

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول: الدكتور صلاح الدين دكداك / العدد 55 : ماي 2017

✓ مع مواضع العدد 55: ماي 2017 :

- المعيار العضوي في تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر.
- توارث مختلفي الدين بين مجلة الأحوال والدستور التونسي.
- تأديب الموظف بين قانون الوظيفة وتصلب الإدارة العامة.
- عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والعربي.
- قضية زرع الأعضاء التناسلية وأثره على النسب.
- مشكلة الإتجار بالأشخاص والهجرة غير الشرعية.
- راهنية موضوع تجليات القانون التجاري على المقاولات.
- مدى فعالية الجمعيات في رعاية الأشخاص المعاقين بالجزائر.
- أرجح الكلام في قراءة الفاتحة وعدمها خلف الإمام.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | مدير المسؤول: الدكتور صلاح الدين دكداك | الاتصال والبراسات: sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استغلال القضاء: أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخزومي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30)... المزيد	أخبار المجلة
كتاب القانون الدولي الخاص: إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد	اتصلوا بنا
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والفقه المغربي: الدكتور صلاح الدين دكداك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	المدير المسؤول
قراءة في النظام الفكري المصواتي (قانون 02/15): الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد	شروط النشر
	مقالات فقهية
	مقالات قانونية
	مقالات مقارنة
	مقالات بلغونية
	حوارات علمية
	تقارير خاصة
	المساهمون بالمجلة
	إعداد المجلة
	توزيع المجلة

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 0615 - 2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الخامس والخمسون : لشهر ماي 2017

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 55 لشهر ماي 2017 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكدك.....03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. المعيار العضوي في تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر وإشكالاته القانونية - قراءة تحليلية نقدية في ضوء المرسوم الرئاسي لسنة 2015 : الأستاذ الدكتور عمار بوضياف كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تبسة - الجزائر، مسؤول فريق التكوين في الدكتوراه قانون عام.....06
3. توارث مختلفي الدين بين أحكام الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية ودسترة حرية الضمير في الدستور التونسي : الدكتور شكري الدربالي ، دكتوراه في العلوم الإسلامية ، جامعة الزيتونة - الجمهورية التونسية.....25
4. تأديب الموظف الذي يرتكب خطأ جزائي، بين الصبغة الحماية لقانون الوظيفة العمومية وتصلب الإدارة العامة : الدكتور خليفي عبد الرحمن أستاذ محاضر تخصص قانون عام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد الشريف مساعدي ، سوق أهراس الجزائر، نائب رئيس تحرير مجلة الاقتصاد والقانون ، خبير على مستوى ندوة جامعات الشرق الجزائري.....37
5. إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية : الدكتور أبو بكر أحمد عثمان النعيمي ، جامعة الشارقة - الإمارات العربية المتحدة.....49
6. زرع الأعضاء التناسلية وأثره على النسب : ميلود بن حوحو ، طالب بصف الدكتوراه بالقانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور يحيى فارس، المدية - الجمهورية الجزائرية.....76
7. الإتجار بالأشخاص والهجرة غير الشرعية : الأستاذة تيسير بن لمقدم ، محامية بهيئة الرباط : (الخميسات) - المملكة المغربية.....85
8. راهنية مقارنة موضوع تجليات القانون التجاري على المقاولات العمومية - العقود التجارية نمودجا : إعداد الحسن رقيب : أستاذ باحث بجامعة محمد الخامس بالرباط ، كلية العلوم القانونية سلا - المغرب.....97
9. مدى فعالية الجمعيات في رعاية الأشخاص المعاقين في الجزائر : سعيود زهرة باحثة بصف الدكتوراه ، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية ، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق سعيد حمدين.....112
10. أرجح الكلام في قراءة الفاتحة وعدمها خلف الإمام : محمد أمان الله ملك، الطالب في مرحلة الدكتوراه قسم الدينيات الإسلامية - الجامعة العالية بكلكتوتا الهند.....131

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد الخامس والخمسين لشهر ماي 2017



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون
الدكتور: صلاح الدين دكداك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، سعدت مجلة الفقه والقانون كثيرا بأسرتها العلمية التي يزيد أفرادها يوما بعد يوم في كل أنحاء العالم ، وقد سجل العدد الأخير من المجلة رقما قياسيا من الزوار على صفحتنا بموقع التواصل الاجتماعي فايس بوك بفارب عشرين ألف زائر في أقل من يوم ، وأغلب الزوار من المملكة المغربية والجزائر وتونس وموريتانيا ومصر والأردن والإمارات والسعودية والولايات المتحدة الأمريكية... وهذا فتح عظيم من الله سبحانه وتعالى ، فالمجلة ولله الحمد أصبحت متداولت بسرعة كبيرة في شتى أنحاء العالم ، نظرا لجودة الدراسات المنشورة وتنوعها ونظرا لصدورها في مواعيد مضبوطة بدون أدنى تأخير .

وقد تشرفت مجلة الفقه والقانون في هذا العدد الجديد وهو العدد الخامس والخمسون لشهر ماي 2017 بالتواصل مع جامعة الشارقة بالإمارات العربية المتحدة ، والجامعة العالمية بلكلوتا بالهند ، وجامعة الزينونة بالجمهورية التونسية ، ثم كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تبسة بالجزائر ،

وكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد الشريف مساعدي سوق أهراس بالجزائر، وجامعة الجزائر 1 كلية الحقوق سعيد حمدين، ثم كلية العلوم القانونية بسلا جامعة محمد الخامس بالرباط بالمملكة المغربية، هذا فضلا عن هيئة المحامين بالرباط (الخميسات) بالمملكة المغربية.

وقد سهل العدد الجديد مجموعة من الدراسات الهامة عن تنظيم الصفقات العمومية وإسالاته القانونية، ونوارث مختلفي الدين، وتأديب الموظف، ثم إبرام عقود تفويض طرفي العام، وزرع الأعضاء التناسلية وأثره على النسب، والإيجار بالأشخاص والهجرة غير الشرعية، ومجليات القانون التجاري على اتفاقيات العمومية، ثم فعاليات الجمعيات في رعاية الأشخاص المعاقين، بالإضافة إلى دراسة عن أرجح الكلام في قراءة الفاتحة وعدمها خلف الإمام.

ختاما نتمنى أن تجدكم مواضيع هذا العدد الجديد، وأن تفيدونا بملاحظاتكم البناءة، ولا تنسوا زيارة موقعنا الإلكتروني www.majalah.new.ma و الاشتراك في صفحتنا على الفيسبوك لكي يصلكم كل جديد.

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.new.ma

دراسات وأبحاث بالعربية : ✓

المعيار العضوي في تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر وإشكاليته القانونية - قراءة تحليلية نقدية في ضوء المرسوم الرئاسي لسنة 2015-



الأستاذ الدكتور : عمار بوضيف كلية الحقوق
والعلوم السياسية جامعة تبسة - الجزائر
مسؤول فريق التكوين في الدكتوراه قانون عام

المقدمة :

من الطبيعي القول أن لكل قانون مجالا يتعلق به، أو واقعة يحكمها، أو ظاهرة ينظمها، أو مجالا يكفل له الحماية اللازمة، أو أشخاصا معينين يخاطبهم و يسري في حقهم. فالقاعدة القانونية خطاب موجه للأشخاص أيا ما كانت طبيعة الشخص. ولها مجال محدد يسعى النص المستحدث لتبينه لمعرفة المخاطبين بالقاعدة ونطاق سريانه.

وقد يمس القانون قطاعا معينا، أو فئة معينة من الأشخاص مثلما هو عليه الحال في مجال الموارد البشرية قانون الوظيفة العامة الصادر تحت رقم 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 والذي حددت المادة 2 منه المقصود بالموظف العام لنعرف من خلاله مجال تطبيق هذا القانون، وأي فئة يخاطب، وأي قطاع يخص.

واستعملت المادة المذكورة لتحديد مجال تطبيق قانون الوظيفة العمومية المعيار العضوي وفصلت في ذكر الجهات الإدارية المعنية بالخضوع إليه.¹ حيث جاء فيها: "يطبق هذا القانون الأساسي على الموظفين الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات والإدارات العمومية.

¹ - أنظر: الجريدة الرسمية العدد 46 لسنة 2006.

يقصد بالمؤسسات و الإدارات العمومية، المؤسسات العمومية، والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير المركزية التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي.

لا يخضع لأحكام هذا الأمر القضاة¹ والمستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني ومستخدمو البرلمان"

وعلى صعيد النظام الإجرائي تبنى المشرع منذ قانون الإجراءات المدنية الأول الصادر بموجب الأمر 66-154 بتاريخ 8 يونيو 1966 الملغى المعيار العضوي في توزيع الاختصاص بين جهات القضاء العادي والقضاء الإداري ولو في إطار غرف المجلس القضائي. وهذا ما تؤكد صراحة في المادة 7 منه التي أقامت وجود المنازعة الإدارية واختصاص الغرفة الإدارية بالنظر فيها على أساس وجود إما الدولة أو العمالة أي الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية كطرف في النزاع².

وبعد تبني نظام الازدواجية القضائية بمناسبة التعديل الدستوري لسنة 1996 وظهور القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله المعدل والمتمم سنة 2011 ثبت المشرع الجزائري المعيار العضوي في توزيع الاختصاص بين مجلس الدولة كهيئة قضائية عليا في المادة الإدارية. والمحاكم الإدارية كبنية قاعدية في نظام القضاء الإداري الجزائري وأوكل النظر لمجلس الدولة في دعاوى الإلغاء والتفسير وفحص المشروعية إذا صدر القرار المطعون فيه سواء كان فرديا أو تنظيميا عن سلطة إدارية مركزية أو هيئة عمومية وطنية أو منظمة مهنية وطنية وهذا ما تجلّى صراحة في المادة 9 منه³.

وصدر القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية مثبتا مرة أخرى أركان المعيار العضوي تشريعيا فيما خص نشاط مرفق القضاء وتجلّى ذلك في المادة 800 منه حيث رسمت اختصاص المحكمة الإدارية كأصل عام بوجود إما الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا في النزاع خارج دائرة الاستثناءات المقررة قانون⁴.

• التعريف بالموضوع وأهميته :

و إذا انطلقنا من هذه القاعدة وأردنا تطبيقها على مجال الصفقات العمومية تعين على المشرع أن يبرز بوضوح المعيار العضوي بغرض تحديد مجال تطبيق النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية اعتبارا لما يلي:

1- إذا تصوّرنا على صعيد روابط القانون الخاص أن الفرد لا يمكنه الاستغناء عن الدخول في علاقات عقدية مدنية

¹ - مثلا القضاة يخضعون لمقتضيات القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 57 لسنة 2011. كما يشرف على تنظيم وسير المهنة المجلس الأعلى للقضاء الذي نظم أحكامه القانون العضوي 04-12 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 والمنشور في ذات العدد من الجريدة الرسمية .

² - أنظر: الجريدة الرسمية العدد 47 لسنة 1966.

³ - أنظر: الجريدة الرسمية العدد 37 لسنة 1998. وأيضا الجريدة الرسمية عدد 43 لسنة 2011

⁴ - أنظر: الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 2008

أو تجارية أو حتى عقود أخرى (عقد عمل، عقد صلح، عقد تأمين، عقد بيع، عقد إيجار، عقد رهن...). فكذا الحال بالنسبة للدولة وباقي أشخاص القانون العام لا يمكن تصور استغنائها عن اللجوء لإبرام عقود بهدف خدمة الجمهور والنهوض بأعباء السلطة العامة بعنوان صفقات عمومية.

2- إن أهمية الصفقات العمومية تكمن بصورة واضحة بالنظر لصلتها الوثيقة بالخزينة العامة. فالصفقات العمومية تكلف خزينة الدولة اعتمادات مالية ضخمة بحكم تعدد وتنوع الهيئات الإدارية من جهة (دولة، ولاية، بلدية، مؤسسة إدارية، هيئة عمومية...) وبحكم تنوع الصفقات العمومية من جهة أخرى (صفقة أشغال عامة، خدمات، توريد، دراسات).

ولما كان للصفقات العمومية علاقة بالخزينة العامة، وجب إخضاع الإدارة لطرق خاصة تتعلق بإبرام الصفقة، كما ينبغي إخضاعها لإطار رقابي محدد ومتنوع. بهدف ترشيد النفقات العامة والحد قدر الإمكان من الممارسات السلبية وهدر المال العام.

3- إن أهمية الصفقات العمومية تبرز أيضا من حيث اعتبارها أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية على حد سواء. ذلك أن البرامج والخطط الاستثمارية التي تضعها السلطات المركزية المختصة إنما يقع تنفيذها من قبل الإدارة المعنية في جزء كبير منها عن طريق الصفقات العمومية. فلو وضعت السلطة الإدارية المختصة برنامجا لإنجاز مجموعة سكنات خلال مدة معينة على المستوى الوطني. فإن تنفيذ هذا البرنامج سيتجسد في شكل صفقات عمومية تبرم مع مجموعة مقاولات وشركات ومؤسسات بغرض تحقيق المطلوب. وكذلك لو وعدت السلطة بمد شبكة المواصلات عبر نقاط تربط بين ولايات وبلديات، فإن تنفيذ هذا البرنامج يستوجب إبرام صفقات كثيرة مع مجموعة مؤسسات أو مقاولات لتنفيذ محتوى هذا الوعد. ومن هنا فإن تنفيذ سائر البرامج التنموية يستوجب المرور بإطار اتفاقي يبرم بالكيفية التي حددها التنظيم بعنوان صفقة عمومية.

وتأسيسا على ما تقدم تتجلى أهمية الموضوع اعتبارا أنه ليس كل عقد تبرمه جهة عمومية يخضع بالضرورة لتنظيم الصفقات العمومية، بل هناك جهات محددة عادة ما يتم الإفصاح عنها في المواد الأولى لتشريع أو تنظيم الصفقات لنعرف من خلالها مجال التطبيق عضويا. وهو ما يستلزم اعتماد معيار عضوي.

• دوافع البحث في الموضوع :

سبق لنا من خلال دراسة منشورة في مجلة مجلس الدولة موسومة بـ " المعيار العضوي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإشكالاته القانونية"¹ إثارة جملة من الإشكالات الناتجة عن تطبيق المعيار العضوي. وكيف أن المشرع في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ذكر فيها نوعا واحدا من المؤسسات العمومية وهي " المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري" ولم تذكر باقي المؤسسات العمومية كالمؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسة العمومية ذات الطابع التكنولوجي.

وقد تثار إشكالية الاختصاص النوعي بمناسبة الفصل في بعض القضايا خاصة وأن هذه القواعد وثيق الصلة بالنظام العام فلا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على خلاف مضمونها. ويجوز إثارتها في أي مرحلة من مراحل النزاع.

¹ - أنظر: الدكتور عمار بوضياف، المعيار العضوي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإشكالاته القانونية، مجلة مجلس الدولة، العدد العاشر، 2012، ص ص

ودعونا في نهاية الدراسة لضرورة مراجعة المادة 800 بعد إثبات غموض المادة أعلاه وذكرها لنوع واحد من المؤسسات العمومية دون الباقي في حين أنشأت منظومات قانونية سنة 1998 و 1999 جيلا جديدا ونوعا من المؤسسات العمومية لا تحمل وصف الإدارية، ولا تباشر عملا تجاريا، وعلاقتها قائمة ومباشرة مع الخزينة العمومية فيما خص جانب التمويل، ورغم ذلك لم يرد ذكرها في المادة 800 أعلاه

• الإشكالية المطروحة :

إذا كان المعيار العضوي معيار قديم وثبت اعتماده تاريخيا في النظام القانوني الجزائري في عديد المجالات. وهو أيضا معيار بسيط من السهل توظيفه، فإن الإشكالية المطروحة إلى أي مدى كانت تنظيمات الصفقات العمومية الصادرة في مراحل سياسية واقتصادية مختلفة واضحة في ذكر وحصر الجهات العمومية المشمولة بالتنظيم على سبيل الدقة والوضوح.

• حدود الدراسة :

تتعلق الدراسة أساسا بالنصوص التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية والصادرة منذ التنظيم الأول والذي حمه المرسوم 82-145 ثم المرسوم التنفيذي 91-434 فالمرسوم الرئاسي 02-250 والمرسوم الرئاسي 10-236 وأخيرا المرسوم الرئاسي 15-247. مع الإشارة للتعديلات المتعلقة بالمعيار العضوي في كل مرة.

وبناء على ما تقدم فإن الدراسة ستستثني أحكام الأمر 90-67 الصادر بتاريخ 17 يونيو 1967¹ اعتبارا لطبيعة التشريعي وسنحصر في حدود التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية لا غير.

• أهداف الدراسة :

على نفس توجه الدراسة المذكورة سنحاول إثارة إشكالية تطبيقات المعيار العضوي في مجال الصفقات العمومية وهذا بقصد تقييم مدى توازن وقوة ودقة هذا المعيار انطلاقا من الأحكام الواردة في المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وبالربط والمقارنة مع تنظيمات سابقة تتعلق بذات المعيار.

• المنهج المتبع :

فرضت طبيعة الدراسة إتباع المنهج التحليلي اعتبارا أنها تتعلق بنصوص قانونية وتنظيمية والربط والمقارنة بينها وصولا لتقييم مدى دقة هذا المعيار في تحديد مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية.

كما فرضت الدراسة إتباع المنهج التاريخي من منطلق أنها تنصب على تبني المنظم الجزائري في مجال الصفقات العمومية على المعيار العضوي منذ التنظيم الأول لسنة 1982 وحتى آخر منظومة سارية المفعول والتي تضمنها المرسوم الرئاسي 15-247. فهي زمنًا تمتد لأكثر من أربعة عقود .

¹ - أنظر: الجريدة الرسمية العدد 52 لسنة 1967

● خطة الدراسة :

- المطلب الأول : المعيار العضوي في تنظيم الصفقات العمومية لسنة 1982
- المطلب الثاني : المعيار العضوي في تنظيم الصفقات العمومية لسنة 1991
- المطلب الثالث : المعيار العضوي في تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2002
- المطلب الرابع : المعيار العضوي في تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2010
- المطلب الخامس : المعيار العضوي في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لسنة 2015
- الخاتمة.

المطلب الأول : المعيار العضوي في تنظيم الصفقات العمومية لسنة 1982 :

في البداية ينبغي التذكير أنه ليس كل العقود التي تبرمها الجهات العمومية تخضع لتنظيم الصفقات من حيث طرق الإبرام وأحكام الرقابة بأنواعها المختلفة الداخلية والخارجية، وتسوية المنازعات، بل هناك عقود تستثنى من دائرة تنظيم الصفقات وهي بعيدة عن مجال دراستنا.

وإذا كان المشرع يتغني من سن تنظيم الصفقات وضع قيود أكثر فعالية على الجهات الإدارية لحملها على ترشيد الإنفاق العمومي، وإبعادها عن مظنة الشبهات، وحماية المال العام، فإن هذا التنظيم لا يطبق من حيث الأصل على جميع الإدارات العمومية، بل يخص جهات محددة يتكفل المعيار العضوي ببيانها وتوضيحها من خلال المادة المتعلقة بمجال التطبيق. وهو المنهج الذي دأبت على إتباعه مختلف تنظيمات الصفقات العمومية منذ 1982 إلى غاية 2015 ساري المفعول.

فهذه المادة 5 من المرسوم 82-145 المتعلق بالمتعامل العمومي قدمت مفهوما واسعا للجهات المعنية بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية نجم عنه اتساع مجال تطبيقه فجاء فيها عبارات تحمل طابع الجمع والإطلاق والشمولية:

- جميع الإدارات العمومية .
- جميع المؤسسات والهيئات العمومية.
- جميع المؤسسات الاشتراكية.
- أي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات.

ولم يكتف المرسوم المذكور بشمول أحكامه لأشخاص القانون الإداري كالدولة والولاية والبلدية والمؤسسة الإدارية، بل مدّها أيضا لجميع المؤسسات الاشتراكية سواء كان نشاطها تجاريا أو صناعيا وحقق بذلك ما لم يحققه أمر 67-90. ووسع المرسوم من نطاق الهيئات المعنية بأحكامه حتى شملت وبمنطوق المادة 20 الاستغلالات الفلاحية

المنظمة والمسيّرة في إطار التسيير الذاتي والتعاوني.¹ وبعبارة (جميع وكل) الواردة في المادة 5 من المرسوم 82-145 أراد المشرع لتنظيم الصفقات العمومية الثاني شمولية أكثر، ومجالاً أوسع، فخص به جميع القطاعات الإدارية والتجارية والصناعية والفلاحية. وهذا ما يؤكد الطابع الإيديولوجي لمرسوم 1982 ومدى تأثره بالفكر الاشتراكي وهو أمر كان يتماشى وهذه المرحلة.

- السبب المباشر في توسيع نطاق تنظيم الصفقات العمومية :

إذا عدنا للمنطلقات الأساسية للمرسوم 82-145 المنظم لقواعد الصفقات العمومية نجده قد استند بحكم طبيعة المرحلة التي صدر فيها على الميثاق الوطني باعتباره الوثيقة الأعلى درجة في تلك المرحلة حيث نصت المادة 6 من دستور 1976 على ما يلي "الميثاق الوطني هو المصدر الأساسي لسياسة الأمة و قوانين الدولة.

و هو المصدر الإيديولوجي و السياسي المعتمد لمؤسسات الحزب و الدولة على جميع المستويات.

الميثاق الوطني مرجع أساسي أيضا لأي تأويل لأحكام الدستور."

كما استند المرسوم على أحكام الدستور خاصة المتعلقة بممارسة السلطة التنظيمية. واستند أيضا على نصوص تؤكد تأثره بالاتجاه الاشتراكي كذكره للأمر 78-02 المؤرخ في 11 فبراير 1978 المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية. والقانون رقم 80-11 المؤرخ في 13 ديسمبر 1980 المتضمن المخطط الخماسي 80-84. ولقد برز الخط الاشتراكي في كثير من نصوص هذا المرسوم بدءا بالمادة الأولى والثانية والثالثة وفي مواد أخرى كثيرة منه.

- صدور القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية وأثره على نطاق تطبيق تنظيم الصفقات العمومية :

لم تدم مرحلة مد أحكام المرسوم 82-145 للقطاع الاقتصادي طويلا إذ صدر القانون 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية والتي اعتبرت أحكامه خاصة الواردة في الباب الثاني المواد 5 وما بعدها المؤسسة العمومية الاقتصادية تاجرة وتتخذ صورة شركة مساهمة أو شركة مسؤولية

¹ - لتفصيل أكثر بخصوص الوحدة الاقتصادية راجع: أحمد عماري النظام القانوني للوحدات الاقتصادية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 1984، ص3 وما بعدها.

الدكتور محمد قبطان، قانون الصفقات العمومية، ملتقى قضاة الغرف الإدارية 22-23-24 ديسمبر 1990، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر 1992، ص158. مسعود محمودي، النظام القانوني لعقد المؤسسة العامة في النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 1990، ص69.

معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص37

Mohamed Boussoumah , L'entreprise Socialiste en Algérie, Alger, O.P.U. 1982, P 651.

ولتفصيل أكثر بخصوص التعاقد مع الطرف الأجنبي راجع :

Ali Ben Cheneb, Mécanismes juridiques des relations Commerciales internationales de l'Algérie, Alger, O.P.U, 1984, P59

محدودة رغم تملك الدولة أو الولاية أو الجماعات المحلية لحصصها.¹ وأخضعت المادة 2 منه المؤسسة العمومية الاقتصادية صراحة للتشريع التجاري معترفة لها بالشخصية الاعتبارية.

وعملا بمقتضيات هذا القانون صدر المرسوم رقم 88-72 المؤرخ في 29 مارس 1988 والذي عدلت بموجبه المادة 5 أعلاه فحملت مضمونا جديدا مخالفا لمضمونها السابق فنصت المادة الأولى من المرسوم على ما يلي: "تطبق أحكام هذا المرسوم على الصفقات العمومية التي تبرمها الإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فقط والمسماة أدناه المتعامل العمومي".²

وهكذا أخرج المشرع عقود المؤسسات العمومية الاقتصادية بعد أن كان قد أدمجها في ظل الصفقات العمومية بموجب المرسوم 82-145 المذكور. وهذا أمر طبيعي فهي تاجرة. والحياة التجارية يحكمها مبدأ السرعة وهذا الأخير لا يتماشى مع أحكام إبرام الصفقات العمومية التي حملها المرسوم 82-145 وما تتسم به من بطء في الإجراءات بما لا يناسب طبيعة نشاط المؤسسة الاقتصادية، لذا حكم المشرع بإخراجها من دائرة تنظيم الصفقات العمومية ليفتح أمامها سبل التعاقد مراعاة لحركية السوق وحركة رؤوس الأموال. وهي خطة نثني عليها لمقاصدها خاصة التجارية. فتتطلب الصفقات إذا ما تقرر مده على مستوى المؤسسات الاقتصادية من شأنه أن يبعث بطئا في التعاقد مما قد يشل حركة هذه المؤسسات ويؤثر على الأداء الاقتصادي ونسبة الأرباح.

المطلب الثاني: المعيار العضوي في تنظيم الصفقات العمومية لسنة 1991 :

لقد نتج عن المصادقة الشعبية على دستور 1989 ظهور مجموعة كبيرة من القوانين خاصة سنة 90 و91 وهذا أمر طبيعي طالما تم تغيير التشريع الأساس وبرز توجه اقتصادي وسياسي جديد يختلف اختلافا كبيرا عن التوجه الذي عرف في المراحل السابقة على إقرار دستور 1989.

ولم يدرج موضوع الصفقات العمومية ضمن إطار التشريع بما يعنى أنه صار من مشمولات التنظيم الذي يعود طبقا للمادة 116 لرئيس الحكومة والتي جاء فيها صراحة "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون.

يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الحكومة".

وتأسيسا على ما تقدم مارس رئيس الحكومة مهامه الدستورية ونسجل التطابق التام بين الأداة المستعملة في سن تنظيم الصفقات في شكل مرسوم تنفيذي وبين مقتضيات الدستور الجاري به العمل في تلك المرحلة وه دستور 1976.

- لماذا سن تنظيم الصفقات العمومية بموجب مرسوم تنفيذي :

إنّ أول ملاحظة ينبغي إبدائها أنّ هذا النصّ الجديد أقرّ بموجب مرسوم تنفيذي ووقعه رئيس الحكومة لا رئيس الجمهورية. وهذا يستدعي التوضيح من جانبنا نظرا لأهمية هذه النقطة باعتبارها أداة سن القواعد المنظمة للصفقات العمومية.

¹- أنظر: الجريدة الرسمية العدد 2 لسنة 1988.

²- أنظر: الجريدة الرسمية العدد 13 لسنة 1988.

فمنصب رئيس الحكومة لم يكن موجودا في ظلّ الدستور القديم لسنة 1976 واستحدث بموجب تعديل 1988 وكرّس في دستور 1989 وفي مواد كثيرة لا سيّما المادة 74 الفقرة 5 والمادة 75 و76.

وانطلاقا من القواعد الدستورية صار رئيس الحكومة هو الشخص المسؤول عن السياسة الداخلية وهو المكلف بحسب المادة 75 بإعداد برنامج الحكومة وعرضه على المجلس الشعبي الوطني للموافقة عليه. وهو المكلف أيضا بحسب المادة 81 الفقرة 4 بتوقيع المراسيم التنفيذية.

وبالنظر لهذه السلطات الممنوحة له صار بإمكانه في ظلّ النّظام السياسي والإداري الجديد الذي حمّله دستور 1989 أن يقرّ القواعد المتعلقة بالصفقات العمومية خاصة وأنّ المادة 115 من دستور 1989 والتي رسمت ميدان ومجال التشريع لم تشر بالذكر للقواعد المتعلقة بالصفقات العمومية بما يعني وطبقا للمادة 116 من نفس الدستور أن يتولى رئيس الحكومة إصدار تنظيم يحكم هذه القواعد.

غير أن البعض طرح إشكالية عدم دستورية المرسوم التنفيذي على أساس أن مجال الصفقات العمومية يدخل ضمن إطار التنظيم المخول لرئيس الجمهورية لا رئيس الحكومة طبقا للمادة 122 و 125 من دستور 1989.¹

ومن النصوص الجديدة التي عرفت لها مرحلة بداية التسعينات هو ظهور تنظيم للصفقات العمومية الذي حمّله المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991². وتضمن 157 مادة وجاء لاغيا للمرسوم السابق 82-145 وهذا بموجب المادة 156 منه.

- انتهاك المرسوم التنفيذي لقاعدة توازي الأشكال :

إذا كان سن تنظيم الصفقات العمومية من مشتملات رئيس الحكومة ولا عيب في إصدارها في شكل مرسوم تنفيذي، غير أن الإشكال القانوني الناجم عن ممارسة هذه السلطة من قبل رئيس الحكومة تتمثل في أنّ المرسوم التنفيذي وهو نص تنظيمي يحتل مكانة أقل من النص التشريعي جاء معلنا في المادة 155 منه عن إلغاء كثير من مواد الأمر 67-90 المواد من 1 إلى 7 ومن 8 إلى 95 ومن 114-154 ومن 161 إلى 166.

وعند مقابلة أرقام المواد يتبين لنا ما يلي :

1- لقد أعلن المرسوم التنفيذي 91-434 عن إلغاء للمواد من 1 إلى 7 من الأمر 67-90 وهذا ما أتضح جليا في المادة 155 منه. في حين أنّ المواد من 1 إلى 4 من الأمر 67-90 هي أصلا ملغاة ولا وجود لها بحكم أن المادة 162 من المرسوم 82-145 أعلنت عن إلغاء هذه المواد فحققت السبق فكأنّ النص يعلن عن إلغاء المعدوم والسابق إلغاءه.

2- لقد أعلن المرسوم التنفيذي في نص مادته 155 عن إلغاء المواد من 8 إلى 95 من الأمر 67-90. في حين أنّ المواد من 7 إلى 80 ومن 86 إلى 96 أعلنت عن إلغائها المادة 162 من المرسوم 82-145 فكأنّ المرسوم التنفيذي يعلن عن إلغاء المعدوم أيضا.

¹- أنظر: خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015، ص 87.

²- أنظر: الجريدة الرسمية رقم 57 لسنة 91.

3- أعلن المرسوم التنفيذي المذكور عن إلغاء المواد من 114 إلى 154 من الأمر 67-90. في حين سبقه المرسوم 82-145 فأعلن عن إلغاء المواد من 114 إلى 146 فلماذا الإعلان عن إلغاء نصوص هي أصلا ملغاة.

4- أعلن المرسوم التنفيذي لسنة 1991 سابق الذكر عن إلغاء المواد من 161 إلى 164 من الأمر 67-90. في حين سبقه المرسوم 82-145 في الإعلان عن إلغاء المواد من 161 إلى 164 من الأمر 67-90 فلماذا أيضا يصرح بإلغاء ما تمّ إلغاؤه.

إن الدارس للمرسوم التنفيذي 91-434 وتحديدًا المادة الثانية منه يلاحظ أن المشرع ضيق في هذه المرحلة من مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية. حيث عدت المادة المذكورة على سبيل الحصر الهيئات المعنية فذكرت الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري. وهكذا عاد المشرع واستبعد المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري فلم يشملها بالنص. وهذا إصلاح يلائم طبيعة المرحلة الجديدة بعد إقرار دستور جديد للبلاد لسنة 1989.

وجاءت المادة 2 من المرسوم التنفيذي أعلاه محددة مجال تطبيقه عضويًا فنصت على: " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية." وهو ما يفهم منه أن المرسوم قصر مجال التطبيق على أشخاص القانون العام دون سواهم.

ونسجل على هذا المرسوم أنه لم يذكر الدولة بالتسمية الصريحة، بل ذكر تسمية مطلقة " الإدارات العمومية". وكان يتعين على المنظم إطلاق تسمية الدولة على رأس أشخاص القانون العام باعتبارها تملك الشخصية الاعتبارية طبقًا للمادة 49 من القانون المدني. رغم أن المادة 8 أشارت بصريح العبارة للوزير باعتباره سلطة إدارية مؤهلة لتوقيع صفقات الدولة. ولم يتضمن المرسوم ما يؤكد خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية لتنظيم الصفقات العمومية.

المطلب الثالث : المعيار العضوي في تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2002 :

نصت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 02-250 على ما يلي: " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري بالإضافة إلى مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصومة ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة."¹

ونسجل على هذه المادة ما يلي :

1- أنها لم تذكر هي الأخرى كسابقتها الدولة بالتسمية الصريحة بل ذكرت تسمية " الإدارات العمومية". رغم أن القانون المدني وهو قانون الأشخاص والأموال قد ذكر تسمية الدولة في المادة 49 منه باعتبارها تملك

¹ - أنظر: الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 2002 .

الشخصية الاعتبارية. كما أن المادة 7 من المرسوم الرئاسي 02-250 ذكرت الدولة بهذه التسمية وهي تحدد السلطة المؤهلة بتوقيع صفقات الدولة ممثلة في الوزير المعني.

2- إلى جانب الأشخاص المذكورة سابقا وهي الهيئات الوطنية الهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات الإدارية ورد في المادة 2 ذكر جهات أخرى وهي :

- مراكز البحث والتنمية.

- المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بإنجاز استثمارات عمومية بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة.

ومن النص أعلاه يبدو أن المنظم اتجه نحو ذكر المؤسسات حسب طبيعتها وصنفها وهذا توجه جديد لا نجده في المراحل السابقة.

إن تنوع نشاط الدولة يفرض وجود أنواع كثيرة للمؤسسات تحدثها الدولة بغرض مساعدتها في القيام بواجب توفير الخدمات للجمهور. ولا تتخذ المؤسسات العمومية شكلا واحدا بل يختلف شكلها عما إذا كانت مؤسسة إدارية أو مؤسسة صناعية وتجارية أو مؤسسة أخرى.

والدارس للتشريع الجزائري خاصة ابتداء من 1998 ثم إصلاح وهيكله 1999 يلاحظ مدى التطور الكبير الذي عرفه أسلوب المؤسسات والتصنيفات التي طرأت عليها والتي يمكن إرجاعها إلى أربعة أصناف كبرى و أساسية هي كما يلي:

- المؤسسة العامة الإدارية (ذات الطابع الإداري).

- المؤسسة العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري.

- المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.

- المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني.

وهو التقسيم المكرس بموجب المادة 2 من الأمر 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية.

وبالاستناد للقانون 99-05 المؤرخ في 4 أبريل 1999 المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي¹ نجد المادة 31 منه ورد فيها صراحة: " من أجل التكفل بالمهام المحددة في المادة 5 أعلاه تنشأ مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني." وجاء في المادة 32 من ذات القانون: " تعتبر المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني مؤسسة وطنية للتعليم العالي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي."

¹ - أنظر: الجريدة الرسمية عدد 24 لسنة 1999 والمعدل بالقانون 04-2000 الجريدة الرسمية 75 لسنة 2000 .

وتطبيقاً لهذا القانون صدر المرسوم التنفيذي رقم 99-258 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999 يحدد كيفية ممارسة المراقبة المالية البعدية على المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسة العمومية ذات الطابع التكنولوجي وهيئات البحث الأخرى.¹

كما صدرت العديد من المراسيم التنفيذية معلنة عن إنشاء جامعات ومراكز جامعية تحت عنوان موسمي "مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني". نذكر على سبيل المثال المراسيم التنفيذية التالية :

المرسوم التنفيذي 08-203 المؤرخ في 9 يوليو يتضمن إنشاء المركز الجامعي بتسمييلت حيث اعترفت المادة الأولى منه بأن المركز الجامعي لتسمييلت هو مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني.²

المرسوم التنفيذي 08-204 المؤرخ في 9 يوليو يتضمن إنشاء المركز الجامعي بميلة حيث اعترفت المادة الأولى منه بأن المركز الجامعي بميلة هو مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني.³

المرسوم التنفيذي 08-205 المؤرخ في 9 يوليو يتضمن إنشاء المركز الجامعي بعين تيموشنت حيث اعترفت المادة الأولى منه بأن المركز الجامعي بعين تيموشنت هو مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني.⁴

المرسوم التنفيذي 08-206 المؤرخ في 9 يوليو يتضمن إنشاء المركز الجامعي بغليزان حيث اعترفت المادة الأولى منه بأن المركز الجامعي بغليزان هو مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني.⁵

المرسوم التنفيذي 09-07 المؤرخ في 4 يناير 2009 المتضمن إنشاء جامعة أم البواقي. حيث اعترفت المادة الأولى منه بأن جامعة أم البواقي هي مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني.⁶

المرسوم التنفيذي 09-08 المؤرخ في 4 يناير 2009 المتضمن إنشاء جامعة بشار. حيث اعترفت المادة الأولى منه بأن جامعة بشار هي مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني.⁷

المرسوم التنفيذي 09-09 المؤرخ في 4 يناير 2009 المتضمن إنشاء جامعة الجلفة. حيث اعترفت المادة الأولى منه بأن جامعة الجلفة هي مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني.⁸

المرسوم التنفيذي 09-10 المؤرخ في 4 يناير 2009 المتضمن إنشاء جامعة سعيدة. حيث اعترفت المادة الأولى منه بأن جامعة سعيدة هي مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني.⁹

¹- أنظر: الجريدة الرسمية عدد 82 لسنة 1999.

²- أنظر: الجريدة الرسمية رقم 39 لسنة 2008.

³- أنظر: الجريدة الرسمية رقم 39 لسنة 2008.

⁴- أنظر: الجريدة الرسمية رقم 39 لسنة 2008.

⁵- أنظر: الجريدة الرسمية رقم 39 لسنة 2008.

⁶- أنظر: الجريدة الرسمية رقم 2 لسنة 2009.

⁷- أنظر: الجريدة الرسمية رقم 2 لسنة 2009.

⁸- أنظر: الجريدة الرسمية رقم 2 لسنة 2009.

⁹- أنظر: الجريدة الرسمية رقم 2 لسنة 2009.

المرسوم التنفيذي 09-11 المؤرخ في 4 يناير 2009 المتضمن إنشاء جامعة المدينة. حيث اعترفت المادة الأولى منه بأن جامعة المدينة هي مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني.¹

المرسوم التنفيذي 09-07 المؤرخ في 4 يناير 2009 المتضمن إنشاء جامعة معسكر. حيث اعترفت المادة الأولى منه بأن جامعة معسكر هي مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني.²

المعيار العضوي في تعديل 2008:

بموجب المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 تم تعديل المرسوم الرئاسي 02-250 أعلاه.³ وجاءت المادة 2 من المرسوم بما يلي:

"لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل مصاريف:

- الإدارات العمومية،

- الهيئات الوطنية المستقلة،

- الولايات،

- البلديات،

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

- مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصومة ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع التقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف هذه المؤسسات بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة.

- لا تخضع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين لهذا المرسوم."

ومن هنا حافظ التعديل من حيث الأصل على التصنيف الدقيق والمفصل للجهات المعنية بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية. وحمل الجديد المتعلق بإضافة المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني كما حمل الجديد فيما خص إعفاء الإدارات العمومية من الخضوع لتنظيم الصفقات العمومية عندما تتعاقد مع بعضها البعض.

المطلب الرابع: المعيار العضوي في تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2010:

صدر المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية معلنا إلغائه للمرسوم الرئاسي 02-250.⁴ وجاءت المادة 2 منه محددة مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية والمتعلقة بمجال

¹- أنظر: الجريدة الرسمية رقم 2 لسنة 2009

²- أنظر: الجريدة الرسمية رقم 2 لسنة 2009

³- أنظر: الجريدة الرسمية رقم 62 لسنة 2008

⁴- أنظر: الجريدة الرسمية رقم 58 لسنة 2010.

التطبيق كما يلي: " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات:

- الإدارات العمومية. ولم تشر للدولة بالمسمى الصريح والدقيق.

- الهيئات الوطنية المستقلة.

- الولايات.

- البلديات.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري....".

وهذه كلها أشخاص القانون العام تخضع تقليديا لتنظيم الصفقات العمومية.

ثم أضافت المادة 2 ما يلي:

- مراكز البحث والتنمية. وورد ذكرها في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250 كما سبقت الإشارة.

- المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي. وهي الأخرى المذكورة في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني. وقد أدرجت أيضا في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني. ولم يرد ذكرها في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250. وذكرت في تعديل 2008 لأول مرة.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة. وهي مطابقة للمادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250. وواردة أيضا في تعديل 2008 المذكور.

- المعيار العضوي في تعديل 2012:

بموجب المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012 تم تعديل المرسوم الرئاسي 10-236 ومن بين المواد التي مسها التعديل المادة 2 منه فجاء فيها:¹ " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات:

- الإدارات العمومية.

- الهيئات الوطنية المستقلة.

- الولايات.

¹- أنظر: الجريدة الرسمية رقم 4 لسنة 2012.

- البلديات.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري....".

وهذه كلها أشخاص القانون العام تخضع تقليدياً لتنظيم الصفقات العمومية. مع تسجيل ملاحظة أن المنظم لم يطلق تسمية الدولة، بل ذكر عبارة مطلقة للإدارات العمومية.

ثم أضافت المادة 2 ما يلي :

- مراكز البحث والتنمية. وورد ذكرها في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 250-02 كما سبقت الإشارة وفي تعديل 2008 وفي المرسوم الرئاسي 10-236. وفي تعديل 2012.

- المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي. وهي الأخرى مذكورة في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 250-02. وفي تعديل 2008 وفي المرسوم الرئاسي 10-236. وفي تعديل 2012.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني. وقد أدرجت أيضاً في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 250-02. ومذكورة في تعديل 2008 وفي المرسوم الرئاسي 10-236. وفي تعديل 2012.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني. ولم يرد ذكرها في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 250-02. وأضيفت في تعديل 2008. وتم تثبيتها بموجب المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة. وهي مطابقة للمادة 2 من المرسوم الرئاسي 250-02. وتم تثبيتها في تعديل 2008. وفي المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236. وفي تعديل 2012.

- المعيار العضوي في تعديل سنة 2013 :

بموجب المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13 يناير 2013 تم تعديل المرسوم الرئاسي 10-236 ومن بين المواد التي مسها التعديل المادة 2 منه فجاء فيها: ¹ " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات:

- الإدارات العمومية.

- الهيئات الوطنية المستقلة.

- الولايات.

- البلديات.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري....".

وهذه كما سبق البيان تعد من أشخاص القانون العام وتخضع تقليدياً لتنظيم الصفقات العمومية. مع تسجيل

¹- أنظر: الجريدة الرسمية رقم 02 لسنة 2013.

ملاحظة أن المنظم لم يطلق تسمية الدولة بصريح العبارة، بل ذكر عبارة مطلقة وشاملة للإدارات العمومية.

ثم ذكرت المادة 2 ما يلي :

- مراكز البحث والتنمية. وورد ذكرها في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250 كما سبقت الإشارة وفي تعديل 2008 وفي المرسوم الرئاسي 10-236. وفي تعديل 2012 أيضا.

- المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي. وهي الأخرى المذكورة في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250. وفي تعديل 2008 وفي المرسوم الرئاسي 10-236. وفي تعديل 2012 أيضا.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني. وقد أدرجت أيضا في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250. ومذكورة في تعديل 2008 وفي المرسوم الرئاسي 10-236. وفي تعديل 2012.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي. وقد ورد ذكرها في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250. وفي تعديل 2008 وفي المرسوم الرئاسي 10-236. وفي تعديل 2012 أيضا.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة. وهي مطابقة للمادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250 وفي تعديل 2008 وفي المرسوم الرئاسي 10-236. وفي تعديل 2012 أيضا.

المطلب الخامس : المعيار العضوي في المرسوم الرئاسي لسنة 2015 ساري المفعول :

صدر المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وجاء لاغيا للمرسوم الرئاسي 10-236¹. كما جاءت المادة 6 منه محددة مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية كما يلي : " لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات :

- الدولة.

- الجماعات الإقليمية،

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية."

إن قراءة متأنية لمضمون المادة 6 أعلاه تدفعنا لتسجيل الملاحظات التالية :

1- حملت المادة 6 تسمية الدولة في المطبة رقم 1. وبذلك انسجم التعديل الجديد مع مقتضيات القانون المدني. فلم يطلق العبارات العامة بعنوان " إدارات عمومية " كما سبق البيان في التنظيمات السابقة، بل تحرى التسمية الدقيقة والقانونية وهذا الأمر نثني عليه.

¹ - أنظر: الجريدة الرسمية رقم 50 لسنة 2015.

2- استعمل المرسوم الجديد مصطلح " الجماعات الإقليمية " وهي طبعا طبقا للنص الدستوري الولاية والبلدية. وهذا خلافا للتنظيمات السابقة كما سبقت الإشارة استعملت مصطلح " الولايات " و " البلديات ". ومن هنا نسجل إجمالا تواجد الولايات والبلديات في كل تنظيمات الصفقات العمومية. وهذا أمر طبيعي لأنها تملك الشخصية الاعتبارية، ولا يمكنها القيام بدورها التنموي على الصعيد المحلي دون تمكينها من إبرام الصفقات وهذا الأخير يحكمه تنظيم خاص ومميز.

3- استمر التنظيم الجديد في إخضاع المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري لتنظيم الصفقات العمومية متى توافر عنصر تمويل الصفقة كليا أو جزئيا بمساهمة من الدولة. أي ثبوت تدخل الخزينة العمومية. وهذا الأمر أشارت إليه تنظيمات سابقة كما رأينا وليس جديدا. والاضافة المميزة في المرسوم الجديد أنه أدمج الجماعات الإقليمية كجهة محولة للصفقة كليا أو جزئيا محاولة منه لفتح المجال أمامها أكثر فيما خص النشاط التنموي. وهذا أمر يكتب لصالح المرسوم الرئاسي 15-247.

ما لم يشر إليه المرسوم الرئاسي عضويا :

لم يشر المرسوم عضويا وبصريح العبارة للجهات التالية :

أولا : الهيئات العمومية الوطنية :

بمقابلة نص المادة 6 بمشيلاتها لتنظيمات سابقة يبدو واضحا أن المادة لم تشر نهائيا للهيئات العمومية الوطنية. فهل هذا يعني أنها لم تعد خاضعة لتنظيم الصفقات العمومية؟.

الجواب لا، بل تخضع لتنظيم الصفقات العمومية والدليل:

1- أن المادة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247 وهي تحدد السلطة المؤهلة للموافقة على الصفقات العمومية ذكرت في المطة 1 " مسؤول الهيئة العمومية."

2- أشارت المادة 167 من ذات المرسوم وهي تضبط آليات الرقابة الخارجية القبلية أنها تتم طبقا لقواعد النظام الداخلي لكل من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

ثانيا : المؤسسات العمومية الخصوصية :

استغنى نص المادة 6 نهائيا عن طريقة تفصيل المؤسسات العمومية على الوجه السابق وتصنيفها إلى مؤسسات عمومية ذات طابع علمي وتكنولوجي، ومؤسسات عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني، ومؤسسات عمومية ذات طابع تقني. ومثل هذا الإقصاء يدفعنا للتساؤل هل صارت هذه المؤسسات العمومية غير معنية بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية؟

الجواب بالطبع لا، هي معنية به مادامت مؤسسة عمومية ومدعمة من جانب الخزينة العامة.

وكان أفضل من وجهة نظرنا وحتى يواكب المرسوم الجديد مقتضيات تم النص التشريعي الذي استحدث هذا النوع من المؤسسات العمومية ونعني بذلك القانون التوجيهي للتعليم العالي لسنة 1999 سابق الإشارة إليه وهو نص

يعلوه درجة وحجية. وأن يتم ذكرها في النص بصراحة ووضوح لأنها تستمد وجودها من القانون وهو أعلى درجة من المرسوم. ثم أن اختفاؤها من النص المتعلق بمجال التطبيق سيثير أكثر من تساؤل ويجعل المعيار العضوي مشوبا بالغموض.

ولا يعقل أن يحدد القانون طبيعة ما لمؤسسة ما، و يعطيها وصفا ما بالدقة، وتصدر عشرات المراسيم التنفيذية مثبتة ذات الوصف والصف، ثم يأتي تنظيم الصفقات فلا يعدها ذكرا في المادة 6 وهي ترسم أجزاء ومحاور المعيار العضوي المحدد لنطاق الصفقات العمومية.

ولا نتردد في الحكم أن عدم إدراج المؤسسات العمومية الخصوصية في محتوى المادة 6 وبشكل صريح ومعلن يمثل من وجهة نظرنا خلافا كبيرا في النص وجب استدراكه لنعمل على انسجام تنظيم الصفقات مع القانون التوجيهي للتعليم العالي خاصة وأن هذا الأخير ذكر ضمن مقتضيات المرسوم الرئاسي 15-247 في المطة 17. فكيف يذكر كنص مرجعي ذو طابع تشريعي، ولا تؤخذ أحكامه وتصنيفاته بعين الاعتبار.

الخاتمة :

هكذا تبين لنا من خلال ما تقدم شرحه وتوضيحه أن المرسوم الرئاسي الجديد لسنة 2015 وهو يرسم مجال التطبيق ويحدد عضوية الجهات المعنية بتنظيم الصفقات العمومية ذكر بصريح العبارة كل من:

-الدولة. ولأول مرة وهذا يكتب لصالح المرسوم ففي المراحل السابقة سنة 1982 و1991 و2002 و2010 كان تدرج تحت عبارة الإدارات العمومية.

-الجماعات الإقليمية وهي البلدية والولاية. وذكرت في كل المراحل سابقة الذكر.

-المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري. وذكرت هي الأخرى في كل المراحل بالوصف الدقيق.

-المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري عندما تكلف بإنجاز مشروع ممول من الدولة أو الجماعات الإقليمية. وورد ذكرها في النصوص السابقة.

وما لم يشير إليه المرسوم صراحة :

1- لم يشير في نص المادة 6 منه و بصريح العبارة للمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني. رغم وجود قانون خاص يحكمها و ينظمها ويطلق عليها هذه التسمية ورغم صدور مراسيم تنفيذية كثيرة أوردنا البعض منها في هذه الدراسة تتعلق بإنشاء هذا النوع من المؤسسات.

2- لم يشير في ذات النص بصريح العبارة للمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي. رغم وجود قانون خاص يحكمها و ينظمها ويطلق عليها هذه التسمية ورغم صدور مراسيم تتعلق بإنشاء هذا النوع من المؤسسات.

3- لم يشر المرسوم أيضا للهيئات العمومية كالمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وغيرهما من الهيئات رغم أن المادة 4 ذكرت الجهات المخولة بالموافقة على الصفقة ذكرت مسؤول الهيئة العمومية. كما تم ذكر الهيئة العمومية في المادة 167 من ذات المرسوم. فكيف تذكر في مواد ولا يشار إليها في المادة 6 المتعلقة بمجال التطبيق بصريح العبارة.

إن الهيئات العمومية لا يمكن إدراجها تحت مسمى الدولة ولا الولاية ولا البلدية ولا المؤسسة العمومية ذات الطابع الإدارية، بل تقبل فقط تسمية الهيئة العمومية.

وانطلاقا مما تقدم نهيب بالمنظم ضرورة الإسراع في تعديل المادة 6 من المرسوم الرئاسي على نحو يتم فيه التصريح الدقيق والمعلن بذكر:

- الهيئات العمومية.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.

• المصادر والمراجع :

- الدكتور عمار بوضياف، المعيار العضوي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإشكالاته القانونية، مجلة مجلس الدولة، العدد العاشر، 2012.

- أحمد عماري النظام القانوني للوحدات الاقتصادية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 1984.

- الدكتور محمد قبطان، قانون الصفقات العمومية، ملتقى قضاة الغرف الإدارية 22-23-24 ديسمبر 1990، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر 1992.

- مسعود محمودي، النظام القانوني لعقد المؤسسة العامة في النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 1990.

- معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989.

- خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015.

-Mohamed Boussoumah , L'entreprise Socialiste en Algérie, Alger, O.P.U. 1982, P 651.

-Ali Ben Cheneb, Mécanismes juridiques des relations Commerciales internationales de l'Algérie, Alger, O.P.U, 1984, P59.

- الجريدة الرسمية العدد 47 لسنة 1966.

- الجريدة الرسمية العدد 52 لسنة 1967.

- الجريدة الرسمية العدد 2 لسنة 1988.

- الجريدة الرسمية العدد 13 لسنة 1988.
- الجريدة الرسمية رقم 57 لسنة 1991 .
- الجريدة الرسمية العدد 37 لسنة 1998.
- الجريدة الرسمية عدد 24 لسنة 1999 والمعدل بالقانون 04-2000 الجريدة الرسمية 75 لسنة 2000 .
- الجريدة الرسمية عدد 82 لسنة 1999.
- الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 2002 .
- الجريدة الرسمية العدد 46 لسنة 2006.
- الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 2008.
- الجريدة الرسمية رقم 39 لسنة 2008.
- الجريدة الرسمية رقم 62 لسنة 2008
- الجريدة الرسمية رقم 2 لسنة 2009
- الجريدة الرسمية رقم 58 لسنة 2010.
- الجريدة الرسمية عدد 43 لسنة 2011.
- الجريدة الرسمية رقم 4 لسنة 2012.
- الجريدة الرسمية رقم 02 لسنة 2013.
- الجريدة الرسمية رقم 50 لسنة 2015.

نوارث مختلفي الدين بين أحكام الفصل 88

من مجلة الأحوال الشخصية ودسترة حرية الضمير في الدستور التونسي



من إعداد : الدكتور شكري الدربالي

حاصل على دكتوراه في العلوم الإسلامية

جامعة الزيتونة - الجمهورية التونسية

مقدمة :

إنّ علم الميراث من أجلّ العلوم، وأنفسها وأهمّها، وهو نصف العلم، ووجه كونه نصف العلم أنّ أحكام المكلفين نوعان، نوع يتعلق بالحياة، ونوع يتعلق بما بعد الموت، وهذا الأخير يتعلق به علم الميراث، وهو علم يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالحياة اليومية، إذ نادراً ما يخلو يوم ليس فيه ميت وورثة يرثونه، ومن هنا كانت أهمية هذا العلم ومكانته الرفيعة، وقد أشار النبي صلى الله عليه وسلم إلى هذه الأهمية، فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: "يا أبا هريرة تعلّموا الفرائض وعلموها، فإنّها نصف العلم، وهو ينسى، وأول شيء ينزع من أمّتي"¹.

وتستوجب دراسة علم الميراث الإحاطة بمقوماته الأساسية التي لا يستقيم الإرث دونها، وبالنظر إلى هذه المقومات، نجد أنّها تنقسم إلى قسمين اثنين، أوّلها يتعلق بالموروث، أي التركة التي يخلفها الميت وما يرتبط بها من أحكام، وثانيها يتعلق بأطراف العلاقة الإرثية.

وبالنظر إلى أطراف العلاقة الإرثية وهما الوارث والمورث، نجد أنّه يتعلّق بهما أسباب²، وشروط³، وموانع هي من الأركان الأساسية لبيان أحكام استحقاق الميراث.

¹ (ابن ماجة) محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني: سنن ابن ماجة، كتاب الفرائض، باب "الحثّ على تعلّم الفرائض"، حديث رقم 2833، جمعية المكنز الإسلامي 1421هـ، ص 396).

² السبب عند الأصوليين، فهو وصف ظاهر منضبط دلّ الدليل السّمعي على كونه علامة لحكم شرعي. (الزحيلي) وهبة، الوجيز أصول الفقه دار الفكر، دمشق ط 1995 م، ص 35.

³ الشرط عند أهل الاصطلاح، هو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، أي ما يتوقّف على وجوده وجود الشيء (حسن) خالد رمضان: معجم أصول الفقه، ص 155.

وقد يتوفّر السبب، ويتحقّق الشرط، لكن قد يمنع وارث من منابه، لوجود مانع معيّن يحول بينه وبين استثنائه بمنابه. وما يهتمنا في إطار هذه الدراسة هي الموانع وتحديدًا مانع اختلاف الدين في القانون التونسي.

فقد نصّ الفصل 88 م.أش على " أنّ القتل العمد من موانع الإرث، فلا يرث القاتل سواء كان فاعلا أصليا أم شريكا أو كان شاهد زور أدّت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه".

و لمسألة المنع من الميراث أهمية بالغة، ذلك أنّ المبدأ العام هو استحقاق الإرث لمن توفّرت فيه أسباب وشروط التوريث، لذلك فإنّ أغلب التشريعات العربية حرصت على ضبط موانع الميراث بصفة حصرية وواضحة حتى لا يتمّ التعسف في تطبيقها، أمّا المشرع التونسي فقد أورد ضمن الفصل المذكور مانع القتل فقط وسكت عن اختلاف الدين، مما خلق إشكاليات قانونية حول مدى اعتباره من موانع الإرث؟، وتعمّق هذا المشكل القانوني بصدور الفصل 6 من دستور جانفي 2014 الذي أقرّ ما يسمى بحرية الضمير مما خلق إشكاليات على مستوى مطابقة أحكام الموارث مع القانون الدستوري.

وقبل الولوج في جزئيات هذا البحث ينبغي التطرّق إلى تعريف المصطلحات المكوّنة له، لتصوّر موضوعاته (المطلب الأوّل)، فأوّل خطوة يخطوها الباحث وهو يتناول بالدراسة موضوعا من الموضوعات، هي الوقوف عند تعريف المصطلحات المكوّنة لموضوع بحثه، فتعريف المصطلح يعدّ خطوة منهجية هامة لا غنى للباحث عنها، وهذا التوجه يُعدّ من الأصول التي كانت موضع اهتمام المفكرين العرب من أمثال الخوارزمي، وابن سينا، وأبي حامد الغزالي¹. يلي ذلك التطرّق إلى مدى استيعاب الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية لمانع اختلاف الدين (المطلب الثاني)، وأخيرا التطرّق إلى مسألة إقرار حرية الضمير في دستور 2014 في فصله السادس وما لها من تأثير على مانع اختلاف الدين في الميراث (المطلب الثالث).

المطلب الأوّل: التحديد المفاهيمي لمصطلحات البحث :

الفقرة الأولى: مفهوم الميراث لغة واصطلاحا :

الفرع الأوّل: التوارث في عرف أهل اللغة :

التّوارث مصدر للفعل (توارث) اللازم الثلاثي المزيد بحرفين، وبنائه في الغالب يأتي لمشاركة أمرين فصاعدا في أصل اشتقاقه، وهو يفيد هنا إشتراك شخصين في أصل الفعل (ورث) أي أنّ الأوّل ورث الثاني، وأنّ الثاني ورث الأوّل².

وانطلاقا مما تقدّم فإنّ مصطلح التّوارث لا يتسنّى فهم معناه اللغوي دون التطرّق إلى معنى الميراث في اللغة

يطلق لفظ الميراث في اللغة على إطلاقين: أولهما بمعنى المصدر، وثانيهما بمعنى اسم المفعول.

والميراث بالمعنى المصدرية له معنيان :

¹(مراد) سعيد: المدخل في تاريخ الأديان، عين للدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية (د.ت) ص 9.

² - الجاربردي: شرح متن الشافية لابن الحاجب، عالم الكتب، بيروت، ط 3، 1984 م، ص 84.

أولها: البقاء أو البقية من كل شيء فهو يفيد البقاء ومنه اسم الله تعالى (الوارث)، وهو اسم من أسماء الله الحسنى أي الباقي الدائم الذي يرث الأرض ومن عليها بعد فناء خلقه¹، قال تعالى (رَبِّ لَّا تَدْرِنِي فَرْدًا وَأَنْتَ خَيْرُ الْوَارِثِينَ)²، ومنه قول النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابن عمر رضي الله عنهما "... ومَتَّعْنَا بِأَسْمَاعِنَا وَأَبْصَارِنَا وَقُوَّتِنَا مَا أَحْيَيْتَنَا وَاجْعَلْهُ الْوَارِثَ مِنَّا ..."³، أي اجعلهما باقين معي مدة حياتي صحيحين سليمين إلى أن أموت، ومن هنا سُمِّي من يستحق تركة الميت الوارث لبقائه وانتقال بقية مال الميت إليه⁴.

وثانيها: الانتقال، أي انتقال الشيء من شخص إلى شخص، وهذا الانتقال قد يكون حسيًا كانتقال المال إلى وارث موجود، فيقال ورث فلان مال أبيه، أو معنويًا كانتقال العلم.

أما الميراث بمعنى اسم المفعول فهو مرادف للإرث، ومعناه في اللغة الأصل والبقية، فيقال هو في إرث صدق أي أصل صدق، ويسمى به ما يتركه الميت لأنه بقية تركها للوارث، من ذلك ما رواه النبي صلى الله عليه وسلم حينما بعث ابن مريم الأنصاري إلى أهل عرفة "اثبتوا على مشاعركم فإنكم على إرث أبيكم إبراهيم"⁵، أي على أصل دينه وبقية من إرث إبراهيم الذي ترك الناس عليه بعد موته، ومنه سُمِّي مال الميت إرثًا لأنه بقية من ماله تركه لورثته.

يتضح من خلال ما تقدم، أنّ الميراث لغة ينظر إليه على معنيين، الأول من حيث المصدر، والثاني من حيث اسم المفعول، وهناك من يرى بأنّ لفظ الميراث يعرف معناها بحسب ركني الخطاب، المخاطب والمخاطب⁶، فإذا كان الكلام متعلقًا بالله سبحانه وتعالى، فتصرف مشتقة الفعل (ورث) على البقاء، لأنه لا يليق بالذات الإلهية ما يليق بالبشر، فالكلام محكوم للسياق وللمقام ومتّصف بصفة المتكلم ومفهوم بخلفية المتلقى⁷، ففي قوله تعالى: (وَلِلَّهِ مِيرَاثُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ)⁸، "أي الله يفنى أهلها فتبقيان بما فيهما، وليس لأحد فيهما ملك، فخطوب القوم بما يعقلون لأنهم يجعلون ما رجع إلى الإحسان ميراثًا له إذا كان ملكًا له"⁹، والله يرث الأرض، أي أنه يبقى بعد فناء الكل.

أما إذا أسند الفعل ورث أو مشتقاته إلى الأنبياء وإرثهم، كما في قوله تعالى: (يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ)¹⁰، فإنّ ذلك يحمل على الإرث المعنوي (النبوة، والعلم).

¹ ابن منظور: لسان العرب ج 1، ص 113.

² الأنبياء: 89.

³ سنن الترمذي: كتاب الدعوات، باب "اللهم أقسم لنا من خشيتك ما يحول بيننا وبين معصيتك"، حديث رقم 3841. جمعية المكنز الإسلامي، 1421 هـ، ص 898.

⁴ (الهوتي)، منصور بن يونس بن إدريس: كشف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت- لبنان 1403 هـ/ 1983 م، ج 4، ص 446.

⁵ (النسائي) أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني: سنن النسائي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1422 هـ/ 2002 م، كتاب مناسك الحج، باب رفع اليدين في الدعاء بعرفة، ص 490.

⁶ (برهومي) ماهر خليل: لغة الموارث في القرآن الكريم والحديث الشريف، دراسة سياقية، بحث لنيل شهادة الماجستير في اللغة العربية، جامعة بيروت العربية، كلية الآداب، 2012-2013 م، ص 11.

⁷ م. ن. ص 11.

⁸ آل عمران: 180.

⁹ ابن سيده: المحكم والمحيط الأعظم، طبعة المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد المخطوطات العربية، القاهرة 2003 م، المجلد 2، ج 11 ص 188.

¹⁰ مريم، 6.

الفرع الثاني : التوارث عند أهل الاصطلاح :

إنَّ المتصفحَّ لأمّهات الكتب الفقهية، يلاحظ أنَّها قدّمت تعريفات عدّة لمصطلح التوارث، فقد عرفته الفتاوى الهندية، بأنّه " انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة " ¹، يمكن الاحتراز على هذا التعريف من خلال ذكره "على سبيل الخلافة"، فعدم ضبط نوعها (أي الخلافة) يجعلها تجري على مجريين اثنين، خلافة اختيارية وخلافة إجبارية، فالخلافة الإجبارية تكون بالإرث، أمّا الخلافة الاختيارية، فتكون بالوصية، فهذا التعريف " غير مانع لأغياره، فلا يكون تعريفا تامّا للإرث، لأنّ التعريف يشترط فيه أن يكون جامعا مانعا " ².

وعرّف الحنابلة التوارث بأنّه " انتقال مال الميت إلى الحيّ بعده " ³، وهذا التعريف بهذه الشاكلة، لا يكون مانعا لأغياره أيضا، فهو وإن اشتمل على معنى الإرث، فإنّ انتقال المال من الميت إلى حي بعده قد يكون بطريق الوصية، كما يكون بطريق الإرث، فلو ذكر فيه عبارة على سبيل الخلافة الإجبارية لكان أوضح بالنسبة للتعريف الذي سبقه.

بعد عرض جملة هذه التعريفات، يمكن أن نعرّف الإرث كما يلي: الإرث في الشرع هو انتقال مال الميت، وحقه القابل للانتقال إلى حي بعده على سبيل الخلافة الإجبارية.

هذا التعريف يخرج من " انتقال المال"، المال الذي لا ينتقل إلى الوارث، وهو مقدار تجهيز الميت والوفاء بديونه. وتنفيذ وصيته، فتقسيم الميراث لا يكون إلّا بعد تجهيز الميت وقضاء ديونه وتنفيذ وصيته.

كما خرج بالمال، من الانتقال به من حي إلى حي بسبب العقد كالبيع والهبة، فقد ورد في التعريف " ... القابل للانتقال إلى حي بعده ..."

والقول "على سبيل الخلافة الإجبارية" يخرج الوصية وقول "حقه القابل للانتقال" يدخل الحقوق العينية ويخرج الحقوق الشخصية. على اختلاف بين العلماء في تفسيرها.

¹ نظام إبراهيم وجماعة من علماء الهند الأعلام: الفتاوى الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ط 1421 هـ/2000 م، ج 6، ص 497.

² (قرانقيل) جاسم زاهد: أسباب الإرث وموانعه في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير المملكة العربية السعودية، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، 1981-1982 م، ص 4.

³ (البهوتي) منصور بن يونس بن إدريس: الرّوض المربع شرح زاد المستنقع مطبوع مع حاشية لشيخ عبد الله بن عبد العزيز العنقري، مكتبة الرياض الحديثة الرياض (د.ت)، ج 3، ص 22.

الفقرة الثالثة: تعريف اختلاف الدين:

إختلاف الدين مصطلح مركّب من مفردين: الاختلاف و الدين.

فالإختلاف لغة مصدر على وزن إفتعال من خ ل ف، وهو مطلق المغايرة بين شيئين¹.

أمّا عند أهل الاصطلاح فهو أن ينهج كل شخص طريقا مغايرا للآخر في حاله أو في قوله، والخلاف أعمّ من "الضد" لأنّ كل ضدّين مختلفان، وليس كلّ مختلفين ضدّين، ولما كان الاختلاف بين الناس في القول قد يفضي إلى التنازع استعير ذلك للمنازعة والمجادلة، قال الله تعالى " (فَاخْتَلَفَ الْأَحْزَابُ مِنْ بَيْنِهِمْ)"^{2,3}.

أمّا الدين، لغة بالكسر، الجزاء، وقد دنته بالكسر دينا، وقد دنت به بالكسر: العادة والعبادة والطّاعة والذلّ، والداء، والحساب، والقهر، والغلبة والاستعلاء، والسّلطان، والملك، والحكم، والسيرة، والتّدبير، والتّوحيد واسم لجميع ما يتعبّد الله عزّ وجلّ به، والملة والورع والمعصية والإكراه.

والديان القهّار، والقاضي، والحاكم، والسائس، والحاسب، والمجازي الذي لا يضيع عملا بل يجزي بالخير والشر. ودان يدين: عزّ وجلّ، وأطاع وعصى⁴.

أمّا عند أهل الاصطلاح، فهو " وضع إلهي سائق لذوي العقول السليمة باختيارهم إيّاه إلى الصلاح في الحال والفلاح في المال "⁵. أو هو " وضع إلهي يحسن الله تعالى به إلى البشر على لسان واحد منهم لا كسب فيه ولا صنع، ولا يصل إليه بتلقّ ولا تعلّم"⁶.

هذا تعريف اختلاف الدين باعتبار مفرديه، أمّا تعريف اختلاف الدين باعتباره مركّباً، فهو وصف يلحق الشّخص ويكون مانعا من الميراث، بحيث إذا قام ولحق بأحد، فيكون ممنوعا من إنتقال تركة المتوفى إليه كلّها أو بعضها، رغم توفّر أسباب وشروط الميراث، من قرابة وزوجيّة، وتحقق وفاة المورث وحياة الوارث.

الفقرة الرابعة: تعريف حرية الضمير:

تعنى حرية الضمير حق كل فرد في المجتمع في أن يختار مبادئه وقيمه وفلسفته في الحياة دون أن يجاسب أو يجاكم، فيتضمّن بذلك حرّية المعتقد، وحرّية اختيار الدين، أو أن يعيش بدون دين، أو أن يكون ملحداً⁷، فهذه الحرية تومئ إلى الحياة المعيارية والقيمية الداخلية للفرد، وتتيح له أن يبلور قناعاته، بما فيها القناعات الدينيّة، والإيمان من عدمه،

¹ المعجم الوسيط، المكتبة العلمية، ج 1، ص 250.

² مريم: الآية 37.

³ (العلواني) طه جابر: أدب الاختلاف في الإسلام، المعهد العالي للفكر الإسلامي، فيرجينيا، الولايات المتّحدة الأمريكيّة، ص 21.

⁴ (الفيروزآبادي)، مجد الدّين: القاموس المحيط: مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر، القاهرة (د.ت)، ص 1198

⁵ (التهانوي) محمد علي: كشاف اصطلاحات الفنون، القاهرة، (د.ت)، ص 503.

⁶ (عبدّه) محمد: تفسير المنار، دار المنار، ط 2، 1366 هـ - 1947 م، ج 2، ص 69.

⁷ (التريكبي) فتحي: تأملات في مسار الثورات العربيّة، حرية الضمير، www.alarab.co.uk، تاريخ زيارة الموقع 2015/03/25.

دون أن ينتقص ذلك من مواظنته، ومعنى ذلك أنّ حرية الضمير تقوم أساسا في النهاية على الفصل بين المواطنة والإيمان¹.

المطلب الثاني : توارثي مختلفي الدين في اطار الفصل 88 من مجلّة الأحوال الشخصية: اختلاف في التّأويل وتضارب في التّطبيق :

يعدّ الاختلاف في الدين مانعا من موانع الإرث المتفق عليه في الفقه الإسلامي، وعليه فلا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، إلا أنّ القانون التونسي يفتقر لنص قانوني يقرّ بالمنع من الميراث لاختلاف الدين، على عكس أغلب قوانين الدول العربيّة² التي تبنت الحلول المعتمدة في الشريعة الإسلامية في مسألة مانع الاختلاف في الدين، فجاءت نصوصها متماهية مع ما ورد في هذه المسألة واعتباره مانعا للإرث³، فقد نصّ الفصل 88 من مجلّة الأحوال الشخصية التونسية على أنّ " القتل العمد من موانع الإرث، فلا يرث القاتل سواء كان فاعلا أصليا أم شريكا، أو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه"، فالنص المذكور يحمل في ثناياه من غموض ما يكفي إلى إثارة نقاش وخلاف، يتمثل سببه في مدى إمكانية قبول واستيعاب الاختلاف في الدين كمانع للميراث إلى جانب الموانع المضمنة صلب الفصل المذكور.

وقد أثار هذا الغموض التشريعي جدلا بين رجال القانون لا زال صداه إلى الآن، كما أنّ التطبيقات القضائية لم تتجه نحو الحسم في هذه المسألة، ومردّد هذا الخلاف هو الصيغة الغامضة التي عليها الفصل 88 من مجلّة الأحوال الشخصية من خلال استعماله لـ "من" التبعية من خلال التنصيص على أنّ " القتل العمد من موانع الإرث"، فهل تحيل عبارة " من " التبعية إلى الموانع الأخرى، وعليه يقع الرجوع إلى الفقه الإسلامية؟

الفقرة الأولى : جدل فقهاء القانون حول الاختلاف في الدين :

انقسمت آراء فقهاء القانون في تونس حول مدى اعتبار الاختلاف في الدين مانعا للميراث، و مدى استيعاب الفصل 88 له، وأدى هذا الانقسام إلى ظهور رأيين اثنين:

الرأي الأوّل: يوصف بالتقليدي، أو المحافظ، وقد اعتبر اختلاف الدين مانعا من موانع الميراث، لجملة من الأسباب نذكر منها:

1. جلّ أحكام الميراث الواردة في الكتاب التاسع من مجلّة الأحوال الشخصية الممتدة من الفصل 85 إلى الفصل 152، استمدت مباشرة من الفقه الإسلامي وتحديد المذهب المالكي بالدرجة الأولى، وبقيّة المذاهب السنية

¹ (الناوي) محمد: حرية الضمير في الدساتير المقارنة WWW.BOUTILLIS.BLOGSPOT.COM تاريخ زيارة الموقع 2015/04/29.

² انظر مثلا:

-مدونة الأسرة المغربية: المادة 332 .

-قانون الأحوال الشخصية العماني: المادة 239 .

-قانون الأحوال الشخصية اليمني: المادة 305 .

-قانون الأحوال الشخصية الكويتي: المادة 293 .

-قانون الأحوال الشخصية السوري: المادة 264.

³ - (المناعي) مروان: موانع الميراث في القانون التونسي، ص 103.

بدرجة ثانية، وجل هذه المذاهب على اختلافها اتفقت على أنّ اختلاف الدين مانع من موانع الميراث، فيتّجه اعتبره كذلك في القانون الوضعي التونسي. وحقيقة هذا القول ينطبق على كامل مجلّة الأحوال الشخصية، فقد جاء في البلاغ الرّسمي الصّادر عن وزارة العدل بتاريخ 13 أوت 1956 م ما يلي " ولا عجب إن توصلنا إلى تدوين مجلّة ترضي الجميع وتتلاءم في آن واحد مع روح العصر والتّفكير العام... ذلك لأننا أخذنا نصوصها من مناهل الشريعة الفياضة ومختلفة مصادرها بدون التقيّد بمذهب دون آخر، وبرأي طائفة من الفقهاء دون أخرى..."

2. مقتضيات الفصل 532 من مجلّة الالتزامات والعقود¹ الوارد ضمن المبادئ العامّة للقانون المدني، يشترط عند تأويل الأحكام والمسائل القانونيّة الغامضة، البحث عن مقصد المشرّع من خلال عبارات النص ومعانيه اللّغوية، وأصحاب النظرية التقليدية أو الرأى المحافظ، يعتبرون أنّ مقصد المشرّع في جميع الأحكام المتعلقة بمادة الأحوال الشخصية، بما فيها مقتضيات الفصل 88 م.أ.ش، هو احترام الفقه الإسلامي، وبصورة خاصة المذهبين المالكي والحنفي. لذلك فإنّه يتعيّن الرجوع إلى الفقه الإسلامي لتأويل الفصل 88 المذكور، وجعل اختلاف الدّين مانعا من موانع الإرث، سيما وأنّ عبارة "من" لها دلالة التّبعيض حسب وضع اللّغة، وعرف الاستعمال. كما أنّ عبارة "موانع" وردت في صبغة الجمع للدلالة على الكثرة، مما يعني أنّ المشرّع التونسي بالفصل 88 م.أ.ش أورد مانع القتل على سبيل الذكر لا الحصر، مما يفيد وجود مانع اختلاف الدين.

الرأى الثاني: يوصف بالتقدمي، ولا يرى اختلاف الدّين مانعا من موانع الإرث، لجملة من الأسباب تتمثّل في النقاط التّالية:

1. عدم وجود أي نص قانوني يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلاميّة في صورة سكوت أو غموض النص، هذا بالإضافة إلى أنّ المشرّع التونسي من خلال إقراره أحكاما تتعارض من الشريعة الإسلاميّة مثل منع تعدّد الزوجات صلب الفصل 18 من مجلّة الأحوال الشخصية، وإقرار الوصية الواجبة بالفصل 191 و192 من نفس المجلّة، والتبني الذي وقع إضافته بمقتضى القانون عدد 27 لسنة 1958 م، مؤرّخ في 4 مارس 1958 المتعلّق بالولاية العموميّة والكفالة والتبني، فقد يكون بذلك أعرب عن نيته في عدم الارتباط بالفقه الإسلامي في هذه الناحية.
 2. إقرار المشرّع التونسي بصحة الوصية مع اختلاف الدّين بين الموصي والموصى له²، وطالما أنّ كلاً من الميراث والوصية هو تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فيفترض أنّه لا فرق بينهما، وعليه يمكن التوارث بين الوارث والمورث رغم اختلاف الدين.
 3. المادة 789 من لائحة الأحكام الشرعيّة للشيخ جعيط نصّت على ثلاث موانع، وهي القتل واختلاف الدين، والرق، ومعلوم أنّ مجلّة الأحوال الشخصية استلهمت جلّ أحكامها من هذه اللائحة، والقائمين على المجلّة آنذاك كانوا على علم تام بوجود مانع اختلاف الدّين، مما يعني إقصاءه من الفصل 88 م.أ.ش³.
- هذا الاختلاف في آراء رجال القانون انعكس صداه على فقه القضاء الذي لم يستقر على رأي واحد.

¹ ينص الفصل 532 من مجلّة الالتزامات والعقود على أنّ: " نص القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللّغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون".

² ينص الفصل 174 من مجلّة الأحوال الشخصية على أنّه " تصحّ الوصية مع اختلاف الدّين بين الموصي والموصى له".

³ (مناعي) مروان: موانع الميراث في القانون التونسي، ص 119.

القفرة الثانية: التضارب الفقه قضائي حول الاختلاف في الدين :

طرح إشكال تأويل الفصل 88 من مجلّة الأحوال الشخصيّة على أروقة المحاكم، وكان منطلق ذلك القرار الذي عرف بقرار "حورية"¹ الذي أوّل الفصل المذكور "تأويلاً يعود به إلى أحضان الفقه الإسلامي"²، وقد ورد في قرار محكمة التعقيب أنّ "المطعون ضدها هي بلا نزاع متزوجة بفرنساوي غير مسلم، وعلى هذا الأساس تكون مرتدة ولا ترث والدتها المسلمة، ويكون القرار المخدوش فيه لما قضى بعكس ذلك قد خالف تلك القاعدة الشرعية، إذ أنّ الردّة واختلاف الدين هي من موانع الإرث، ولو أنّ الفصل 88 المشار إليه لم يتعرّض إليها صراحة، لكن قوله: "القتل العمد من موانع الإرث"، يدلّ على أنّ المشرّع لم يلغ الموانع الشرعية الأخرى بدليل أنه استعمل لفظة "من" التبعية"³.

وقد تأكّد هذا الموقف لمحكمة التعقيب في قرارها المؤرخ في 13 فيفري 1985 المعروف بقرار "لويز شارلوت"، وتمثّل الوقائع في أنّ "لويز شارلوت" أمريكية تزوّجت تونسياً توفي في 18 جانفي 1959، وأقامت زوجته المذكورة في 5 فيفري حجة وفاة تضمّنت انحصار إرثه فيها وفي شقيقاته الثلاث وابني أخيه، ثم توفيت إحدى شقيقات الهالك، تاركة عدداً من الورثة تولوا إقامة حجة وفاة ثانية خالية من التنصيب على "لويز شارلوت"، التي أعلنت إسلامها بعد عدة أشهر، وتحصلت على شهادة في ذلك في 2 أكتوبر 1979. ثم قامت بقضية لإبطال حجة الوفاة الثانية، وقد أكّدت محكمة التعقيب⁴ بعدم جدية مطعني المعقبة الأوّل والثاني، وقد تمسّكت في هذين المطعنين بأحقيتها لربع التركة، باعتبار أنّ الفصل 94 م.أ.ش لم يفرّق في ميراث الزوجة بين كونها مسلمة أو غير مسلمة، وذلك في المطعن الأوّل، أمّا المطعن الثاني، فقد اعتبرت أنّ هناك خرقاً للفصل 88 م.أ.ش الذي اعتبر القتل العمد من موانع الإرث، ولم يذكر اختلاف الدين، وبذلك تكون محكمة التعقيب برفضها للمطعنين قد اعتبرت اختلاف الدين من موانع الإرث، واعتبار أنّ ما ورد بالفصل 88 م.أ.ش جاء على سبيل الذكر لا الحصر.

