور إلى رفع دعوى المسؤولية لكن يطالب المؤمن له بالتعويض ودياً

وبرسالة موصى عليها أو بأي عقد غير قضائي كإعذاره عن طريق محضر، هنا قد يحاول المؤمن له إقناع المضرور بعدم

مسؤوليته كإثبات الخطأ الأجنبي أو يقر ويعترف بالوقائع المادية ولكن يمنع على الطبيب الاعتراف بمسؤوليته بل يجب

أن يترك ذلك لشركة التأمين².

كما يمكن الاتفاق على عدم جواز الإقرار بالمسؤولية أو الصلح من غير المؤمن له كتابه مثلاً، ولا يكون سبب

لسقوط حق التأمين، وبعدها يعود المؤمن له على المؤمن إما ودياً أو بدعوى أصلية بالضمان³.

ثانياً: التسوية القضائية:

يتصور في طريقة التسوية القضائية ثلاث حالات:

¹ - كمال فريحة: المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 342.

² - كمال فريحة: مرجع نفسه، ص 360.

³ - عبد الرزاق أحمد السهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، عقود الغرر (عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 1659.

1 - مواجهة المؤمن لدعوى المسؤولية وحده: أي يديرها بنفسه، وعادة ما يتم إدراج ذلك كشرط في عقد التأمين كأنه توكيل من المؤمن، وهنا يعمل باسم المؤمن له نيابة عنه ودفاعاً عن مصلحته، وهذا الشرط ضروري وهو شرط خاص.

يلزم المؤمن له في هذه الحالة بمنح المؤمن الأوراق والمستندات الخاصة بالدعوى وإلا يكون ملزم بالتعويض. يمكن أن نصفه على أنه وعد بالتوكيل ملزم لجانب واحد هو جانب المؤمن له، وفي هذه الحالة لا يتدخل المؤمن له في تسيير الدعوى وإذا تدخل يمكن للمؤمن أن يقر بسقوط حقه في التأمين (في حالة وجود الشرط) أو يطالبه بالتعويض¹

2 - دخول أو إدخال المؤمن كخصم في الدعوى: يدافع المؤمن عن حقه الشخصي وباسمه هو ولا ينوب عن المؤمن والحكم يكون حجة عليه، وهو غير متعلق بالنظام العام.

3 - مواجهة المؤمن له دعوى المسؤولية وحده: يمكن للمؤمن له أن يعود على المؤمن ودياً أو قضائياً، وللمؤمن إمكانية الدفع ب مثلاً:

- تواطؤ المضرور مع الطبيب.

- عدم دفاع الطبيب عن حقه مما أدى إلى صدور حكم ضده.

- بطلان عقد التأمين أو انقضائه².

مع الإشارة إلى وجود منازعات خاصة بالضمان الاجتماعي، والتي تكون ناشئة نتيجة مطالبة المضرورين بالتعويض في حالة تضررهم وعدم تعويض شركة التأمين لانعدام الخطأ الطبي مع توفر فيهم الشروط القانونية اللازمة للاستفادة من التعويض باسم الضمان الاجتماعي منها مثلاً الصفة.

قد تكون هذه النزاعات منازعات عامة ومنازعات طبية ومنازعات تقنية هدفها حماية المستفيدين من الضمان الاجتماعي³.

خاتمة:

نستخلص مما تم دراسته وتحليله في بحثنا هذا، أن أغلب التشريعات أخذت بالمسؤولية المدنية الطبية وهذا الأمر استدعته الضرورة وذلك للاهتمام بطرفي المعادلة في المجال الطبي؛ حماية التطور والتقدم الطبي لخدمة الإنسان والبشرية من جانب وحماية الإنسان المريض من مخاطر هذا التطور وخاصة من الأخطاء الطبية من جانب آخر⁴ يقتضي الأخذ بأحكام المسؤولية المدنية الطبية الاستعانة بنظام التأمين الذي يعد في هذا المجال وسيلة لحماية كلا أطراف العملية سواء المضرور أو الطبيب، وهذا ما قامت به أغلب التشريعات وكانت الدول الإسكندنافية أولى الدول التي اعتمدت فكرة تعويض ضحايا الحوادث الطبية.

أما المشرع الجزائري فبالرغم من إقراره لإلزامية التأمين في المجال الطبي وذلك في قانون التأمينات، إلا أنه يعاني من نقص كبير في هذا المجال رغم التطور الكبير الذي شهدته فرنسا في هذا الإطار وكذا التطور الذي عرفه مجال

¹ - عبد الرزاق أحمد السهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 1665.

² - عبد الرزاق أحمد السهوري: مرجع نفسه، ص 1664.

³ - سميرة عشايبو: تسوية المنازعات الطبية في مجال الضمان الاجتماعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق،

جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د س ن، ص 118

⁴ منصور عمر المعاينة: المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 2004، ص 05.

التأمين من السيارات بالخصوص استحدثته لصندوق التعويضات الذي يمكن أن يكون في المجال الطبي أمراً يحقق أكثر فعالية في حماية المتضررين لأسباب طبية وذلك على أساس المخاطر مثلما فعله المشرع الفرنسي. ✓ قائمة المراجع:

أ - باللغة العربية:

1 - الكتب:

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، عقود الغرر (عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

2 - منصور عمر المعاينة: المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 2004.

2 - الرسائل الجامعية:

1 - بلعيد بوخرس: خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع "قانون المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012

2 - بهاء الدين مسعود سعيد خويوة: الآثار المترتبة على عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية دراسة مقارنة، أطروحة لاستكمال درجة الماجستير في برنامج القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008

3 - زينة براهيمية: مسؤولية الصيدلي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع "قانون المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012

4 - سامية بومدين: الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع "قانون المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2011.

5 - سميرة عشايبو: تسوية المنازعات الطبية في مجال الضمان الاجتماعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، دون سنة المناقشة

6 - كريمة عبّاشي: الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع "قانون المسؤولية المهنية" كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

7 - كمال فريجه: المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

2 - المقالات:

1 - نادية حسان: تطور القانون المقارن لحماية ضحايا الأعمال الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012 ص ص 70 - 93.