غير أنّ هذا الموقف لمحكمة التعقيب "بدأ يشهد في السنوات الأخيرة مقاومة من طرف قضاة الأصل"⁵، فقد اعتبرت المحكمة الابتدائية بالمهدية في حكمها الصادر سنة 1988 أنّه "لا يعقل أن يكون القتل أشدّ من الكفر حتى ينتبه الشارع إلى الأوّل وينسى الثاني"⁶، كما صدر حكم عن المحكمة الابتدائية بتونس سنة 2000 اعتبر فيه "أنّ إقصاء أرملة مورث أطراف النزاع من زمرة الورثة بناء على معتقدها الديني زمن افتتاح التركة، يتعارض مع الفصل 88 م.أ.ش، الذي حدّد موانع الإرث وحصرها في القتل العمد، مما يلزم عدم التوسّع في مجاله"⁷.

غير أنّ محكمة التعقيب، وبالرغم من الأحكام الابتدائية التي تعتبر أنّ اختلاف الدين لا يعدّ مانعاً للإرث، عادت لتقرّ ما تمّ إقراره في القرارات التعقيبية المشار إليها، من أنّ اختلاف الدين يعدّ مانعاً للإرث، وذلك في قرار

¹ تتمثل وقائعه في أن المدعوة حورية تزوجت فرنسا وحصلت على الجنسية الفرنسية سنة 1945، وفي عام 1966 توفيت والدتها عن بنت وولدين وقد استأثر الأخ الأكبر بالتركة، فقامت حورية بقضية في القسمة فدفع المطلوب بردة حورية وعدم استحقاقها في تركة أمها المسلمة.

² (الجندي) حامد: قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشرعية الإسلامية، ص 423.

³ قرار تعقيبي مدني عدد 3384 مؤرخ في 31 جانفي 1966. ن.م.ت 1967، ص 43.

⁴ قرار تعقيبي مدني عدد 10610 مكؤرخ في 31 جانفي 1985، ق.ت عدد 6 لسنة 1993، ص 102.

⁵ (الجندي) حامد: قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشرعية الإسلامية، ص 424.

⁶ حكم عدد 5701 مؤرخ في 31 أكتوبر 1988، ق.ت سنة 199، ص 130.

⁷ حكم المحكمة الابتدائية بتونس عدد 762 بتاريخ 18 ماي 200، المجلة القانونية التونسية لسنة 2000، ص 2.

تعقيبي مدني عدد 4487 الصادر في 16 جانفي 2007، فقد اعتبرت أنه "خلافًا لما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد، فإنّ اختلاف الدين يشكّل مانعا من موانع الإرث، فلا توارث بين ملّتين حسبما استقر عليه الفقه والقضاء وما يتماشى وأحكام الفصل 88 م.أ.ش"¹

إلا أنّ محكمة التعقيب في قرارها عدد 31115 لسنة 2009، غيرت موقفها كليًا واعتبرت أنّ الاختلاف في الدين لا يعدّ مانعا للإرث².

يتّضح من خلال ما تقدّم، أن مسألة اعتبار الاختلاف في الدين مانعا للإرث، كانت محلّ جدل عميق بين رجال القانون نظرا لغموض صياغة الفصل 88 م.أ.ش الذي اختلفت الرؤى حوله، كما أنّ التّطبيقات القضائيّة تراوحت بين موقفين متضاربين، الأوّل يؤكّد على أنّ الاختلاف في الدين مانعا للإرث، أمّا الثاني يؤكّد عكس ذلك أي أنّ الاختلاف في الدين لا يعتبر مانعا للإرث، وما يزيد في حدة الخلاف حول هذه المسألة هو إقرار دستور جانفي 2014 "حرية الضمير" بالفصل السادس منه.

المطلب الثالث : توارثي مختلفي الدين في إطار دسترة حرية الضمير :

ينصّ الفصل 6 من دستور جانفي 2014 على أنّ " الدولة راعية للدين، كافلة لحرية المعتقد، والضمير، وممارسة الشعائر الدينيّة، ضامنة لحياض المساجد ودور العبادة عن التوظيف الحزبي". هذا النص الدستوري وقعت المصادقة عليه بعد شد وجذب بين نواب المجلس التأسيس آنذاك، وقد أثار الفصل المذكور تضاربا كبيرا في الآراء (الفقرة الأولى)، كما أنّ اعتبار حرية الضمير حقا دستوريا، تعطي امكانيّة للتوارث بين ملّتين مختلفتين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : تضارب الآراء حول دسترة حرية الضمير :

اختلفت الآراء حول مسألة إقرار حرية الضمير بحسب المرجعيّة الفكرية التي ينتمي إليها الأفراد، فالدافعون عنها اعتبروها من أهمّ تجلّيات الحريات الفردية الأساسية التي من المفروض أن يتمتع بها الإنسان، وتنبع أهميّة حرية الضمير في تصوّره من بعدها الإنساني، إذ يمثّل الضمير شرطا ضروريا للوجود الإنساني على نحو ما يعبر عنه الفكر الفلسفي المعاصر، فحرية الضمير من خلال هذا المنظور هي التي بها يستطيع الإنسان أن يقرّر مصيره دون وصاية من أحد في خضم مجتمع ديمقراطي حديثي يكفل حرية الإنسان ويحترم اختياراته الفكرية³.

¹ نقلا عن أحكام الموارث في الشريعة والقانون لحسين بن سليمة ص 23

² قرار تعقيبي مدني عدد 31115 مؤرخ في 5 فيفري 2009 م.ق.ت عدد 3 لشهر مارس 2009، ص 91. تتلخص وقائع القضية في قيام المدعين في الأصل بقضية لدى المحكمة الابتدائية بتونس ضد بنتي شقيقهم لطلب حرمانها من إرث والدهما استنادا إلى الاختلاف في الدين المترتب عن زواج إحداهما ومعاشرة الأخرى لغير مسلم، فقضت محكمة البداية بعدم سماع الدعوى، وقد اعتبرت أنّه في غياب نص صريح يعتبر اختلاف الدين من موانعه الإرث، فإنه لا يمكن اعتباره كذلك، وقد أقرت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي، فاستأنف المدعون في الأصل الحكم طالبين النقض والإحالة، فقضت محكمة التعقيب برفض مطلب التعقيب أصلا، وأسست المحكمة حكمها على أنّ القانون التونسي يضمن حرية المعتقد بدء بالفصل 5 من الدستور ونصوص الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها بلادنا واعتبرت أنّه لا يمكن القول بأنّ المشرع التونسي يضمن الحرية الدينية لكنه يعاقب ممارستها بحرمانه من إرث سلفه. وانتهت المحكمة إلى اعتبار أنّ الطعن المؤسس على وجود مانع ديني للإرث في القانون التونسي في غير طريقة مما يتجه معه رفضه.

³ Ben Achour (Yadh): La Deuxie islam Fatihame: L islam et La pensée des droits de l'homme ; PUF. Collection « proche Orient » dirigée par Gilles

هذا التصور لحرية الضمير القائم على الحرية المطلقة للوجدان الإنساني جعل التنصيص عليها صلب القوانين الوضعيّة العربيّة يُقابل بكثير من الرفض، فقد نبّه ديوان الإفتاء التونسي على ذلك في بيان بتاريخ 23 جانفي 2014 الذي ورد فيه "..... 3- أما التنصيص على "حرية الضمير" في الدستور، فهو مصطلح غير منضبط وليس له مفهوم واحد، ونحن نعلم أنّ هذا المصطلح قد استغل للاستعاضة به عن الدين لتسهيل التخلص منه والارتداد عنه.

4- وإدراج الفصل السادس من الدستور بهذا المعنى المشبوه، هو مناقضة تامة للفصل الأول من الدستور في أنّ الإسلام هو دين الدولة، وإفراغ له من محتواه ..."

وقد دعا البيان في خاتمه أعضاء المجلس التأسيسي إلى مراجعة الفصل 6 من الدستور بما يستجيب لانتظارات الشعب التونسي المسلم المتجدد في هويته الإسلامية.

كما أكد الأستاذ المحاضر بجامعة الزيتونة عزوز الشوالي على أنّ إقرار حرية الضمير سيثير الانشقاق في صفوف الشعب التونسي وسينشر الفتنة ويدمر الهوية. كما بين أنّ حرية الضمير نظرية فلسفية تستقي من التغيير والتبدل وتمثل الفرد لمعايير ذاتية غير ثابتة، على عكس ضمير الدين الذي يتأسس على الفطرة والإيمان المطلق ويفصل بين الخير والشر على أساس أنّ الفضيلة ثابتة.

الفقرة الثانية : إمكانية التوارث بين الملل في إطار حرية الضمير :

مّا لا شكّ فيه أنّ أحكام الموارث مصدرها القرآن والشريعة الإسلامية بصفة عامة، ونظام الإرث في الإسلام يمنع التوارث بين المختلفين في الدين. هذا الاحتكام لمقتضيات نظام الإرث في الإسلام قد يتعارض مع حرية الضمير التي سبق وأن عرفناها بكونها حرية الفرد في أن يختار معتقله أو أن يعيش دون دين. والتنصيص على هذه الحرية صلب الدستور واعتبارها تسمح للفرد أن يبلور قناعاته الدينية والإيمان من عدمه بحرية تامة، و حدًا فاصلا بين المواطنة والإيمان ، يعطيها علوية على بقية النصوص القانونية العادية الواجب عليها احترامها والتقيدها، ومعلوم أنّ أحكام الموارث مضمّنة صلب قانون الأحوال الشخصية¹ وهو من القوانين العادية، وبناء على ذلك تكون خاضعة للقانون الدستوري الذي يتموقع في أعلى الهرم القانوني.

وعملا بهذا المنطق القانوني، فالتونسي الذي اختار الديانة اليهودية مثلا ومات قريبه المسلم، فهو يرثه لأنّ اعتناقه للدين اليهودي يندرج في إطار حرية الضمير المكفول دستوريا والتي لا يجب معارضتها ومجابتها بالقوانين العادية فيصبح اختلاف الدين بعد أن كان محلّ خلاف، محسوم أمره، ولا يسري المنع في حق من اختار ديانة غير الإسلام، فيؤوّل الفصل 88 من مجلّة الأحوال الشخصية تبعا لذلك تأويلا ضيقا، فحرية الضمير حق دستوري لا يسع مخالفته من قبل القوانين العادية.

وتجدر الإشارة أنّ الجمهورية التونسية صادقت على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي ينصّ في فصله الثامن عشر على أنّ " لكل شخص الحق في حرية التفكير والضمير والدين ". وعلى الرغم من ذكرها في هذا الإطار القانوني (أي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان)، فقد وقع الترفيع من قيمته إلى مستوى الحق الدستوري.

¹ وردت أحكام الميراث في الكتاب التاسع من مجلّة الأحوال الشخصية من الفصل 85 إلى الفصل 152.

الخاتمة :

يتّضح من خلال ما تقدّم أنّ الفصل 88 م سكت عن مانع الاختلاف في الدين الذي اختلفت الآراء القانونية والتطبيقات القضائية حوله وذلك بسبب غموض صياغة الفصل المذكور.

هذا الأمر أعيد طرحه عند سن الدستور الجديد، الذي نصّ على حرية الضمير صلب الفصل السادس منه، وهي حق الفرد في اعتناق الديانة التي يشاء أو أن يبقى دون دين. وهو حق دستوري له علوية القوانين الدستورية التي لا يمكن للقوانين العادية مخالفتها، وعليه فالفصل 88 م.أش لا يمكن في هذه الحالة إلا أن يؤوّل تأويلاً ضيقاً، ولا يمكن له بذلك استيعاب اختلاف الدين كمانع للميراث لأنه يتعارض مع حق دستوري كرسه الفصل السادس.

• قائمة المصادر والمراجع :

- (ابن ماجة) محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني: سنن ابن ماجة، كتاب الفرائض، باب "الحثّ على تعلم الفرائض"، حديث رقم 2833، جمعية المكنز الإسلامي 1421هـ.
- (الزحيلي) وهبة، الوجيز أصول الفقه دار الفكر، دمشق ط 2، 1995م.
- حسن خالد رمضان: معجم أصول الفقه، دار الطرابيشي للدراسات الإنسانية (د.ت).
- (مراد) سعيد: المدخل في تاريخ الأديان، عين للدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية (د.ت)
- الجاربردي: شرح متن الشافية لابن الحاجب، عالم الكتب، بيروت، ط 3، 1984 م.
- ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم: لسان العرب، دار المعارف (د.ت).
- سنن الترمذي:، جمعية المكنز الاسلامي، 1421 هـ
- (البهوتي)، منصور بن يونس بن إدريس: كشف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت - لبنان 1403 هـ / 1983 م
- (النسائي) أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني: سنن النسائي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1422 هـ/ 2002 م.
- (برهومي) ماهر خليل: لغة المواثيق في القرآن الكريم والحديث الشريف، دراسة سياقية، بحث لنيل شهادة الماجستير في اللغة العربية، جامعة بيروت العربية، كلية الآداب، 2012 - 2013 م.
- ابن سيده: المحكم والمحيط الأعظم، طبعة المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد المخطوطات العربية، القاهرة 2003 م.
- الفتاوى الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ط 1 1421 هـ/ 2000 م.
- (قرانقيل) جاسم زاهد: أسباب الإرث وموانعه في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير المملكة العربية السعودية، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، 1981 - 1982م.
- (البهوتي) منصور بن يونس بن إدريس: الروض المربع شرح زاد المستنقع مطبوع مع حاشية لشيخ عبد الله بن عبد العزيز العنقري، مكتبة الرياض الحديثة الرياض (د.ت).
- (العلواني) طه جابر: أدب الاختلاف في الإسلام، المعهد العالي للفكر الإسلامي، فيرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية.
- (الفيروزآبادي)، مجد الدين: القاموس المحيط: مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر، القاهرة (د.ت).
- (التهانوي) محمد علي: كشف اصطلاحات الفنون، القاهرة، (د.ت).

- (عبده) محمد: تفسير المنار، دار المنار، ط 2، 1366 هـ - 1947 م.
- (الجندي) حامد: قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة الإسلامية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2011 م.
- مناعي مروان: موانع الإرث في القانون التونسي، مذكرة للإحراز على شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 2007-2008 م.
- Ben Achour (Yadh): La Deuxie islam Fatihame: L islam et La pensée des droits de l'homme ; PUF. Collection « proche Orient » dirigée par Gilles Kepel. PUF. Paris 2011

■ الشبكة العنكبوتية :

- (التريكي) فتحي: تأملات في مسار الثورات العربية، حرية الضمير، www.alarab.co.uk
- (الناوي) محمد: حرية الضمير في الدساتير المقارنة WWW.BOUTILLIS.BLOGSPOT.COM

■ القوانين :

- مجلّة الأحوال الشخصية التونسية، جمع وتحقيق القاضي الأستاذ محمد الحبيب الشريف، دار الميزان للنشر، 1997 م.
- مدوّنة الأسرة المغربية، مخرّبة بتاريخ 26 يوليو 2010.
- قانون الأحوال الشخصية العماني.
- قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم 20 لسنة 1992 .
- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 67 لسنة 1980 م.

ناديب الموظف الذي يرتكب خطأ جزائي بين الصبغة الحماية لقانون الوظيفة العمومية ونصيب الإدارة العامة



من إعداد الدكتور خليفي عبد الرحمن

أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد الشريف مساعديّة ، سوق أهراس الجزائر

نائب رئيس تحرير مجلة الاقتصاد والقانون بالجزائر

Le résumé :

Le code de la fonction publique est un code protectrice des droits des fonctionnaires,

il régleme la relation entre l'administration (le service public) et le fonctionnaire qui est en position réglementaire statutaire ,la nature protectrice du texte n'exclu pas les mesures que doit prendre l'administration en vers le fonctionnaire qui à commis une faute professionnelle ou sujet d'une poursuite pénale.

Dans les deux cas de figures l'administration est tenue de respecter les procédures en la matière.

Cette étude va mettre l'accent sur la nature des procédures que doit entreprendre l'administration et les mesures de protection a assurer durant la période de poursuite,notamment celle relative au versement d'une partie du traitement et la soumission de son dossier disciplinaire à la commission habilité paritaire .

les axes de l'étude sont les suivants :

- 1-La notion de la faute professionnelle.
- 2- La notion de la faute pénale.
- 3-Les procédures exigées en matière de sanction disciplinaire.
- 4-Les effets(pécuniaires et administratifs) de la faute pénale.

يعتبر قانون الوظيفة العمومية من القوانين الحمائية التي بموجبها تضبط العلاقة الوظيفية بين الموظف والإدارة او المؤسسة ذات الصبغة الادارية، والصبغة الحمائية لهذا القانون لا تعني سكوت الادارة في حالة اقتراف الموظف لخطا مهني او وظيفي او جزائي، ويختلف التعاطي القانوني مع كل وضعية، بحيث اذا ارتكب الموظف مهما كان المنصب الذي يشغله خطأ ذا طابع جزائي يوقف فورا عن ممارسة مهامه مع امكانية استفادته من الابقاء على جزء من راتبه وتقاضي المنح العائلية، الى الغاية البت النهائي في الملاحقة الجزائية المحركة ضده.

طبيعة الاخطاء الجزائية التي تميز هكذا اجراءات والغاية من الابقاء على جزء من المرتب وبقاء الاستفادة من المنح العائلية من المسائل التي استحدثها القانون الجديد للوظيفة العمومية، ما الغاية من الثفات المشرع لهذا الجانب والعوائق القانونية والعملية التي تحول دون التزام الادارة بتطبيق نص المادة 174 تطبيقا كاملا.

من خلال هاته الدراسة سنحاول تحليل نص المادة 174 المشار اليها علاه، والتي جاء فيها :

" يوقف فورا الموظف الذي كان محل متابعات جزائية لا تسمح ببقائه في منصبه.

ويمكن ان يستفيد خلال مدة لا تتجاوز ستة (6) اشهر، ابتداء من تاريخ التوقيف من الابقاء على جزء من الراتب لا يتعدى النصف. ويستمر الموظف في تقاضي مجمل المنح العائلية.

وفي كل الاحوال، لا تسوى وضعيته الادارية إلا بعد ان يصبح الحكم المترتب على المتابعات الجزائية نهائيا.

بالتركيز على اجراءات التوقيف في حالة الخطأ الجزائي وإشكالية الابقاء على جزء من الراتب، والجدوى من اشتراط صيرورة الحكم الجزائي نهائي لتسوية وضعية الموظف.

• أهمية الدراسة :

يحظى موضوع التأديب بأهمية بالغة من الناحية العلمية والعملية وذلك على اعتبار ان الموظف هو اللبنة الاساسية التي يقوم عليها المرفق العام ويعد التأديب انجح وسيلة لضمان احترام قواعد النظام الوظيفي وتحقيق فاعليته كما تتجلى اهمية هذا الموضوع بالنسبة لرجال القانون بصفة عامة من المحامين والقضاة الذين يتعرضون للمنازعات القانونية التي تترتب عن هذا النوع من القضايا سواء المتعلقة بشرعية العقاب التأديبي او مصير الموظف المتابع جزائيا او المعاقب تأديبيا بصفة عامة، هذا الى جانب البحث عن الطرق والدفع القانونية التي يمكن من خلالها الدفاع عن الموظف المعاقب تأديبيا وكذا تجاوز السلطة من قبل السلطة الرئاسية التأديبية.

حيث تعد هذه الضمانة من الامور التي تتطلبها مبادئ العدالة وضمير الانصاف والأصول العامة في المحاكمات كما انها تستلهم من المبادئ الاولية المقررة في القوانين الخاصة بالإجراءات سواء في المحاكمات الجنائية او التأديبية بغض النظر عن وجود نص يقرها او لا.

• الاهداف من الدراسة :

هو تسليط الضوء على هذه الظاهرة القانونية وتناولها بالدراسة والتحليل. وذلك لمعرفة اسبابها وابعادها القانونية ومختلف آثارها، وذلك على اعتبار ان الوظيفة العمومية لها من الاهمية بمكان في النشاط الاداري وذلك بفعل سياسة الدولة في مجال الوظيفة الادارية حيث يعد الموظف اداة الدولة في تحقيق اهدافها وتنفيذ قوانينها ولوائحها وواجهة الادارة مع الجمهور وتمثيلها في كافة انشطتها ووسيلتها المثلى في مسايرة خطى التقدم والتطور وبالتالي تكمن اهداف الدراسة في كيفية احداث التوازن بين مصلحتين متضاربتين هي حماية مصلحة الموظف العمومي وبين حماية المصلحة العامة التي تمس كيان الدولة.

• الاشكالية المطروحة :

الى اي مدى تتمتع الادارة بسلطة تقديرية في التعامل مع وضعية الموظف الذي يتعرض لملاحقة جزائية، بسبب وظيفته، او لأسباب لا علاقة لها بمنصب عمله، وحقوق وواجبات الطرفين خلال فترة الملاحقة.

• المنهج المتبع :

للإجابة على التساؤل (الاشكالية) المطروحة اعتمدت على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، لتكون الدراسة ليس فقط سرد للنصوص والمواد بل لكيفية قراءتها وتطبيقها ميدانيا من طرف الادارة العامة، ومن طرف القضاء الاداري.

وعليه قسمت الدراسة الى المحاور التالية :

المبحث الاول : مفهوم وعناصر الخطأ التأديبي.

المبحث الثاني : مفهوم الخطأ الجزائي .

المبحث الثالث : اجراءات اتخاذ العقوبات التأديبية.

المبحث الرابع : اثار الخطأ الجزائي.

المبحث الاول : مفهوم وعناصر الخطأ التأديبي.

مفهوم الخطأ التأديبي يستوجب تعريف الخطأ التأديبي وعناصره حتى تسهل مهمة تمييزه عن الخطأ الجزائي موضوع الدراسة الحالية، حسب ما سنبينه في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : تعريف الخطأ التأديبي :

ليس هناك اي تعريف تشريعي للخطأ التأديبي قار، بحيث يطلق على الخطأ التأديبي مصطلح الجريمة التأديبية او المخالفة او الخطأ التأديبي، إلا ان اسهامات الفقه وفقه القضاء والقضاء الاداري اعطت تعاريف وتوحدت في اعتبار الخطأ التأديبي تلك المخالفة التي يقترفها الموظف اثناء قيامه بمهامه، وتستلزم هاته المخالفة تسليط عقوبة تأديبية بحسب ما تنص عليه القوانين ذات الصلة.

والجدير بالملاحظة انه وان تغاضى المشرع الجزائري في الامر 133/66 والمرسوم 59/85 عن اعطاء تعريف دقيق، فان الامر 03/06 في مادته 160 نص على ان الخطأ التأديبي هو: " كل تخل عن الواجبات الوظيفية، أو مساس بالانضباط. وكل خطأ أو مخالفة من طرف الموظف أثناء أو بمناسبة تأدية مهامه خطأ مهنيا. ويعرض مرتكبه لعقوبة تأديبية. دون المساس عند الاقتضاء بالمتابعات الجزائية⁽¹⁾."

اما وصف الافعال والتصرفات التي تعتبر خطأ تأديبيا يستوجب العقاب ودرجتها فقد تعرضت له كل النصوص السابقة، بما فيها الأمر 03/06 في الفصل الثالث تحت عنوان " الأخطاء التأديبية ". حيث أورد تصنيفا لهذه الأخطاء في المادة 177. وقسمها إلى أربعة اقسام وهي أخطاء من الدرجة الأولى وأخطاء من الدرجة الثانية والثالثة والرابعة، بخلاف النصوص السابقة التي صنفت الأخطاء الى ثلاث درجات والعقوبات كذلك تصنف الأخطاء المهنية دون المساس بتكييفها الجزائي كما يأتي⁽²⁾.

- أخطاء من الدرجة الأولى، أخطاء من الدرجة الثانية.

- أخطاء من الدرجة الثالثة، أخطاء من الدرجة الرابعة.

- والمعيار المتبع من طرف المشرع الجزائري في هذا التقسيم، هو معيار خطورة الأفعال وتأثيرها على الوظيفة العامة. فالأخطاء المصنفة على أنها من الدرجة الأولى والثانية أقل خطورة من تلك المصنفة في الدرجة الثالثة والرابعة ووفق أيضا بين إجراءات توقيع العقوبات والجهة المختصة في ذلك، حيث جعل العقوبات من الدرجة 1 و2 توقع من طرف السلطة الرئاسية بقرار مسبب. وجعلت العقوبات من الدرجة 3 و4 توقع من طرف اللجنة المشتركة متساوية الأعضاء مشكلة كمجلس تأديبي وجعل رأي اللجنة إلزاميا للسلطة الرئاسية، اما الأخطاء ذات الطابع الجزائي فالتعاطي معها يكون بالية متميزة من حيث تأثيرها على بقاء العلاقة الوظيفية.

ذلك ان الموظف محل ملاحقة جزائية بسبب خطأ ارتكبه في وظيفته تتخذ ضده مباشرة اجراءات التوقيف الى غاية البت النهائي في الملاحقة، ليس هذا فقط بل حتى وان تمت ملاحقته خارج اطار الوظيفة وللمتابعة تأثير على العلاقة يوقف الموظف فورا، معيار التمييز بين الخطأ التأديبي والخطأ الجزائي وكيفية التعاطي مع كل وضعية، والتفرقة بين الملاحقة بسبب خطأ له صلة بالوظيفة وآخر خارج اطارها .

(1) حول تعريف الخطأ التأديبي في الجزائر والأنظمة المقارنة، راجع كل من:

- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التأديب، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص. 50 وما بعدها.

- محمد جودت الماط، المسؤولية التأديبية للموظف العام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1967، ص. 80.

- انظر الأمر 133/66 المؤرخ في 02 يونيو 1966 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

- المرسوم 302/82 المؤرخ في 11 سبتمبر 1982 المتعلق بكيفيات تطبيق الأحكام التشريعية الخاصة بعلاقات العمل الفردية.

- المرسوم 59/85 المؤرخ في 28 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية.

- الأمر 133/66 المؤرخ في 02 يونيو 1966 المتضمن القانون الأساسي النموذجي العام للوظيفة العمومية.

(2) نظر المادة 177 من الأمر 03/06.

المطلب الثاني : عناصر الخطأ التأديبي :

لا تقوم المخالفة التأديبية شأنها شأن المخالفة الجنائية إلا بتوافر أركانها، وهي تقوم على ركنين أساسيين هما :
الركن المادي والركن المعنوي .

الفرع الأول : الركن المادي :

يتمثل الركن المادي للمخالفة التأديبية في الفعل الإيجابي أو السلبي الذي يقترفه الموظف إخلالا بالواجبات الملقاة على عاتقه، سواء في نطاق الوظيفة أو خارجها. وهذا الركن يقوم على عناصر أساسية وهي :

الفرع الثاني : صفة الموظف في الشخص الذي يسند إليه الفعل :

إن الخطأ في نطاق المسؤولية التأديبية في الوظيفة العمومية، لا يعقل أن يقوم إلا إذا كان من وراء يد متمثلة في موظف عمومي. وهو ما أشارت إليه المادة 160 من الأمر 03/06 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العامة : كل خطأ ومخالفة من طرف الموظف أثناء أو بمناسبة تأدية مهامه. خطأ مهنيًا يعرض مرتكبه لعقوبة تأديبية ... " والموظف معرف في صلب المادتين 2 و 4 من نفس الأمر⁽¹⁾ وبالتالي فإن صفة الموظف شرط أساس في قيام الركن المادي للجريمة التأديبية وبانتفائها ينتفي الركن المادي

يفترض في الخطأ التأديبي صدور فعل إلى المظهر الخارجي الملموس، سواء فعلا ايجابيا أو سلبيا. ولا يكفي ذلك، بل يجب أيضا أن يكون هذا التصرف مقترن مع نية مبيتة لاقترافه، أي اتجاه ارادة الموظف لاقتراف المخالفة التأديبية، نية مبيتة او ما تسمى الإرادة الاثمة.

الفرع الثالث : الركن المعنوي :

يتمثل هذا الركن في توافر لدى الموظف إرادة آثمة، ونية سيئة، وغير مشروعة عند ارتكاب الفعل. أي اتجاه إرادة الموظف الى ارتكاب الفعل الإيجابي أو السلبي المخل للوظيفة العامة .

وعليه فإنه تنتفي المسؤولية التأديبية بانتفاء هذه الإرادة الاثمة فارتكاب الفعل تنفيذا لأوامر رئاسية

واجبة الطاعة، لا تؤدي إلى المسؤولية لانتهاء الركن المعنوي فيه² فلا نكون امام خطأ تأديبي إلا بتوفر ثلاثة شروط، تتمثل في الشروط التالية : -

1- احد الموظفين ينسب اليه الخطأ، وهو الموظف العام

2- تصرف يرتكب اثناء اداء الوظيفة او خارجها يؤثر على استمرار العلاقة.

(¹) حول الركن المادي والركن المعنوي للجريمة أو الخطأ التأديبي، راجع كل من:

-محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.60.

-أحمد بوضياف، الجريمة التأديبية للموظف العام في الجزائر.م.وك، الجزائر، 1986، ص.51 وما بعدها.

-M.Waline, Traité Élémentaire De Droit Administratif. Dalloz, Paris, p.324 et suite

(²) -صلاح الدين الشريف، ماهر كمون، خاتمة الحياة الإدارية لأعوان الوظيفة العمومية. الجزء التاسع، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2006، ص.09 وما بعدها.

المبحث الثاني : الخطأ الجزائي :

يعتبر خطأ جزائيا كل خطأ وظيفي مقترن مع تصرف مجرم بموجب قانون العقوبات او قوانين اخرى خاصة، كقانون التهريب او قانون محاربة الفساد (القانون 01/06)، والإشكال المطروح حول وجوب من عدم وجوب ارتباط المخالفة بالوظيفة، وهل العبرة بذلك ام العبرة بمدى تأثيرها على مواصلة العلاقة الوظيفية.

قانون الوظيفة العامة نص بان كل موظف تعرض لملاحقة جزائية لا تسمح له بالبقاء في منصبه، يتم توقيفه مباشرة ولا يمكن اعادته الى منصبه الى بعد تبرئة ساحته نهائيا⁽¹⁾.

هذا النص فتح المجال واسعا للسلطة التقديرية للإدارة في توقيف بعض الموظفين وترك البعض الاخر بحجة عدم تأثير الخطأ على العلاقة الوظيفية.

هذا الواقع تطلب تدخل السلطة التنفيذية لتوضيح اجراءات تطبيق المادة، كما تدخل الفقه والقضاء لتمييز المتابعات التي توجب التوقيف من تلك التي لا توجب التوقيف، والمعايير المعتمدة في وصف وتحديد خطورة الاخطاء، وحدود سلطة الادارة التقديرية⁽²⁾.

وترجع الصعوبة في عدم تقنين العقوبات التأديبية بشكل يخالف المبدأ الجزائي "لا عقوبة إلا بنص" وهو ما يجعل من الخلاف بخصوص ربط المخالفة الجزائية بالمخالفة التأديبية. لتصبح قاعدة لا جريمة إلا بنص غير ملائمة في المجال التأديبي، بحيث تصبح سلطة تقديرية للرئيس الاداري ولعضو اللجنة التأديبية وللقاضي الاداري، لهم الصلاحية والحق في تقدير ما اذا كان الفعل المنسوب الى الموظف مكونا لجريمة تأديبية ام لا، بركنيها المادي والمعنوي⁽³⁾.

(1) انظر المادة 174 من الأمر 03/06 المؤرخ في 03/07/2006.

(2) للتفصيل أكثرراجع كل من:

-محمد أمين عبد الهادي، إدارة شؤون موظفي الدولة. دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص.229.

-عبد الوهاب البنداوري، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام. دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص.11.

-صلاح الدين شريف، ماهر كمون، المرجع السابق، ص.09.

(3) للتفصيل أكثرراجع :

-لعروسي عبد الوهاب، بعض حالات النزاع في الوظيفة العامة. مجلة مجلس الدولة، العدد 05، 2004، ص.12 وما بعدها.

-صلاح الدين الشريف، ماهر كمون، المرجع نفسه، ص.10 وما بعدها.

-سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.91 وما بعدها.

المطلب الأول : العقوبات التأديبية :

الفرع الأول : تعريف العقوبة التأديبية :

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا للعقوبة التأديبية، كما لم يعرف العقوبة الجزائية أيضا، وإنما قام بتحديد هذه العقوبات على سبيل الحصر، بحيث لا يمكن الخروج عليها إلا بوجود نص خاص في قوانين اساسية لبعض الأسلاك وذلك ما أشارت إليه المادة 164 من الأمر 06.03.00. عكس المرسوم 58 59 الذي صدر في اطار مرحلة توحيد الانظمة القانونية وتوحيد سياسة الاجور بما فيها توحيد الاجراءات التأديبية على كافة القطاعات، حسب ما اقره القانون 12/78 المؤرخ في 1978/08/05 المتضمن القانون الاساسي العام للعامل.⁽¹⁾

ويمكن تعريف العقوبة التأديبية بصورة عامة بأنها: إجراء يمس الموظف المخطئ في مركزه الوظيفي وهي نوع من العقوبات المشتقة من طبيعة نظام الوظيفة العمومية، توقع على العامل المرتكب لمخالفة تأديبية، وتؤثر في مركزه ومستقبله الوظيفي .

والظاهر من التعريف السابق ان الأصل في العقوبة التأديبية، أنها تمس الحقوق والمزايا الوظيفية. وقد يكون هذا المساس جزئيا او كليا ولا يمكن في أي حال من الأحوال - في مجال الوظيفة العمومية- أن يمس شخص العامل او ملكه الشخصي. وإن كانت هذه الميزة لا تسري على بعض القطاعات مثل عقوبة التوقيف والتوقيف الشديد المطبق في المجال العسكري.

والعقوبات التأديبية تهدف إلى تقويم سلوك العامل المخالف وزجره، ليكون عبرة لغيره من الموظفين او العاملين، حتى يلتزم كل عامل بواجباته الوظيفية . مما يحقق المصلحة العامة وصالح المرفق العام، وقد تكون اما عقوبة اصلية او عقوبة تبعية، ومهما كانت درجة العقوبة وخطورة التصرف، فان توخي الاجراءات واجب حتمي اعمالا لقاعدة مشروعية العقاب.

وتقوم سياسة العقاب على عدة مبادئ نذكر منها :

1/ مبدأ شرعية العقوبة التأديبية.

2/ عدم ازدواج العقوبة التأديبية على الفعل الواحد.

3- مبدأ شخصية العقوبة التأديبية.

4- تسبب القرار التأديبي⁽²⁾.

(1) انظر القانون 12/78 والقانون 06/82 والمرسوم 302/82 المحدد لكيفيات تطبيق الأحكام الواردة في القانون 06/82 المتعلق بعلاقات العمل الفردية.

(2) أكثر تفصيل حول تطبيقات هاته المبادئ راجع كل من:

-سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.145 وما بعدها.

-محمد جودت الماط، المرجع السابق، ص.80.

-عبد الوهاب البنداوري، المرجع السابق، ص.55-72.

-انظر كذلك المادة 161 من الأمر 03/06 المتعلق بالقانون الاساسي للوظيفة العامة.

المبحث الرابع : إجراءات اتخاذ العقوبات التأديبية :

عند الحديث عن السلطة المختصة بالتأديب نشير الى الالتزام بمبدأ الشرعية الذي يفيد أنه لا تستطيع توقيع عقوبة تأديبية معينة على موظف إلا السلطة التي يعينها المشرع ويحول لها هذه الصلاحية، فلا يمكن - تحت طائلة البطلان - توقيع عقوبة تأديبية على موظف من قبل سلطة غير مختصة، وهو اختصاص أصيل حيث لا يمكن لهذه السلطة تفويض اختصاصها في ذلك إلا في حدود القانون والقضاء يعمل بصرامة في هذا المجال ويلجأ الى التفسير الضيق للنصوص بالنظر الى الطبيعة العقابية التأديبية وكل التشريعات في العالم لا تخلوا من اعتمادها اتجاه من بين اتجاهين رئيسيين وهما: الاتجاه الرئاسي الذي يوكل التأديب للسلطة الرئاسية التي تعلوا الموظف المذنب، اتباع الطريق الإداري في التأديب والاتجاه القضائي الذي يضيف الطابع القضائي على اجراءات التأديب ، وقد يعتمد في هذا المجال على احد النمطين، وذلك حسب السياسة المعتمدة في الدولة والدور المنوط بالموظف العام، من خلال القوانين الاساسية والأنظمة الداخلية، ويعتمد على احد الاسلوبين التاليين : -

- النظام الرئاسي.

- النظام القضائي⁽¹⁾.

وتختلف العقوبات باختلاف المخالفات، تطبيقاً لمبدأ تناسب العقوبة مع الخطأ المقترف، كما انه وبخلاف النصوص السابقة ذات الصلة بالمجال التأديبي، فان الامر 03/06 الاخير نص على ثلاثة اربعة انواع من الاخطاء تناسبها الربعة درجات من العقوبات، وتم الاعتماد في تقسيم العقوبات نفس المعيار أي معيار الشدة تناسباً مع خطورة الأفعال المرتكبة مميّزا بينها في كيفية تطبيقها والسلطات المختصة بها و إجراءات تسليطها. وذلك عبر كل القوانين المتناولة لموضوع التأديب في الوظيفة العامة. مع بعض الاختلاف في كل مرحلة.

ومن الجدير بالذكر انه ومهما كانت طبيعة المخالفة فقد كرسّت قوانين الوظيفة العمومية، في الجزائر والأنظمة المقارنة، ضمانات تشريعية وأخرى ادارية و ضمانات قضائية، نذكر منها الضمانات التالية :-

1- حق الموظف في اعلامه وتبليغه بما نسب اليه،

2- الحق في الاطلاع على الملف التأديبي.

3- الحق في الاستعانة بمحام او مرافق يساعده.

4- الاخذ بعين الاعتبار لملاسات اقتراح الخطأ.

5- سوابق الموظف المهنية وسيرته تؤخذ بعين الاعتبار.

6- المشول امام لجنة التأديب.

وغيرها من الضمانات الاخرى، وتبقى اسمى ضمانات المراقبة القضائية على القرار التأديبي، من حيث مشروعيته⁽²⁾.

⁽¹⁾ (لتفصيل أكثر راجع: سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 91 وما بعدها.

⁽²⁾ (لتفصيل أكثر حول هذه الضمانات راجع: لعروسي عبد الوهاب، المقال والمجلة السابقة، ص. 21 وما بعدها. -سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 91 وما بعدها.

المبحث الرابع : التمييز بين الخطأ التأديبي والخطأ الجزائي :

من خلال تعريف الخطأ التأديبي والخطأ الجزائي يتبين جليا الفرق بين الجريمتين من ناحية الاركان وحتى الاثار، فإذا كانت الجريمة الجنائية تخضع وجوبا الى التجريم بنص "مشروعية العقاب" فان اجماع الفقه والقضاء على صعوبة حصر الجرائم ذات الطابع التأديبي، رغم المحاولات التشريعية والفقهية، والتي باءت بالفشل، وهو ما جعل من تطبيق مبدأ المشروعية يتم بنوع من الخصوصية .

والخطأ الجزائي قد يكون داخل العمل وفي اطار العلاقة الوظيفية كجريمة الرشوة او استغلال النفوذ او الاختلاس او التبيد، وقد تكون خارج اطار الوظيفة ولها علاقة بالوظيفة او بغير علاقة بالوظيفة كالإهمال العائلي او السياقة في حالة سكر، وتكون الملاحقة الجزائية على إحدى الاشكال التالية :

1- اما عن طريق الاستدعاء المباشر.

2- او عن طريق التلبس.

3- عن طريق التحقيق⁽¹⁾.

وتتم المتابعة اما بإيداع المشكو منه وجعله في حالة حبس مؤقت وإما ملاحقة ويبقى المعني في حالة افراج، والإجراءات الواجب اتخاذها ضد الموظف محل ملاحقة جزائية تختلف باختلاف طبيعة الجريمة وكذا مدى ارتباطه بالوظيفة ومكان اقترافها وحالة الموظف (في حالة ايقاف ام افراج² هذه الدراسة ستركز على كيفية تعاطي المشرع الجزائري مع هاته الوضعية من خلال اخر نص ينظم العلاقات الوظيفية في القطاع الاداري، وبالتحديد المادة 174 من الامر 03/06 السالف الذكر.

تطبيقات هاته المادة ثير فعلا ثلاثة اشكالات تتمثل في :

الاشكال الاول : هل ان توقيف الموظف يتم مهما كانت طبيعة الفعل المنسوب اليه وسواء اكانت له علاقة بالوظيفة ام لا؟ وبمجرد ايداع شكوى او حتى تحريك الدعوى العمومية، وإخطار الادارة بالمتابعة من طرف النيابة؟

الاشكال الثاني : ما هي الحالات التي يمكن ان يستفيد فيها الموظف الموقوف، زيادة عن المنح العائلية من جزء من راتبه خلال مدة لا تتعدى الستة (6) اشهر؟ وما هي الاليات الاجرائية التي تسهل تنفيذ هذا الجانب؟

الاشكال الثالث : هل يعتبر الحكم النهائي المنصوص عليه في المادة 174 هو الحكم الذي يصدر بعد استنفاد جميع طرق الطعن، ام يجب دراسة كل وضعية بحسب طبيعة الملاحقة ونوعية المخالفة وتأثيرها على العلاقة الوظيفية؟

(1) اجراءات المتابعة الجزائية وطريقة تحريك الدعوى العمومية من المسائل التي ينظمها قانون الاجراءات الجزائية

(2) لتفصيل أكثرراجع:

- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 60 وما بعدها.

- صلاح الدين الشريف، ماهر كمون، المرجع السابق، ص. 13 وما بعدها.

الاجراءات المكرسة في هذا الشأن هي تقريبا نفس الاجراءات التي كانت مطبقة في ظل المرسوم 59/85 والمرسوم 302/82¹

فإذا كانت المادة 174 من الامر 03/06 تنص بصريح العبارة على ان الموظف الذي يكون محل متابعة جزائية لا تسمح في بقاءه في منصب عمله، يوقف فوراً عن ممارسة مهامه الى غاية انتهاء الملاحقة، ويفهم من هذا النص ان توقيف الموظف لا يتم إلا اذا كانت المتابعة تؤثر في استمرار العلاقة

وهو ما يعني بالمفهوم المخالف ان بعض المتابعات لا تؤدي حتما الى توقيف الموظف المعني، وهذا من صميم السلطة التقديرية للإدارة العامة.

وتقدير مدى سماح الموظف بالبقاء في منصبه يتوقف على طبيعة الافعال المنسوبة اليه والجراءات التي يخضع لها في هذا الاطار.

فيما يخص طبيعة الافعال ينبغي ان تنصب السلطة التقديرية على الجوانب التالية :-

1- تقدير مدى ارتباط الافعال بممارسة المهام المنوطة به، وبمعنى اخر وجود خطأ مهني ام لا من منظور احكام المادتين 42 و160 من الامر 03/06 المشار اليه اعلاه.

2- تقدير مدى تنافي تلك الافعال مع الوظيفة وسمعتها (2).

وعليه متى توفر عنصر من هذين العنصرين وجب توقيف الموظف المعني، بحيث تصبح المتابعات المتعلقة بمخالفات ذات طابع جرمي خارج اطار الوظيفة كالنفقة ومخالفات المرور، لا تتطلب توقيف الموظف، وبالنظر لعدم امكانية حصرها تدرس حالة بحالة ووضعية بوضعية، مع الاخذ بعين الاعتبار لظروف اقتراف الخطأ وسيرة الموظف المهنية وسمعة الادارة.

اما فيما يخص الاجراءات القضائية، فكل موظف يتم توقيفه رهن الحبس المؤقت او اعتقاله في اطار متابعة جزائية داخل او خارج الممارسة الوظيفية، يتوجب توقيفه عن عمله تحفظيا الى غاية انتهاء الملاحقة، لوجود مانع يحول دون قيامه والتزامه بتأدية مهامه، وهنا نكون اما احدي الوضعيتين :

الاولى : اما يستفيد بالبراءة وليس هناك طعن من النيابة يعاد ادراجه.

الثانية : ان تتم ادانته نهائيا، بعد استنفاد الاجراءات، يتم عزله نهائيا من الوظيفة.

من حيث الجانب المالي للعلاقة بعد التوقيف، اشارت المادة 174 الى ان الموظف المعني بالتوقيف بسبب الملاحقة تبقى تسدد له المنح العائلية، لأنها حق الابدان، كما يمكن للإدارة ان تبقي على جزء من الاجر لفترة لا تتجاوز الستة اشهر.³

(1) نظر المادتين 130 و131 من المرسوم 59/85 والمادة 64 من المرسوم 302/82

(2) انظر المادتين 42 و160 من الأمر 03/06

بالنسبة للشق الاول فلا يترتب على الالتزام به اي اشكال، اما الاشكال الحقيقي الذي يصادف الادارات فيخص الشق الثاني، لا سيما وان عملية صرف جزء من المرتب تخضع لاليتين :

- المراقب المالي.

- الخزينة العمومية.

لان الاموال الادارية اموال عامة محصنة لا يمكن صرفه إلا طبقا للإجراءات المعمول بها.

ولما كان قرار التوقيف يؤشر عليه المراقب المالي ونسخة منه ترسل للخزينة او المحاسب العمومي، فان الالتزام بهذا الشق تقابله عراقيل ادارية، وتبقى المسألة نسبية تختلف من ادارة الى ادارة اخرى، وتثير اشكالات ونزاعات تتطلب تدخل القضاء للبت فيها حماية لحقوق الموظفين العموميين.

خاتمة :

من الدراسة الحالية يتبين ان مسألة التأديب من المسائل التي تكتسي حساسية بالغة لا سيما اذا تعلق الامر باقتراف الموظف لخطأ جزائي، وضرورة حماية مصالح الادارة وسمعتها وحماية حقوق الموظفين من كل اشكال التعسف يتطلب ان نراعي عدة جوانب موضوعية وإجرائية، ونحاول قدر الامكان احترام القانون والمشروعية، بالتعاطي بموضوعية مع حالات الموظفين، ولما كان النص متروك للسلطة التقديرية للإدارة، فانه وتجنبنا لكل الاشكالات والتعسفات، نتقدم في ختام الدراسة ببعض التوصيات :

1- لا بد من التمييز بين الخطأ التأديبي والخطأ الجزائي بمعايير موضوعية، تأخذ بعين الاعتبار ملابسات المخالفة وطبيعتها وكذا مدى تأثيرها على حسن سير المرفق وسمعته

2- عند ثبوت الخطأ الجزائي لا بد من التمييز بين وضعيتين :

- الخطأ المرتكب اثناء تأدية الوظيفة و الذي له صلة وثيقة بها

- الخطأ الذي يرتكب خارج اطار الوظيفة والذي لا علاقة له بها

بالنسبة للوضعية الاولى يوقف الموظف حتى ولو بقى في حالة افراج

اما بالنسبة للوضعية الثانية، لا بد ان نراعي ما يلي :

- اذا تم وضع الموظف رهن الحبس المؤقت، توقف العلاقة مباشرة.

- اذا بقي في حالة افراج والدعوى العمومية محرمة، يمكن للادارة عدم توقيفه والاخذ بعين الاعتبار لطبيعة الخطأ ومدى تأثيره على سمعة الادارة وحسن سيرها.

3- عند توقيف الموظف ضرورة الابقاء على صرف المنح العائلية، وعدم حرمانه من جزء من المرتب للفترة المنوه عنها في المادة.

4- إعادة ادراج الموظف يتم بصدور حكم نهائي يقضي ببراءته مما نسب اليه، هنا لا بد من مراعاة وضعيات معينة، بحيث يمكن إعادة الادماج بصدور القرار القضائي وليس بالحتمي .

انتظار نتيجة الطعن بالنقض، فإذا صدر لصالحه حكما يقضي ببراءته او امرا بانتفاء وجه الدعوى، والنيابة تعقبت الحكم او الامر بالاستئناف، على الادارة اخذ الاجراء المواتي من خلال توجه المجلس القضائي.

اما الحالة العكسية فإذا صدر ضد الموظف حكما مؤيدا بقرار يقضي بالإدانة والعقوبة، ليس للإدارة اتخاذ قرار العزل إلا بعد صيرورة الحكم نهائي، اي انتظار مال الطعن بالنقض.

يبقى في الاخير من المفيد الإشارة الى ان انتفاء عناصر الخطأ الجزائي لا يعني بالحتمي انتفاء عناصر الخطأ التأديبي.

كل المسائل تبقى محل تحليل و نقاش من زوايا ثلاث، رسمية (من خلال ما ورد في قانون الوظيفة العمومية فقهيّة (رأي الفقه) وقضائية (التوجه القضائي والممارسة الميدانية).

• لائحة المصادر والمراجع :

أولا : النصوص الرسمية :

- دستور 1996 المعدل في 2016.

ثانيا : النصوص القانونية :

- الأمر 133/66 المؤرخ في 02 يونيو 1966 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

- القانون 12/78 والقانون 06/82 والمرسوم 302/82 المحدد لكيفيات تطبيق الأحكام الواردة في القانون 06/82 المتعلق بعلاقات العمل الفردية.

ثالثا : النصوص التنظيمية :

- المرسوم 302/82 المؤرخ في 11 سبتمبر 1982 المتعلق بكيفيات تطبيق الأحكام التشريعية الخاصة بعلاقات العمل الفردية.

- المرسوم 59/85 المؤرخ في 28 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية.

رابعا : المراجع الفقهية :

1 - باللغة العربية :

- أحمد بوضياف، الجريمة التأديبية للموظف العام في الجزائر.م.وك، الجزائر، 1986.

- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التأديب. دار الفكر العربي بالقاهرة، 1979.

- صلاح الدين الشريف، ماهر كمون، خاتمة الحياة الإدارية لأعوان الوظيفة العمومية. الجزء التاسع، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2006.

- عبد الوهاب البنداوري، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام. دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.

- محمد أمين عبد الهادي، إدارة شؤون موظفي الدولة. دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.

2 - باللغة الفرنسية :

- M.Waline, Traité Élémentaire De Droit Administratif. Dalloz, Paris.

خامسا : اطروحات الدكتوراه :

- محمد جودت الماط، المسؤولية التأديبية للموظف العام. أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1967.

سادسا : المقالات :

- لعروسي عبد الوهاب، بعض حالات النزاع في الوظيفة العامة. مجلة مجلس الدولة، العدد 2004.

إبرام عقود نفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والنشريات العربية



الدكتور أبوبكر أحمد عثمان النعيمي

جامعة الشارقة- الإمارات العربية المتحدة

المقدمة :

تشكل المرافق العامة نشاط الإدارة الذي يهدف إلى إشباع الحاجات العامة للأفراد، ولذا تحاول جاهدة الوصول إلى أفضل الأساليب والطرق لإدارة مرافقها العامة.

والدول في سبيل إدارتها للمرافق العامة فإنها اما تتولى إدارتها بصورة مباشرة وهذا ما ينطبق بصورة كبيرة على مرافق الدولة الإدارية، أو تعهد بإدارتها إلى الغير من خلال تفويضه للقيام بهذا المهمة بدلاً عنها مع احتفاظها بحقها في الاشراف والرقابة وهذا ما ينطبق في الغالب على المرافق العامة الاقتصادية.

وعلى وفق ما تقدم يعد أسلوب تفويض المرافق العامة من أقدم وأهم الأساليب التي لجأت اليها الدول بوصفه سبيل لتنفيذ المرافق العامة. وفكرة التفويض للمرافق العامة حالها حال الأفكار الأخرى لم تبقى جامدة وإنما تطورت وأدخلت عليها عديد من التعديلات والتغييرات التي هدفت إلى مسايرة التقدم الفني والعلمي الذي هو سمة لعصرنا الحديث.

وهكذا تدخل المشرع في عديد من الدول وفي مقدمتها رائد فكرة التفويض ومنبتها ألا وهي فرنسا، فقام المشرع هناك بتنظيم عديد من جوانب عقود تفويض المرفق العام والتي كانت في السابق محكومة باتجاهات القضاء ومبادئه التي وضعها بصدد هذا النوع من العقود.

إن أهم النواحي التي تم تعديلها وتحديثها في مجال عقود تفويض المرفق العام كانت في مجال طرق وإجراءات إبرام هذا النوع من العقود، فبعد ان كان مستقراً في السابق قاعدة حرية الإدارة في اختيار المفوض اليه من دون ان يتقيد هذا الاختيار بأي قيد يذكر استناداً لمبدأ الاعتبار الشخصي لعقود التفويض، أصبح الوضع الجديد الذي تبناه المشرع الفرنسي يقوم على خضوع عقود تفويض المرفق العام بصورها المختلفة لمبادئ المنافسة والمساواة والعلانية وبما يفرضه تبني هذه المبادئ من إجراءات يتوجب على الإدارة أتباعها ومنها تعدد العروض وعلانية الإجراءات وعدم التمييز بين المرشحين في المعاملة.

أن التغييرات والتحديثات التي كرسها المشرع في فرنسا وجدت لها صدى في عديد من الدول التي كانت تملك تجربة سابقة في تطبيق فكرة تفويض المرفق العام، فشرعت هذه الدول في سن تشريعات خاصة بعقود تفويض المرفق وعملت على جماع شتات الأنواع المختلفة لهذه العقود ضمن قواعد محددة واشترطت بموجب هذه القواعد لقيام فكرة التفويض توفر عناصر محددة، وأصبحت أيضاً تخضع هذا النوع من العقود للمبادئ ذاتها التي جاء بها المشرع في فرنسا وفي مقدمة الدول التي ينطبق عليها هذا الكلام هي مصر المغرب وتونس والجزائر والكويت والاردن.

• أهمية الدراسة : تعد عقود تفويض المرافق العام بأنواعها المختلفة من أهم الطرق التي تلي حاجة الإدارة في تنفيذ مرافقها العامة، نظراً للمزايا التي يوفرها هذا النوع من طرق إدارة المرافق

العامة. إلا أن عقود تفويض المرفق العام بقواعدها ومبادئها التقليدية التي وضع جلها اجتهاد القضاء الإداري أصبحت تحتاج إلى الكثير من التعديلات بما يجعلها قادرة على تجنب المساوئ التي رافقت تطبيق عقود التفويض في المراحل السابقة، ولعل أكثر النواحي التي كانت بحاجة إلى تعديل وتطوير ما يتعلق بطرق وإجراءات إبرام هذا النوع من العقود.

• مشكلة الدراسة : على الرغم من عقود تفويض المرفق العام هي نوع من أنواع العقود الإدارية بل لعلها أهم هذه العقود، إلا أن هذه العقود تتميز بمزايا وخصائص لا وجود لها في العقود الأخرى لذا فإن فكرة اخضاع إبرام عقود تفويض المرفق العام للمبادئ المستقرة في نظام العقود الإدارية فكرة غير قابلة للتطبيق نظراً لخضوع هذه العقود لمبدأ الاعتبار الشخصي، وهذا التناقض اثار عديد من المشاكل في مسيرة تطوير وتحديث إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام.

• هدف الدراسة : تهدف الدراسة إلى محاولة التعرف على المدى الذي وصلت اليها التشريعات الحديثة في مجال تحديث وتطوير إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام بما يحقق المصلحة العامة التي هي مصلحة المرفق العام.

• منهجية الدراسة : اتبعنا في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن.

• خطة البحث :

المبحث الأول : ماهية عقد تفويض المرفق العام.

المبحث الثاني : مراحل تطور إبرام عقد تفويض المرفق العام.

المبحث الثالث : المبادئ والقيود التي تحكم إبرام عقود تفويض المرفق العام.

المبحث الرابع : إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام.

المبحث الأول: ماهية عقود تفويض المرفق العام:

لغرض الوقوف على ماهية عقود تفويض المرفق سنستعرض ظهور فكرة تفويض المرفق العام، ثم نبين تعريف عقود تفويض المرفق العام.

المطلب الأول: ظهور فكرة تفويض المرفق العام:

يعود الظهور الأول لاصطلاح تفويض المرفق العام في فرنسا إلى المنشور الوزاري الذي صدر بتاريخ 1987/8/7 والمتعلق بتفويض إدارة المرافق المحلية، إذ عالج هذا المنشور الضوابط المتعلقة بعقود المرفق العام والخاصة بشروط الإبرام ومدة العقد وطرق الرقابة¹.

وإذا انتقلنا إلى التشريع فإننا نلاحظ أن اصطلاح "تفويض المرفق العام" تم تداوله أول مرة بموجب القانون المتعلق بالإدارة اللامركزية للجمهورية الفرنسية المرقم (125-92) والذي صدر بتاريخ 1992/2/6، إذ نصت المادة (52) منه على عدد من الإجراءات الخاصة بإبرام عقود تفويض المرفق العام والمتمثلة بالإعلان المسبق عن نية التعاقد والقيام بالاستشارات السابقة على إبرام عقود تفويض المرفق العام².

وصدر في سنة 1993 قانون (Sapin) والخاص بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية، ووسع هذا القانون من نطاق تطبيق فكرة تفويض المرفق العام لتشمل العقود التي يبرمها الأشخاص العامة جميعها بما في ذلك الدولة والمؤسسات العامة. ولذلك عد هذا القانون بحق الإطار القانوني لعقود تفويض المرفق العام لتضمنه القواعد التي تنظم الية تنفيذ المرفق العام فعالت المادة (38) من قانون (Sapin) المواد اللاحقة القواعد والاصول اللازمة لإبرام عقود تفويض المرفق العام فضلاً عن تدعيم قواعد فرض الرقابة وترسيخها³.

وقد تكرست خطوات الإصلاح والتحديث بصدر قانون مورسيف (Murcef) والذي تضمن تنظيمًا للصفقات العامة والتفويض في إدارة واستغلال المرافق العامة، وشكل هذا القانون أهمية خاصة إذ وضع ولأول مرة تعريفاً موحداً لتفويض المرفق العام بأنواعه المختلفة⁴.

وقد تبني القضاء الفرنسي هو الآخر مفهوم تفويض المرفق العام بموجب حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر سنة 1994، فأقر المجلس في هذا الحكم بطرق لاستغلال المرفق العام تكرر مفهوم فكرة التفويض⁵. وتجدر الإشارة بهذا الصدد أن القضاء الفرنسي وأن لم يتبنى مصطلح "تفويض المرفق العام" إلا بعد تبني المشرع الفرنسي له، إلا أنه كان له الدور الأساس في وضع القواعد والاصول لصور العقود المختلفة التي أصبحت تنضوي تحت مسمى "تفويض المرفق العام".

ان التطورات التي لحقت بفكرة تفويض المرفق العام بصورها المختلفة لم تقف عند فرنسا، بل شهد العالم ما يمكن ان نسميه ثورة في مجال تطوير تقنيات التفويض وأساليبه ففي المغرب وابتداء من سنة 2002 عرف التفويض

¹ ReneChapu, Dorit administrative general, Paris, P. 628

² Gilles J.ClaudeDoueence- les contracts de service R.F.A,1993.P.939.

³ Jean Claude Doueence- les contracts de delegation service R.F.A, 1993. P. 939.

⁴ د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

⁵ مروان مكي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 437.

للمرفق العام وتحت مسمى "التدبير المفوض" وذلك بموجب قانون الميثاق الجماعي الصادر في 2002/10/3، ثم تأكد مصطلح "التدبير المفوض للمرافق العامة" بصدور القانون رقم (5-45) بتاريخ 2006/2/14 والذي سمي بقانون التدبير المفوض للمرافق العامة، فأشار هذا القانون في مادته الأولى إلى التفويض بوصفها طريقة شاملة لصور تدبير المرافق العامة جميعها.

وفي تونس تبنى المشرع القانون رقم (23) لسنة 2008 جمع فيه صور التفويض تحت مسمى واحد هو عقود اللزمات، إذ أشارت المادة الثانية من هذا القانون إلى مسمى التفويض للمرافق العامة.

وفي مصر وعلى الرغم من أن المشرع عرف التنظيم التشريعي منذ وقت مبكر لأهم أنواع عقود التفويض وهو عقد التزام المرفق العام بموجب القانون رقم (129) لسنة 1947، إلا أنه لم يساير وإنما أتجه ومنذ عقد التسعينات من القرن الماضي إلى إيجاد استثناءات من القانون رقم (129) لسنة 1947 ثم انتهى في نهاية الأمر إلى إصدار القانون رقم (67) لسنة 2010 وهو "قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة" ليحل محل القانون رقم (129) لسنة 1947.

ويقارب الوضع في الجزائر نظيره المصري فقد أخذ المشرع ومنذ فترة مبكرة بأحد أهم أساليب تفويض المرفق العام وهو عقد الامتياز وذلك بموجب قانون البلدية لسنة 1969 وقانون الولاية لسنة 1969، ولكن تطبيق هذا العقد شهد تراجعاً ملحوظاً في الفترة اللاحقة بسبب تبني الدولة للنهج الاقتصادي ليعود بعد ذلك بقوة ابتداء من عقد الثمانينات من القرن الماضي من خلال قوانين متفرقة تتعلق بمرفق المياه والبلدية والولاية. ونظراً لعجز هذه القوانين عن مواكبة التطورات التي لحقت بأساليب مشاركة القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة وجد المشرع لزاماً عليه التدخل وتحديث هذه الأساليب متأثراً بالتطورات والتغيرات التي قام بها المشرع فصدر القانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة رقم 15 - 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، والذي أصبح يمثل إطاراً قانونياً موحداً لأساليب تسيير المرافق العامة عن طريق الغير.

ولم تظهر فكرة التفويض كما قررها المشرع الفرنسي في لبنان والأردن كلاهما وإنما اكتفى المشرع بتبني بعض تطبيقات عقود تفويض المرفق العام في القوانين المنظمة لعملية الخصخصة من دون الإشارة إلى تسمية التفويض التي جاء بها القانون الفرنسي.

أما في العراق فإنه لا يوجد في التشريع العراقي أية إشارة إلى مصطلح تفويض المرفق العام، وإنما اكتفى المشرع بالإشارة فقط إلى عقد التزام المرفق العام بوصفه إحدى صور عقود تفويض المرفق العام في المادة (891) من القانون المدني. كما لا يتوافر القضاء والفقه العراقي أية إشارة إلى مصطلح "تفويض المرفق العام".

المطلب الثاني: تعريف عقود تفويض المرفق العام:

انقسم الفقه الفرنسي بصدد تحديد مفهوم تفويض المرفق العام، فذهب الأستاذ (Auby) إلى أنه "العقد الذي يعهد فيه إلى شخص آخر يسمى صاحب التفويض تنفيذ مهمة مرفق عام والقيام بالاستغلال الضروري للمرفق، ويمكن أن يتضمن إقامة منشأة عامة، وأن يتحمل صاحب التفويض مسؤولية تشغيل المرفق العام وإقامة علاقة مباشرة

مع المستفيدين الذين تؤدي إليهم الخدمات مقابل تأديتهم لتعريفات محددة، وتقيّد صاحب التفويض بالمدّة المحددة في العقد التي تعكس الاستثمارات التي يهدف إلى تغطيتها"¹.

أما الفقيه (Delvolv) فعد فكرة تفويض المرفق العام التي تستوعب عقود الامتياز والالتزام والإدارة غير المباشرة والإدارة الحرة بمثابة منح لمؤسسة أو مشروع ما مهمة تحقيق مرفق عام على وفق صيغ من العائدات يتم الاتفاق عليها والتي تختلف عن الثمن².

إن اختلاف الفقه الفرنسي بصدّد تحديد مفهوم تفويض المرفق العام أدى إلى ظهور بعض الاتجاهات التي شككت باستقلالية هذه الفكرة، وأنها ليس إلا تطبيقاً لامتياز المرفق العام وهو ما جوبه بمعارضة شديدة من جانب أغلب الفقه الفرنسي والذي شدد على أن فكرة التفويض لا تنحصر فقط كما ادعى البعض بامتياز المرفق العام فالأخير ليس إلا مظهراً خاصاً في مجموعة أوسع تضم صيغ عقدية أخرى.

وإزاء هذا الانقسام بصدّد مفهوم فكرة التفويض تدخل المشرع الفرنسي بموجب قانون مورسيف (Murcef) الصادر سنة 2001 واضعاً تعريفاً محدداً لتفويض المرفق العام وذلك بموجب المادة الثالثة منه والتي عرفت تفويض المرفق العام بأنه "عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير (المفوض له) سواء أكان عاماً أم خاصاً لتحقيق مرفق عام هو مسؤول عنه، بحيث تكون العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استثمار المرفق، والمفوض له قد يكون مكلفاً ببناء منشآت أو بتحصيل أموال لازمة للمرفق".

أما في المغرب فإن وبعد ظهور مصطلح التدبير المفوض في التشريع، انقسم الفقه بصدّد تحديد مفهوم له إلى ثلاثة اتجاهات، فذهب الاتجاه الأول إلى المساواة بين التدبير المفوض والامتياز، في حين ذهب اتجاه ثاني إلى عد التدبير المفوض أسلوباً جديداً إضافة للأساليب التقليدية الأخرى، أما أصحاب الاتجاه الثالث فسايروا الموقف المستقر في فرنسا فعرفوا التدبير المفوض تعريفاً واسعاً بحيث يشمل أساليب إدارة واستغلال المرافق العامة كافة³.

ومسايرة لموقف المشرع الفرنسي أتجه المشرع المغربي إلى وضع تعريف للتدبير المفوض وذلك بموجب المادة الثانية من قانون التدبير المفوض للمرافق العامة والتي عرفت التدبير المفوض بأنه "عقد يفوض بموجبه شخص معنوي عام خاضع للقانون يسمى (المفوض) لمدة محدودة تدبير مرفق عام يتولى مسؤوليته إلى شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يسمى (المفوض إليه) يخول حق تحصيل أجره من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التدبير المذكور أو هما معاً.

يمكن أن يتعلق التدبير المفوض كذلك بإنجاز أو تدبير منشآت عمومية أو هما معاً تساهم في مزاولة نشاط المرفق العام المفوض".

وفي تونس عرفت المادة الثانية من قانون نظام اللزمة رقم (23) لسنة 2008 (اللزمة على معنى هذا القانون هي العقد الذي يفوض بمقتضاه شخص عمومي يسمى (مانح اللزمة) لمدة محددة إلى شخص عمومي أو خاص يسمى

¹ أورده مروان محي الدين القطب، مصدر سابق، ص 44.

² د. وليد حيد جابر، مصدر سابق، ص 60.

³ محمد يحيى، قراءة نقدية لمفهوم التدبير المفوض على ضوء مستجدات القانون رقم (5-54) المؤرخ ب 14 فبراير 2006، المجلة الالكترونية للدراسات والأبحاث

القانونية، منشورة على الموقع الالكتروني <http://www.droitplus.net/images/yahya2.pdf>

(صاحب اللزمة) التصرف في مرفق عام عمومي أو استعمال أو استغلال أملاك او معدات عمومية وذلك بمقابل يستخلصه لفائدته من المستعملين حسب الشروط التي يضبطها العقد. ويمكن أن يكلف صاحب اللزمة ايضاً بإنجاز أو تغيير بنايات ومنشآت أو اقتناء ممتلكات لازمة لإنجاز موضوع العقد".

وفي الجزائر عرف المادة 207 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية لسنة 2015 عقد تفويض المرفق العام بأنه "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف. ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام، وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض المرفق العام بموجب اتفاقية، وبهذه الصفة يمكن السلطة المفوضة بأن تعهد للمفوض بإنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير المرفق العام.

المبحث الثاني : مراحل تطور إبرام عقد تفويض المرفق العام :

مرت عملية اختيار المتعاقد في مجال عقود تفويض المرفق العام بمرحلتين، ففي المرحلة الأولى وهي تمثل الاتجاه التقليدي كانت الإدارة تتمتع بسلطة الاختيار الحر للمتعاقد معها من دون أن تكون ملزمة باتباع إجراءات المناقصة المقررة بموجب نظام إبرام العقود الإدارية، أما المرحلة الثانية والتي تمثل الاتجاه الحديث فشهدت إدخال عديد من التعديلات والتقييدات على سلطات الإدارة في إبرام عقود التفويض بحيث أصبحت تتماثل إلى درجة كبيرة مع تلك الإجراءات المفروضة بموجب نظام العقود الإدارية لاسيما عقود الصفقات العامة. وسنستعرض طرق إبرام العقد في فقرتين مستقلتين.

المطلب الأول : سلطة الاختيار الحر لاختيار المفوض له (الاتجاه التقليدي) :

بمقتضاه هذا الاتجاه كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اختيار المفوض له، فلم تكن تخضع لأية إجراءات تتعلق بتأمين منافسة سابقة على إبرام العقد بين المتقدمين للتعاقد.

إن الأساس الذي كان يستند إليه هذا الاتجاه هو فكرة الاعتبار الشخصي الملازمة لعقود التفويض بصورها كافة، ووجد هذا الأساس تأييداً له من جانب مهم من الفقهاء الفرنسيين ومنهم الفقيه جيز والذي يقول بهذا الصدد "أن الاعتداد بالاعتبار الشخصي لا يكون على المستوى نفسه بالنسبة للعقود الإدارية، ذلك أن أساس هذه القاعدة هو صلة العقد بالمرفق العام بحيث يتعين التزامه بغاية الصرامة في مجال عقد الامتياز لهيمنة الملتزم التامة على المرفق العام الذي يتولى شؤون إدارته"¹. وأكد الفقيه دلفولفيه أنه "إذا كان المشرع يخضع عقود الإدارة لأساليب معين عند إبرامها - كالمناقصات والمزايدات-، فإنه م يقيد الإدارة بأسلوب معين عند إبرام عقود الامتياز بالنظر إلى اتصال هذا العقد الوثيق بالمرفق العام، مما يجعل للاعتبارات الشخصية في الملتزم وزناً عند إبرام العقد"².

وأيد القضاء الفرنسي فكرة الاعتبار الشخصي، فقد أستقر قضاء مجلس الدولة منذ البداية على عدم أن الإدارة ليست ملزمة بالخضوع لإجراءات الإبرام التي نص عليه القانون والمطبقة في مجال الصفقات العامة. فضلاً عن عدم وجود نص قانوني يجبر الإدارة على اتباع إجراء محدد في معرض إبرامها لعقود الامتياز.

¹ د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار في مجال العقود الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 21.

² إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2003، ص 117.

إن مبدأ حرية الاختيار الممنوح للإدارة في مجال إبرام عقود التفويض لم يقتصر في تطبيقه على فرنسا، وإنما وجد لها تطبيقاً في الدولة كافة التي عرفت وطبقت فكرة تفويض المرفق العام سواء من خلال أسلوب الامتياز أم من خلال الأساليب الأخرى كعقود الإيجار أو عقود إدارة المرفق العام. فبنى المشرع المصري فكرة الاعتبار الشخصي بموجب القانون رقم (129) لسنة 1947 بشأن التزامات المرافق العامة، فلم يلزم الإدارة بأية إجراءات في اختيار الملتزم، وأكد القضاء هذا الموقف ومن ذلك ما جاء في قرار محكمة القضاء الإداري (... ليس في القانون ما يلزم الحكومة بطرح التزامات المرافق العامة في مناقصة عامة قبل منحها والامر في ذلك متروك للسلطة التقديرية تتصرف فيه بما تراه محققاً للمصلحة العامة)¹.

وقد وجد هذا الموقف تأييداً له من جانب الفقه المصري مستنداً إلى في تسويغه إلى سببين² :

1. إن عقد الامتياز يضع المتعاقد في تعامل مباشر مع الجمهور ومن ثم فإن شخصية الملتزم يجب أن تكون محل اعتبار من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة، لأنه فيح الة اختيار الإدارة لمتعاقد ليس أهلاً لتنفيذ هذه المهمة فإن ذلك سينعكس بصورة سلبية على إدارة المرفق العام، وهو ما سيرتب نفور جمهور المتفاعلين من الملتزم ويخل بسمعة الإدارة.
2. إن الاعتبار الشخصي ليس هدفاً بذاته وإنما هو وسيلة تتمكن بها الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق النفع العام ومصلحة المرفق العام من دون النظر إلى إي اعتبار آخر.

وفي المغرب كان الاتجاه التقليدي لإبرام عقود تفويض المرفق العام يقوم على حرية الإدارة في اختيار المباشر للمفوض اليه.

وفي تونس كان الوضع قبل صدور قانون اللزمات رقم (23) لسنة 2008 يقوم على التنظيم القطاعي للمرافق العامة وقد صدرت مجموعة من القوانين بلغ عددها (12) قانون، وهذه القوانين لم تعالج الشروط والإجراءات المتعلقة بإبرام عقود اللزمات، ولذا حاولت الإدارة إكمال النقص في هذه القوانين بأوامر تنظيمية قضت باعتماد مبدأ الدعوة للمنافسة واعتماد الشفافية في إجراءات التعاقد من دون أن تتضمن تلك الأوامر القواعد التفصيلية لوضع هذه المبادئ موضع التنفيذ³.

أما بالنسبة للجزائر فإن عملية اختيار المفوض اليه كانت تتم قبل صدور قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية لسنة 2015 بعدة طرق وأساليب، فكانت الإدارة تتبع في اختيار المتعاقد في عقد امتياز المرفق العام وهو من أشهر تطبيقات عقود التفويض بعد طرق تختلف باختلاف المرافق موضوع الامتياز، ومن خلال استعراض النصوص التي عالجت شروط وإجراءات منح الامتياز يظهر أن بعض تلك النصوص يعطي للإدارة سلطة الاختيار الحر في اختيار المتعاقد صاحب الامتياز، في حين فرضت نصوص قانونية أخرى على الإدارة المسؤولية عن التعاقد اتباع إجراءات معينة في اختيار هذا الأخير عن طريق المزايدات مثل المرسوم التنفيذي رقم 320/94 المتعلق بالمناطق الحرة والذي نص على منح امتياز تسيير المنطقة الحرة واستغلالها يكون عن طريق مزايدة وطنية دولية مفتوحة أو محدودة أو

¹أورده دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2006، ص 169.

²إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، مصدر سابق، ص 189

³ المشاركة بين القطاعين العام والخاص، دراسة صادرة عن المدرسة الوطنية للإدارة-معهد تنمية قدرات كبار الموظفين، الدورة الرابعة، نوفمبر 2010، ص 27.

متاحة على الموقع الإلكتروني الأتي : http://www.ena.nat.tn/fileadmin/user_upload/doc/Institut/PPP_ENA_derniere_version.pdf

عن طريق التراضي، والشئ نفس تم اتباعه التعليمية رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق المحلية وتأجيرها إذ اعتمدت إجراءات المزايدة لمنح امتياز المرافق العمومية المحلية¹

المطلب الثاني: المفهوم الجديد للاعتبار الشخصي في نطاق عقود تفويض المرفق العام:

ساهمت عوامل عديدة في إدخال تعديلات على فكرة الاعتبار الشخصي التي كانت سائدة فرنسا بوصفها الأساس في اختيار المفوض له ويمكن تحديد هذه العوامل بما يأتي:

1. التشريعات الأوروبية التي صدرت بصدد إبرام عقود الصفقات العامة التي يمكن أن تبرمها الإدارة في دول الاتحاد الأوروبي، إذ استندت تلك التشريعات إلى فكرة المنافسة، وقد توسع المشرع الأوروبي في تعريف تلك العقود ليشمل عقود التزام الأشغال العامة والتي عدت في فرنسا على الدوام من قبل عقود تفويض مرفق عام، وقد أدى هذا التوسع إلى تطبيق مفاهيم العلانية والمنافسة والمساواة على أحد أنواع عقود تفويض المرافق العامة هو التزام الأشغال العامة في الحالات التي تتوفر فيها شروط تفويض المرفق العام باعتباره عقد امتياز مرفق عام.²

2. سياسة مكافحة الفساد التي نشطت في فرنسا منذ أواخر الثمانينات من القرن الماضي، فدفعت تلك السياسة المشرع إلى التفكير جدياً في وضع إجراءات محدد لإبرام عقود تفويض المرفق العام ضمن إطار الشفافية في الحياة الاقتصادية والإدارية للبلاد التي تشكل عقود التفويض للمرفق العام عنصراً حيوياً فيها، فتوالت المحاولات لإقرار مبادئ الشفافية والعانية والمساواة ليتمخض عنها بالنهاية ولادة قانون (Sapin) سنة 1993 والذي سمي بقانون مكافحة الفساد والشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة فتضمن هذا القانون لأول مرة قواعد إجرائية خاصة تحكم إبرام عقود تفويض المرفق العام. فأصبح تبادل الإيجاب والقبول في عقود التفويض يتم في إطار إجرائي حدده القانون ولا يجوز للإدارة تجاوزه إلا أصبح تصرفها مشوباً بالبطلان، إلا أن هذا الإطار الإجرائي الجديد لم يكن مطابقاً لما هو مقرر بالنسبة لعقود الصفقات العامة، ذلك أن قانون (Sapin) اعتبر أن التقنية الوحيدة لإبرام عقود تفويض المرفق العام هي التقنية التفاوضية التي تتم ضمن علانية كاملة ومنافسة مسبقة. وبذلك حقق القانون الانسجام المطلوب بين مقتضيات الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة من جهة وبين ضرورة تمتع الإدارة بالحرية الكافية في اختيار المتعاقد معها في عقود التفويض نزولاً عند ما تطلبه فكرة الاعتبار الشخصي من جهة أخرى.³

وفي تعليقه على قانون (Sapin) أكد رئيس محكمة باريس الإدارية بأن مفهوم المنافسة الصارم الذي أتى به القانون لا يطابق مفهوم المنافسة الذي يطبق في عقود الصفقات العامة، ويكفي ان تنتج عن المنافسة في عقود التفويض للمرفق العام وجود حالة تنافس بين المرشحين على مستوى جيد لاختيار المتعاقد، ويظل مبدأ عدم جواز تنازل المفوض له عن عقده إلى الغير سارياً نزولاً عند مبدأ الاعتداد بالاعتبار الشخصي في عقد التفويض.⁴

أن الحجر الذي القاه المشرع الفرنسي بموجب قانون (Sapin) حرك المياه الراكدة لدى عديد من المشرعين في دولنا العربية، ففي المغرب نصت المادة الخامسة من القانون رقم (05-54) المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة لسنة 2006 على أنه (لاختيار المفوض اليه يجب على المفوض، ماعدا الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في المادة

¹ بوزيدي نصيرة، النظام القانون لعقد امتياز المرفق العمومي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945-القائمة، 2014، ص 39.

² مهند مختار نوح الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013، ص 321.

³ مهند مختار نوح، مصدر سابق، ص 611.

⁴ إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، مصدر سابق، ص 122.

(6) بعده) القيام بالدعوة إلى المنافسة قصد ضمان المساواة بين المرشحين وموضوعية معايير الاختيار وشفافية العمليات وعد التحيز في اتخاذ القرار ويجب ان تكون مسطرة إبرام عقد التدبير المفوض موضوع إشهار مسبق....).

وفي تونس اوجبت المادة التاسعة من قانون اللزمات العامة رقم (23) لسنة 2008 بأنه (باستثناء الحالات المنصوص عليها بالمادة 10 من هذا القانون يجب لاختيار صاحب اللزمة ان يقوم مانح اللزمة بالدعوة إلى المنافسة ضماناً للمساواة بين المرشحين ولشفافية الإجراءات وتكافؤ الفرص). وتم تأكيد مبدأ المنافسة في الأمر المرقم (1753) لسنة 2010 الخاص بضبط شروط وإجراءات منح اللزمات الذي نص في المادة (4) منه على أن تمنح اللزمات بعد الدعوة إلى المنافسة عن طريق طلب عروض.

وفي لبنان وبالرغم من عدم توافره على قانون ينظم عقود تفويض المرفق العام الا ان المشرع اتجه إلى تقرير بعض الإجراءات التي جيب إتباعها في إبرام العقود التي تتضمن تفويضا للمرفق العام، وذلك اما من خلال نصوص عامة كما فعل في القانون رقم (228) لسنة 2000 المنظم لعمليات الخصخصة وتحديد شروطها ومجالات انطباقها حيث نصت المادة الثامنة منه على ان (تراعى في عمليات الخصخصة الأحكام الآتية: - تأمين المنافسة في الأنشطة التي تكون المنافسة فيها مجدية). أو من خلال القوانين التي صدرت بتنظيم منح الامتيازات في قطاعات معينة مراعاة مبدأ المنافسة في اختيار المتعاقد ومن ذلك القانون رقم (431) لسنة 2002 المنظم لقطاع خدمات الاتصالات على الأراضي اللبنانية.