2 - صالح فواز : المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2006، ص ص 123 - 156 .

ج - النصوص القانونية :

1 - النصوص التشريعية :

1 - أمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر عدد 44 مؤرخة في 26 يونيو 2005.

2 - أمر رقم 95 - 07 المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 13، مؤرخة في 08 مارس 1995، معدّل و متمم بالقانون 06 - 04 مؤرخ في 20 فبراير 1995، ج ر عدد 15 مؤرخة في 12 مارس 2006.

3 - قانون رقم 85 - 05 المؤرخ في 16 فبراير 1985، يتعلّق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 08 مؤرخة في 17 فبراير 1985.

2 - النصوص التنظيمية :

1 - المرسوم التنفيذي رقم 92 - 276 المؤرخ في 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52 مؤرخة في 08 يوليو 1992.

2 - المرسوم التنفيذي رقم 07 - 321 المؤرخ في 22 أكتوبر 2007، يتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة و سيرها، ج ر عدد 67 مؤرخة في 24 أكتوبر 2007.

-En langue française :

1 - Articles :

1 - ARICHAUX -RAMU Michèle, responsabilité du médecin, principes généraux, fasc. 440-1, édition TEECHNIQUE, Juris -classeurs, Paris, 1993, p p 1 - 19.

2 - Textes juridique français

1- Loi n°2002- 203 du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, J O R F du 05 mars 2002.

إشكالية التوفيق بين النظام العام والحريات



وديع البقالي: دكتور في القانون العام

من جامعة عبد الملك السعدي - المغرب

إن التوفيق بين النظام العام والحريات يثير العديد من الصعوبات والإشكاليات نظرا للاختلاف الحاصل في الغايات والأهداف بين السلطة والفرد، فإذا كانت الأولى تستهدف تحقيق المصلحة العامة من خلال حماية النظام العام، فإن الأفراد يهدفون لتحقيق مصالحهم الشخصية والخاصة، وضمان ممارسة حقوقهم وحرياتهم في أفضل الظروف وبدون قيود أو عراقيل.

إن الضبط الإداري باعتباره تلك الإجراءات والتدابير التي تتخذها السلطات المختصة لحماية الأمن والنظام في المجتمع، يشكل مجالا خصبا لتقييد حريات الأفراد، وذلك بذريعة حماية النظام العام، حيث تحظى إدارة الضبط بسلطة تقديرية واسعة في هذا الصدد، والتساؤل الذي يفرض نفسه هنا هو، هل تخضع إدارة الضبط في تدخلاتها لضوابط وقيود تحد من سلطاتها وتضمن عدم تعسفها وانحرافها في استعمال تلك السلطة.

والممارسة الواقعية تفيده بتعارض الحرية والشرطة من خلال تعارض حقوق الدولة مع حقوق الأفراد، وهنا نتساءل هل أن الحفاظ على النظام العام يتطلب بالضرورة تقييد الحريات الفردية وأن ممارسة هذه الأخيرة يمس تلقائيا بالنظام العام؟ ثم ألا يشكل مطلب المحافظة على الأمن والنظام العام حماية لحريات الأفراد في الآن ذاته؟ وإذا أردنا اختزال هذه التساؤلات نقول كيف السبيل للحفاظ على النظام العام دون المساس بالحريات الفردية؟

وسأحاول الإجابة عن هذه الأسئلة من خلال مبحثين على الشكل التالي: المبحث الأول: فكرة النظام العام وانعكاساتها، ثم المبحث الثاني: دور القضاء في التوفيق بين النظام العام والحريات.

المبحث الأول: فكرة النظام العام وانعكاساتها:

أ- مفهوم النظام العام ومميزاته:

النظام العام مفهوم واسع وفضفاض، يصعب تحديده بدقة، ولذلك نجد أن سلطة الضبط الإداري تحضى

بهامش واسع من الحرية بصدد تحديد حالات المساس به. وقد أجمع أغلب الفقهاء على صعوبة وضع تعريف جامع مانع للنظام العام، بالنظر لعموميته ومرونته وارتباطه بتغير ظروف الزمان والمكان، وذهب البعض إلى إضفاء طابع سلبي على فكرة النظام العام من خلال ربطها بالحالة الواقعية المناهضة للفوضى والاضطراب¹، بمعنى الاقتصار على المظهر المادي للفكرة دون غيره، في حين ذهب آخرون إلى اعتبار النظام العام فكرة ذات مفهوم موسع يشمل كافة صور النظام العام المادي والأدبي والاقتصادي، بل يمتد ليغطي كافة صور النشاط الاجتماعي².

فالنظام العام فكرة متطورة وتخضع في تطورها لفكرة القانون نفسها، وذلك من خلال ارتباط القانون بالتطور الحاصل في المجتمع المنظم له، ونتيجة لهذا الارتباط بين النظام العام وفكرة القانون نجد أن المشرع يحدد القدر الأكبر من مضمون النظام العام من خلال الإشارة إلى بعض صور المحافظة عليه والمحقة لوجوده، ذلك أنه لا يمكن وضع إطار كامل له، نظرا لشساعة مضمونه وعدم دقة مفهومه³.

بالمقابل نجد هناك من خرج عن اتفاق أغلب الفقهاء حول فكرة أن النظام العام مفهوم واسع غير محدد، معتبرا أن ذلك يؤدي إلى التشكيك في جدوى دراسة المفهوم في أساسه⁴، وأن النظام العام فكرة قانونية محايدة وثابتة لا تتغير بتغير غايات المجتمع، وبالتالي فهي مختلفة عن فكرة الخير المشترك التي تختلف من دولة لأخرى حسب الفلسفة السائدة في المجتمع والاعتبارات السياسية المتدخلة فيها⁵.