وفي الكويت فان تقييد سلطة الإدارة في اختيار المتعاقد في عقود امتياز المرفق العام وهو احد اهم تطبيقات تفويض لمرفق العام قد تقرر بموجب نص دستوري، حيث تنص المادة (152) من الدستور الكويتي على ان (كل التزام لاستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة لا يكون الا بقانون ولزمن محدود، وتكفل الإجراءات التمهيديّة تيسير أعمال البحث والكشف وتحقيق العلانية والمنافسة).

وفي الأردن فان قانون التخصّصية رقم (25) لسنة 2000 ينص في المادة الخامسة على انه (يتم في تنفيذ عملية التخصّصية ما يلي:

- الالتزام بقواعد الشفافية والعلنية والمنافسة المشروعة.

- تقييم موجودات....).

المبحث الثالث : المبادئ والقيود التي تحكم إبرام عقود تفويض المرفق العام :

أدت التحولات التي شهدتها التشريعات المنظمة لعقود تفويض المرفق العام بصورها المختلفة سواء في فرنسا أم في تشريعاتنا العربية إلى إخضاع عملية إبرام عقود تفويض المرفق العام لمجموعة من المبادئ التي لم يكن لها مجال للتطبيق في هذا النوع من العقود في السابق. كما أن استعراض التشريعات الخاصة بعقود التفويض تظهر فرضها لمجموعة من القيود التي تتقيد بها الإدارة لدى إبرامها لهذا النوع من العقود. وسنستعرض المبادئ التي تحكم إبرام عقود التفويض في مطلب اول، ثم نعالج في المطلب الثاني قيود إبرامها.

المطلب الأول: المبادئ التي تحكم إبرام عقود تفويض المرفق العام:

كما بينا سابقاً فإن من أهم التعديلات التي جاءت بها التشريعات المنظمة لعقود تفويض المرفق العام ما يتعلق منها بتقييد سلطة الإدارة في الاختيار الحر للمفوض اليه والتي كانت إحدى مقتضيات مبدأ الاعتبار الشخصي لعقود التفويض.

وبناء على ذلك نصت المادة 38 من قانون (Sapin) الفرنسي لسنة 1993 على أن تفويض المرفق العام يتم وفق إجراءات تحترم الشفافية والإشهار وتتم بناء على طلب العروض وفي إطار منافسة محدودة.

وفي المغرب نصت المادة نصت المادة 5 من قانون التدبير المفوض للمرفق العام رقم (54.5) لسنة 2006 أنه يجب لاختيار المفوض اليه يجب على المفوض القيام بدعوة إلى المنافسة قصد ضمان المساواة بين المرشحين وموضوعية معايير الاختيار وشفافية العمليات وعدم التحيز في اتخاذ القرارات، ويجب ان تكون مسطرة إبرام عقد التدبير المفوض موضوع إشهار مسبق.

وهذا الموقف تبناه المشرع التونسي أيضاً بموجب المادة (10) من قانون اللزمات رقم (23) لسنة 2008، وأيضاً بموجب الأمر رقم (1753) لسنة 2010 المتعلق بشروط إجراءات منح اللزمات إذ نصت المادة (2) منه على أن يخضع منح اللزمات إلى مبادئ أساسية وهي المساواة بين المرشحين وتكافؤ الفرص، مبدأ شفافية الإجراءات واللجوء إلى المنافسة.

وفي الجزائر نصت المادة (5) من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية لسنة 2015 والتي تحكم إبرام عقود التفويض على أنه يجب ان يراعى في إبرام عقود التفويض مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات.

مما تقدم يتضح أن إبرام عقد التفويض أصبح في الوقت الحاضر يخضع لمجموعة من المبادئ وهي مبدأ المنافسة ومبدأ المساواة وأخيراً مبدأ العلانية، ومبدأ الشفافية. وسنستعرض هذه المبادئ في ثلاثة فقرات مستقلة.

الفرع الأول: مبدأ المنافسة الحرة:

سنبحث في هذا الفرع مبدأ في غاية الأهمية وهو مبدأ المنافسة الحرة، الذي يستند على جملة من الأفكار القانونية الجوهرية، ولكن المنافسة لا تكون مفتوحة بشكل مطلق بل مقيدة بقيود ذات طبيعة مختلفة تؤدي إلى حرمان بعض الأفراد أو المشروعات من الدخول في العطاءات، كما تتمتع الإدارة بسلطة استبعاد بعض العطاءات. ولغرض الإحاطة بمبدأ المنافسة الحرة سنبحث أولاً في مفهوم هذا المبدأ، ثم نناقش الاستثناءات التي ترد عليه. أولاً- مفهوم مبدأ المنافسة الحرة:

يقصد بمبدأ المنافسة الحرة حرية دخول المناقصة التي تعلن عنها الإدارة وفي الحدود التي حددها القانون.⁽¹⁾ وعرف آخرون مبدأ المنافسة الحرة بكونه من المبادئ الأساسية والتقليدية التي تحكم إبرام العقود الإدارية سواء بالنسبة للقواعد والإجراءات المنظمة لعملية التعاقد أو بالنسبة للتطبيق العملي⁽²⁾. والمنافسة الحرة بهذا المعنى تقتضي أن

¹ هاني عبد الرحمن غانم، أساليب التعاقد الإداري (دراسة مقارنة)، معهد البحوث والدراسات العربية جامعة الدول العربية، 2007، ص 88.

² نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة وتطبيقية في الأردن، مجلة دراسات، تصدره عمادة البحث العلمي الجامعة الأردنية، المجلد 25، علم الشريعة والقانون، العدد 2، كانون الأول، 1998، ص 453.

يعامل كل المتنافسين على قدم المساواة فلا يجوز اعطاء ميزة لأحدهم لم تعطى لإقرانه أو على حسابهم، ويجب أن تكون الشروط في الاشتراك واحدة للجميع⁽¹⁾.

ويستند فرض مبدأ المنافسة بوصفه أحد المبادئ الأساسية التي تحكم إبرام العقود الإدارية على مجموعة من الأسباب النظرية والعملية التي كانت سبباً في ظهور وتكريس هذا المبدأ.

- الأسباب النظرية وتشمل :

1. الحرية الاقتصادية: مبدأ التنافس الحر الذي هو دعامة الاقتصاد الحر والتي ينبغي أن تحرص الدولة عليه، وعليها عدم تقييد تطبيقه كلما أمكن ذلك.

2. المساواة أمام القانون: هذا المبدأ استقر تماماً في الضمير الحقوقي الفرنسي بوصفه أحد الأفكار التي كرسها مبادئ الثورة الفرنسية⁽¹⁾.

- الأسباب العملية وتشمل⁽²⁾ :

1. المصلحة المالية للإدارة التي تستلزم توسيع قاعدة التنافس بالسماح لكل الراغبين في التقدم لغرض التعاقد مع الإدارة. وقد أثبتت التجربة دائماً أن استقطاب أكبر عدد ممكن من المتنافسين على الراغبين بالتعاقد مع الإدارة، يؤدي إلى الحصول على أقل سعر ممكن مما يفضي إلى تحقيق المصلحة المالية للإدارة.

2. احتمال عدم الثقة بين الإدارة وبين موظفيها: فإن المنافسة من شأنها أن تحافظ على النزاهة في عملية إبرام العقد، وتمنع شبهة المحاباة عن الإدارة وموظفيها الذي يتولون عملية إبرام العقد، فقد أثبتت التجارب والخبرات التاريخية أن فتح باب السلطة التقديرية أمام الإدارة لأجل اختيار متعاقدتها قد أدى إلى الكثير من الفساد.

3. مصلحة المتنافسين ذاتهم التي تستلزم اعطائهم الضمانات جميعها التي تتمثل في حرية دخولهم إلى وتقديم عروضهم، إذ أن المنافسة تحرك كل القوى الاقتصادية الموجودة، فهي تجيز الدخول إلى الطلب العام للكافة ولاسيما المشاريع المتوسطة والصغيرة بحسب شروط العطاء.

4. إن المنافسة تجعل الإدارة ملمة بكل معطيات السوق، مما يفسح المجال لها للاختبار الدقيق والمتنور.

ونظراً لأهمية مبدأ المنافسة فقد دأبت التشريعات على التأكيد عليه. فقد تبناه المشرع الفرنسي بموجب المرسوم رقم (229-64) الصادر في 1964/7/17 والخاص بالعقود العامة، كما نصت عليه المادة (281) من المرسوم الخاص بالعقود العامة للوحدات المحلية. وعندما صدر قانون سابان نص على مبدأ المنافسة بوصفه أهم المبادئ الحاكمة لعملية اختيار المفوض اليه.

كما ان مبدأ المنافسة أصبح من المبادئ الأساسية التي تحكم إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريعات التي صدرت بهذا الصدد في الدول العربية التي تبنت فكرة تفويض المرفق العام وكما بينا سابقاً.

وتجدر³ الإشارة هنا أنه لا تتطلب المنافسة في نطاق عقود تفويض المرفق بالضرورة مشاركة عدد كبير من مقدمي العروض في عملية اختيار المفوض اليه، إذ ان الطبيعة الضخمة والمعقدة لهذا النوع من العقود قد يدفع الجهات الإدارية إلى جعل مقدمي العروض مقتصرين على عدد من الأشخاص أو الشركات التي تملك من المؤهلات الفنية المالية التي يحتاجها تنفيذ هذا النوع من العقود، على أن تراعي تلك الجهات الإدارية تحقيق مبدأ التنافس بالنسبة لهؤلاء المتنافسين المؤهلين.

¹ هاني عبد الرحمن غانم، مصدر سابق، ص 89.

² د. عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقايق، 1994، ص 182.

³ دليل الأونسترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نيويورك، 2010، ص 75

ثانياً- الاستثناءات التي ترد على حرية المنافسة :

على الرغم من أهمية مبدأ المنافسة، إلا أن هذا المبدأ لا يمكن أن يكون مطلقاً وإنما ترد عليه قيود عديدة، ففضلاً عن القيود التي تتعلق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توفرها فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة، فإنه يمكن تحديد القيود التي ترد على حرية المنافسة بنوعين من القيود وهما الحرمان والاستبعاد من وسنوجز بيان هذين القيدين:

1. قرارات الحرمان التي تتخذها الإدارة باستبعاد بعض الأشخاص والشركات من تقديم عروضهم : يقصد بالحرمان بأنه القرار الذي تصدرها الإدارة بمنع شخص أو شركة من الدخول أو الاشتراك في تعاقداتها⁽¹⁾.

والحرمان ينقسم إلى نوعين هما، الحرمان الجزائي والحرمان الوقائي.

أ. الحرمان الجزائي: وهذا الحرمان يتخذ نتيجة لفعل معين صدر عن الشخص أو الشركة وهو إما أن يقع بنص القانون أو تقرره الإدارة استناداً لسلطتها التقديرية⁽²⁾.

- الحرمان الجزائي بنص القانون : وهذا الحرمان يقع بحكم القانون وقد يكون في صورة عقوبة أصلية أو تبعية عن أفعال ارتكبها الشخص المحروم، وسلطة الإدارة هنا لا تعدو أن تكون تطبيقاً للنصوص القانونية. والحرمان قد يكون في صورة عقوبة أصلية مثل الحظر الذي قرره المادة (129) من قانون الضرائب على الدخل المصري رقم 157 لسنة 1981 على "المختصين في الحكومة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة وشركات ووحدات القطاع العام.... التعامل مع الذين يزاولون نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو الذين يزاولون مهنة حرة وغيرها من المهن الغير تجارية إلا إذا كان لدى الممول أو الجهة بطاقة ضريبية مثبت بها تاريخ تقديم الإقرار عن آخر سنة ضريبية". واشترط المشرع المغربي بموجب المرسوم رقم (2.12.349) لسنة 2013 للاشتراك في الصفقات العمومية أن يكونوا في وضعية جبائية قانونية، كما منعت المادة ذاتها في طلبات العروض الأشخاص الموجودين في حالة تصفية قضائية أو في حالة تسوية قضائية.

والزم المشرع التونسي بموجب الأمر رقم 1753 لسنة 2010 الخاص بشروط وإجراءات منح اللزمات بأن يقدم مقدم العطاء شهادة بعدم الإفلاس أو التسوية القضائية وشهادة بالوضعية الجبائية. وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا النوع من الحرمان فقضى في المادة (75) من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة لسنة 2015 بحرمان الأشخاص الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية والأشخاص الذين هم محل حكم قضائي بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية أو الأشخاص الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية والأشخاص الذين قاموا بتصريح كاذب.

وقد يكون الحرمان في صورة عقوبة تبعية مثل حالة الحكم بجرime معينة أو بسبب المديونية للضرائب. ومن تطبيقات الحرمان الجزائي ما نص عليه قانون العقوبات المصري في المادة (4/25) بضرورة/عدم دخول المحكوم عليه بعقوبة جنائية في المناقصات أو المزايدات بوصفها عقوبة تبعية.

- الحرمان الجزائي الواقع بقرار من جهة الإدارة : وهذا الحرمان يتحقق نتيجة لإخلال الشخص أو الشركة بالتزامات تعاقدية سابقة مع الإدارة. وهذا النوع من الحرمان الجزائي لا يتحقق إلا إذا تحققت أسبابه وذلك بأن يكون منطوياً على الغش من جانب المتعاقد⁽³⁾. وبحسب محكمة القضاء الإداري في مصر لا يعد أي إخلال من

¹ د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 266.

² د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، مكتبة الفلاح، 1981، ص 102.

³ د. مطيع علي حمود جبير، مصدر سابق، ص 266.

جانب التعاقد بمثابة غش يوجب الحرمان وإنما يجب لكي يتوفر الغش المحقق للحرمان ثبوت علم التعاقد بمخالفة الشيء المسلم منه من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها فيتعين لوصم التعاقد بالغش في تنفيذ التزاماته أن يثبت سوء نيته أي علمه بما يشوب الأصناف التي يوردها من غش أو تلاعب، وأنه وإن كان هذا العلم مفترضاً في التعاقد مع الإدارة ألا أنه متى كانت ظروف الحال تنفي هذا العلم عن التعاقد فإنه لا يسوغ وصمه بالغش⁽¹⁾.

والحرمان الجزائي الواقع من جانب الإدارة اخذ به القانون الفرنسي لسنة 1905 بشأن التندليس في المنتجات، إذ أشار إلى العديد من الأفعال التي تعد من قبيل الغش. كما اخذ قانون المناقصات المصري رقم 89 لسنة 1998 بهذا النوع من الحرمان.

- الحرمان الوقائي : وهذا النوع من الحرمان لا يصدر بسبب صدور فعل معين من التعاقد، وإنما تصدره الإدارة بوصفه إجراء احترازي⁽²⁾.

والحرمان الوقائي يمكن أن يقع أيضاً أما بحكم القانون أو بمقتضى سلطة الإدارة التقديرية :

- الحرمان الوقائي بنص القانون : وتحقق هذه الحالة عندما يقدر المشرع ضرورة منع أشخاص محددين بصفاتهم من دخول التعاقدات التي تجريها الإدارة لحماية للمصلحة العامة، ويشمل هذا الحكم حالة الموظف العام، إذ تحظر قوانين المناقصات والمزايدات في الدول معظمها اشتراك الموظفين في المناقصات والمزايدات العامة وذلك لتلافي استخدام نفوذهم وتأثيرهم على عملية إبرام العقود، وهذا الحظر يزول بزوال سببه وهو انتهاء الرابطة الوظيفية⁽³⁾.

وقد اخذ القانون الفرنسي بهذا النوع من الحظر بموجب المادة (8) من المرسوم رقم (244) الصادر في 1995/2/4 عندما حظر على الموظف بالذات أو الواسطة الدخول في مناقصات أو مزايدات في دائرة اختصاصهم. وفي مصر حظرت المادة (29) من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 على العاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون التقدم بالذات أو بالواسطة بعهادات أو عروض لتلك الجهات.

- الحرمان الوقائي بمقتضى سلطة الإدارة التقديرية : وفي هذه الحالة يصدر قرار الحرمان من جانب الإدارة بموجب سلطتها التقديرية في حالة إذا ما ثبت لها عدم كفاية بعض الأشخاص أو ضعف مقدرتهم الفنية والمالية، من دون أن يسبق لهم التعامل مع الجهات الإدارية وذلك بوصفه إجراء وقائي تمليه دوافع المصلحة العامة. وفي هذا الصدد فقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن الإدارة لديها السلطة التقديرية كاملة في تقدير حرمان شخص من الاشتراك في التعاقدات التي تجريها، ولا يجوز للقاضي التعقيب على هذا القرار إلا في حالة الانحراف باستعمال السلطة أو انتفاء الأسباب⁽⁴⁾. كما اقر القضاء المصري هذا النوع من الحرمان فقررت المحكمة الإدارية العليا بحق الإدارة في استبعاد بعض الأشخاص غير المرغوب بما يتجمع لدى الإدارة من تقدير عام عن عدم كفاية هؤلاء وقدرتهم من دون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الإدارة في بعمل سابق، وذلك بوصفه إجراء وقائي توكيلاً للمصلحة العامة. وسلطة الإدارة في الحرمان ليست مطلقة وإنما تمارسها تحت رقابة القضاء.

¹ نواف كنعان، مصدر سابق، ص 456.

² د. إبراهيم طه الفياض، مصدر سابق، ص 105.

³ د. جابر جاد نصار، في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 144.

⁴ د. مطيع علي حمود جبير، مصدر سابق، ص ص 270-271.

2. قرارات استبعاد العروض : يعرف الاستبعاد بأنه قرار تصدره الإدارة ويتضمن استبعاد أحد العروض أو العطاءات التي لم تستوفي الشروط المقررة.

ويختلف الاستبعاد عن الحرمان بأن قرار الحرمان ينصب على شخص معين بالذات طبيعياً كان أم معنوياً، من التقدم إلى للاشتراك في التعاقدات التي تجريها الإدارة، أما الاستبعاد فهو إجراء موضوعي يلحق عطاءً وليس شخص من الأشخاص، ويهدف إلى استبعاد هذا العطاء وحرمانه من السير في إجراءات التعاقد والاستبعاد يمكن أن يتحقق بصور عديدة يمكن تحديدها بما يأتي :

أ. الاستبعاد نتيجة لتطبيق قرار الحرمان : وتتحقق هذه الحالة إذا كان الشخص قد صدر قرار بحرمانه من التقدم للاشتراك بالتعاقدات التي تجريها الجهة الإدارية، ورغم ذلك تقدم للاشتراك.

ب. الاستبعاد بسبب ضعف الإمكانيات الفنية أو المالية: ذلك أن مقدم العطاء يجب أن يتمتع بالمقدرة المالية والكفاءة الفنية التي تمكنه من إنجاز موضوع العقد، ولذلك فللجهة الإدارية سلطة تقديرية في تحديد مدى توفر الإمكانيات الفنية والمالية بالنظر لعدة اعتبارات مثل ملاءمته المالية وقدرته الفنية على وفق طبيعة موضوع العقد وحجم الالتزامات.

ج. الاستبعاد لعدم توفر شرط حسن السمعة : وبموجب هذا القيد يحق للإدارة استبعاد أي مقدم عطاء إذا كان لا يتمتع بسمعة طيبة⁽¹⁾. وقد اخذ بهذا النوع من القيود القانون الفرنسي في المادتين (48) و(258) من قانون العقود العامة. كما أكد عليه القضاء المصري الذي استلزم أن يكون من يتولى هذه الأعمال محمود السيرة لم يسمع عنه ما يشنه أو يحط من قدرته بين الناس.

ويمكن للإدارة الوقوف على شرط حسن السمعة من خلال عدد من الاعتبارات منها كون مقدم العطاء قد أهمل في تعاقداته السابقة.

د. الاستبعاد لعدم استيفاء العطاء للشروط العامة بدفاتر الشروط : فللإدارة استبعاد أي عطاء لم يستوفي الشروط اللازمة للتعاقد، ولكن مجلس الدولة الفرنسي يفرق بين المخالفات الجوهرية والمخالفات غير الجوهرية، إذ لا تنهض هذه الأخيرة أن تكون سبباً للاستبعاد. أما في مصر فإن المشرع اعتبر أية مخالفة لشروط المناقصة يوجب الإبعاد.

الفرع الثاني : مبدأ المساواة :

ومفاد هذا الشرط أن تساوى الإدارة بين المتقدمين للتعاقد ومن ثم لا يجوز لها أن تخلق نوعاً من التمييز بينهم أو تمنح بعض المتقدمين امتيازات معينة من دون البعض الآخر أو أن تضع عقبات أمام بعض المتنافسين سواء أكانت عقبات قانونية أو مادية كإعفاء أحد المتقدمين للتعاقد من دفع التأمين. وللإحاطة بمبدأ المساواة نستعرض أولاً مفهوم مبدأ المساواة، ثم نناقش الاستثناءات التي ترد مبدأ المنافسة.

أولاً- مفهوم مبدأ المساواة :

ويقصد به إيجاد الفرصة نفسها لكل من يتقدم إلى للتعاقد من دون تمييز بين شخص وآخر. وذلك بان لا تتم إعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون البعض الآخر أو إضافة شروط أو حذفها أو تعديلها بالنسبة للبعض دون الآخرين².

ويعد مبدأ المساواة بين المواطنين بشكل عام من المبادئ الدستورية التي أكدتها معظم الدساتير. وقد أوجبت التشريعات الإدارية معظمها على احترام هذا المبدأ في علاقتها مع الأفراد. كالمساواة بين الأفراد أمام الوظيفة العامة،

¹. نواف كنعان، مصدر سابق، ص456.

² محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1989، ص52.

والمساواة أما المرفق العام⁽¹⁾. ويقتضي تطبيق هذا المبدأ أن تكون الفرصة متاحة وبصورة متساوية لكل الراغبين في التقدم بعروضهم ممن تتشابه مراكزهم القانونية. والمساواة بين هؤلاء المتنافسين بالمعاملة سواء من الوجه الفعلية أو القانونية، ويتفرع عن هذا الأصل انه لا يجوز للإدارة أن تعفي البعض من الشروط المطلوبة من دون البعض الآخر. كما انه لا يجوز لها أن تضيف شروط أو تحذفها أو تعديلها بالنسبة لبعض المتنافسين.

ولأهمية مبدأ المساواة فقد جرم قانون العقوبات الفرنسي أي أسلوب من جانب الإدارة منح أفضلية غير مبررة قانوناً لأحد المتنافسين من دون غيره في معرض إبرام عقد التوريد، وذلك مخالفة للقوانين والأنظمة المنظمة لمبدأ المساواة وهو ما يعرف اصطلاحاً بمجنحة المحاباة⁽²⁾.

أما على المستوى القضائي فقد اقر مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في عديد من اجتهاداته وذلك بتأكيد مبدأ المساواة الذي قامت عليه الدولة الفرنسية وتحقيقها للمصلحة المالية للإدارة التي تستلزم توسيع قاعدة التنافس كلما أمكن ذلك لضمان وجود منافسة حقيقية أو انعكاس ذلك على المصلحة المالية والإدارية⁽³⁾.

وعلى الرغم من أهمية مبدأ المساواة إلا أنه ليس بالمبدأ المطلق وإنما ترد عليه بعض الاستثناءات من ذلك طبيعة المناقصة فالمرجع قد يعطى أولوية للشركات القطاع العام والمختلط عند التقديم بالعطاءات، وسلطة الإدارة بهذا الخصوص هي سلطة تقديرية لا رقابة القضاء عليها فيما عدا رقابة على انحراف السلطة⁽⁴⁾. كما انه لما كانت العقود الإدارية ترتبط بالمصلحة العامة فمن حق الإدارة أن تتأكد من توفر بعض الصفات المالية والفنية لدى من سوف تتعاقد معهم فتشترط بعض الشروط التي تستبعد بواسطتها بعضاً من المتقدمين وسلطتها هنا أيضاً سلطة تقديرية، وهي سلطة مشروعة طالما لا يترتب عليها استبعاد طوائف كبيرة من المتقدمين وإنما بمجرد إخضاعهم لبعض الشروط التي تستهدف حسن تنفيذ المرفق وموضوع العقد وإلا تكون مشوبة بعيب الانحراف في استعمال السلطة. وبمقتضى مبدأ المساواة يتعين على الإدارة كقاعدة عامة أن تقبل جميع الطلبات التي تقدم إليها. فليس لها أن تستبعد بعض الطلبات بقرارات عامة أو فردية. فحق التقدم للاشتراك في التعاقدات التي تجريها الإدارة يجب أن يكون مكفولاً للجميع بوصفه مبدأً عام، إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً وإنما يخضع لقيود عديدة: منها ما أوجبه المحافظة على مصلحة المرفق الفنية. كذلك الاعتبارات التي تتعلق بأهلية ممثل العطاء القانونية وكفاءته الفنية والمالية وحسن السمعة. ومنها ما أوجبه ظروف سياسية لحماية الدولة من تهيئة الفرص لدولة أجنبية قدمت عطاء من أن تبسط نفوذها. أو ظروف اقتصادية كحماية مقدمي العروض من المواطنين من دون الأجانب، أو ظروف اجتماعية كالرغبة في حماية المؤسسات والجمعيات التي تقوم بنشاط عام⁽⁵⁾.

ويقوم مبدأ المساواة بين المتنافسين على أساس أن جميع المتقدمين بعطاءاتهم يكونوا على قدم المساواة مع بقية المتنافسين وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم فلا تطلب من أحد ما لا تطلبه من غيره. وإذا قامت الإدارة باستبعاد عطاءات بعض المتنافسين بقرارات فردية أو عامة فإن ذلك يؤدي إلى الإخلال بهذا المبدأ. ويقتضي تطبيق هذا المبدأ وضع شروط للتثيت من صلاحية المتنافس للتقدم بعطاءه⁽⁶⁾.

1. د. نواف كنعان، مصدر سابق، ص 453.

2. د. مطيع علي حمود جبير، مصدر سابق، ص 263.

3. د. نواف كنعان، مصدر سابق، ص 453.

4. د. محمد خلف الجبوري، مصدر سابق، ص 52.

5. د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية القاهرة، 1984، ص 592.

6. د. مازن ليلوراضي، الوجيز في القانون الإداري، المكتبة القانونية، بغداد، 2009، ص 284.

ثانياً- الاستثناءات التي ترد مبدأ المساواة :

إن مبدأ المساواة ليس بالمبدأ المطلق وإنما ترد عليه بعض الاستثناءات ومنها:

أولاً- المناقصة المحدودة : ففي هذا النوع من المناقصات يقتصر الاشتراك فيها على شركات أو أشخاص محددين بالنظر للإمكانات الفنية والمالية التي تتوفر لديهم.

ثانياً- المناقصات المحلية : وهي التي يقتصر الاشتراك فيها على الأشخاص والهيئات من داخل الوحدات المحلية.

ثالثاً- قد ينص القانون على بعض الاستثناءات لأسباب اقتصادية او اجتماعية: مثل أن ينص على تفضيل المنتجات المحلية.

الفرع الثالث : مبدأ العلانية :

يعد مبدأ العلانية باعتباره أحد المبادئ المهمة التي تحكم إجراءات إبرام العقود الإدارية، فمن دون الإعلان لا يوجد مجال حقيقي للتنافس بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، ويشير البعض لهذا المبدأ تحت تسمية الشفافية.

والعلانية وهي أحد المبادئ التي تحكم إجراءات إبرام العقود الإدارية، وهي تضع المنافسة موضع التطبيق الفعلي لأنها هي التي تؤدي إلى إثارة المنافسة ضمن مناخ المساواة والشفافية فمن دون إعلان لا يوجد مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة. والعلانية هي أن تتم جميع الإجراءات التي تمر بها إجراءات التعاقد في نطاق علني، وهذا الأمر قرره قانون (Sapin) الفرنسي لسنة 1993 إذ أوجب بأن تفويض المرفق العام سيكون خاضعاً لإجراءات العلانية التي تتيح التقدم بأكثر من عرض. وهذا يعني ان الهدف من الإعلان المسبق هو دعوة الشركات أو الأشخاص المؤهلين بما يؤدي إلى تحقيق المنافسة بين أكثر من متنافس.

وقد حدد مرسوم 1993/3/29 في فرنسا القواعد الخاصة بالعلانية السابقة، ففرض النشر في مرتين، مرة في دورية لها نشر الإعلانات القانونية ومرة في دورية متخصصة في القطاع الاقتصادي ذات الصلة بعقد التفويض، من دون وجود أي التزام بالنشر في الجريدة الرسمية للجماعات الأوربية لعدم وجود نص في القانون الأوربي¹.

ويجب على إدارة ان تحدد في الإعلان المدة المحددة لتقديم عروض الترشيح، وهذه المدة يجب ألا تقل عن شهر بدءاً من تاريخ الإعلان الأخير. أما بالنسبة لمحتوى الإعلان فإنه يجب ان يضمن كيفية تقديم العروض وتحديد الخصائص الأساسية للعقد المراد إبرامه لاسيما موضوعه وطبيعته.

ومعنى ذلك يجب ألا يكون إبرام العقد الإداري سرياً بل يجب أن يكون بشكل علني حتى يتيح الفرصة لمن يرغب في التعاقد والتنافس مع غيره. ويقصد بالعلانية هي معرفة الكافة بأن الدولة سوف تبيع أو تشتري أو تؤجر أو سوف تقوم بشغل عام او تقوم بتفويض مرفق عام. والغاية من ذلك لكيلا تبرم العقود الإدارية في أجواء يشوبها الريبة ويحوم حولها الشك⁽²⁾. ويجب على الإدارة أن تتبعد عن السرية في التعاقد لأنها لا تتيح الفرصة لمن يرغب في التعاقد، والسرية تعني عدم علم الناس في العقود التي تبرم مع الإدارة.

وعلى الرغم من اتجاه اغلب التشريعات إلى تقرير إجراءات العلانية والمنافسة السابقة في اختيار المتعاقد في عقود تفويض المرفق العام، إلا أنها قد أوردت بعض الاستثناءات التي تتحلل الإدارة فيها من الالتزام الذي ألزمها به القانون والمتعلق بتطبيق إجراءات العلانية والمنافسة، وهذا يعني انه في هذه الحالات فإن القانون قد أباح للإدارة ان تلجأ إلى التفاوض المباشر مع الشخص الذي ترى توافر عناصر الاعتبار الشخصي فيه دون ان تلتزم بمراعاة واجب المنافسة والعلانية.

¹ د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، 2000، ص

² د. محمود خلف الجبوري، مصدر سابق، ص 52.

ففي فرنسا حددت المادة (41) من قانون (Sapin) لسنة 1993 هذه الحالات بما يأتي :

- 1- عندما يقرر القانون احتكار بشأن خدمة أو نشاط معين لمصلحة مشروع معين بعينه.
- 2- عندما تفوض إدارة المرفق إلى مؤسسة عامة بشرط ان يكون المرفق محل التفويض مما يقع بشكل واضح ضمن نشاط هذه المؤسسة وفقا للقواعد القانونية التي تحكمها. وقد تم الطعن، اما المجلس الدستوري الفرنسي في الاستثناءات المقررة في حالات الاحتكار وبالنسبة للمؤسسات العامة من جانب عدد من أعضاء البرلمان، لانه يتضمن من وجهة نظرهم إخلالاً بمبدأ المساواة، غير ان المجلس لم يشاطرهم وجهة نظرهم بالنسبة للنقد الموجه إلى هذا النص فيما يتعلق بإعفاء المشروعات التي تمارس احتكاراً قانونياً مثل مشروعات الكهرباء والغاز، فهذه المشروعات بحسب طبيعتها تختلف عن المشروعات القابلة للمنافسة، لان تفويض المشروعات الأولى مفروض على الشخص العام، وبالتالي فان العلانية تسمح بتقديم عروض منافسة ليس لها سبب للوجود تجاه هذه المشروعات⁽¹⁾.
- ويرفض المجلس أيضاً النقد الموجه إلى هذا النص فيما يتعلق بالمؤسسات العامة لانها تابعة مباشرة للدولة أو هذه الوحدات وبالتالي فان مركزها يختلف جوهرياً عن المشروعات الخاصة، ويهدف التفويض إلى توفير شكل مرّن للإدارة المباشرة⁽²⁾.
- 3- وتعفى أيضاً من التزامات العلانية والمنافسة كل عقود التفويض التي لا تتجاوز فيها قيمة المبالغ التي تقع على عاتق المفوض مبلغ (700000) فرنك خلال كل مدة العقد.
- 4- اذا كان مشروع عقد التفويض قد طرح في منافسة سابقة، ولم يقدم اي عرض أو قدمت عروض، لكن رأيت الإدارة انها غير مناسبة.

وفي المغرب أجاز قانون التدبير المفوض للمرفق العام لسنة 2006 للإدارة استثناء اختيار المفوض إليه عن طريق التفاوض المباشر دون إجراء منافسة، حيث حددت المادة السادسة منه هذه الحالات بما يأتي :

- 1- في حالة الاستعجال قصد ضمان استمرارية المرفق العام.
- 2- لأسباب يقتضيها الدفاع الوطني أو الأمن العام.
- 3- بالنسبة للأنشطة التي يختص باستغلالها حاملوا براءات الاختراع أو بالنسبة للأعمال التي لا يمكن ان يعهد بانجازها الا إلى مفوض معين.
- 4- اذا كان المفوض جماعة محلية واذا لم يتم تقديم اي عرض أو اذا تم الإعلان عن عدم جدوى الدعوة للمنافسة يمكن للمفوض المذكور ان يلجأ إلى التفاوض المباشر.

وفي تونس أجازت المادة العاشرة من قانون اللزمات رقم (123) لسنة 2008 اختيار المفوض له (صاحب اللزمة) عن طريق التفاوض المباشر من دون إجراء الدعوة إلى منافسة في الحالات الآتية :

- 1- اذا تم الإعلان على ان الدعوة إلى المنافسة غير مثمرة.
- 2- لأسباب يقتضيها الدفاع الوطني أو الأمن العام.

(¹) د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مصدر سابق، ص123.

(²) د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مصدر سابق، ص122.

3- في حالة التأكد لضمان استمرارية المرفق العمومي.

4- اذ تعلق أجاز موضوع العقد بأعمال لا يمكن إنجازها الا لشخص معين أو بنشاط يختص باستغلاله حامل براءة اختراع.

وفي العراق فإن المادة الأولى من القسم الرابع من قانون العقود العامة رقم (87) لسنة 2004 قد أجازت للحكومة إحالة العقود العامة من دون التقييد بإجراء المنافسة الكاملة والعلنية في احد الحالات الآتية :

1- لأسباب تقنية أو فنية أو لأسباب تتعلق بحماية الحقوق الحصرية أو عندما تكون السلع أو الخدمات المراد شراءها بموجب العقد تصنع أو تجهز من قبل كيان واحد أو متوفرة من كيانات محدودة العدد.

2- لوجود أسباب ملحة جدا بسبب أحداث لا تعزى إلى سلطة التعاقد، وان المصلحة العامة لا تسمح بإحالة العقد على أسس تنافسية كاملة.

3- حينما تكون السلعة المراد شراءها :

اولا- طلب تبديلها جزئيا أو إضافتها للسلع المشتراة من المصدر الأصلي الذي جهز السلع الموجودة.

ثانيا- تطلب انسجامها أو قابليتها للاستبدال مع السلع المشتراة من المصدر الأصلي الذي جهز السلع الموجودة.

4- عندما تكون الإجراءات الأخرى غير إجراءات المنافسة الكاملة والعلنية للعقود العامة الحكومية ضرورية لتعزيز الاقتصاد أو التطوير المؤسساتي في قطاع سكاني مهم أو في منطقة جغرافية في دولة العراق أو المؤسسات المملوكة للدولة.

5- عندما يكون العراق طرفا في اتفاقيات (ثنائية أو متعددة الاطراف) أو معاهدات تتطلب استخدام إجراءات غير إجراءات المنافسة الكاملة والعلنية للعقود الحكومية سواء أكانت بموجب شروط صريحة أو ضمنية.

6- إذا كانت القيمة المتوقعة للعقد تقل على الحد النقدي المحدد، في هذه الحالة تستخدم الإجراءات الأصولية المتعلقة بتوريد السلع والخدمات ذات الأقل سعرا.

المطلب الثاني : القيود التي ترد على سلطة الإدارة في إبرام عقود تفويض المرفق العام :

تتميز عملية إبرام عقود تفويض المرفق العام بموضوعها لمجموعة من القيود وهي القيد المتعلق بحق الدخول (مقابل التعاقد)، والقيد المتعلق بالتثبيت من جدوى تفويض المرفق العام، تحديد الطريقة المناسبة لتفويض المرفق العام، وأخيراً القيد الخاص بمدة العقد.

الفرع الأول : القيد الخاص بحق الدخول (مقابل التعاقد) :

وهذا القيد خاص بعقود التفويض في القانون الفرنسي، ويراد بحق الدخول أو المقابل المالي بأنه عبارة عن مبالغ يقوم مشروع خاص بدفعها أو أشغال يقوم بتنفيذها، أو خدمات يقوم بأدائها من أجل اقناع الوحدات المحلية أن تبرم عقد تفويض المرفق العام، ثم يقوم التعاقد بعكس قيمة هذه المبالغ أو الاشغال أو الخدمات على السعر الذي يدفعه المنتفعون من المرفق¹.

¹ د. محمد محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص 145.

ونظراً للإشكالات التي رافقت تطبيق حق الدخول في عقود التفويض والمتمثلة بالتعسف وسوء التطبيق فضلاً عن اختلاطه بالعمولات أو المبالغ التي كان يدفعها المفوض اليه، إذ ظهر أن هذا التفضيلات التي كانت الإدارة الوحدات المحلية على وجه الخصوص على أساس أنها تسهم في إنعاش الاقتصاد المحلي أصبحت تترد سلباً على المنتفعين من خدمات المرفق العام محل التفويض، لأن ما يقدمه المفوض اليه للإدارة يقوم باسترداده م المنتفعين عن طريق عكسه على قيمة الانتفاع من المرفق. ولذلك فقد تدخل المشرع بموجب المادة (40) من قانون (Sapin) فنص على أنه (لا يجوز أن تتضمن عقود تفويض المرفق العام شروطاً يتحمل بمقتضاها المفوض اليه تنفيذ خدمات أو دفع مبالغ لا تتعلق بموضوع التفويض). وقد استنتج من هذا النص أن المشرع قد حصر الأخذ بفكرة بحق الدخول (مقابل التعاقد) فيما يتعلق بما يقدمه المتعاقد من مبالغ أو أشغال أو خدمات يوكون مرتبطاً بالمرفق محل التفويض فقط، باعتبار أن ما يقدمه المتعاقد في هذه الحالة سوف ينعكس على جودة الخدمة التي يقدمها المرفق العام محل التفويض، ولضمان الشفافية فإن المادة (40) أوجبت على المتعاقدين في حالة وجود حقوق دخول ترتبط بالمرفق محل التفويض أن يبنوا حقوق الدخول في العقد مع بيان قيمتها وطرق حسابها.

الفرع الثاني : القيد الخاص بالثبوت من جدوى تفويض المرفق العام :

إن المبدأ المستقر أن الدولة هي المسؤولة عن توفير الخدمات العامة التي يحتاجها الافراد وذلك من خلال إنشاء المرافق العامة التي تقوم بأنشائها لهذا الغرض، لذلك فإنها إذا ما قررت جهة إدارية عامة تفويض جهة أخرى غيرها عامة أو خاصة لتنفيذ هذه المهمة التي تقع على عاتقها بالأساس فإن الأمر يقتضي إثبات جدوى هذا التفويض من خلال القيام بالدراسات التي تتناول مجموعة من العناصر يمكن تحديده بالاتي :

1. الجدوى المالية : وذلك بدراسة التكاليف المبدئية التي يتطلبها المرفق المنوي تفويضه مثل الأرض والمعدات والآلات فضلاً عن تكاليف الإدارة الخاصة ومقارنة هذه التكاليف بين الشخص العام المسؤول عن المرفق وبين الشخص المفوض اليه والوصول إلى مدى تحقيق أسلوب التفويض وفرأ للشخص العام او تجنبه العجز.¹

كما يستهدف من القيام بالجدوى المالية التحقق من حجم الإيرادات التي يفترض أن يدرها المرفق للمفوض اليه ومن ثم تغطيتها للتكاليف التي تتطلبها المرفق موضوع محل التفويض.

2. الجدوى الاجتماعية : وينصرف هذا النوع من الدراسات إلى التحقق من ناحيتين، الأولى هي ثمن الخدمة التي سوف يدفعها المنتفعين من المرفق المفوض ومدى قدرتهم على تحملها، والناحية الثانية دراسة جودة الخدمة التي سوف يقدمها المرفق محل التفويض ومقارنة كلتا الناحيتين بين إدارة المرفق من الشخص العام والشخص المفوض اليه للوصول إلى تحقق الجدوى من اتباع أسلوب التفويض.²

3. الجدوى البيئية : أصبح للتقدم التقني الذي يشهده علمنا المعاصر الأثر الواضح في ضرورة إخضاع المشاريع المتعلقة بتوفير خدمات المرافق العامة للاشترطات بالمتعلقة بسلامة البيئة، لذا فإن دراسة الجدوى المتعلقة بعقود تفويض المرافق العام باتت تشمل تقييم التأثير البيئي لهذا النوع من المشاريع. ويلحظ بهذا الصدد أن دراسة الأثر البيئية هنا يجب ألا يقتصر على دراسة الأسلوب التقليدي لدراسة الجدو القائم على (المنفعة-التكاليف)، بل يتطلب الأمر

¹ مروان محي الدين القطب، مصدر سابق، ص480.

² د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص79.

منهجية جديدة قائمة على حساب (المنفعة-التكاليف البيئية)، وذلك بالأخذ بالحسبان الموارد المستهلكة وتكلفة إصلاح الأضرار البيئية الناتجة عن تشغيل المرفق وصولاً إلى حقيقة حساب الناتج الإجمالي مشروع المرفق بمعنى تقدير التكاليف البيئية.

الفرع الثالث: القيد الخاص باختيار أحد أنواع عقود التفويض:

تتفق التشريعات جميعها التي أخذت بفكرة التفويض على أن هذه الفكرة يمكن أن تتحقق بصور أنواع عديدة من دون أن تقيد أو تحددها بصورة أو نوع واحد، وهذا الأمر قررها مثلاً قانون مورسيف (Murcef) الفرنسي فهو وضع تعريفاً محددًا لتفويض المرفق العام تضمن العناصر اللازمة لقيامه وبذلك فهو سوف يتحقق بأي نوع أو صورة تشتمل على تلك العناصر. والشيء نفسه ينطبق على التشريعات العربية جميعها التي طبقت فكرة التفويض.

ويظهر التطبيق العملي أن الجهة الإدارية المختصة عندما تكون بصدد تحديد نوع التفويض الملائم للمرفق فهي تضع مجموعة من الاعتبارات يمكن حصرها بما يأتي:

1. تكليف المفوض اليه بإقامة المرفق: فإذا ما تضمنت مهمة المفوض اليه إقامة المرفق فضلاً عن تولي إدارته، فإن النوع الأفضل هو عقد امتياز المرفق، وبخلافه فإنه يمكن اختيار طريق إيجار المرفق العام أو مشاطرة الاستغلال.

2. تغطية التكاليف: ففي الأحوال التي يتوقع فيها أن يحقق المرفق محل التفويض إيرادات كافية لتغطية التكاليف التي سيتحملها الشخص المفوض اليه فضلاً عن تحقيقه للربح الذي المخطط له، فإن النوع الأمثل للتفويض سيكون عقد امتياز المرفق العام أو عقد إيجار. وفي غير هذه الأحوال سيكون النوع المفضل هو الطرق الأخرى مثل عقد الإدارة أو عقد مشاطرة الاستغلال بشرط أن يتوفر فيها العناصر اللازمة لقيام فكر التفويض.

2. نطاق رقابة الشخص العام: إذا كانت الجهة العامة المفوضة ترغب في ممارسة رقابة واسعة فإن الأفضل لها أن تختار طريقة الامتياز أو عقد إيجار المرفق العام. أما إذا كانت لا ترغب إلا في ممارسة رقابة محدودة فستكون مشاطرة الاستغلال أو عقد الإدارة هي الطريقة الملائمة.

4. نطاق مسؤولية المفوض اليه وتحمله لمخاطر المشروع: كلما كانت الإدارة ترغب في القاء القدر الأكبر من المسؤولية في إدارة المرفق وفي تحمل المخاطر المترتبة على الاستغلال على عاتق المفوض إليه فأنها ستختار طريقة الامتياز أو إيجار المرفق العام. وبخلافه سيكون الأفضل اختيار طريقة مشاطرة الاستغلال أو عقد الإدارة.

الفرع الرابع: القيد الخاص بمدة التفويض:

كان الاتجاه التقليدي يقوم على أن تكون مدة عقود التفويض، لاسيما العقد الأهم وهو امتياز المرفق العام، لفترات طويلة تصل في بعض الأحيان إلى خمسين أو تسعة وتسعون عاماً ومن دون وجود أية قيود على سلطة الجهة الإدارية بهذا الصدد، فإن التشريعات الحديثة التي صدرت سواء في فرنسا أم في دولنا العربية بخصوص عقود تفويض المرفق العام قد وضعت قيوداً على سلطة الإدارة بالنسبة لتحديد مدة عقود التفويض، ففي فرنسا ألزم قانون (Sapin) الإدارة أن يتضمن عقد التفويض تحديداً لمدة تنفيذه وذلك في ضوء الأداء المطلوب من المفوض إليه على أن لا تزيد

مدة العقد عن المدة المعتادة لاستهلاك الإنشاءات إذا كانت على عاتق المفوض إليه¹. وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة تحديد مدة عقود تفويض المرفق العام ويؤدي عدم التحديد المدة إلى بطلان العقد برمته².

وفي المغرب وعلى غرار قانون (Sapin) الفرنسي لم يحدد المشرع مدة محددة لعقود تفويض المرفق العام وإنما وضع ضابطاً على الإدارة تلتزم بها في تحديد مدة العقد، فنص المادة (13) من قانون التدبير المفوض لسنة 2006 على أنه (يجب أن تكون مدة كل عقد تدبير مفوض محددة، ويجب أن يؤخذ بنظر الاعتبار في المدة طبيعة الأعمال المطلوبة من المفوض إليه والاستثمار الذي يجب أن ينجزه ولا يمكنه أن تتجاوز المدة العادية لاستهلاك الإنشاءات عندما تكون المنشآت ممولة من قبل الشخص المفوض إليه).

وفي تونس تكرر الموقف ذاته فنص المادة (18) من قانون اللزمات رقم (23) لسنة 2008 على أنه (يُضبط العقد مدة اللزمة والاستثمار الذي يجب أن ينجزه....).

ومما تقدم يظهر أن التشريعات المنظمة لعقود تفويض المرفق العام لم تقييد الإدارة المتعاقدة بمدة محددة لعقود تفويض المرفق العام وإنما وضعت ضابطاً يضبط هذه المدة ألا وهو ما هي المهام المكلف بها المفوض إليه والاستثمارات التي قام بها، وبذلك يضمن المشرع عدم قيام الإدارة في المبالغة في تحديد مدد طويلة لعقود تفويض المرفق العام كما كان الحال في الفترة السابقة لصدور التشريعات المنظمة لعقود التفويض.

المبحث الرابع : إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام :

على وفق الاتجاه الحديث الذي تبنته التشريعات المنظمة لعقود تفويض المرفق العام سواء في فرنسا أم في الدول العربية التي تبنت أصبح هذا النوع من العقود يخضع لمجموعة من الإجراءات للوصول إلى اختيار الشخص المفوض إليه، ويلحظ أن هذا الإجراءات تشابه تلك المطبقة بموجب النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية في بعض جوانبها من دون أن تكون مطابقة لها بصورة تامة، وذلك مراعاة للخصوصية التي تبقى ملازمة لعقود تفويض المرفق العام.

وتظهر تجارب الدول في اختيار المفوض إليه في عقود تفويض المرفق العام أن قسم من الدول قد وضعت قوانين خاصة بإبرام هذا النوع من العقود وهذا ما ينطبق على الوضع في فرنسا وتونس كلاهما، في حين اكتفت دول أخرى بسن قوانين تنظيم النواحي الموضوعية لعقد تفويض المرفق العامة من دون إيجاد قوانين خاصة تعالج إجراءات الإبرام وهذا ما ينطبق على الوضع في المغرب والجزائر، وبتقديرنا لا يعد هذا الموقف سليماً لأنه مع عدم صلاحية تطبيق القوانين الخاصة بإجراءات إبرام العقود المطبقة على وفق القواعد العامة لنظام العقود الإدارية ولا سيما الإجراءات المطبقة في مجال عقود الصفقات العامة فإن المجال سيكون معبداً للجهات الإدارية لتتولى تحديد هذه الإجراءات من خلال المراسيم والأنظمة التي تصدرها وهو ما قد يشكل أداة للتحايل على القوانين أو للتأثير على نزاهة إجراءات إبرام العقود.

عموماً يلحظ من دراسة التشريعات التي صدرت سواء في فرنسا أم في الدول العربية التي أخذت بفكرة تفويض المرفق العام أن إجراءات إبرام هذا النوع من العقود يمر بثلاثة مراحل هي :

¹ مهند مختار نوح، مصدر سابق، ص 617.

² مروان مكي الدين القطب، مصدر سابق، ص 490.

المرحلة الأولى : الدعوة لتقديم العروض تحقيقاً لمبدأ المنافسة.

المرحلة الثانية : إعداد قائمة المرشحين المؤهلين.

المرحلة الثالثة : فتح العروض وعملية المفاوضات.

المرحلة الرابعة : اختيار المفوض اليه وإبرام العقد.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن تحديد إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام بما يأتي :

المطلب الأول : الإعلان عن الدعوة لتقديم العروض :

وهذا الإجراء قررتها المادة (38) من قانون (Sapin) الفرنسي التي أوجبت تخضع عقود التفويض لإجراءات العلانية التي تسمح بالتقدم بأكثر من عرض منافس. وعلى وفق مرسوم 1993/3/29 فيجب أن يتم النشر مرتين مرة في دورية لها نشر الإعلانات القانونية، ومرة في دورية متخصصة في القطاع الاقتصادي ذات الصلة بعقد التفويض.

وبالنسبة لمضمون الإعلان فإنه يجب على الإدارة أن تحدد المدة المحددة لتقديم عروض الترشيح. ويجب أن يتضمن الإعلان كيفية تقديم العروض وتحديد الخصائص الأساسية للعقد المراد إبرامه لاسيما موضوعه وطبيعته¹.

وفي المغرب الزمن المادة (5) من قانون التدبير المفوض لسنة 2006 أن يتم إبرام عقد التدبير المفوض في الظروف الاعتيادية عن طريق دعوى للمنافسة، وهذا يعني أنه يلزم الإعلان عن عقد التدبير المفوض للأشخاص المؤهلين لتنفيذ هذا النوع من العقود، ولكن يلحظ ان القانون لم يحدد إجراءات محددة أو يحيل إلى أي شكل خاص لإبرام العقود كما هو الحال بالنسبة للصفقات العمومية.

وفي تونس الزم القانون بالإعلان عن عقود التفويض فنصت المادة (9) من قانون اللزمات رقم (23) لسنة 2008 بأن يقوم صاحب اللزمة بالدعوة للمنافسة بين المرشحين، ويتحقق ذلك من خلال النشر عن المنافسة بواسطة الصحافة أو بآية وسيلة مادية أو غير مادية حتى يتسنى لكل عارض محتمل المشاركة في طلب العروض. ويتضمن الإعلان عن طلب العروض على البيانات الضرورية التي من شأنها أن تعطي المشاركين المحتملين فكرة واضحة عن موضوع اللزمة (المرفق المعني) ومكانه. اما بالنسبة لمدة الإعلان فعلى وفق المادة (4) من الأمر رقم 1753 لسنة 2010 الخاص بشروط وإجراءات منح اللزمات تمنح اللزمة بعد الدعوة للمنافسة عن طريق طلب العروض يتم الإعلان عنه ثلاثين يوماً على الأقل قبل التاريخ الأقصى المحدد لقبول الترشيحات بواسطة الصحافة أو بآية وسيلة إشهار إضافية أخرى مادية أو لا مادية. كما أوضحت المادة (6) من الأمر على ان يبين الإعلان عن طلب العروض موضوع اللزمة، والمكان الذي يمكن الاطلاع فيه على الوثائق المكونة لملف طلب العروض، والمكان والتاريخ الاقصى لتقديم العروض فضلاً عن معايير الاختيار.

وفي الجزائر وبعد أن أصبح إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام يخضع لمبادئ حرية الوصول للطلبات كما قررتها المادة (5) من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة لسنة 2015، فإنه يجب لتحقيق هذا الوصول قيام

¹ مروان معي الدين القطب، مصدر سابق، ص 484.

الإدارة المفوضة للمرفق بالإعلان عن اتفاقيات تفويض المرافق العامة. ويلحظ أن المشرع لم يحدد إجراءات خاصة بالإعلان عن اتفاقيات تفويضات المرافق العامة، وإنما يمكن الاستناد إلى الإجراءات الخاصة بالإعلان عن الصفقات العمومية والتي قررها المشرع في القانون ذاته لسنة 2015، إذ اوجبت المادة (65) منه أن يجرى إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، كما ينشر إجبارياً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.

المطلب الثاني : إعداد قائمة المرشحين المؤهلين :

بعد انتهاء المحدد بالإعلان لتلقي العروض تتولى هيئة تفويض المرفق العام في فرنسا بإعداد لائحة بالمرشحين المقبولين في الدخول بالمنافسة على إسناد عقد التفويض على أساس ضماناتهم المهنية والمالية ومقدرتهم على تأمين السير الجيد للمرفق العام، مع العلم بأن هذه الهيئة تكون ملزمة بقبول المرشحين جميعهم الذين تتوفر فيها الشروط التي حددها القانون والأنظمة. وبعد ذلك ترسل الإدارة إلى كل واحد من المرشحين المقبولين وثائق تبين فيها الخصائص النوعية والكمية للأداءات فضلاً عن شروط تعرفه الخدمة التي سيقدمها المرفق إذا كان هناك ما يوجب ذلك¹.

وتخضع أعمال هيئة تفويض المرفق العام لرقابة القاضي الإداري، ومن ثم بإمكان أي شخص تم رفض عرضه الطعن بهذا القرار عن طريق دعوى الإلغاء للمطالبة بإلغاء قرار الهيئة المذكور إذا ما تضمن مخالفة للقوانين أو الأنظمة المتعلقة بعملية اختيار المرشحين.

وفي تونس وعلى وفق المادة (5) من الأمر رقم 1753 لسنة 2010 الخاص بشروط وإجراءات منح اللزمات تتحقق عملية طلب العروض إما من خلال دعوة عامة مفتوحة طبقاً لنظام الانتقاء الأولي في صورة طلب العروض المسبق أو طبقاً للملف التعبير عن الرغبة.

المطلب الثالث : فتح العروض وعملية التفاوض :

تقوم هيئة تفويض المرفق العام في فرنسا بتلقي عروض المرشحين المؤهلين على ضوء الوثائق التي تم تزويدهم بها. ثم تقوم الهيئة بفتح العروض المقدمة ضمن المحددة لاستقبالها، ويتم التحقق من توفر المستندات والمعلومات اللازمة في العروض المقدمة ومن ثم إجراء التحليل لهذه العروض ومقارنتها ببعضها البعض على وفق المعايير التي تم وضعها سلفاً وتخلص الهيئة إلى إعداد تقرير يشتمل على الإجراءات التي تم اتخاذها ونتائج المقارنات التي أنجزت على ضوء تحليل العروض المقدمة. ويلزم بالهيئة أن تضمن التقرير رأيها مسبباً في كل عرض من العروض المقدمة وتضمن اللجنة اقتراحاً للجهة الإدارية تحدد فيه أسم مرشح أو أكثر للتفاوض معه مع بيان أسباب هذا الاختيار، وقد لا تقترح اللجنة أي مرشح لعدم توفر الضمانات أو الإمكانيات اللازمة لدى أي من المرشحين، مع الأخذ بنظر الاعتبار بأن رأي الهيئة ليس ملزماً للجهة الإدارية المختصة² بما يفتح المجال للسلطة المختصة التي يرفع لها تقرير الهيئة في اختيار المرشح الذي ستجري معه المفاوضات.

وتشكل المفاوضات في عقود تفويض المرفق أهمية كبيرة، ذلك أن تبني مبدأ المنافسة في اختيار المفوض إليه لا يعني القضاء على مبدأ الاعتبار الشخصي وإنما يبقى هذا المبدأ يلقي بظلاله على عقد التفويض بجميع مكوناته ومنها طريقة اختيار المفوض إليه، لذلك فإن فتح المجال للمنافسة بما يؤدي إلى تعدد العروض لا يعني أن الإدارة ستختار

¹ مروان محي الدين القطب، مصدر سابق، ص 484.

² د. وليد حيدر جابر، مصدر سابق، ص 163.

المتعاقد عن طريق الية الإرساء المكرسة في نطاق عقود الصفقات العامة، لذلك فإن يعقب عملية الترشيح للمتعاقد من جانب هيئة المرفق العام الدخول في مفاوضات مع هذا الأخير للوصول إلى أفضل الشروط تحقيقاً للمصلحة العامة، ومرحلة المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام ليست مرحلة عابرة بل هي في غاية الأهمية لأنه قد يترتب عليها أحد امرين إما اتمام عملية التعاقد مع المرشح، او ان تنتهي بعد إتمام تلك الإجراءات.

ويعرف التفاوض بأنه تبادل الاقتراحات والمساومات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية بين أطراف التفاوض، ليكون كل منهما على بينة من أفضل الاشكال القانونية التي تحقق مصالحه، وتعرفه على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات¹.

وعلى وفق قانون (Sapin) فإنه يمكن أن يمكن للجهة الإدارية المختصة بالتفاوض وبناء على تقرير هيئة تفويض المرفق العام أن تجري المفاوضات مع مرشح واحد او أكثر. وبخلاف للقاعدة المستقرة في القوانين الأنظمة المنظمة لإجراءات المناقصات والتي تحظر إجراء مفاوضات بين الجهة الإدارية المسؤولة عن التعاقد ومقدمي العروض، فإن عقود تفويض المرفق ومراعاة لتعقيدها وطول مدتها يجعل من الغير المرجح أن تتفق الجهة العامة المسؤولة عن التعاقد ومقدم العروض الذي يقع عليه الاختيار على شروط مسودة العقد من دون إجراء مفاوضات تهدف إلى الحصول على إيضاحات من المرشح حول عرضه والوصول إلى أفضل الشروط التي تحقق مصلحة المرفق العام.

أما في تونس وعلى وفق المادة (20) من الأمر رقم 1753 لسنة 2010 الخاص بشروط وإجراءات منح اللزمات فإنه تتولى اللجنة الخاصة بإعداد المراحل التحضيرية لمنح اللزمة والتي يتم تشكيلها من الجهة مانحة اللزمة إعداد تقرير نهائي لفرز العروض الفنية والمالية وترتيب العروض ومقترحاتها في هذا الخصوص ويعرض هذا التقرير على مانح اللزمة الذي يتولى إعداد تقرير في هذا الغرض يحيله مرفقاً بتقرير للجنة على وحدة متابعة اللزمات لدراسات التقرير وإبداء الرأي حول اختيار صاحب اللزمة، ولتبدأ بعد ذلك المفاوضات بين اللجنة الخاصة بإعداد المراحل التحضيرية وبين الشخص الذي تم اختياره.

المطلب الرابع : اختيار المفوض إليه وإبرام العقد :

على وفق الاتجاه التقليدي فإن الجهة المختصة باختيار المفوض اليه هي الجهة الإدارية المكلفة أصلاً بمسؤولية هذا المرفق، إلا أن التجارب الحديثة أظهرت أن الأسلوب الأفضل هو وجود هيئة تنظيمية مستقلة تتولى صلاحية تطبيق فكرة التفويض بالنسبة لمرفق معين واختيار النوع الملائم من عقود تفويض المرفق العام فضلاً عن تحويلها للإشراف على الإجراءات التي تتطلبها عملية اختيار المتعاقد المناسب وإنجاز الموافقات جميعها التي تكون لازمة لتنفيذ العقد. وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا الأسلوب في مجال عقود تفويض المرفق العام من خلال انشاء هيئة تفويض المرفق العام، في حين لم يتوصل المشرع سواء في المغرب أم في تونس لأسلوب وجود هيئة مركزية موحدة لتفويض المرفق العام. أما في الجزائر فنص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العام لسنة 2015 على إنشاء هيئة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية ولكن لم يخولها صلاحية اختيار المفوض اليه بل جعل اختصاصها الأصلي هو القيام بواجب الرقابة.

ويلحظ بالنسبة لسلطة هيئة تفويض المرفق العام في فرنسا لاختيار المفوض اليه فإن الرجوع إلى المادة (38) من قانون (Sapin) يظهر أن الإدارة غير ملزمة بمعايير محددة لاختيار المفوض اليه وإنما تحتفظ الإدارة بالحرية الكاملة في

¹ ما هر محمد حامد أحمد، النظام القانوني لعقد (البوت) B.O.T، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة بنها، 2004. ص 90.

اختيار المفوض اليه من دون وجود قيود محدد عليها بهذا الصدد، وهذه الحرية الكاملة بحسب البعض يمكن أن تشكل إهداراً لمبدأ المنافسة في التعاقدات العامة.

وقد رفض القضاء الإداري الفرنسي بسط رقابته على سلطة الإدارة في اختيار المفوض اليه اللهم إلا فيما يتعلق بمراجعة الإدارة لمبدأ المساواة بين المرشحين فحكمت بهذا الصدد محكمة باريس الإدارية بإلغاء قرار الوزير الأول المتضمن إسناد الملعب الكبير الذي أقيمت عليه مباريات كأس العالم سنة 1998 بسبب مخالفته وتجاهله للشروط المالية المعلنة ضمن وثائق العقد¹.

الخاتمة :

بعد أن انتهينا من بحثنا في موضوع إبرام عقود التفويض في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية :

أولاً- النتائج :

1. عقود تفويض المرفق العام هي وسيلة تلجأ إليها الإدارة المكلفة بمرفق من المرافق العام بهدف نقل مسؤولية هذا المرفق إلى شخص يسمى المفوض إليه.
2. يمكن تنفيذ عقود تفويض المرفق العام بأنواع مختلف من الطرق تختلف باختلاف نطاق الواجبات التي يكلف المفوض إليه.
3. يشترط لتحقيق فكرة التفويض أيّاً كانت طريقة تنفيذ أن تتوفر لها ثلاثة عناصر وهي وجود المرفق العام، قيام علاقة تعاقدية بين الجهة العامة المفوضة والمفوض إليه، وأن يرتبط المقابل المالي للمفوض اليه بنتائج الاستغلال.
4. أصبحت سلطة الإدارة في إبرام عقود تفويض المرفق العام تخضع لمجموعة من المبادئ وهي مبدأ المنافسة، مبدأ المساواة، ومبدأ العلانية.
5. على الرغم من تقييد سلطة الإدارة في اختيار المفوض إليه في عقود تفويض المرفق العام، فإن ذلك لا يعني التطابق الكامل بين إجراءات إبرام عقود التفويض والإجراءات المطبقة بموجب النظام التقليدي لإبرام العقود الإدارية.
6. ولذا فإن التزام الإدارة بمبدأ المنافسة وتعدد العروض لا يعني التزام الإدارة بالية الارساء المطبقة في عقود الصفقات العامة، وإنما تحتفظ الإدارة بالحرية الكاملة في اختيار المفوض إليه.
7. ان تطبيق مبدأ المنافسة لا يعني أن تكون عملية تقديم العروض مفتوحة بصورة تامة، وإنما يجوز للإدارة أن تحدد المنافسة بالأشخاص الذين يتوقع أن يكون لديهم الإمكانية لتنفيذ عقود تفويض المرفق العام.
8. تتقيد إجراءات اختيار المفوض إليه بمجموعة من القيود وهي القيد المتعلق بحق الدخول (مقابل التعاقد) المطبق في القانون الفرنسي، والقيد المتعلق بالثبوت من جدوى تفويض المرفق العام، وقيد تحديد الطريقة المناسبة لتفويض المرفق العام، وأخيراً القيد الخاص بمدة العقد.

¹ مهند مختارنوح، مصدر سابق، ص 615.

9. تمر إجراءات اختيار المفوض إليه بمراحل متعددة وهي المرحلة الأولى: الدعوة لتقديم العروض تحقيقاً لمبدأ المنافسة، ومرحلة إعداد قائمة المرشحين المؤهلين، مرحلة فتح العروض وعملية المفاوضات، مرحلة اختيار المفوض إليه وإبرام العقد.

ثانياً- التوصيات :

1. ندعو المشرع في الدول العربية التي طبقت فكرة تفويض المرفق العام أن يعزز الجانب الإجرائي الخاص بإبرام عقود تفويض المرفق العام.
2. وفي هذا الصدد نوصي بالنسبة للدول التي لم تسن لحد الآن تشريع خاص بإجراءات أبرام عقود تفويض المرفق العام إلى سرعة معالجة هذا القصور التشريعي.
3. نوصي ان يتم صياغة القوانين الخاص بإبرام عقود التفويض بما يتفق والطبيعة الخاصة لهذا النوع من العقود، وذلك بإقامة التوازن بين مراعاة مبادئ المنافسة والمساواة والعلانية، وبين احتفاظ الإدارة بالقدر الكافي من حرية اختيار شخص المفوض إليه مراعاة لناحية الاعتبار الشخص لعقود تفويض المرفق العام.
4. نوصي بتطوير القدرات الفنية والعلمية الأشخاص القائمين على إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام بما يعزز الكفاءة والنزاهة بالنسبة لهذه العملية.
5. ندعو المشرع في دولنا العربية إلى إنشاء هيئات موحدة تتولى تنظيم هذا النوع من العقود والإشراف على إجراءات الإبرام ومتابعة التنفيذ، وبما يؤدي إلى تحقيق الانسجام والمساواة في تنفيذ عقود تفويض المرفق العام بين فئات المجتمع.

المصادر:

أولاً-الكتب :

- د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية النظرية العامة وتطبيقاته في القانون الكويتي والمقارن، مكتبة الفلاح، 1981.
- د. جابر جاد نصار، في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار في مجال العقود الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية القاهرة، 1984.
- د. مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، المكتبة القانونية، بغداد، 2009.
- د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، 2000.
- د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1989.
- مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- مهند مختار نوح الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013.
- هاني عبد الرحمن غانم، أساليب التعاقد الإداري (دراسة مقارنة)، معهد البحوث والدراسات العربية جامعة الدول العربية، 2007.

- د. هاني صلاح سرى الدين، التنظيم القانوني والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001
- د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- ثانياً- الرسائل الجامعية :
- إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2003، ص 117.
- بوزيدي نصيرة، النظام القانون لعقد امتياز المرفق العمومي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945-القائمة، 2014.
- دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2006.
- د. عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقايق، 1994.
- ما هر محمد حامد أحمد، النظام القانوني لعقد (البوت) B.O.T، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة بنها، 2004.
- ثالثاً- البحوث والدراسات :
- محمد يحيى، قراءة نقدية لمفهوم التدبير المفوض على ضوء مستجدات القانون رقم (5-54) المؤرخ ب 14 فبراير 2006، المجلة الالكترونية للدراسات والأبحاث القانونية، منشورة على الموقع الإلكتروني : <http://www.droitplus.net/images/yahya2.pdf>
- نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة وتطبيقية في الأردن، مجلة دراسات، تصدره عمادة البحث العلمي الجامعة الأردنية، المجلد 25، علم الشريعة والقانون، العدد 2، كانون الأول، 1998.
- الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دراسة صادرة عن المدرسة الوطنية للإدارة-معهد تنمية قدرات كبار الموظفين، الدورة الرابعة، نوفمبر 2010، ص 27، متاحة على الموقع الإلكتروني الآتي : http://www.ena.nat.tn/fileadmin/user_upload/doc/Institut/PPP_ENA_derniere_version.pdf
- دليل الأونسترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نيويورك، 2010.
- رابعا : المصادر الأجنبية :

--.ReneChapu, Dorit administrative general, Paris.

-GillesJ.ClaudeDoueence- les contracts de service R.F.A,1993.

-Jean Claude Doueence- les contracts de delegation service R.F.A, 1993 .

زرع الأعضاء التناسلية وأثره على النسب



ميلود بن حوحو ، طالب بصف الدكتوراه

بالقانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الدكتور يحيى فارس ، المدينة - الجمهورية الجزائرية

Email : benhouhou800@gmail.com

مقدمة :

إن الغاية من عقد الزواج هي الإنجاب؛ فالحصول على الأولاد فطرة فطر الله الناس عليها وبثها غريزة فيهم، وجعل الأولاد زينة الحياة الدنيا وثمره الحياة الزوجية ومستقبل الأمة وعدتها لبناء غد أفضل.

ولكن غاية الإنجاب هاته قد تحول دون تحقيقها بعض الأمراض؛ وقد سعى الإنسان عن طريق تسخير التطور التكنولوجي والعلمي في مجال الطب لإيجاد حل لمشاكل العقم والحالات المرضية التي تمنع الإنجاب أو تأخره. ووما لا شك فيه أن ظهور عمليات نقل وزرع الأعضاء التناسلية تصب في سياق تحقيق رغبة الفرد في أن يكون أبا أو أما.

وتعتبر مثل هذه العمليات نازلة يحكمها فقه النوازل ظهرت بفعل التطور السريع والمذهل للمجتمعات، حيث لم تكن تكن معروفة في السابق، وقد بدأ المسلمون يسألون عن حكم الشرع فيها؛ لذا فإننا نتساءل عن موقف الفقه الإسلامي والقانون من عملية زرع الأعضاء التناسلية؟ وما مدى تأثير عمليات الزرع على مسألة النسب؟

وللإجابة على هذه التساؤلات نتبع الخطة الآتية: زرع الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية (الخصية والمبيض) (المبحث الأول) ، ثم زرع الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: زرع الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية (الخصية والمبيض):

وتعرف باسم " الغدد التناسلية " ويتم من خلالها إنتاج الخلايا التناسلية، فعند الرجل هناك الخصيتان، وتقوم بوظيفتين: إفراز الحيوانات المنوية، وإفراز الهرمونات، وهما المسؤولتان عن الصفات الثانوية للذكورة مثل تغير الصوت من نعومة صوت الطفل إلى خشونة صوت الرجل، وبناء العظام وتوزيع الدهن في الجسم... إلخ¹.

أما بالنسبة للمرأة فهناك المبيضان وهما المسؤولان عن صناعة البويضة وهي بذرة المرأة التي منها تنقل خصائصها وخصائص أصولها إلى ذريتها، ويتوضع أحدهما على يمين قناة فالوب (القناة الرحمية) والآخر على يسارها ويتصل كلاهما بالرحم بوتر سميك على ناحية اليمين واليسار وهما عبارة عن أكياس تحتوي على عدد محدد من البويضات عند الولادة، أي أن عدد البويضات داخل المبيض تكون قد تم تكوينها قبل ولادة الأنثى، فضلا عن مسؤوليتها عن إفراز هرمونات الأنثى².

1. زرع الخصية:

في عام 1941 قام العالم " كيرنس " بإعادة زرع خصيتين كانتا قد استؤصلتا في حادث عمل مروع واحتفظ العالم بهما في الثلاجة أثناء الليل، ثم في الصباح قام بعملية الزرع في نفس الشخص الذي حدث له الحادث ونجحت العملية، وأفرزت الخصيتان هرمون الذكورة لكنهما لم تفرزا الحيوانات المنوية.

وكانت أول عملية تنجح في أن تقوم الخصيتان بإفراز الحيوانات المنوية - بجانب إفرازهما لهرمون الذكورة - هي العملية التي أجراها " سيلبر " في سنة 1971، وقد قام هذا العالم بنقل خصية من أحد التوائم المتماثلة التي تنتج عن بويضة واحدة ملقحة، إلى أخيه التوأم وكان فاقدا لخصتيه ومن الطبيعي لم يحتج المنقول إليه الخصية إلى عقاقير تخفض المناعة كما يحدث عند النقل من شخص إلى آخر في غير حالة التوأمين المتماثلين³.

وتتكون الخصية في الأسبوع السادس من الحمل، ويبدأ عملها عند البلوغ وحتى وفاة الرجل. والخصية تقوم بدور المصنع الذي ينتج الحيوانات المنوية بواسطة الهرمونات، وتحتوي الخصية على المواد الأولية التي ينتج منها الحيوان المنوي، فإذا نقلنا الخصيتين من شخص إلى آخر فكأننا نقلنا المصنع بآلاته ومعداته ومواده الأولية إلى الشخص الآخر، ولن يكون دور الشخص المنقول إليه الخصية سوى تشغيل المصنع فقط، وكأننا بنقل الخصية قمنا بإخصاب بويضة زوجة الرجل المنقول إليه الخصية بحيوان منوي لرجل آخر هو المنقول منه⁴.

¹ - علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015، ص 480.

² - زيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012، ص 97.

³ - محمد رأفت عثمان، " نقل وزرع الأعضاء "، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر حول " زراعة ونقل الأعضاء "، الأزهر الشريف، 10 مارس 2009، ص 23.

⁴ - عارف علي عارف القرة داغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، الجامعة العالمية الإسلامية بماليزيا - براس، بدون مكان نشر، 2011، ص

2. زرع المبيض :

يتكون المبيض عند الأنثى عندما تكون جنينا في بطن أمها في الأسبوع الثامن، يحتوي على جميع البويضات التي يفرزها المبيض خلال حياة المرأة الجنسية أي من البلوغ إلى سن اليأس ويعتبر أيضا الغدة الناقلة للصفات الوراثية للجنين¹ كما سبق بيانه.

فإذا ما نقلنا المبيض بما يحتويه من بويضات تحمل الصفات الوراثية للمرأة ووالديها وأصولها إلى أنثى أخرى فمعنى ذلك أننا نقلنا وبطريقة غير مباشرة بويضة من امرأة إلى أخرى؛ أي كأننا استعملنا بويضة من غير الزوجة وأخصبت بمبي الزوج².

3. موقف الفقه الإسلامي والقانون من عملية زرع الخصية والمبيض :

إن موقف الفقه الإسلامي يتبين لنا من خلال مذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410هـ الموافق لـ 14 إلى 20 آذار (مارس) 1990م. بعد اطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23 إلى 26 ربيع الأول 1410هـ الموافق لـ 23 إلى 26 أكتوبر 1990، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

حيث قرر فيما يتعلق بزرع الغدد التناسلية: أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية (الشفرة الوراثية) للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلق جديد، فإن زرعهما محرم شرعا³.

ذلك أننا إذا نقلنا الخصية من شخص إلى آخر فإن الحيوان المنوي الذي تنتجه إنما ينسب إلى الشخص المنقول منه لا للشخص المنقول إليه، ونفس الشيء لو نقلنا المبيض من امرأة لأخرى فإن البويضة الناشئة عنه تنسب للمرأة المنقول منها لا المرأة المنقول إليها.

بقي أن نعلم أن قسما من الباحثين يرى: أن الخصية إذا كانت فاقدة للقدرة على إفراز المنويات بتاتا بحكم تلف هذه القدرة أو إتلافها؛ فإنها تبقى مصدر إفراز هرموني بحت، لأنها تعطي صفات الذكورة ولا أثر للصفات الوراثية فيه، فيكون نقلها في هذه الحالة غير محرم شرعا إذا كان المنقول منه ميتا؛ لأن النقل من الحي خصاء، وهو أشبه بمدة الاستبراء والعدة حتى لا تختلط الأنساب بالزواج⁴.

¹ - الجيلالي بغدالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في القانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2014، ص 103.

² - عارف علي عارف القرة داغي، المرجع السابق، ص 84.

³ - قرار رقم: 57 (8/6) بشأن زراعة الأعضاء التناسلية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 6، الجزء 3، ص 1975.

⁴ - ذكره عارف علي عارف القرة داغي، المرجع السابق، ص 85. نقلا عن: محمد أيمن الصافي، " انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر"، منشورات مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ص 18.

بينما يرى البعض الآخر¹ - وهو الرأي الذي نرجحه ونقول به² -، أن هذا لا يجوز أيضا؛ لأن نقل العضو إنما يجوز عند عدم البديل، والبديل هنا موجود، لأن الأطباء يقولون: يمكن حقن الهرمونات الذكرية التي تنتجها الخصية مباشرة إلى الجسم، وهذا أيسر وفيه مزية لأنه يغني عن اللجوء إلى أدوية التثبيط المناعي وما فيها من محاذير طبية.

أما عن موقف القانون فإنه بالرجوع إلى القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم³ نلاحظ أنه جاء خاليا من التعرض لمسألة زرع الأعضاء التناسلية (الغدد التناسلية - الخصية والمبيض) بنص خاص، واقتصر على ذكر المبادئ العامة الحاكمة لعملية نقل وزرع الأعضاء.

إذ جاء في المادة 161 أنه: (لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية).

وعليه يتضح تأكيد المشرع الجزائري على مبدأ المجانية في هذا النوع من العمليات لبعدها الإنساني، فلا يجوز تحويلها لعملية اتجار بالأعضاء. بالإضافة إلى ذلك لا بد أن يكون الغرض من العملية علاجيا أو تشخيصيا.

وجاء في المادة 162 أنه: (لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر، وتشتت الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة ورئيس المصلحة.

ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع. ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة).

¹ - المرجع نفسه، ص 85.

² - وخلاصة القول في هذه الحالة أن الغدد التناسلية الذكرية والأنثوية (الخصيتين والمبيضين) يحرم نقلها- قولاً واحداً- من شخص إلى آخر متى كانت قادرة على إنتاج المتى والبويضات بحيث يكون الغرض منها في هذه الحالة الإنجاب؛ لأن ذلك يجعل المولود ابن المنقول منه الغدة الأنثوية أو الذكرية لا ابن المنقول إليه، الأمر الذي يؤدي إلى اختلاط الأنساب، ويمس مقصدا هاما من مقاصد الشريعة الإسلامية ألا وهو حفظ النسل.

أما نقل الخصية أو المبيض في حالة لا تكون فيها قادرة على إنتاج الخلايا المنوية أو البويضات لتلفها أو إتلافها، فلا تحقق الإنجاب ولا نقل الصفات الوراثية، ويستفاد منها فقط في إنتاجها الهرمونات الذكرية والأنثوية كتلك المحددة لغلظة الصوت أو رقتة وغيرها من صفات الذكورة والأنوثة، فإنه يجوز نقلها من شخص لآخر في هذه الحالة بشرطين:

- أن يكون المنقول منه ميتا، لأن نقلها من الحي إحصاء.

- أن يُعدم البديل، وهو أمر مستبعد لأن الهرمونات سواء الذكورية أو الأنثوية متوافرة في عالم الطب وتأخذ عن طريق الحقن والبلع (الشرب)، وهي أيسر وأسهل وأقل خطرا من عملية نقل العضو التي تحفظها المخاطر خاصة عملية تخفيض المناعة.

³ - القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 08، المؤرخة في 17 فيفري 1985، المعدل والمتمم بالقانون 88-15 المؤرخ في 03 ماي 1988، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 18، المؤرخة في 04 ماي 1988، المعدل والمتمم بالقانون 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 35، المؤرخة في 15 أوت 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-09 المؤرخ في 19 أوت 1998، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 61، المؤرخة في 21 أوت 1998، المعدل والمتمم بالأمر رقم 06-07 المؤرخ في 15 جويلية 2006، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 47، المؤرخة في 19 جويلية 2006، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 جويلية 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 44، المؤرخة في 03 أوت 2008.

وفي هذا المادة تأكيد على مبدأ آخر لا يقل أهمية عن المبادئ السابقة وهو مبدأ الرضا الحر للمتبرع في عملية نقل وزرع الأعضاء.

كذلك جاء القانون رقم 84-11 المتعلق بالأسرة المعدل والمتمم¹ خاليا من بيان حكم عمليات زرع الأعضاء التناسلية (الغدد التناسلية - الخصية والمبيض) وحكم النسب الناتج عنها، والحل في هذه الحالة هو الرجوع لنص المادة 222 منه التي تقضي بأنه: (كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية). وبناءً عليه تكون عمليات زرع الأعضاء التناسلية (الغدد التناسلية - الخصية والمبيض) محرمة شرعا وقانونا.