القضاء الإداري بدوره لم يعطي تعريفا دقيقا للنظام العام وأحال في ذلك إلى التعريف الفقهي، فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن النظام العام - كما يعرفه الفقهاء - هو الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة، أو بعبارة أخرى هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهتم المجتمع مباشرة أكثر مما تهتم الفرد⁶، والملاحظ أن القضاء الإداري الفرنسي يشترط في اجتهاداته أن يكون النظام العام ماديا، قبل أن يعدل عن هذا الموقف، واتجه في تحول كبير إلى التوسع في تحديد مدلول النظام العام، بحيث يتسع ليشمل الأخلاق والآداب التي تتماشى وتقاليد وأعراف المجتمع، وسار الاتجاه القضائي المغربي على نفس المنوال.

وعموما، يمكن القول أن فكرة النظام العام تهدف أساسا إلى المحافظة على الأسس والقيم السائدة في المجتمع، فهي تختلف باختلاف المجتمعات كما تختلف داخل المجتمع الواحد، وذلك باختلاف ظروف الزمان والمكان. ولهذا نجد أن النظام العام يتميز ببعض الخصائص المميزة له، منها أنه مجموعة من القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفتها، كما أنه ليس من صنع المشرع وحده وإنما المصدر المباشر للنظام العام يتمثل في الوسط الاجتماعي والسياسي والفلسفي وحالة الآداب السائدة في لحظة معينة، ولذلك كان للثقافة والأعراف المحلية قيمتها الكبرى في تكوين قواعد النظام العام⁷، هذا دون إغفال دور القضاء في هذا الشأن، فهذا الأخير يلعب دورا هاما في تحديد مضمون النظام العام مستمدا إياه من واقع القضية المطروحة عليه، فنظرا لأن النظام العام مفهوم غير محدد بدقة ويتسم بالعمومية

¹ محمد شريف اسماعيل عبد المجيد: "سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية"، دراسة مقارنة، رسالة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، 1979 ص 56.

² محمد ربيع منيب: "ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عين شمس، 1981، ص 62.

³ نفس المرجع، ص 58.

⁴ Bernard (P) : la notion d'ordre public en droit administratif, éd 1962, p 230.

⁵ صبري محمد السنوسي: الاعتقال الإداري بين الحرية الشخصية ومقتضيات النظام العام، 1996، ص 94.

⁶ عادل أبو الخير: "الضبط الإداري وحدوده"، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1995، ص: 152.

⁷ نفس المرجع، ص 169.

والغموض، فإن القاضي الإداري باعتباره منشئاً للقواعد القانونية ومفسراً لها، فإنه يتكفل بتحديد مضمون معين لهذا المفهوم بصدد النظر في المنازعات المرتبطة بالنظام العام. والقاضي في هذه الحالة يتفادى أن يضع تعريفاً محددًا ودقيقاً للمفهوم، وذلك حتى لا يقيد نفسه مستقبلاً فيما يعرض عليه من منازعات.

ومن الخصائص المميزة للنظام العام أيضاً، أنها فكرة مرنة ومتطورة كما سبق الذكر، ولذلك فهي لا تتفق مع النصوص القانونية الجامدة، فطبيعة النظام العام المتكيفة مع مختلف الظروف والمستجدات جعلته من أكثر المفاهيم القانونية قدرة على التأقلم مع واقع الحياة، فهي تتغير ليس فقط باختلاف ظروف الزمان والمكان، وإنما أيضاً باختلاف النظام والمذهب السائدين في الدولة، فمضمون النظام العام في دولة ذات نظام شولي وديكتاتوري حيث تقيد الحريات ليس هو نفسه في دولة ديمقراطية تحترم حقوق وحريات أفرادها، هذا دون إغفال تأثير تزايد تدخل الدولة في مختلف الميادين الاقتصادية والاجتماعية وغيرها على مضمون النظام العام ونطاقه، بحيث يتسع هذا الأخير ليشمل أموراً لم تكن تعتبر من النظام العام في عهد الدولة الحارسة التي اقتصر تدخلها على المجالات التقليدية.

ب- تطور فكرة النظام العام والتضييق على الحريات الفردية :

لقد أجمع الفقه على أن عناصر النظام العام تتمثل في الصحة العامة والأمن العام والسكينة العامة، لكن نتيجة لمرونته وقابليته للتكيف مع مختلف الظروف والمستجدات، لم يعد مفهوم النظام العام يقتصر على عناصره التقليدية، ولم يعد يحيل فقط إلى انعدام الفوضى، بل انتقل من المفهوم التقليدي الذي يحكمه الهلجس الأمني الضيق إلى مفهوم أكثر اتساعاً، يتيح للسلطات الضبطية التحرك في نطاق أوسع مما كان عليه الأمر من قبل، وكان لاتساع دور الدولة وتدخلها في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية دوره الحاسم في هذا الامتداد و التوسع.

وقد أدى هذا التطور إلى منح السلطات العمومية المختصة مجالاً أوسع للتحرك لحماية النظام العام بالمفهوم الواسع والمتطور، الأمر الذي يعرض حقوق الأفراد وحرياتهم لمزيد من القيود التي كانوا في حل منها في ظل المفهوم التقليدي، وهكذا تزايدت حالات المساس بالحريات مع تزايد السلطة التقديرية لإدارة الضبط في اتخاذ الإجراءات والتدابير التي تراها ضرورية لحماية النظام العام الأدبي والأخلاقي وحتى الاقتصادي، مع ما يستلزم ذلك من إجراءات وتدابير تقيد في كثير من الأحيان ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم الدستورية، ويرجع سبب اتساع سلطة إدارة الضبط في حماية النظام العام بمفهومه الواسع، إلى كون تلك العناصر الجديدة المكونة لهذا الأخير، كالنظام العام الخلفي أو الاقتصادي تثير نفس الإشكالية التي يطرحها مفهوم النظام العام والمتمثلة في العمومية والمرونة وعدم الدقة في التحديد. وسنحاول التعرف على المفاهيم الجديدة للنظام العام لتوضيح الثغرات التي تستغلها الإدارة لتوسيع سلطاتها في المجال الضبطي.