المبحث الثاني: زرع الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية:

يقصد بالأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية بالنسبة للرجل: الذكر (أو القضيب)، والأنابيب الموصلة للمني، وبالنسبة للمرأة للفرج والمهبل والرحم وقناة فالوب.

وقد اختلف الفقه في هذا النوع من الأعضاء فقال البعض بجواز الزرع ومنعه آخرون.

1. القائلون بالجواز:

استدل القائلون بالجواز بأن هذه الأعضاء لا تنتقل الصفات الوراثية، ولا تؤثر على النسب، كما أن هذا النوع من الزرع يدخل في حدود الضروريات وعلية فهو جائز².

2. القائلون بالمنع:

علل القائلون بالمنع رأيهم بحجج منها:

أن: نقل الأعضاء يقصد به إما النسل أو الاستمتاع أو التجميل وكلها مقاصد تكميلية أو حاجية، وليست من قبيل الضروريات، والضرورة وحدها التي تبرر انتهاك كرامة الحي والميت بالاستقطاع منه.

وقد تم الرد على ذلك بأن: النسل أو الاستمتاع أو التجميل هي مصالح معتبرة شرعا، فالتناسل مطلوب شرعا، والاستمتاع غرض مشروع فيه الثواب لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (في بضع أحدكم صدقة)³، والتجميل وإزالة القبح والدمامة من البدن غرض صحيح أيضا.

¹ - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005.

² - الجيلالي بغدالي، المرجع السابق، ص 125.

³ - رواه مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة (12)، باب بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف (16)، الحديث رقم (1006)، ص 447-448.

أن: نقل فرج أو جزء منه إلى امرأة يعني أن زوج هذه المرأة سيواقع فرج امرأة لم يجلها له عقد النكاح؛ لأنه يعود إلى امرأة أخرى غير امرأته التي أحلها له عقد النكاح¹. كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن نظر الرجل في أي عضو منفصل من أعضاء المرأة بشهوة حرام، سواء أكان انفصاله في حال الحياة أو بعد الموت².

ومن الواضح أن هذا الحكم الذي أجمع عليه العلماء، وهو عدم جواز أن ينظر الرجل بشهوة إلى عضو منفصل من أعضاء امرأة لا يجل له أن يستمتع بها يكون هو نفسه لنظر امرأة لعضو الذكورة المنفصل من رجل لا يجل لها أن تستمتع به فلا فارق بين الصورتين.

ومن الأمور الثابتة عند الفقهاء أن اللمس أبلغ من النظر، فإذا حرم النظر حرم اللمس بالأولى، وعلى هذا فإذا تم زرع عضو الذكورة في زوج هذه المرأة فإن لمس المرأة لهذا العضو - الذي لا يجل لها النظر إليه - سيتحقق عند حصول الجماع بينهما، وهو حرام³.

وأجيب على ذلك بالقول: إن هوية العضو المزروع تعود للمتلقي المنقول له وليس للمنقول منه؛ فهذا العضو يسيره دماغ المتلقي ويأتمر بأوامره ويتغذى بدمه، ولو اعتدى المنقول منه على ذلك العضو عمدا، كان عليه للمنقول إليه كل ما يرتبه الشرع على هذا الاعتداء من دية وغيرها. فضلا عن ذلك فإن الأحكام الشرعية المتعلقة بالعضو المنقول تلزم المتلقي لا المصدر فالمتلقي ليد هو الذي يغسلها في وضوئه لا المصدر ولو طلقت المرأة المتلقية للرحم مثلا فإنها هي التي تعتد ولا عدة على المرأة مصدر الرحم⁴.

3. رأي مجمع الفقه الإسلامي:

بالرجوع إلى قرار مجمع الفقه الإسلامي السابق الإشارة إليه أعلاه⁵ نجده نص على أنه: فيما يتعلق بزراع أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية - ماعدا العورات المغلظة⁶ - جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المبينة في القرار رقم 26 (1/4) لهذا المجمع. والله أعلم.

وخلاصة القول:

أن زرع الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية غير جائز في العورات المغلظة على النحو الذي ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي، ذلك أن الأصل في الفروج التحريم والقرآن الكريم ناطق بذلك؛ قال تعالى: (وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (5) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (6) فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (7)).⁷

¹ - عارف علي عارف القرة داغي، المرجع السابق، ص 95.

² - الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الأولى، الجزء 40، الكويت، 2001، ص 352.

³ - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص 27.

⁴ - عارف علي عارف القرة داغي، المرجع السابق، ص 95.

⁵ - قرار رقم: 57 (8/6) بشأن زراعة الأعضاء التناسلية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 6، الجزء 3، ص 1975.

⁶ - يقصد بالعورات المغلظة: قضيب الرجل وفرج المرأة.

⁷ - القرآن الكريم، سورة المؤمنون، من الآية 5 إلى الآية 7.

وعليه فإن كل تصرف يتعلق بالفروج محظور، باستثناء استمتاع أحد الزوجين بالآخر، فإن الشارع قد رفع الحظر عنه ضمن الشروط اللازمة لذلك. وعليه فلا تجوز في الفروج هبة، ولا إجارة، ولا بيع، ولا إباحة، ولا أي تصرف من التصرفات إلا ما استثناه الشارع¹.

ويلحق بهذه الحالة حالة عدم جواز نقل المهبل حتى مع كونه لا تنتقل به الصفات الوراثية، لأن استمتاع زوج المنقول إليها به - أي المهبل - هو في الحقيقة استمتاع بعضو لامرأة لا يحل له الاستمتاع بأي عضو منها ولو باللمس أو النظر².

ونرى أنه فيما يتعلق بقناتي فالوب والأنابيب الناقلة للمني فهذه يجوز نقلها باعتبار أنها لا تنقل الصفات الوراثية ولا تعد من العورات المغلظة - والله أعلم -.

وقد ذكر الأستاذ الدكتور محمد رأفت عثمان في بحثه³ جواز نقل قناتي فالوب أو إحداهما على اعتبار أنهما من الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية، شريطة أن يكون ذلك تبرعا بعد سن اليأس أو الوفاة؛ لأن التنازل عن شيء مفيد للإنسان يمكن أن يحتاج إليه في المستقبل يعرضه للندم بعد ذلك، وأحكام الشريعة لا تريد للإنسان أن يندم إلا في مجال التوبة من المعاصي، والندم ضرر نفسي والشريعة لا تبيح الضرر سواء كان عضويا أو نفسيا.

أما الرحم فهو محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين بين من يرى جواز نقله، بحجة أن زراعة الرحم لا تختلف في الحكم عن زراعة الكلى فكلاهما ممسك لحياة تكاد أن تزول أو منشأ لحياة ما كان لها أن تنشأ إلا بهذا، بل واعتبروا أن في ذلك جانبا تعديدا، وقد اشترط بعضهم لذلك شروطا منها: أن يكون المتبرع امرأة تلتفت مبايضا بصورة نهائية ولا فائدة ترجى من رحمها فتتبرع به. وأن يُطمئن إلى براءة الرحم من أية حيوانات منوية أو بويضات قديمة. وأن لا تتضرر المرأة المتبرعة بنقل الرحم، وأن يكون الرحم مفيدا للمرأة المتبرع لها.

ويؤيد هذا الرأي بعض فقهاء القانون، بالقول أن الرحم المنقول للمرأة هو رحمها؛ لأنها هي التي تغتسل من الحيض إذا حاضت ولا علاقة له بالمتبرعة به، ولا تعدد المرأة المنقول منها العضو في حالة طلاق أو وفاة زوج المرأة المتبرع لها بالرحم، ولا ترثه ولا يرثها؛ بل كل الأحكام مرتبطة بالملكية، لكن هذا لا يعني أنه يجوز أن يتزوجها، أو يتزوج ابنتها الطفل الذي سيولد، لأن الرحم في الأصل رحمها، وحرمة الزواج تثبت بأدنى سبب⁴.

بينما يرى آخرون عدم جواز نقل الرحم لعدة أسباب منها: عدم وجود زوجية بين صاحب الحيوان المنوي وصاحبة الرحم. وعدم جواز وضع حيوان منوي من رجل في رحم امرأة لا يحل له الاستمتاع بها. وعدم قابلية الرحم للبدل والإباحة⁵. فضلا عن شبهة الرحم المؤجر التي تثور في حالة نقل الرحم والتي أنكرها الفقهاء⁶ - أي الرحم المؤجر -.

¹ - عارف علي عارف القرة داغي، المرجع السابق، ص 97.

² - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص 22.

³ - المرجع نفسه، ص 17.

⁴ - الجيلالي بغدالي، المرجع السابق، ص 126-127.

⁵ - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص 15-16.

⁶ - زبيري بن قويدر، المرجع السابق، ص 107-108.

وبالتالي فإن مسألة نقل وزرع الرحم تبقى محل خلاف إلى الآن وإن كان يبدو لنا من خلال العرض السابق - والله أعلم - رجحان ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول.

4. موقف القانون من زرع الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية :

لم يمنح القانون حكماً لمسألة نقل وزرع الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية، في كل من قانون حماية الصحة وترقيتها وقانون الأسرة والذين سبقت الإشارة إليهما أعلاه، وعليه يكون الحل في هذه الحالة هو العمل بنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند غياب النص؛ فيكون الحكم بأن نقل الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية جائزٌ باستثناء العورات المغلظة. ومع مراعاة الخلاف بشأن نقل وزراعة الرحم.

الخلاصة :

ما نخلص إليه في الأخير أن موضوع نقل وزرع الأعضاء التناسلية ذو أهمية بالغة لارتباطه الوثيق بمسألة النسب التي تعد مقصداً من مقاصد الشريعة الإسلامية والتي لا بد من المحافظة عليها والابتعاد عن كل ما من شأنه المساس بها.

وما نخرج به كتوصية من خلال هذا البحث هو ضرورة إدراج نصوص تشريعية في كل من قانون حماية الصحة وترقيتها وقانون الأسرة بحيث تبين على التوالي حكم نقل وزرع الأعضاء التناسلية وحكم النسب الناتج عن عمليات النقل والزرع.

فالأحكام العامة المنصوص عليها في قانون حماية الصحة وترقيتها لا تصلح للتطبيق على بعض الحالات الخاصة كحالة الأعضاء التناسلية، فإن كان نقل الأعضاء وفق هذا القانون يجوز في حالة العضو الوحيد (كالقلب مثلاً) بشرط أن يكون المتبرع ميتاً، ويجوز في الأعضاء المتعددة (كالكلية مثلاً) سواء كان المتبرع حياً أو ميتاً، فإن الأمر بخلاف ذلك في الأعضاء التناسلية فلا يجوز نقل بعض الأعضاء الوحيدة ولو كان المنقول منه ميتاً (كالعورات المغلظة)، كما أن بعض الأعضاء التناسلية المتعددة لا يجوز نقلها سواء في حياة المتبرع أو بعد موته كتلك الناقلة للصفات الوراثية والمقصود هنا هي الغدد التناسلية (الخصيتين، والمبيضين).

كما أنه لا بد أن يعدل قانون الأسرة بتضمينه أحكاماً تتعلق بحكم النسب الناتج عن الأعضاء التناسلية المزروعة على اختلافها - سواء الناقلة أو غير الناقلة للصفات الوراثية -.

✓ قائمة المراجع :

أ. الكتب :

¹ - القرآن الكريم، كتاب الله عزوجل، برواية حفص عن عاصم.

² - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم المسمى المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، الطبعة الأولى، المجلد الأول، دار طيبة، السعودية - الرياض، 2006.

³ - الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الأولى، الجزء 40، الكويت، 2001.

⁴ - عارف علي عارف القرة داغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، الجامعة العالمية الإسلامية بماليزيا - براس، بدون مكان نشر، 2011.

ب. الرسائل العلمية :

¹ - الجليلي بغدالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في القانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2014.

² - زيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012.

³ - علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015.

ج. المقالات والمجلات والدوريات :

¹ - محمد رأفت عثمان، " نقل وزرع الأعضاء "، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر حول " زراعة ونقل الأعضاء "، الأزهر الشريف، 10 مارس 2009.

د. النصوص القانونية والتشريعية :

¹ - القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005.

² - القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 08، المؤرخة في 17 فيفري 1985، المعدل والمتمم بالقانون 88-15 المؤرخ في 03 ماي 1988، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 18، المؤرخة في 04 ماي 1988، والمعدل والمتمم بالقانون 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 35، المؤرخة في 15 أوت 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-09 المؤرخ في 19 أوت 1998، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 61، المؤرخة في 21 أوت 1998، المعدل والمتمم بالأمر رقم 06-07 المؤرخ في 15 جويلية 2006، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 47، المؤرخة في 19 جويلية 2006، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 جويلية 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 44، المؤرخة في 03 أوت 2008.

³ - قرار رقم : 57 (8/6) بشأن زراعة الأعضاء التناسلية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 6، الجزء 3، ص 1975.

الإنجار بالأشخاص والهجرة غير الشرعية



من إعداد الأستاذة : تيسير بن مقدم

محامية بهيئة الرباط : (الخميسات)

Email : tayssir.benlamkaddem@gmail.com

مقدمة :

لقد كان للتطورات التكنولوجية والتقنيات الحديثة في وسائل النقل والمواصلات، والتحويلات الاقتصادية التي يعرفها العالم في ظل العولمة، نتيجة حتمية أفرزها هذا الواقع المعاش، وتتمثل في نقصان الجرائم البدائية التي تعتمد على أساليب قديمة أو تكون وليدة الصدفة أو الانتقام واستقرارها فقط داخليا، لتترك مكانها لنوع حديث من الجرائم تعبر الدول، وتتسم بالدقة وفعالية التنظيم وسرعة التنفيذ، وذلك لكونها تنظم وتنفذ من قبل عناصر محترفة ذات إمكانيات ضخمة.

فالجريمة المنظمة عبر الوطنية تعتبر الآن في مقدمة التحديات التي تهدد أمن واستقرار المجتمع، فليس هناك دولة اليوم لا تراقب بقلق المد التصاعدي لهذه الجريمة، ولا تعمل جاهدة على مكافحتها والوقاية من أخطارها المحدقة¹، فهي جريمة مستحدثة لم تستطع العديد من المجتمعات ملاحقتها بنصوص تشريعية لتجريمها والمعاقبة عليها، وخاصة إن كانت تهم المجتمع الدولي بأسره، باعتبارها جرائم عابرة الأوطان. تتفادى وسائل الملاحقة من خلال نقل ممارستها

¹ جمال الزنوري ويوسف وهابي، قانون دخول وإقامة الأجانب بالمغرب والهجرة غير المشروعة بين الاختصاصات القضائية والاتفاقيات الدولية، مقال منشور بمجلة الملف العدد 7 أكتوبر 2005 الجديدة ص 123.

الإجرامية إلى تلك الدول التي تعاني نقصا تشريعيًا أو غيابا تشريعيًا تامًا، مما يؤدي إلى نقل هذه الأنماط من الجرائم من دولة إلى أخرى¹.

ويأتي على رأس هذه الجرائم الإرهاب بكافة أشكاله والاتجار في المخدرات والاتجار في البشر والهجرة غير الشرعية... إلى غير ذلك من الجرائم، مما يفرض على الدول مراقبة حدودها الجغرافية جيدًا مع العمل على زجر عملية تزوير وثائق السفر، لأن عدم مراقبة هذه الدول لحدودها يجعلها تواجه قضايا خطيرة قد تتمثل في تسلل عناصر إجرامية غير مرغوب فيها، وهذا ما نص عليه قرار مجلس الأمن عدد 1373 في الثامن والعشرين من شهر سبتمبر سنة 2001، وكذا الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب الصادرة بقرار من مجلسي وزراء العدل والداخلية العرب في اجتماعهما المشترك المنعقد في مقر الأمانة العامة لجامعة الدول العربية بتاريخ 22 أبريل سنة 1998، والتي دخلت حيز التنفيذ في مايو من سنة 1999².

وتعتبر جرمي الهجرة غير الشرعية والاتجار بالبشر من أهم الجرائم عبر الوطنية، وذلك نظرا لدقتها وكثرة تنظيمها وحدوثها من جهة، ونظرا لارتباطها ببعضهما البعض من جهة ثانية، كما يشكل التوقيع على عدة اتفاقيات دولية وبروتوكولات مثل واضح على أهمية القضايا التي يطرحانها من جهة ثالثة.

إذا كانت ظاهرة قديمة حديثة، فبعد أن أقرتها التعاليم السماوية حيث قال تعالى في سورة النساء آية 97: "إن الذين توفاهم الملائكة ظالمي أنفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين في الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا"، جاءت لتؤكدها العهود والمواثيق الدولية ولتبنها القوانين الوضعية المعاصرة³، كما أكدت أيضا الوثائق المرجعية التاريخية كالخطاب السامي الذي ألقاه صاحب الجلالة الملك محمد السادس أمام مؤتمر القمة الأول لرؤساء دول وحكومات بلدان غرب المتوسط في الخامس من دجنبر سنة 2003 بتونس، والذي جاء فيه: "وإدراكا منا لخطورة هذه الظاهرة (الهجرة) المنافية لكرامة الإنسان، والمؤثرة سلبا على علاقات التعاون وحسن الجوار، فقد اتخذ المغرب تشريعات عصرية صارمة، لتجريم ومحاربة العصابات المتاجرة بالهجرة السرية، محبذا لذلك كل السلطات العمومية، في ظل سيادة القانون، وفي التزاماته الثنائية والجهوية والدولية. كما أحدثنا أجهزة متخصصة في شؤون الهجرة ومراقبة الحدود، إسهاما من المغرب في إيجاد سياسات عمومية ناجعة للحد منها في تعاون تام مع جيراننا وشركائنا للحد من الهجرة غير الشرعية، ومعالجة دوافعها العميقة وانعكاساتها السلبية، ومؤكدين عزم المملكة المغربية الراسخ على تنسيق جهودها في هذا الشأن، مع اشقائها في الاتحاد المغربي، دعما من المغرب لكل المبادرات التي تصب في هذا المسار الشاق والطويل،...".

أما جريمة الاتجار بالأشخاص، فتعتبر من الجرائم العصرية، ذلك أن مفهوم الاتجار بالأشخاص كجريمة هو من المفاهيم الحديثة نسبيا، حيث اكتسب أهمية خاصة نتيجة لما يحدثه من انتهاك للحريات الأساسية للإنسان التي تحفظ كرامته الإنسانية. وقد اتخذت هذه الجريمة الطابع عبر الوطني، حيث تنتقل من مجتمع إلى آخر وتخرق حدود الدول،

¹ بابكر عبد الله الشيخ، بروتوكول منع وقوع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، متطلبات التنفيذ والجهود المبذولة، دراسة منشورة في إطار الحلقة العلمية تحت عنوان: مكافحة الاتجار بالبشر المقامة بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض بتاريخ 21-25 يناير 2012.

² جمال الزنوري ويوسف وهابي، م، س، ص 123.

³ الحبيب بيبي، الحدود الفاصلة بين اللجوء السياسي والهجرة غير المشروعة، مقال منشور بمجلة القانون المغربي، وهي مجلة قانونية شاملة تعنى بالشؤون القانونية والأبحاث والدراسات القانونية والفقهية والاجتهادات القضائية، العدد 6 يوليو 2004، مطبعة دار السلام، الرباط، ص 140.

فأصبحت ظاهرة مجتمعية محلية وعالمية مؤرقة، وذلك يرجع بالأساس إما لغياب القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية لمكافحةها، أو لعدم تفعيل ومراقبة القوانين القائمة وفق الاتفاقيات الدولية إذ عادة ما ينبري المجتمع الدولي لمعالجة مثل هذه الأوضاع من خلال إبرام اتفاقيات أو معاهدات دولية.

وعادة ما تعقب المعاهدات والاتفاقيات الدولية على وجه الخصوص بروتوكولات، تتناول موضوعا مختصا في موضوع أو موضوعات معينة، يرى المجتمع الدولي أهميتها الآنية والمستقبلية لتغطية النقص التشريعي أو لزيادة الوعي في موضوع معين. ثم يأتي التشريع الوطني لتشريع القواعد القانونية المتضمنة لما أفرزته هذه الاتفاقيات والبروتوكولات في تشريعاتها لتلافي أو سد هذا النقص التشريعي لمواجهة خطر هذه الجرائم.

وإذا كان الغياب التشريعي سواء فيما يخص المصادقة على الاتفاقيات والمعاهدات والبروتوكولات الدولية من جهة، أو إصدار قوانين وتشريعات داخلية تنظم هذه الجرائم وتعاقب مرتكبيها من جهة أخرى، وهو ما يميز أغلب الدول العربية التي تعمل على تبني سوى جزء بسيط من هذه التشريعات الدولية، كما لم تسن بعد تشريعات داخلية لمكافحة هذه الجرائم عبر الوطنية. إلا أن المغرب يعد استثناء لهذه الدول العربية، ذلك أنه صادق على مجموعة من المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تهم هذا الموضوع، كما تبني العديد من البروتوكولات المساعدة، فهذا بالإضافة إلى كونه يعد تجربة رائدة في التشريع الداخلي، ذلك أنه سبق وسن القانون رقم 02-03 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمغرب والهجرة غير المشروعة، منذ أكثر من عقد من الزمن¹ مما يجعله رائدا وسباقا في سن هذا النوع من القوانين بالنسبة لغيره من الدول وخاصة العربية منها² حيث جاء هذا القانون بمقتضيات جديدة وواضحة، خلافا لما كان عليه الأمر من قبل، حيث كانت النصوص التشريعية المتعلقة بدخول وإقامة الأجانب والهجرة السرية مشتتة وغامضة، ترجع في معظمها إلى الثلاثينات والأربعينات من القرن الماضي. ونتيجة لزيادة واستفحال ظاهرة الهجرة السرية إلى الدول الغربية من دول جنوب البحر الأبيض المتوسط، أصبحت الحاجة ماسة إلى سن تشريعات جديدة تتصدى لهذه الظاهرة، والتي بدأ البعض يستغلها للمتاجرة والنصب والتخريب، ونتج عن ذلك مآسي إنسانية فظيعة تشهد عليها الجثث التي تلفظها مياه البحر مرة بعد أخرى، الأمر الذي أدى إلى خروج هذا القانون إلى حيز الوجود، كما أن التزامات المغرب الدولية ومصادقته على المعاهدات والاتفاقيات الدولية، فرضت عليه واجب ملائمة التشريع الوطني مع التشريعات الدولية، فضلا عن أن أعراف وتقاليد التعاون القضائي على المستوى الدولي وموقع المغرب الذي يعتبر بوابة إفريقيا نحو الشمال ونحو بلدان دول الضفة الأخرى، زيادة على ما يعرفه العالم اليوم من ظهور أنواع جديدة من الجريمة العابرة للقارات، والتي لا تقتيد بحدود وطنية ولا بجنسيات معينة، والتي تعد جريمة الاتجار بالبشر أهم نموذج عنها. كل هذا أدى بالملكة المغربية إلى وضع قانون داخلي آخر مكمل للقانون المكافح للهجرة السرية، وهو القانون رقم 27-14 المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر³.

¹ الظهير الشريف رقم 1/03/196 الصادر بتاريخ 16 رمضان 1424 الموافق ل 11 نونبر 2003 بتنفيذ القانون رقم 02-03 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالملكة المغربية والهجرة غير المشروعة، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 5160 الصادرة يوم الخميس 13 نونبر 2003.

² أنظر: - الندوة العلمية تحت عنوان "الهجرة غير الشرعية: الأبعاد الأمنية والانسانية" المنظمة بمشاركة جامعة الحسن الأول بالدار البيضاء وجامعة نايف للعلوم الأمنية بتعاون مع المنظمة الدولية للهجرة، أيام 4 5 6 فبراير 2015 بقصر المؤتمرات بالصخيرات، المغرب.

- الندوة القضائية المغربية المصرية حول موضوع "مواجهة تحديات الأحكام الدولية في مجال مكافحة جرائم الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية" بتعاون بين المجلس الأعلى بالمغرب ومحكمة النقض المصرية، 27 ماي 2010.

³ قانون رقم 27-14 المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر. جريدة رسمية عدد 6501 بتاريخ 2016/09/19.

فإذا كانت ظاهرة الهجرة غير المشروعة تعتبر ظاهرة دقيقة، فإن ظاهرة الاتجار بالبشر ظاهرة أدق نظرا لتعدد صورها وتعدد وسائلها وتعدد الجرائم المتضمنة لها، إلا أن هذا لا ينفي انتماءهما لنفس نوع الجريمة وهي الجريمة الدولية، فهما صورتين من الجريمة نفسها وهي الجريمة المنظمة عبر الوطنية، وعليه فإن كانت هاتين الظاهرتين الاجراميتين تتحددان في كونهما جريمتين دوليتين، فهل هناك ارتباط آخر بينهما؟ وهل يمكن القول بوجود علاقة تجمع بينهما؟

وهكذا، فإذا كانت هذه الدراسة تهدف بصورة أساسية إلى المساهمة في زيادة الوعي بخطورة جرمي الاتجار بالبشر والهجرة غير المشروعة، ومن تم اتخاذ الاجراءات الفعالة لمكافحتهما، وذلك من خلال إبراز جهود المجتمع الدولي وانعكاس ذلك على القوانين الوطنية عامة والتشريع المغربي على وجه الخصوص (المبحث الأول) فإنها تهدف كذلك إلى إبراز العلاقة بين هاتين الجريمتين وهي علاقة ترابط وتلاحم، فبالإضافة إلى كون الهجرة السرية تعد من بين الوسائل المهمة المساهمة في جريمة الاتجار بالبشر، فإن هذه الجريمة الأولى قد تتحول إلى الجريمة الثانية (المبحث الثاني).

وهكذا، ومن أجل الامام بهذا الموضوع، فإننا سنتطرق له ونحاول الإجابة على مختلف إشكالياته من خلال المخطط التالي:

المبحث الأول: الإطار القانوني المنظم لجرمي الهجرة غير المشروعة والاتجار بالبشر.

المطلب الأول: مكافحة المشرع الدولي لجرمي الهجرة غير المشروعة والاتجار بالبشر من خلال إصدار مجموعة من الاتفاقيات الدولية والعربية.

المطلب الثاني: انسجام نصوص التشريع الوطني المنظم لجرمي الهجرة غير المشروعة والاتجار بالبشر مع الاتفاقيات الدولية والبروتوكولات المكمل لها.

المبحث الثاني: الهجرة غير المشروعة وسيلة لارتكاب جريمة الاتجار بالبشر.

المطلب الأول: الهجرة غير المشروعة تشكل صورة عن كل عنصر من عناصر جريمة الاتجار بالبشر.

المطلب الثاني: تحول جريمة الهجرة السرية إلى جريمة الاتجار بالبشر.

المبحث الأول: الإطار القانوني المنظم لجرمي الهجرة غير المشروعة والاتجار بالبشر.

تعتبر جرمي الهجرة غير المشروعة والاتجار بالبشر جريمتين منظميتين في إطار القانون الدولي والاتفاقيات الدولية والعربية (المطلب الأول)، وكذا من خلال التشريع الوطني ومدى انسجامه مع هذه الاتفاقيات الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مكافحة المشرع الدولي لجرمي الهجرة غير المشروعة والاتجار بالبشر من خلال إصدار مجموعة من الاتفاقيات الدولية والعربية.

نظرا لخطورة موضوعي الاتجار بالبشر والهجرة غير المشروعة، لم يكن غريبا على المجتمع الدولي الاهتمام بهما، وذلك من خلال مجموعة من الاتفاقيات الدولية، لكون هاتين الظاهرتين تعتبران ظاهرتين علميتين في التطبيق

والتنظيم، حيث وضعت الأمم المتحدة مفاهيم لكل الألفاظ والعبارات التي تهتم تلك الاتفاقيات وهو الأمر الذي انعكس على مجموعة من التشريعات الوطنية للعديد من الدول.

فبالنسبة لجريمة الاتجار بالبشر كانت الاتفاقيات الدولية بشأن مكافحة الرقيق الأبيض أو استغلال النساء والأطفال في البغاء من أقدم الاتفاقيات الدولية في مكافحة هذه الجريمة، حيث كان من بين هذه الاتفاقيات اتفاقية باريس الدولية حول مكافحة الرقيق الأبيض، وفيه تعهدت الحكومات بمنع الحصول على نساء أو فتيات في الخارج بهدف غير أخلاقي، ثم عقدت اتفاقية مكافحة تجارة الرقيق الأبيض لسنة 1910 من قبل 13 دولة والتي أعادت صياغة نفس الاتفاقية السابقة، إلا أنها مددت تجريم الاتجار بالنساء لغرض الدعارة إلى داخل الحدود الوطنية. وتحت رعاية عصبة الأمم المتحدة، تم عقد اتفاقيتين دوليتين بعد ذلك لمعالجة نفس المسألة، كانت الأولى سنة 1921 الخاصة بمكافحة الاتجار بالنساء والأطفال، والثانية سنة 1933 والخاصة بمكافحة الاتجار بالنساء البالغات.

وبعد هذه الاتفاقيات، تم تحديث الاتفاقيات المتعلقة بتجريم الاتجار بالبشر وذلك من خلال بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال وهو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، والتي تبنته الأمم المتحدة سنة 2000 في باليرمو ودخل حيز التنفيذ في 25 دجنبر 2003، حيث جاء هذا البروتوكول لمنع ومكافحة الاتجار بالأشخاص مع إيلاء اهتمام خاص بالنساء والأطفال، حماية ضحايا ذلك الاتجار ومساعدتهم، مع احترام كامل لحقوقهم الانسانية، ولتعزيز التعاون بين الدول الأطراف على تحقيق تلك الأهداف¹.

وتجدر الإشارة إلى أن الدول العربية التي قامت بالمصادقة على هذا البروتوكول هي: الجزائر، البحرين، المغرب، جيبوتي، مصر، العراق، الأردن، الكويت، لبنان، ليبيا، موريتانيا، عمان، قطر، السعودية، السودان، سوريا، تونس، الإمارات العربية المتحدة، اليمن، فقط جزر القمر والصومال وفلسطين لم تصادق على البروتوكول.

بالإضافة إلى ذلك، وفي إطار الدول العربية فإن الاستراتيجية العربية بناء على مبادرة من جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية² جاءت لوضع استراتيجية عربية شاملة لمكافحة الاتجار بالبشر بالتعاون مع جامعة الدول العربية كمشروع أولي تم بالقاهرة .

وقد شكل بروتوكول منع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة 2000 مرجعيات أساسية للاستراتيجية العربية والتي ارتكزت على مجموعة من المحاور، من بينها تعزيز تدابير وإجراءات المنع وذلك من خلال جمع المعلومات والإحصاءات عن الاتجار بالبشر بالمنطقة العربية، وتجريم أشكال الاتجار بالبشر الواردة في بروتوكول منع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص إلى غير ذلك...

¹ للمزيد من الاطلاع انظر مقال صحفي منشور في جريدة الأحداث المغربية عدد 6028 بتاريخ 2016/10/13 تحت عنوان: "التحقيق في تزوير الزواج بقاصر وتهجيرها إلى دولة خليجية والاتجار بها جنسيا".

² بإبكر عبد الله الشيخ. بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، متطلبات التنفيذ والجهود المبذولة، دراسة منشورة في إطار الحلقة العلمية تحت عنوان: مكافحة الاتجار بالبشر المقامة بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض بتاريخ 21-25 يناير 2012.

وهناك أيضا الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لسنة 2010 والتي تدعو المادة 16 منها، الدول إلى تجريم ما تسميها " الجرائم المتعلقة بالجرائم المنظمة والمرتكبة بواسطة تقنية المعلومات" ومنها الاتجار بالأشخاص والاتجار بالأعضاء البشرية.

أما بالنسبة لجريمة الهجرة غير الشرعية فهناك مجموعة من الاتفاقيات الثنائية بين المملكة المغربية ودول أخرى أهمها الاتفاقية المبرمة مع كل من رومانيا، إيطاليا إسبانيا والبرتغال والتي تنظم الهجرة السرية، وكذلك الاتفاقية الدولية لحماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم والتي تتضمن حقوق جد مهمة لضمان حمايتهم حيث اعتمدت هذه الاتفاقية بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 18 دجنبر 1990 واعتمدت على مجموع المبادئ والمعايير الواردة في الاتفاقيات والمواثيق والصكوك ذات الصلة الموضوعة في إطار منظمة العمل الدولية. كالاتفاقية المتعلقة بالهجرة من أجل العمل، والاتفاقية المتعلقة بالهجرة في ظروف تعسفية وتشجيع تكافؤ الفرص والمساواة في معاملة العمال المهاجرين، والاتفاقية المتعلقة بالسخرة أو العمل القسري... مع تأكيدها على أن المشاكل الإنسانية التي تنطوي عليها الهجرة تكون أجسام في حالة الهجرة غير النظامية مع تشجيعها لاتخاذ الاجراءات الملائمة بغية منع

التنقلات السرية والاتجار بالعمال المهاجرين والقضاء عليها 1 .

بالإضافة إلى بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو كما سبق ذكره والذي اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في 15 نونبر 2000 وكذلك نجد أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة مع أنها لم تنص صراحة على النساء المهاجرات إلا أنها تساهم في حماية حقوقهن وتدخل ضمن الاتفاقيات المتعلقة بالهجرة غير المشروعة.

المطلب الثاني : انسجام نصوص التشريع الوطني المنظم لجريمتي الهجرة غير المشروعة والاتجار بالبشر مع الاتفاقيات الدولية والبروتوكولات المكملة لها.

لقد قرر دستور 1 يوليو 2011 في ديباجته مبدأ "سيادة القانون الدولي على القانون الوطني"، وذلك عندما يجعل الاتفاقيات الدولية تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية، فضلا عن ذلك يدعو الدستور السلطات المختصة إلى ملائمة هذه التشريعات مع نصوص التشريع الوطني ذات الصلة.

وكذلك، فإن الدستور المغربي ينص على كون المغرب دولة عصرية متشبثة بالمواثيق الأهمية، وفاعلة ضمن المجموعة الدولية ، بالإضافة إلى أنه جاء في المحور الثالث من ديباجته النص على دسترة كافة حقوق الإنسان كما هو متعارف عليها عالميا، بكل آليات حمايتها وضمان ممارستها. وهو ما يجعل من الدستور المغربي دستورا لحقوق الإنسان وذلك بدسترة سمو المواثيق الدولية كما صادق عليها المغرب.

فبخصوص ظاهرة الهجرة غير الشرعية، لقد حاول المشرع المغربي على الحد من تفاقم هذه الظاهرة وذلك من خلال القانون رقم 02-03 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية والهجرة غير المشروعة، وذلك بنصه في

¹ جمال الزنوري ويوسف وهابي، قانون دخول وإقامة الأجانب بالمغرب والهجرة غير المشروعة بين الاختصاصات القضائية والاتفاقيات الدولية، م س ص 123.

² الحبيب بيهي، الحدود الفاصلة بين اللجوء السياسي والهجرة غير المشروعة، م س.

³ الظهير الشريف رقم 1/03/196 الصادر بتاريخ 16 رمضان 1424 الموافق ل 11 نونبر 2003 بتنفيذ القانون رقم 02-03 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية والهجرة غير المشروعة ، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 5160 الصادرة يوم الخميس 13 نونبر 2003.

القسم الثاني من هذا القانون على الأحكام الجزية، التي تتعلق بالهجرة غير الشرعية، وبالتالي فقد خصص 7 مواد تتعلق بالجانب الجزري لهذه الظاهرة وبجميع العقوبات والغرامات التي تطبق في حالة الإخلال بأحكام هذا القانون، بالإضافة إلى العقوبات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل 294 من القانون الجنائي المغربي. ومن بين هذه النصوص نص يتعلق بالإجراءات التي تتخذ من طرف المحكمة بشأن الوسائل المستعملة في عملية الهجرة غير الشرعية إذ نصت المادة 53 على أنه: "في حالة الإدانة بسبب إحدى الجرائم المشار إليها في هذا القسم تأمر المحكمة بمصادرة وسائل النقل المستعملة في ارتكاب الجريمة سواء كانت هذه الوسائل تستعمل للنقل الخاص أو العام أو للكراء شريطة أن تكون في ملكية مرتكبي الجريمة أو في ملكية شركائهم أو في ملكية أعضاء العصابة الإجرامية، أو في ملكية أحد الأغيار يعلم أنها استعملت أو ستستعمل لارتكابها."

وفي هذا الصدد جاء قرار محكمة النقض يقرر ما يلي: "لما ثبت للمحكمة من خلال توصيل التصريح بالشراء المستخرج من مصلحة تسجيل السيارات بالجمهورية الفرنسية المرفق بمحضر الضابطة القضائية، أن المطلوبة في النقض اشترت السيارة المستعملة في عملية التهجير غير الشرعي، وقضت بإرجاعها لها دون أن تناقش الوثيقة المذكورة أعلاه، ومن غير أن تخضعها لسلطتها التقديرية للتأكد مما إذا كانت المطلوبة تمتلك السيارة المحجوزة، تكون بذلك قد أساءت تطبيق مقتضيات المادة 53 من القانون رقم 02-03، ولم تركز قضاءها على أساس قانوني سليم" 1.

ونلاحظ أنه بالرجوع إلى المادة الأولى من القانون 02-03 نجد أنه ينص على مبدأ عام وهو التزام الدولة المغربية بمراعاة مفعول الاتفاقيات الدولية المنشورة بصفة رسمية، ومن هنا يتبين لنا مدى سمو الاتفاقيات الدولية وملائمتها عن القانون الوطني، وذلك من خلال الاتفاقيتين والبروتوكول المتعلق بالهجرة غير الشرعية، حيث نجد مثلا أن الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم تتلائم والقانون رقم 02-03 فيما يخص المادتين التاسعة والعاشر من هذه الاتفاقية التي تنص على الحماية القانونية لحق الحياة بالنسبة للعمال المهاجرين وأفراد أسرهم وتمنع تعريضهم للتعذيب أو المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية. فالمادة 29 من القانون 02-03 تمنع إبعاد أي أجنبي نحو بلد إذا أثبت أن حياته أو حريته معرضتان فيه للتهديد أو أنه سيتعرض فيه للمعاملات غير الإنسانية أو القاسية أو المهينة مع سكوتها عن التعذيب 2، بالإضافة إلى مجموعة من مواد هذه الاتفاقية التي تتلائم ومواد القانون رقم 02-03 ونفس الأمر بالنسبة للاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين والبروتوكول المكمل لها.

أما بالنسبة لجريمة الاتجار بالبشر، فقد قام المشرع المغربي بسن القانون رقم 27-14 يتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر، وذلك بتتيمم أحكام الباب السابع من الجزء الأول من الكتاب الثالث من مجموعة القانون الجنائي المصادق عليه بالظهير الشريف رقم 1.59.413 بتاريخ 28 جمادى الآخرة 1382 (26 نونبر 1962) بالفرع السادس في الاتجار بالبشر.

وقد نص في المادة الأولى أي الفصل 1-448 على مفهوم وتعريف الاتجار بالبشر، ويتبين أنه نفس التعريف المنصوص عليه في المادة 3 من بروتوكول الاتجار بالبشر وخاصة النساء والأطفال، ومن الواضح أن مشروع القانون

¹ قرار محكمة النقض عدد 1085، ملف جنحي عدد 1584/6/3/2014 بتاريخ 10/09/2016 منشور بمنشورات مجلة العلوم القانونية والقضائية، المنتقى من عمل محكمة النقض في المادة الجنائية العدد 3/2016 ص 166.

² جمال الزنوري ويوسف وهابي، قانون دخول وإقامة الأجانب بالمغرب والهجرة غير المشروعة بين الاختصاصات القضائية والاتفاقيات الدولية، م س.

المتعلق بهذه الجريمة يتبع بروتوكول الأمم المتحدة وذلك لكون المغرب قد صادق عليه إلى جانب الدول العربية الأخرى. وهذا ما دفع به إلى ملائمة مقتضياته مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية الخاصة بالاتجار بالبشر.

المبحث الثاني : الهجرة غير المشروعة وسيلة لارتكاب جريمة الاتجار بالبشر.

تعتبر جريمة الهجرة غير الشرعية وسيلة لارتكاب جريمة الاتجار بالبشر من خلال العناصر المكونة لمفهوم هذه الأخيرة (المطلب الأول) وكذا من خلال تحول جريمة الهجرة غير الشرعية إلى جريمة الاتجار بالبشر (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الهجرة غير المشروعة تشكل صورة عن كل عنصر من عناصر جريمة الاتجار بالبشر.