- النظام العام الأدبي والخلفي :

إن النظام العام الخلفي هو مكون للنظام العام بمفهومه الواسع وليس المادي، فهو ذو مضمون معنوي يعبر عن الأفكار والمشاعر والمعتقدات، وهو يفرض حماية الآداب العامة والأخلاق الحميدة. ويمكن تعريف الآداب العامة أو حسن الآداب أنها مجموعة الأسس الأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع والتي يعتبرها الأفراد أنها واجبة الإلتباع في علاقاتهم، ولذلك لا يباح الخروج عليها عن طريق الاتفاقيات الخاصة المخالفة، ولما كانت فكرة الآداب العامة تشمل مجموع المصالح والقواعد الأخلاقية التي يقوم عليها نظام الجماعة، فهي تتصل بنظام المجتمع وتمس كيانه، وتتميز فكرة الآداب بالمرونة والتغير، كما هو الشأن بالنسبة للنظام العام، فهي تتغير باختلاف ظروف الزمان والمكان، كما تتأثر

بالتقاليد والعادات والأعراف السائدة في كل مجتمع وذلك شأنها شأن فكرة النظام العام¹.

كان هناك في السابق شبه إجماع على أن تهديد النظام العام الذي يبيح للإدارة التدخل وفقا لسلطات الضبط الإداري، ينبغي أن يكون تهديدا ماديا، ولذلك لم يكن من الجائز استعمال هذه السلطات لحماية المشاعر أو الأخلاق إلا إذا تبين أن الأمر يؤدي إلى المساس المادي بالنظام العام، وقد كرس الاجتهاد القضائي ذلك التوسع في فكرة النظام العام ليشمل النواحي المعنوية كالأخلاق والآداب، والتي هي أفكار عامة ونسبية تختلف من مجتمع لآخر، مما يجعل مسألة تقدير حالات المساس بها يعود للسلطات الإدارية المعنية، الشيء الذي يوسع من نطاق السلطة التقديرية لإدارة الضبط في هذه الحالة، وقد كانت هذه الأخيرة تحضى أصلا بهامش كبير من الحرية في تقدير مفهوم النظام العام المادي، مما يزيد من إمكانية تعسفها بصدد تلك الحرية أو ذلك التقدير من خلال الاعتداء على حريات أفراد معينين بدعوى تهديدهم للنظام العام بتصرفات قد تعتبرها مخللة بالآداب والأخلاق الحميدة.

- النظام العام الاقتصادي :

يعد النظام العام الاقتصادي نتاجا للتطور الحاصل في تدخلات الدولة في القطاعات الاقتصادية، في إطار سيادة الاقتصاد الموجه، ويتضح ذلك التطور من خلال تشريعات أغلب الدول في الوقت الحاضر ومنها المغرب الذي عمد إلى إقرار العديد من النصوص التشريعية واللائحية التي تجسد مفهوم النظام العام الاقتصادي منها تلك المتعلقة بالأسعار والمنافسة وغيرهما، وهذا ما أدى إلى ظهور القانون الإداري الاقتصادي، أو بالمعنى العضوي قانون الإدارة الاقتصادية الذي ينظم مختلف التدخلات الإدارية في المجال الاقتصادي²، فالنظام العام الاقتصادي مفهوم يقوم على أساس الاستناد إلى فكرة الاقتصاد الموجه وما يتعلق بها من حقائق اقتصادية واجتماعية وذلك من خلال تحديد قواعد اقتصادية للنظام العام، ويمكن تعريفه بشكل عام على أنه تدخل الدولة في المجالات الاقتصادية واتخاذ التدابير اللازمة لحماية الاقتصاد من المخاطر والاضطرابات، وذلك عن طريق شرطة الضبط الاقتصادي التي تقوم بتنظيم الأنشطة الاقتصادية.

والملاحظ أن مفهوم النظام العام الاقتصادي يبدو واسعا، فهو يرتبط بالنظريات الاقتصادية والاجتماعية في لحظة معينة، وتحضى إدارة الضبط الاقتصادي أو الشرطة الاقتصادية بسلطات واسعة لتتخذ من التدابير من تراه مناسبة لحماية النظام العام الاقتصادي مما يشكل في أحيان كثيرة مساسا بحرية المبادرة وما تكفله للأفراد من حرية التجارة والصناعة، فالمساس بالحريات لا يستدعيه حماية النظام العام المادي والأخلاقي، وإنما أيضا يقتضيه حماية النظام العام الاقتصادي³.

- المفهوم السياسي للنظام العام :

إن امتداد فكرة النظام العام لتشمل الجانب الأخلاقي والاقتصادي يشكل خطورة على الحقوق والحريات الفردية، لكن هذه الخطورة تزداد أكثر فأكثر عندما يتم توظيف الفكرة سياسيا لصالح السلطة الحاكمة، وهذا ما يرتبط بالدول واختلاف الإيديولوجية والفلسفة السائدة فيها، فتوظيف النظام العام في حماية السلطة في المجتمع يشكل

¹ وديع البقالي: السلطة التقديرية للإدارة بين المصلحة العامة والحريات الفردية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي 2011-2012، ص 149.

² BERNARD (P) : op.cit. p 39 et 69.

³ الملاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي يضيف عناصر أخرى للنظام العام مثل احترام كرامة الإنسان وكذا المحافظة على جمالية الرونق والرواء، وبالتالي أصبحت الإجراءات التي تتخذها الشرطة الإدارية لاعتبارات الجمال لا يشوبها انحراف في استعمال السلطة.

انحرافاً بأصل الفكرة، وذلك بتحويل سلطة الضبط الإداري التي من المفروض أن تكون محايدة من حماية النظام العام إلى حماية السلطة القائمة وذلك بتقييد الحريات لمصلحة النظام الحاكم، وبذلك يصبح الضبط إحدى الوسائل المسخرة لخدمة الحاكمين لا لتحقيق أمن المواطنين بالدرجة الأولى، وهو ما يجعله سلطة سياسية في جوهره. بحيث تصبح مختلف التدابير الضبطية المتخذة من قبل السلطات المعنية حماية للنظام السياسي الحاكم وسياسته المتبعة، وليس حماية لكيان الدولة والمجتمع والصلاح العام الذي يعد الهدف الأساسي من الإجراءات الضبطية المتخذة، وهنا تلجأ السلطات إلى تقييد ممارسة الحريات أو حتى منعها إذا ارتأت أن من شأن السماح بممارستها قد يشكل تهديداً للنظام السياسي أو يخالف سياسته وتوجهاته...الخ.¹

وقد ذهب البعض إلى اعتبار أن الضبط الإداري بطبيعته سياسي فهو من مظاهر سيادة الدولة، فإذا كان للإدارة حق التوجيه والتنظيم فإن للضبط حق الرقابة والدفاع عن كيان الدولة، ولذلك له الحق في إكراه الأفراد على احترام نظم الدولة ولو بالقوة، فالضبط الإداري وفقاً لهذا التصور هو الوسيلة التي تستعين بها الدولة للدفاع عن وجودها وفرض إرادتها.² وإذا تمعنا في تصرفات السلطات الضبطية التي تفتقد للممارسة الديمقراطية الحقة، نجد أن التوظيف السياسي للنظام العام هو السائد، ويتضح ذلك بجلاء من خلال تباين تعامل السلطة مع الحالات التي تعتبرها مهددة للنظام العام، بحيث نجد أنها تشدد إزاء ممارسة بعض الحريات التي تمس النظام الحاكم ولو بشكل غير مباشر كالتظاهر والتجمعات ذات الطابع السياسي، وتوزيع المنشورات والإعلانات التي تنتقد النظام.

ولتوضيح ذلك أكثر، نأخذ كمثال تصرفات إدارة الضبط إزاء الحريات حيث نجد أن السلطات العمومية تتعامل مع الحريات ذات الطابع السياسي بنوع من الشدة والقسوة، وهكذا تطغى لغة العنف والقوة في مواجهة التظاهرات المناهضة للنظام السياسي وذلك بدعوى الإخلال بالأمن والنظام العام حتى ولو كانت مظهرة سلمية، وكذلك الشأن بالنسبة للمنشورات والإعلانات، حيث تملك السلطة حرية واسعة في منع ومعاينة كل ما تعتبره مسيئاً للنظام، وذلك بذرائع ومبررات فضفاضة وواسعة كالنيل من المؤسسة الملكية والوحدة الترابية والنظام الدستوري وسير المؤسسات...الخ. وهذه المفاهيم تعبر عن المفهوم الأمني وحتى السياسي للنظام العام، والأخطر في الأمر أنه يصعب مناقشة السلطة في ادعاءاتها في مثل هذه الحالات، وهذا ما يفرض على القاضي الإداري جرأة نادرة للدفاع عن حريات الأفراد التي تكون عرضة للخطر في حالات خاصة كهذه، بالمقابل نجد أن السلطة تتساهل بشكل كبير في بعض الحالات التي تشكل إخلالاً واضحاً بالنظام العام سواء في جانبه المادي أو المعنوي، وكمثال على ذلك ما تحدثه المهرجانات والحملات الانتخابية ومواكب الأفراح التي تخرج إلى الشارع العام وفقاً للعادات والتقاليد من فوضى عارمة واضطرابات في النظام العام، وعلى الرغم من ذلك نجد أن السلطة لا تتدخل للسهر على حسن التنظيم في مثل هذه الحالات.³

إن الاستغلال السيئ للنظام العام بعيداً عن المصلحة العامة وعن الحفاظ على كيان الدولة والمجتمع، إنما تكون له نتائج وخيمة سواء على الصالح العام أو على حقوق الأفراد وحرياتهم، وهذا ما يتطلب تدخلاً فعالاً للقاضي الإداري لضمان عدم تعسف السلطة على الأفراد فيما تتخذ من إجراءات وتدابير ضبطية لحماية النظام

¹ وديع البقالي: م.س، ص: 153.

² محمد إسماعيل عبد المجيد: م.س، ص: 23.

³ فالغريب في الأمر هو أن السلطات الضبطية تسمح بالتمسك بالنظام العام ويكسر ذلك قانونياً من خلال اشتراط أن يكون الخروج إلى الشارع العام وفقاً للعادات والأعراف المحلية في حين يمنع ذلك ويتم اللجوء للقوة إذا كان الهدف من الخروج إلى الشارع هو التعبير عن مطالب أكثر أهمية من العادات كالمطالبة بالتشغيل أو الاحتجاج على ارتفاع الأسعار وغيرها من المطالب المرتبطة بالحاجات اليومية والضرورية للمواطنين.

العام، بمعنى كيفية التوفيق بين الأخير والحريات الفردية.

المبحث الثاني: دور القضاء في التوفيق بين النظام العام والحريات:

تعتبر إجراءات الضبط الإداري من القرارات الأكثر احتكاكا بمحقوق وحريات الأفراد وأكثرها تهديدا لها، ولذلك أخضعها القضاء لرقابة فعالة تشمل كل من المشروعية والملاءمة، فالقاضي الإداري يراقب مدى مشروعية إجراءات الشرطة الإدارية من خلال فحص عناصر الاختصاص المقيد في القرار، ولا يتوقف دوره عند هذا الحد، وإنما يمد رقابته إلى نطاق الملاءمة من خلال البحث في مدى ملاءمة الإجراء الضبطي في مواجهة التهديد الملحق بالنظام العام.

أ- الرقابة على مشروعية القرارات الضبطية:

تخضع سلطة الضبط الإداري في ممارستها لإجراءات الشرطة الإدارية لمبدأ المشروعية وللرقابة القضائية، ولا تكون تلك الإجراءات مشروعة إلا في حالة الحفاظ على النظام العام، ففي نطاق رقابة المشروعية تحضى سلطات الضبط الإداري في أحيان كثيرة بسلطة تقديرية واسعة شرط عدم انحرافها في استعمال السلطة.

ونجد أن الاجتهاد القضائي المغربي ممثلا بالغرفة الإدارية وبعدها المحاكم الإدارية يشدد رقابته على مشروعية قرارات سلطات الضبط الإداري المقيدة للحريات الفردية على اختلافها، فعلى مستوى الحقوق المدنية والسياسية أو ما يطلق عليها بالجيل الأول لحقوق الإنسان، يحرص القاضي الإداري المغربي على مراقبة مدى مشروعية إجراءات السلطة المرتبطة بتنظيم ممارسة حرية معينة، ويساهم بذلك في ضمان ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم في ظروف مناسبة، فبخصوص الحقوق المرتبطة بحرية الرأي والتعبير، يعمل القاضي الإداري على ضمان تمتع الأفراد بحقوقهم في التجمع والاجتماع وتأسيس الجمعيات، وليس للسلطة الإدارية الحق في تقييد ذلك الحق أو الحد منه إلا إذا كان الاجتماع مثلا مهددا للنظام العام والأخلاق والآداب العامة¹، أو كانت أنشطة الجمعية غير مشروعة أو مهددة للنظام العام أو لوحدة التراب الوطني أو النظام الملكي²، كما أن القاضي الإداري المغربي يعتبر أن تأسيس الجمعيات في القانون المغربي يقوم على نظام تصريح غير خاضع لأي ترخيص مسبق، والإدارة ملزمة بحكم القانون بتسليم وصل الإيداع، ويختص القضاء وحده بمراقبة المشروعية والملاءمة، على أساس أن تسليم وصل الإيداع يندرج ضمن الاختصاص المقيد للإدارة ولا تملك بصدده أية سلطة تقديرية³، هذا ويقوم القاضي الإداري أيضا بإلغاء القرارات الإدارية المخالفة لقانون الجمعيات والتي يشوبها عيب عدم الاختصاص⁴، كما أنه لا يكتفي بإلغاء القرارات الإدارية المقيدة للحريات، وإنما يحكم أحيانا بالتعويض عن الأضرار الناتجة عنها⁵.

¹ Ben Abdellah (M.A) : la liberté de réunion, note sous T.A, Rabat ;15 octobre 1998 in Contribution à la doctrine du droit administratif marocain ; vol II, Remald, série collection, « manuels et travaux universitaires », N° 77, 1^{ère} édition 2008, P107.

² Ben Abdellah (M.A) : l'incapacité de l'administration pour déclarer la nullité d'une association, note sous T.A Marrakech 19 mai 1999, in « contribution à la doctrine du droit administratif marocain », vol II, op.cit ;P :153.

³ حكم المحكمة الإدارية بأكادير عدد 2004/66 بتاريخ 2007/12/27 وجمعية تيوزي ضد باشا بيوكري م.م.إ.م.ت عدد 2005.65، ص: 198.

⁴ حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 1105 بتاريخ 2007/12/27، جمعية الإمام علي بن أبي طالب للتربية والثقافة والعمل الاجتماعي ضد قائد قيادة أولاد الطيب بفاس م.م.إ.م.ت عدد 81-82 يوليوز-أكتوبر 2008، ص: 296.

⁵ قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 04 بتاريخ 2007/01/10، الجمعية المهنية للسوق اليومي بالفقيه بن صالح ضد الدولة المغربية، م.م.إ.م.ت عدد 81-82 يوليوز-أكتوبر 2008، ص: 256.

ويتبنى القاضي الإداري نفس التوجه بخصوص حرية التجمع، حيث يحرص على ضمان ممارستها دون قيود أو عراقيل من خلال رقابته لتعامل السلطات الإدارية معها، ومدى التزامها بالقانون المنظم لها، وتكمن أهمية حرية التجمع والاجتماع نظرا لارتباطها بحريات أخرى كالرأي والتجول، فهو حق مستمد من القانون وليس منحة من الإدارة تمنحها كما تشاء¹.

وتمتد رقابة القاضي الإداري للإجراءات الضبطية الماسة بالحقوق والحريات الفردية إلى مدى احترام السلطات الإدارية للحق في التظاهر، خاصة وأن هذه الأخيرة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تقدير الحالات التي تشكل تهديدا للنظام العام، مما يجعل تعامل السلطات المختصة مع التظاهرات يتسم بنوع من الشدة بالنظر لسهولة التذرع بتهديد التظاهرة للنظام العام، ولكن القاضي الإداري يتخذ في أحيان كثيرة مواقف جريئة ولا يساير دائما ادعاءات الإدارة لتبرير تقييدها لكثير من الحقوق والحريات، وهذا ما أكدته في أحد الأحكام² من خلال اعتباره أن التدخل بالقوة لتفريق التظاهرة وحجز ومصادرة اللافتات التي كانت مهياة لهذا الغرض يعتبر بمثابة ضرر مادي ومعنوي مس سمعة الجمعية ورمزية القضية التي على أساسها تم تنظيم التظاهرة فضلا على أنه يعتبر بمثابة خرق لحق معترف به قانونا، هذا الحق الذي لا يمكن الحد منه لمجرد عموميات....

والملاحظ أن هذا الحكم يكتسي أهمية كبيرة، نظرا للحرص الذي أبداه القاضي الإداري لضمان ممارسة حرية تحضى بصدها السلطات الإدارية المختصة بسلطة واسعة في تقييد ممارستها لمجرد الاشتباه بكون قيام التظاهرة قد تشكل تهديدا للنظام العام، بحيث تكتفي بمبررات عامة وفضفاضة تحتمل أكثر من تفسير، كذريعة تهديد النظام العام دون الخوض في مكامن هذا التهديد.... إلخ، لكن نجد أن المحكمة لم تساير الإدارة في ما ذهب إليها في هذا الحكم، وذلك من خلال التأكيد على أن الحق في التظاهر لا يمكن الحد منه لمجرد عموميات.

وفيما يتعلق بحرية الصحافة فإن القاضي الإداري يراقب مدى مشروعية القرارات الإدارية الماسة بهذه الحرية، فبخصوص قرار الإدارة حجز إحدى المجلات دون ذكر الدوافع بشكل دقيق، اعتبرت المحكمة³ أن اكتفاء الإدارة بادعاء أن ذلك بدافع الحيلولة دون "المساس بالأوضاع السياسية والدينية للمملكة" من غير أن توضح المقصود من هذه العبارة في شكل وقائع دقيقة، يجعل قرارها مفتقدا لركن السبب، مما يستوجب إلغاؤه، ونجد أن القاضي كما هو الشأن بالنسبة للحكم السابق لم يأخذ بادعاءات الإدارة لتبرير قراراتها بشكل مطلق، بل يبحث في مدى صحة هذه الدوافع وحقيقتها في الواقع، خاصة إذا كانت هذه الأخيرة عبارات فضفاضة وغير دقيقة، ومن شأن ذلك الحد من تذرع الإدارة بهكذا عبارات ومفاهيم للمساس بالحريات الفردية.

وأصدرت الغرفة الإدارية بدورها قرارات تشكل حماية أكيدة للحريات الفردية السالفة الذكر في مواجهة إجراءات السلطات الضبطية من خلال تشديد الرقابة على جوانب المشروعية، من قبيل إلزام الإدارة بتعليل أسباب قرار إيقاف أو منع جريدة لتعارضه مع حرية طبع ونشر الكتب والجرائد والنشرات⁴، كما أن الإدارة ليس من حقها

¹ حكم المحكمة الإدارية بوجدة عدد 202/01 بتاريخ 2001/09/26 عبد المنعم شوقي ومن معه ضد عامل إقليم الناظور، م.م.إ.م.ت عدد 43 مارس- أبريل 2002، ص: 163.

² حكم المحكمة الإدارية بوجدة عدد 496 بتاريخ 2008/10/21، جمعية رابطة المعلمين للأعمال الاجتماعية والثقافية والتربية ضد المدير العام للأمن الوطني، م.م.إ.م.ت، عدد 84-85 يناير- أبريل 2009، ص: 232.

³ حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 895 بتاريخ 2006/03/07 ملف رقم 233/02 قضية مدير مجلة "وجهة نظر".

⁴ قرار الغرفة الإدارية عدد 816 بتاريخ 2001/06/21، منشور بمجلة ق.م.أ العدد 61، السنة 25 يناير 2003.

عرقلة ممارسة بعض الحريات كالتجول والاجتماع لفترة طويلة بغرض حماية النظام العام.¹

وعلى ذكر حرية التجول، نجد أن القاضي الإداري المغربي أكد في عدة مناسبات حرصه على ضمان ممارستها وعدم تقييدها من قبل السلطات المختصة إلا ما نص عليه القانون، والملاحظ أن المنازعات بخصوصها لم تثر أمام القضاء إلا في أواخر عقد التسعينات من القرن الماضي، من خلال الرقابة التي تفرضها كل من الغرفة الإدارية وبعدها المحاكم الإدارية على القرارات الإدارية الماسة بحرية التجول، فإلى جانب الدستور لجأ القاضي الإداري المغربي إلى استلهاهم مقتضيات المواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب واعتمدها كأساس لحماية حرية التنقل، باعتبارها مصدرا من مصادر الشرعية المكتوبة يترتب على إغفالها الحكم بإلغاء القرارات الإدارية، مرتكزا في ذلك على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية.²

ب- الرقابة على ملاءمة القرارات الضبطية :

يعد الضبط الإداري من أولى الميادين التي دشنت من خلالها القضاء الإداري الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية قبل أن تمتد لتشمل مجالات مختلفة، فالنقلة النوعية التي عرفتها الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة ظهرت في بدايتها بشكل واضح في مجال الضبط الإداري من خلال رقابة تقدير خطورة الأسباب وأهميتها أو من خلال رقابة التناسب بين الإجراء الضبطي ودرجة الخطورة المهددة للنظام العام، كما أن الضبط الإداري شكل الاستثناء الوحيد الذي بسط من خلاله القضاء الإداري رقابته على جانب الملاءمة بشكل واضح في إطار مرحلة الرقابة التقليدية على القرارات الإدارية التي تميزت باتساع نطاق السلطة التقديرية للإدارة وضعف الرقابة عليها لدرجة أن البعض اعتبر أن القاضي الإداري قد تجاوز حدود مهامه وتدخل في عمل الإدارة، بل وتشبيهه أحيانا بالرئيس الإداري الأعلى أو اعتباره كذلك. وقد فتح موقف القضاء من القرارات الإدارية في مجال الضبط الإداري، نقاشا حول نوعية الرقابة التي يباشرها القاضي في هذا الصدد، بين ما يعتبر أن هذا الأخير لا يتجاوز جانب المشروعية بالرغم من امتداد الرقابة إلى تقدير أهمية وتناسب الوقائع التي تدعيها الإدارة لقراراتها، واتجاه آخر يعتبر أن القاضي برقابته هذا الجانب الذي تملك بصده الإدارة سلطة تقديرية واسعة، إنما أصبح يراقب حتى جانب الملاءمة أيضا.

فالواقع أن الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، أضحت تتعدى نطاق المشروعية إلى رقابة مدى ملاءمة الوسائل التي اتخذتها الإدارة لمواجهة الوقائع ومدى تناسبها مع الظروف التي دفعت سلطة الضبط الإداري إلى ممارستها، حتى لا يكون المساس بالحريات العامة إلا بالقدر الضروري، فالتدابير الخاصة بالضبط الإداري لما يمكن أن تكون لها من انعكاسات خطيرة على حقوق الأفراد وحررياتهم في دولة الحق والقانون، لا يمكن للسلطات الإدارية أن تنكر أو تتجاهل تلك الحقوق والحريات بشكل مطلق، فالرقابة على قرارات الضبط الإداري من حيث ملاءمتها، ترجع إلى رغبة القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات، وما دام الأخير يمد رقابته على الملاءمة فهو قاضي مشروعية وملاءمة في آن واحد،³ خاصة إذا علمنا أن رقابة المشروعية تفرض أحيانا رقابة الملاءمة وتكون شرطا لإكمال الأولى.⁴

¹ قرار الغرفة الإدارية عدد 233 بتاريخ 2001/02/08 منشور بمجلة ق.م.أ العدد المزدوج 59-60 السنة 24، يناير- يوليوز 2002، ص 275..

² حكم المحكمة الإدارية بأكادير عدد 2004/31 بتاريخ 2004/02/12 أحمد حمية ضد المدير العام للأمن الوطني م.م.إ.م.ت، عدد 60، يناير - فبراير 2005، ص 194.

³ El YAAGOUBI (M) : la réception des droits de l'homme en droit administratif au Maroc, Tanjiss RDE n°4, 2004 p 59.

⁴ WALINE (J) : le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation, mélanges M.WALIN « le juge et le droit public » Tome II paris, LGDJ, juillet 1974, p 815.

وهكذا تكون حقوق وحرية الأفراد أكثر حماية في مجال الضبط الإداري، حيث تكون حرية السلطة الإدارية مقيدة من حيث تقدير حجم التهديد المخل بالنظام العام والقرار الواجب اتخاذه لمواجهة هذا التهديد. وهدف القاضي الإداري من تشديد الرقابة على سلطة الإدارة التقديرية في هذا المجال، هو التوفيق ما أمكن بين متطلبات النظام العام ومباشرة الحريات بغية الوصول إلى حل عادل ومتوازن، والأمر لا يكون كذلك إذا كان الإجراء بالغ الشدة وكان تهديد الأمن العام ليس خطيرا،¹ فالقاضي الإداري يبطل كل إجراء للمنع العام والمطلق لأنه يرى أن سلطة الضبط الإداري باتخاذها مثل هذا التدبير لم تحاول التوفيق بين السماح بممارسة الأفراد لحرياتهم وبين متطلبات الحفاظ على النظام العام.

وقد مارس القاضي الإداري المغربي الرقابة على ملاءمة قرارات الضبط الإداري في وقت مبكر، حيث راقبت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى تدخل السلطات الإدارية في الميدان الاقتصادي، ومدى احترامها لحرية التجارة والصناعة، حيث ألغت قرار صادر عن العامل والقاضي بمنع فتح واستغلال قاعة ممارسة أعمال الخفة والرشاقة في حدود مساحة معينة تحيط بالمؤسسات التعليمية، وبجرمان الأطفال دون الثامنة عشرة من ارتيادها، وقد تبين للقاضي أن إجراء المنع كان عاما ومطلقا باعتبار مساحة المنطقة المحرمة ومساحته بحرية ممارسة التجارة، وفي قضية أخرى مشابهة طبقت الغرفة الإدارية مبدأ التناسب في إلغائها لقرار السلطة القاضي بالمنع العام والمطلق لممارسة نشاط تجاري، كما طبق المبدأ في إلغاء أكثر من قرار إداري.² واستمر القاضي الإداري على نفس النهج بعد إحداث المحاكم الإدارية، من خلال رقابة التناسب بين التدبير الضبطي ودرجة الإخلال بالنظام العام.³

خلاصة لما سبق، نخلص إلى أن الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في ميدان الضبط الإداري سواء في جانبي المشروعية والملاءمة، تساهم في إحداث نوع من التوازن بين السلطة والحرية داخل المجتمع، وذلك بالتوفيق بين متطلبات حماية النظام العام وضرورات حماية الحريات وضمن ممارستها، خاصة وأن ميدان الضبط الإداري يعرف صراعا كبيرا وصداما دائما بين السلطة والفرد بالنظر لتعارض مصالح الطرفين، وهذا ما يفسر كون الحريات الفردية تكون أكثر عرضة للمساس والتقييد في هذا الميدان عن غيره، بما جعل القاضي الإداري يضع القرارات الإدارية الصادرة عن إدارة الضبط ضمن أولوية اهتماماته فيما يتعلق بتطوير رقابته لتمتد إلى الملاءمة، وهذا ما يفسر تشديد الرقابة على هذا الجانب في وقت مبكر بخلاف مجالات أخرى ضلت للإدارة اليد الطولى فيها، لما كانت تتمتع بصدها من سلطة تقديرية واسعة وفي غياب رقابة قضائية فعالة وظل الوضع على هذا النحو حتى إحداث المحاكم الإدارية والتأسيس للاتجاه الحديث واعتماد الرقابة المتطورة على مختلف القرارات الإدارية.

• لائحة المراجع بالعربية :

- محمد شريف اسماعيل عبد المجيد: "سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية"، دراسة مقارنة، رسالة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس.
- محمد ربيع منيب: "ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عين شمس.

¹ مصطفى حسن، السلطة التقديرية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، 1974، ص 204.

² أنظر أطروحتنا السابقة، ص 238.

³ حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 97/1003 بتاريخ 97/09/17 م.م.إ.م.ت عدد 27 ص 140.

- حكم المحكمة الإدارية بمراكش عدد 97/40 بتاريخ 97/10/02 م.م.إ.م.ت عدد 24 ص 121.

- حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 96/295 بتاريخ 1996/07/17 م.م.إ.م.ت، عدد 22، يناير، مارس، 1998، ص 119.

— صبري محمد السنوسي : الاعتقال الإداري بين الحرية الشخصية ومقتضيات النظام العام، 1996.

— عادل أبو الخير : " الضبط الإداري وحدوده"، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1995.

— وديع البقالي : السلطة التقديرية للإدارة بين المصلحة العامة والحريات الفردية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عبد الملك السعدي 2011-2012.

— مصطفى حسن، السلطة التقديرية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، 1974.

— أحكام المحاكم الإدارية لكل من : فاس، مراكش، أكادير، الرباط، وجدة.

— قرارات الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى.

— مجلة قضاء المجلس الأعلى أعداد 59-60-61.

— المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية أعداد 60-65-81-82-84-85.

• لائحة المراجع بالفرنسية :

- Bernard (P) : la notion d'ordre public en droit administratif, éd 1962.

- Ben Abdellah (M.A) : la liberté de réunion, note sous T.A, Rabat ;15 octobre 1998 in Contribution à la doctrine du droit administratif marocain ; vol II, Remald, série collection, « manuels et travaux universitaires », N° 77, 1ère édition 2008.

- Ben Abdellah (M.A) : l'incompétence de l'administration pour déclarer la nullité d'une association, note sous T.A Marrakech 19 mai 1999, in « contribution à la doctrine du droit administratif marocain », vol II Remald, série collection, « manuels et travaux universitaires », N° 77, 1ère édition 2008.

- El YAAGOUBI (M) : la réception des droits de l'homme en droit administratif au Maroc, Tanjiss RDE n°4, 2004.

-WALINE (J) : le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation, mélanges M.WALIN « le juge et le droit public » Tome II paris, LGDJ, juillet 1974

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615