تعرف المادة 3 من بروتوكول الأمم المتحدة لمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الاتجار بالبشر من خلال ثلاثة عناصر أساسية مكونة له وهي: 1 الفعل، 2 الوسيلة، 3 الغرض .

هذه العناصر تحيلنا إلى جريمة الهجرة غير الشرعية بحيث تشكل هذه الأخيرة صورة عن كل عنصر من هذه العناصر المكونة لمفهوم جريمة الاتجار بالبشر.

وبالتالي سنقوم بتحليل العناصر المكونة لمفهوم جريمة الاتجار بالبشر من خلال المادة 3 من بروتوكول الأمم المتحدة كما يلي :

- **العنصر الأول : الفعل :** يتمثل في تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقيطهم أو إيوائهم أو استقبالهم، وهذا الفعل أي النقل أو التنقل هو نفس الفعل الذي يتم في جريمة الهجرة غير الشرعية، حيث يتم نقل أو تنقل أشخاص (مهاجرين) من بلد إلى آخر والقيام بتسليمهم وذلك يمكن أن يكون بمساعدة أعوان أو مستخدمين عاملين في النقل البري أو البحري أو الجوي، ونلاحظ أن المادة 52 من القانون 02-03 المتعلق بإقامة الاجانب والهجرة غير الشرعية تنص على نفس هذا العنصر ألا وهو الفعل، أي نقل أشخاص مغاربة كانوا أو أجانب بصفة سرية، إلى التراب المغربي أو خروجهم منه، وذلك بنقلهم مجاناً أو بعوض.

وهذا ما يجعل عنصر الفعل المنصوص عليه في المادة 3 من بروتوكول الأمم المتحدة المتعلق بمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالبشر يحيلنا إلى نفس الفعل المنصوص عليه في القانون 02-03 .

- **العنصر الثاني : الوسيلة :** تساعد على تحقيق الفعل (التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة الاستضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر)، فهذا العنصر الثاني من العناصر المكونة لمفهوم الاتجار بالبشر المنصوص عليه في البروتوكول، يشار إليه في حالات الهجرة غير الشرعية، وذلك من خلال استغلال حالة الاستضعاف التي يمر بها الشخص الذي يريد أن يغادر التراب الوطني الشيء الذي يمكن من استغلاله، فعامل الاستضعاف هو عامل أساسي في كل من الجريمتين، حيث يمكن تعريفه بوصفه تلك الحالة الناتجة عن الطريقة السلبية التي يتعرض لها الأفراد للتفاعل المعقد بين العوامل الاجتماعية والثقافية والاقتصادية

والسياسية والبيئية التي تشكل سياق مجتمعاتهم المحلية 1 . بالإضافة إلى إعطاء أو تلقي المبالغ المالية وذلك للقيام بالهجرة إلى بلد آخر .

العنصر الثالث : الغرض : وهو الاستغلال، حيث نلاحظ أن بروتوكول الاتجار بالأشخاص لا يعرف الاستغلال وإنما يقدم قائمة غير حصرية بالأغراض الاستغلالية، تشمل استغلال دعارة الغير وسائر أشكال الاستغلال الجنسي والسخرة والخدمة قسرا والاسترقاق والممارسات الشبيهة بالرق والاسعباد ونزع الأعضاء.

وهذا الاستغلال يمكن أن يحيلنا كذلك على جريمة الهجرة غير الشرعية، وذلك عندما يستغل شخص أو مجموعة من الأشخاص الفرد الذي يريد الهجرة عن طريق غير شرعي.

وبالتالي، يتبين لنا من خلال تحليل هذه العناصر الثلاثة لجريمة الاتجار بالبشر أن كل عنصر من عناصرها يشكل صورة من جريمة الهجرة غير الشرعية.

المطلب الثاني : تحول جريمة الهجرة غير الشرعية إلى جريمة الاتجار بالبشر.

على الرغم من الاختلاف الظاهر بين جريمتي الهجرة غير الشرعية والاتجار بالبشر، إلا أنه وكما سبق، فإن الأولى قد تشكل وسيلة لارتكاب الثانية، فقد يستغل المتاجرون بالبشر المهاجرين لتسهيل ارتكابهم لجريمة الاتجار بالبشر، ومن ثم تتحول جريمة الهجرة غير الشرعية إلى جريمة الاتجار بالأشخاص، فالعديد من ضحايا هذه الجريمة الأخيرة يبدوون رحلتهم بموافقتهم على تهريبهم أو تنقلهم سرياً، ثم يتم استغلالهم لأغراض مختلفة بعد تعرضهم للخداع أو الاكراه أو الابتزاز، أو استغلال حاجتهم وضعفهم. فيتحولون من مهاجرين مرتكبين لجريمة الهجرة غير الشرعية إلى ضحايا في جريمة الاتجار بالأشخاص 2 .

وبالإضافة إلى كون الجريمتين يتشابهان في كونهما جريمتين منظمتين عبر الوطنية، فإنهما يتشابهان كذلك في كون جريمة الاتجار بالبشر تنطوي على تشكل غير مشروع من أشكال التطويق أو الاستغلال لسلطة ما، كما أن جريمة الاتجار بالأشخاص لا بد وأن تتم لأجل غرض استغلالي، على الرغم من أنه لا يلزم أن يتحقق هذا الغرض حتى تقوم جريمة الاتجار بالأشخاص 3.

وتتميز جريمة الاتجار بالأشخاص عن جريمة تهريب المهاجرين من حيث عائدات الجريمة والقوة الاقتصادية التي تدفع الجرمين إلى ارتكاب الجريمة، إذ تعتبر العائدات التي يتم الحصول عليها من خلال استغلال الضحايا في البغاء أو العمل القسري هي مصدر الربح الأساسي في جريمة الاتجار بالأشخاص، أما في جريمة الهجرة غير الشرعية، فإن العائد المادي الذي يحصل عليه الجناة، فإنه يقتصر على أجرة التهريب التي يدفعها المهاجر إزاء وصوله إلى جهته المقصودة، وهذا بخلاف وضع كل من الضحية والجاني في جريمة الاتجار بالبشر.

¹ مؤتمر الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية فيينا 16-17 نونبر 2015.

² بابكر عبد الله، م س ص 61

³ مذكرات الأمم المتحدة السامية لحقوق الانسان والأمم المتحدة لرعاية الطفولة والمنظمة الدولية للهجرة على مشاريع البروتوكولات المتعلقة بتهريب المهاجرين والاتجار بالأشخاص، الموضوع من طرف اللجنة المختصة لوضع اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة الدولية، الدورة الثامنة، فيينا 21 أكتوبر و 3 مارس، وثيقة

وعلى الرغم من التداخل بين الجريمتين الذي يسهل ارتكاب جريمة الاتجار بالأشخاص، إلا أن هذا التداخل يشكل عقبة أمام أجهزة العدالة، وأمام مقدمي خدمات الرعاية الاجتماعية لضحايا الاتجار بالأشخاص، فهذا التداخل يشكل صعوبة في تكييف السلوك عما إذا كانت الحالة التي يتلقونها تندرج في نطاق تهريب المهاجرين أم في نطاق الاتجار بالأشخاص.

وعلى هذا، ورغم الاختلافات التي سبق وذكرناها بخصوص الجريمتين فإن التفرقة بينهما تبقى في غاية التعقيد، وتسبب الارباك، إذ يشمل الاتجار بالبشر غالباً تهريب الضحايا فالضحية قد توافق مبدئياً على نقلها عبر حدود الدولة، مما يتطلب التمييز بين النشاطين توفر معلومات مفصلة حول ظروف الضحية النهائية¹. ويلاحظ أنه في الواقع العملي، تقوم أجهزة الملاحقة والعدالة في البداية، باتخاذ الاجراءات والتدابير المتعلقة بجريمة تهريب المهاجرين، فإن ظهرت أدلة إثبات تفيد وقوع جريمة الاتجار بالبشر، فإن إجراءات التحري تتحول وتتجه إلى التحري في جريمة الاتجار بالأشخاص، وتتخذ الاجراءات والتدابير التي ينص عنها البروتوكول الخاص بالاتجار بالبشر، حيث يجب توفير الحماية وتقديم خدمات المساعدة لضحايا الاتجار بالبشر إن ثبت وقوعهم ضحايا لهذه الجريمة في المحصلة النهائية للإجراءات، فيتحولون بالتالي من مرتكبي جريمة الهجرة غير الشرعية إلى ضحايا جريمة الاتجار بالبشر.

خاتمة :

لقد أصبحت ظاهرتي الاتجار بالبشر و الهجرة غير الشرعية من الظواهر الخطيرة، ذلك انها تأخذ أشكالاً مختلفة كالهجرة بالأطفال و عقود السفر الوهمية ، و جوازات السفر المزورة ، الى غير ذلك من الاساليب والأشكال ، فلقد اوضح احد التقارير² أن عدد المهاجرين بصورة غير شرعية الى اسرائيل من الأفارقة شرق و غرب افريقيا سنويا 12000 ، منهم 4000 افريقي من شرق السودان بالبر ، وان الهجرة غير الشرعية من غرب افريقيا حوالي 600 مهاجر سنويا الى ليبيا و الذين يتم الاتجار بهم عبر الحدود الدولية و هم حوالي 900 الف فرد، منهم % 80 من النساء ، و % 70 تتم المتاجرة بهم لأغراض جنسية ، و ان ضحايا الاتجار بالبشر في العالم حوالي 3 مليون سنويا 1مليون طفل و %5 من الاطفال الذين يتم الاتجار بهم . و قد أوضح هذا التقرير أن ارباح الاستغلال الجنسي للأطفال و النساء في العالم 28 مليار دولار في عام 2009 وضحايا الاتجار بالبشر في الولايات المتحدة الأمريكية هو بين 14500 و 17500 شخصا.

لذا فإنه مما لا شك فيه أن الاتفاقيات الدولية والبروتوكولات المكملة لها، بالإضافة إلى القوانين الداخلية، لمكافحة جرمي الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية، تمثل خطوات ضرورية ومهمة، وإن كانت غير كافية لمواجهة هاتين الظاهرتين اللتين تعتبران من أخطر الجرائم بسبب تعدد مظاهرها وآثارهما، والتي جعلت من الانسان سلعة. لذا وجب اتخاذ تدابير وإجراءات أخرى من أجل مكافحة هاتين الظاهرتين والحد منهما، وأهم هذه التدابير والتي نراها ضرورية ما يلي :

1- إن البروتوكولات والاتفاقيات الدولية تطلب التعاون بين الدول الأطراف فيها، إلا أنه ليس هناك ما يمنع التعاون حتى مع الدول غير الأطراف في البروتوكول أو التي لا توجد بينها اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف، وذلك

¹ لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية، الدورة 20، حماية الأطفال في العصر الرقمي، إساءة استخدام التكنولوجيا في سوء المعاملة والاستغلال الجنسي للأطفال، 21 يناير 2011 وثيقة رقم E/CN/15/2011/2.

² تقرير صادر عن مركز دراسات الهجرة والتنمية والسكان بجهاز تنظيم شؤون السودانيين العاملين بالخارج .

تأسيسا على مبدأ المعاملة بالمثل والمعاملة الدولية، لأن هذا التعاون من شأنه مكافحة هذا النوع من الجرائم مما يحقق العدالة ويعزز الاستقرار محليا ودوليا.

2- تعاون المنظمات الدولية والمنظمات غير الحكومية مع الدول، وفيما بين هذه الدول من أجل ملاحقة القائمين على تجارة الأشخاص وتهريبهم، وتقديمهم للعدالة، وحماية الضحايا وإعادة دمجهم في المجتمع.

3- إعطاء الأولوية للإجراءات الوقائية وخاصة ما يتعلق بالأطفال الذين لا يكون لديهم معلومات عن الاتجار بالأشخاص فيكون من اللازم تعليمهم وتزويدهم بالمعلومات الضرورية حتى يكون على بينة من حقوقهم.

4- تعزيز التدابير وإجراءات منع ارتكاب الجريمتين من خلال جمع المعلومات والإحصاءات عنهما، وتشجيع إجراء البحوث العلمية والميدانية عن الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية.

5- وضع السياسات والبرامج المتعلقة بمنع الهجرة السرية ومنع الاتجار بالبشر والعمل على نشر الوعي المجتمعي والتثقيف بأبعاد وخطورة الجريمتين، وإدراج ثقافة مناهضتهما.

6- مواجهة الأسباب الجذرية المؤدية على ارتكاب الجريمتين كالعنصرية والفقر، والتمييز على أساس الجنس.

7- تجريم كافة صور وأشكال الاتجار بالبشر الواردة في بروتوكول منع ومعاينة الاتجار بالبشر وخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

8- ضمان كفاءة التحقيق والتحريات والاتهام والمحاكمة وتناسب العقوبات.

9- ضمان وجود الإطار التشريعي اللازم لحماية ضحايا الجريمتين بصورة شاملة من خلال تقديم المساعدة لهم، وحمايتهم من إعادة الوقوع في براثن المتاجرين، وضمان عدم تعرض الجاني عليهم للمساعدة الجنائية في حالة وقوعهم ضحايا المتاجرين.

10- تعزيز التعاون الإقليمي والدولي في مجال الهجرة غير الشرعية ومكافحة الاتجار بالبشر.

11- تعزيز القدرات المؤسسية الوطنية .

12- صياغة قوانين نموذجية عربية وضمان نشرها وتطبيقها.

13- تحسين ظروف التعليم ونظام المدارس، وخلق فرص الشغل، والترويج للمساواة في الحقوق وتثقيف المجتمعات المستهدفة، وتعريفها بحقوقها القانونية وخلق فرص حياة أفضل وأوسع.

✓ لائحة المصادر والمراجع :

- جمال الزنوري ويوسف وهابي، قانون دخول وإقامة الأجانب بالمغرب والهجرة غير المشروعة بين الاختصاصات القضائية والاتفاقيات الدولية، مقال منشور بمجلة الملف العدد 7 أكتوبر 2005 الجديدة .

- بابكر عبد الله الشيخ، بروتوكول منع وقمع ومعاينة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، متطلبات التنفيذ والجهود المبذولة، دراسة منشورة في إطار الحلقة

العلمية تحت عنوان : مكافحة الاتجار بالبشر المقامة بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض بتاريخ 21-25 يناير 2012.

- الحبيب بيهي، الحدود الفاصلة بين اللجوء السياسي والهجرة غير المشروعة، مقال منشور بمجلة القانون المغربي، العدد 6 يوليوز 2004، مطبعة دار السلام، الرباط .

- ندوة علمية تحت عنوان " الهجرة غير الشرعية : الأبعاد الأمنية والانسانية" المنظمة بمشاركة جامعة الحسن الأول بالدار البيضاء وجامعة نايف للعلوم الأمنية بالتعاون مع المنظمة الدولية للهجرة، أيام 4، 5، 6 فبراير 2015 بقصر المؤتمرات بالصخيرات، المغرب.

- الندوة القضائية المغربية المصرية حول موضوع " مواجهة تحديات الأحكام الدولية في مجال مكافحة جرائم الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية" بالتعاون بين المجلس الأعلى بالمغرب ومحكمة النقض المصرية، 27 ماي 2010.

- مقال صحفي منشور في جريدة الأحداث المغربية عدد 6028 بتاريخ 13/10/2016 تحت عنوان: " التحقيق في تزوير الزواج بقاصر وتهجيرها إلى دولة خليجية والاتجار بها جنسيا".

- الظهير الشريف رقم 1/03/196 الصادر بتاريخ 16 رمضان 1424 الموافق ل 11 نونبر 2003 بتنفيذ القانون رقم 02-03 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية والهجرة غير المشروعة ، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 5160 الصادرة يوم الخميس 13 نونبر 2003.

- قانون رقم 27-14 المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر. جريدة رسمية عدد 6501 بتاريخ 19/09/2016 .

- قرار محكمة النقض عدد 1085، ملف جنحي عدد 1584/3/6/2014 بتاريخ 10/09/2016 منشور بمشورات مجلة العلوم القانونية والقضائية، المنتقى من عمل محكمة النقض في المادة الجنائية العدد 3/2016 .

- مؤتمر الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية فيينا 16-17 نونبر 2015.

- مذكرات الأمم المتحدة السامية لحقوق الانسان والأمم المتحدة لرعاية الطفولة والمنظمة الدولية للهجرة على مشاريع البروتوكولات المتعلقة بتهريب المهاجرين والاتجار بالأشخاص، الموضوعة من طرف اللجنة المختصة لوضع

اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة الدولية، الدورة الثامنة، فيينا 21 أكتوبر و 3 مارس، وثيقة رقم A/AC.254/27

- لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية، الدورة 20، حماية الأطفال في العصر الرقمي، إساءة استخدام التكنولوجيا في سوء المعاملة والاستغلال الجنسي للأطفال، 21 يناير 2011 وثيقة رقم E/CN/15/2011/2 .

راهنية مقارنة موضوع نجليات القانون التجاري على المقاولات العمومية - العقود التجارية نموذجاً



إعداد الحسن رقيب : أستاذ باحث

جامعة محمد الخامس بالرباط

كلية العلوم القانونية سلا - المغرب

نص المشرع في مدونة التجارة في الكتاب الأول / القسم الرابع / الباب الثالث (الذي أضيف إلى مدونة التجارة بمقتضى قانون 32.10 الصادر بتنفيذه ظ ش رقم 1.11.147 بتاريخ 2011/08/17 - الجريدة الرسمية 5984) وبالضبط في المادة 1-78 التي نصت على آجال الأداء بين التجار، وكذلك على خضوع الأشخاص المعنوية الخاصة الخاضعة للقانون الخاص المفوض لهم تسيير مرفق عام، و الأشخاص المعنوية العامة الخاضعة للقانون العام عند إبرامهم للمعاملات التجارية لهذه الآجال، بشرط مراعاة القواعد المنظمة لنشاط المرفق العام.

الشيء الجديد و الفريد و المدعم لفكرة الموضوع هو ما جاء به القانون 49.15 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.16.128 بتاريخ 25/8/25 (جريدة رسمية 6501 صفحة 6647) المعدل و المتمم للمدونة التجارية و الذي عدل المادة 1-78 بحيث نصت على خضوع الأشخاص المعنوية للأجال الخاصة بالأداء ... إلا أن الجديد هو أن المشرع عند تحديده لأشخاص المعنوية العامة الخاضعة لهذه الآجال...استعمل مصطلح المؤسسات العمومية التي تمارس بصفة اعتيادية أو احترافية للأنشطة التجارية المنصوص عليها في المدونة (المادة 6 و 7..).

هذا التعديل اعتراف من المشرع بممارسة المؤسسات العمومية الاقتصادية للأعمال التجارية الواردة في المواد 6 و 7 و 9 و 10 من م ت، وكذلك إخراج المرافق العامة الاقتصادية من ورطة مراعاة الأحكام المنظمة للمرافق العامة (كما كان تنص المادة 1-78 السابقة). و كذلك بداية الطريق نحو تخصيص أحكام خاصة بالأعمال التجارية للمؤسسات العامة الاقتصادية.

تقديم :

قبل أن يصل بها الأمر إلى ما هي عليه في الوقت الراهن، حيث أصبحت تحضى بتنظيم خاص يتلاءم مع التحولات الاقتصادية والقانونية للمغرب، ويساير - إلى حد ما - متطلبات عولمة التجارة والاقتصاد، لم يكن للتجارة ببلادنا الشأن الكبير الذي لها اليوم باعتبارها إحدى رافعات الاقتصاد الوطني.

تأسيسا على ذلك، فقد كان من الضروري أن يتم العمل على تنظيم مجالات الإنتاج والتوزيع والاستهلاك بواسطة التشريع، حتى لا يترك أمر تداول الأموال التي تستثمر في النشاط التجاري أو الصناعي بمفعول الظواهر التي توجه الحياة الاقتصادية في مفهومها الكلاسيكي، لما يمكن أن يترتب على ذلك من أزمات اقتصادية.

مما لاشك في أن معظم معاملات التجار، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين، تتم عن طريق العقود التي ما فتئت تؤكد أهميتها الحيوية ودورها الفعال ليس فقط على مستوى التجارة الداخلية، ولكن أيضا على صعيد التجارة الدولية.

إذا كانت العقود المدنية قد استقطبت عناية التشريعات المقارنة فعملت على صيغتها في مدوناتها المدنية، فإنها تدخلت أيضا بدرجات متفاوتة من أجل تنظيم العقود التجارية في قوانينها الجارية، نستحضر منها مثلا قانون التجارة المصري الذي أولى عناية للعقود التي تعرفها الممارسة بكثرة، كعقد نقل التكنولوجيا، والرهن التجاري، والوكالة التجارية، والوكالة بالعمولة، والسمسرة، والنقل وغيره...، إلى جانب العقود البنكية.

وكذلك المجلة التجارية التونسية التي أفرزت كتابها الخامس للعقود البنكية والعقود التجارية الأخرى، ولم تحذ عن هذا المنحى مدونة التجارة المغربية وإن لم تلتفت إلى العقود التجارية المهمة كالترخيص التجاري، والاعتماد المستندي، إلا أنها في المقابل احتوت أبرز العقود التجارية حيث عالجت معظمها في الكتاب الرابع، وتناولت بعضها في الكتاب الثاني.

تجدر الإشارة إلى أن الساحة التشريعية أفرزت مجموعة من القوانين منها مثلا قانون الخوصصة، القانون البنكي وغيرها من القوانين، والتي تكللت بخروج مدونة القانون التجاري القديم لسنة 1913 .

هكذا جاءت مدونة التجارة لتنظم القواعد المتعلقة بالعقود التجارية، إلى جانب الأعمال التجارية والتجار... استنادا إلى قوانين وأعراف وعادات التجارة أو القانون المدني على أساس ألا تخالف قواعده مبادئ القانون التجاري، وزعت على خمسة كتب: التاجر، الأصل التجاري، الأوراق التجارية، صعوبة المقاول، والعقود التجارية التي تطرق لها المشرع في الكتاب الرابع، ومن خلال هذا ستنبص دراستنا على كل من عقدي السمسرة والوكالة بالعمولة في نقل البضائع .

بالرغم من حرص جل القوانين التجارية المقارنة وكذا مدونة التجارة المغربية على ضبط وتنظيم العقود التجارية، لم تعنى بصياغة تعريف للعقد التجاري، واقتصرت فقط على تنظيمه.

كما هو معلوم أن الدولة ازداد دورها اليوم من خلال تدخلها في الحياة الاقتصادية والاجتماعية للأفراد¹، بحيث أنها تسعى من خلال مرافقها المختلفة إلى تحقيق المصلحة العامة²، الشيء الذي يسمح لها بالاستفادة³ من تطبيق جميع القوانين باعتبارها سلطة عامة⁴، وذلك تماشياً مع الحفاظ على هذه المنفعة.

إلا أن المشرع تدخل ووضع مساطر لابد للإدارة من احترامها ويتعلق الأمر في هذا السياق برسوم الصفقات العمومية⁵ الصادر بتاريخ 20 مارس 2013⁶.

من هنا نتساءل عن مدى إمكانية قيام المرافق العامة بإبرام العقود التجارية، وحتى وإن تعاملت بهذا النوع من العقود فمأهو القانون الواجب التطبيق على هذه المعاملات؟ فهل ستحافظ على نفس الشروط التي رسمها المشرع في مدونة التجارة، وبالتالي ينعد الاختصاص للقاضي التجاري طبقاً للمادة الخامسة من قانون 15.95⁷؟ أم أنه بالرغم من سماتها التجارية تحافظ المحاكم الإدارية طبقاً لقانون 41.90⁸ على الاختصاص بالنظر في النزاعات الناشئة في المؤسسة العمومية ذات الطابع التجاري؟

المحور الأول : مدى توفر العقود التجارية في المرافق العمومية :

إن مصطلح المرفق العام يستعمل للدلالة على معنيين اثنين، الأول عضوي و الآخر مادي، بحيث يقصد بالمرفق العام و فق للمعنى العضوي تلك المنظمة أو الهيئة أو الجهاز العمومي الذي يمارس النشاط ذا النفع العام، كالمستشفيات و المحاكم...إلخ، أما المعنى المادي للمرفق العمومي فيقصد به النشاط أو العمل الذي تمارسه السلطة العامة بهدف تحقيق المصلحة العامة كالتعليم و العدالة..إلخ.

إستعمل القضاء هذا الإصطلاح في مجموعة من قراراته، بحيث أن فكرة المرفق العام من إبتداع القضاء الإداري الفرنسي، الذي يعود له الفضل في إبراز معالته، إلا أنه لم يكلف نفسه عناء إعطاء تعريف للمرفق العام فاسحا المجال للفقه.

¹ - محمد الأعرج ، القانون الإداري المغربي الجزء الأول، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، طبعة 2010، ص 297.

² - خالد انطيطح ، رقابة القضاء الإداري على الصفقات العمومية ، رسالة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة مولاي إسماعيل ، كلية الحقوق ، مكناس ، برسم السنة الجامعية 2010/2011 ، ص 9.

³ - محمد كرامي، القانون الإداري، بدون مطبعة ، طبعة 2000 ص 259.

⁴ - يونس وحالو ، الصفقات العمومية و التنمية المحلية ، رسالة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، بجامعة مولاي إسماعيل مكناس ، برسم السنة الدراسية 2010/2011 ص 79.

⁵ - مليكة الصروخ، الصفقات العمومية في المغرب، الطبعة الثانية 2012، مطبعة النجاح الجديدة ، ص.10.

⁶ - مرسوم رقم 2.12.349 صادر في 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013).

⁷ - القانون رقم 15.95، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح غشت 1996)، والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996) عدد 4418 صفحة 2187.

⁸ - القانون رقم 90.41، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-91-225 بتاريخ 22 من ربيع الأول 1414 (10 شتنبر 1993) والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414 (3 نونبر 1993) صفحة 2168.

هذا الأخير الذي لم يعطي تعريفا واحدا للمرفق العام، بحيث تعددت التعريفات الفقهية للمرفق العام، هذا الاختلاف الناتج عن اختلاف مرجعيات الفقهاء، وسيتم الاقتصار على بعض التعريفات:

عرفه أندري دولودير بأنه " نشاط تباشره سلطة عامة بقصد الوفاء بحاجة ذات مصلحة عامة".

أما الأستاذ "أحمد بوعشيق" فقد عرفه بأنه " النشاط الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، يدار من قبل الأشخاص العمومية أو الأشخاص الخاصة أو معا و تتمتع ببعض امتيازات السلطة العامة".

يتضح من خلال هذين التعريفين أن نشاط المرفق العام يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، بل إنها عنصر مميز له سواء كانت مادية أو معنوية.

إلا أن شرط المصلحة العامة وإن كان أساسيا لقيام مرفق عام فإنه غير كاف إذ لا بد من قيام الأشخاص العامة بالنشاط أو جعله تحت إشرافها، والدليل في ذلك أن هناك مجموعة من المشاريع الخاصة، التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.

انطلاقا مما قيل أعلاه، فإنه من المنطقي أن يكرس المشرع هذا الاختلاف بين المرافق العامة أو تلك التي ينشئها الخواص، هذا التكريس انصب بالأساس على القوانين المنظمة لكل قطاع من القطاعين (العام و الخاص)، فإذا كان القانون الخاص ينظم العلاقات التي يكون أطرافها أشخاص عادية معنوية أو ذاتية فإن القانون العام ينظم مختلف العلاقات التي يكون أحد أشخاصها على الأقل شخصا عاما.

هذا القانون الأخير الذي يتميز بطول المساطر ودقتها بل حساسيتها، وذلك يعود إلى كون المال الذي هو تحت إشراف هذه المرافق، هو مال عام و ليس مالا لهؤلاء الذين يتصرفون فيه، لهذا وضع المشرع ضوابط عدة لحماية له.

من المعلوم أن الإدارة تستعمل مجموعة من الوسائل القانونية للقيام بنشاطها على الوجه الأكمل وهي القرارات و العقود التي تقوم بها الإدارة هذه الأخيرة هي عقود إدارية تخضع لمرسوم الصفقات العمومية رقم 349-12-12.

بالتصفح في مواد هذا المرسوم نجد بأنه قد نص في المادة 02 منه على مجال التطبيق كما أنه في المادة 03 و 31، تحدث عن الإستثناءات الواردة على المرسوم بحيث إستثنى الفقرة 1 من المادة 03، الاتفاقيات أو العقود المبرمة وفقا لأشكال وحسب قواعد القانون العادي.

بالتمعن في هذه المادة نجد بأن المشرع قد سمح للإدارة أن تبرم عقود كباقي الأشخاص الخاصة، الشيء الذي يدفعنا للتساؤل عن مدى إمكانية قيام الأشخاص العامة بإبرام عقود تجارية خصوصا و أن محكمة الاستئناف التجارية بفاس أقرت القاعدة التالية :

¹ - مرسوم رقم 349-12-2، صادر في 8 جمادى الأولى (1434) 20 مارس 2013 يتعلق بالصفقات العمومية، جريدة الرسمية عدد 6140، 23 جمادى الأولى 1434/4) أبريل 2013) ص.3023.

"إن النشاط الذي تمارسه الوكالة المستقلة الجماعية لتوزيع الماء والكهرباء بقصد المضاربة و تحقيق الربح هو نشاط تجاري وفق مقتضيات البند 17 من المادة 06 من مدونة التجارة و عقد توريد السلع مقابل ثمن معين الذي تبرمه مع الخواص لا يعتبر عقدا إداريا لعدم تضمنه شروطا غير مألوفة في عقود الخواص"¹.

الوكالة المستقلة ما هي إلا طريقة من طرق تسير المرافق العامة، من هنا يمكن الجزم بأن المرافق العامة تقوم بإبرام عقود تجارية.

كما أن المادة 06 من البند 17 اعتبرت أن تزويد الماء والكهرباء والغاز عمل تجاري إذا توفر فيه شرط الاعتياد والإحتراف².

بالرجوع إلى البند 13 من المادة 4 من مرسوم الصفقات العمومية، نجد أن المشرع المغربي قد نص على أن الصفقات " هي عقود بعوض تبرم بين صاحب المشروع من جهة و شخص ذاتي أو اعتباري من جهة أخرى، يدعى مقاولا أو موردا أو خدماتيا، و تهدف إلى تنفيذ أشغال أو تسليم توريدات أو القيام بخدمات، كما أن المشرع المغربي قد عرف صفقات التوريد³.

من هنا نتساءل لماذا القضاء في الحكم أعلاه لم يعطي لعقد التوريد الصبغة الإدارية برغم من إبرامه من طرف شخص عام؟

إن الجواب القضائي في هذا الإطار كان واضحا بحيث أن غياب الشروط الاستثنائية جعله عقدا تجاريا و الاختصاص فيه يعود للمحاكم التجارية، لأن المشرع المغربي قد أقر مجموعة من الامتيازات للإدارة المتعاقدة حماية للمال العام، من إمكانية فسخ للعقد سلطة الحلول مكان المتعاقد، إذا تقاعست في القيام بالتزاماته... إلخ و كل ذلك دون اللجوء للقضاء باعتباره سلطة عامة، مقابل مجموعة من الامتيازات للطرف المتعاقد معها، خصوصا تلك التي أقرها القضاء⁴.

نظرا لكثرة العقود التجارية الذي نص عليها المشرع في مدونة التجارة سنقتصر على رسم تجليات عقد السمسرة (أولا) و الوكالة بعمولة للنقل (ثانيا) على المرافق العامة.

¹ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 460 الصادر بتاريخ 2002/04/18 ملف عدد 02/447.

² - المادة 06 من قانون 95.15 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 83.96.1 الصادر في 15 من الربيع الأول 1417 جريدة الرسمية 13 جمادى الأولى (3 أكتوبر 1996 عدد 4415 ص 2187).

³ - الفقرة الثانية من البند 4 من المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

⁴ - نظرية فعل الأمير، الصعوبات المادية غير المتوقعة، الظروف الطارئة، القوة القاهرة.

أولاً : تجليات عقد السمسرة في المرافق العامة :

إن المشرع المغربي قد عرف السمسرة بموجب أحكام المادة 405 من مدونة التجارة، كما أن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء قد عرفته بأنه: "عقد يلزم بمقتضاه السمسار بإرشاد الطرف الآخر إلى فرصة للتعاقد في مفاوضات التعاقد و ذلك مقابل أجر"¹.

هذا التعريف القضائي ينطبق إلى حد كبير على عقد السمسرة الذي تقوم به الإدارة في إطار الصفقات العمومية لأن التعريف القضائي تحدث عن مجرد الإرشاد بوجود فرصة للتعاقد، في حين أن المشرع أقر بالبحث عن شخص آخر لربط علاقة تعاقدية بينه و بين الطرف الذي كلف السمسار²، مما يجعل إمكانية التعاقد حاضرة بشكل كبير في تعريف المشرع في حين أنها تبقى مرتبطة بمدى استجابة هذا الشخص للشروط التي ينص عليها نظام الاستشارة المنصوص عليه في قانون الصفقات العمومية³.

إن المشرع المغربي قد ألزم صاحب المشروع بنشر الإعلانات عن طلب العروض في بوابة الصفقات العمومية، وكذلك في جريدتين ذات توزيع وطني على الأقل⁴ كل ذلك بهدف إخبار كل من يعنيه الأمر لكي يلجأ إلى المنافسة و حماية للشفافية.

لكن في حالات عدة يمكن أن لا يؤدي هذا الإعلان إلى وجود عدد كبير من المتنافسين، الشيء الذي يدفع صاحب المشروع إلى الأمر بإجراء سمسرة لأن كلما إرتفع عدد المتنافسين، إزدادت حرية صاحب المشروع في الاختيار تماشياً مع أفضل العروض على المستوى التقني و المالي.

هذا ما أكدته المحكمة الإدارية بأكادير حيث نفت على القاعلة التالية: "يحق للسلطة المختصة أن تأمر عند الاقتضاء بإعادة إجراء السمسرة من تبت قلة المشاركين في الصفقة وعدم كفاية المبلغ المعروض"⁵.

ثانياً : تجليات عقد الوكالة بالعمولة للنقل في المرافق العامة :

إن المشرع المغربي قد تحدث عن عقد الوكالة بالعمولة في نقل البضائع من المادة 430.1 إلى المادة 430.6 من مدونة التجارة، كما أنه نص على إخضاعها لباقي المواد المنصوص عليها من المواد 422 إلى 430 كما أن نقل الأشياء قد نظمها من المادة 445 إلى المادة 475.

إن المرافق العامة تقوم بإبرام عقود تجارية للنقل خصوصاً المكتب الوطني للسكك الحديدية الذي له مهمة النقل باعتباره مؤسسة عامة، وحيث إن العقود التي يبرمها هي عقود تجارية، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في أحد

¹ - قرار رقم 2991 صدر بتاريخ 19/05/2009 ملف 13/2009/1879

² - المادة 05 من مدونة التجارة.

³ - المادة 18 من المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

⁴ - البند 2 من المادة 20 من مرسوم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

⁵ - محكمة الاستئناف بأكادير حكم رقم 16.2004 ملف رقم 135-2003.

قراراته حين أقر بأن: " عقد نقل الأشياء بتراضي الطرفين هو عقد تجاري و لم يوجد سند النقل طبقا للفصل 445 من مدونة التجارة"¹.

حيث ينص المشرع في هذا الفصل على أنه: " يتعين على المرسل أو الوكيل بالعمولة في نقل البضائع أن يسلم إلى الناقل سند النقل إذا طلب منه، غير أن العقد يتم بتراضي الطرفين و بتسليم الشيء للناقل و لو لم يوجد سند للنقل"².

بالتمعن في هذا الفصل نجد بأن المرافق العامة تقوم بإبرام عقد الوكالة للنقل الأشياء.

إن البحث عن تجليات العقد التجاري في المرفق أسفر لنا مجموعة من النتائج الهامة التي يمكن إجمالها في نقطتين اثنتين:

- عقد الوكالة بعمولة لنقل الأشياء عقد تجاري يعود فيه الاختصاص للمحاكم التجارية رغم أن أحد طرفيه شخص عام و بالتالي فالقانون المطبق هو القانون الخاص على العلاقة بين طرفي العقد.

- عقد السمسرة رغم تواجده في عقد الصفقة العمومية، فإنه لا يؤثر على الطابع الإداري للعقد لأن الهدف منه هو الزيادة في عدد المتنافسين فقط، وبالتالي يبقى الاختصاص في حالة وقوع نزاع بين صاحب الصفقة و صاحب المشروع من اختصاص المحاكم الإدارية، لأن دور السمسار هنا ينحصر فقط في تقريب وجهات النظر بين كل من صاحب المشروع و صاحب الصفقة دون أن يتجاوز ذلك إلى إبرام العقد فهو لا يعتبر طرفا فيه لذلك يعتبر العقد عقدا إداريا.

المحور الثاني: نموذج العقد المبني على دفتر تحملات لاستغلال الأسواق الاسبوعية:

تعتبر الإدارة المحلية أهم الآليات الناجعة لتدبير المجال التنموي المحلي في أبعاده وجوانبه السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية و الإدارية و الثقافية...إلخ، لأنها متصلة بالحياة اليومية للسكان، وتشكل الإطار المؤسسي الذي تنتظم فيه الحياة الاجتماعية للأفراد في المدن و البوادي، من خلال الخدمات المقدمة لهم و مختلف التجهيزات المحلية و المرافق الحيوية الموضوعة رهن إشارتهم.

في هذا الإطار يحتل التمويل مكانة هامة لكونه محرك أساسي للتنمية المحلية مادام يهدف إلى تحقيق الحاجيات العامة، و يعتمد تمويل الجماعات على موارد ذات طبيعة جبائية و أخرى ذات طبيعة غير جبائية، أما الموارد الجبائية فتتمثل في الضرائب و الرسوم التي يتم تدبيرها إما من قبل مصالح المديرية العامة للضرائب أو من طرف المصالح الجبائية المحلية.

في حين تنبني الموارد ذات الطبيعة غير الجبائية على أملاك الجماعات الترابية التي تنقسم إلى صنفين، ملك عام و يتمثل في الطرقات و الساحات العمومية و الآثار، و ملك خاص و يقصد به الأملاك التي يمكن للجماعات الترابية أن تتصرف فيها مثل التصرفات التي يجريها الأفراد ملكياتهم سواء بسواء، بحيث تكون موضوع جميع التصرفات

¹-قرار المجلس الأعلى عدد 1175 المؤرخ في 2004/4/4، المكتب الوطني للسكك الحديدية ضد شركة التأمين الوفاء.

²- الفصل 445 من مدونة التجارة.

المعروفة في التعامل المدني، كالبيع و الشراء و المبادلة و الكراء، فهي تهدف إلى إغناء الرصيد المالي للميزانية المحلية، إما في إطار التدبير المباشر لتلك الأملاك أو في إطار التدبير المفوض أو الامتياز أو الكراء.

لقد تطور التصنيف النوعي للجبايات في المغرب منذ حقبة ما قبل الحماية، فتم تقسيم الجبايات إلى نوعين، الأولى مباشرة و تتكون من ضرائب دينية وأخرى سيادية، الثانية غير مباشرة، تتكون بالأساس من الضرائب التجارية المتمثلة في المكوس والرسوم الجمركية.

إن النوع الثاني هو الذي سنقتصر على دراسته، خاصة الجزء المتعلق بالمكوس التي تحتوي على جملة من الرسوم غير المباشرة والتمتيز، كرسوم الأبواب أو الدخول إلى المراكز الحضرية ورسوم الإمتياز ورسوم الأسواق المقبوضة على عمليات بيع المواد المحلية بالأسواق البلدية أو القروية، هذه الأخير التي تعتبر محور دراستنا و التي يطلق عليها بالعامية "الصنك".

بعد الاستقلال، تم تنظيم الضرائب والرسوم، و من ضمنها الرسم موضع الدراسة، من خلال ظهير 23 مارس 1962 تحت مسمى رسم حقوق الأسواق، و استمرت إصلاحات المنظومة الجبائية المحلية بتوالي التعديلات إلى حين صدور القانون رقم 30.89 الذي اعتبر أكثر تطوراً بالمقارنة مع ظهير 23 مارس 1962.

بعد ذلك صدر القانون رقم 39.07 بسن أحكام انتقالية فيما يتعلق ببعض الرسوم و الحقوق و المساهمات و الأتاوى المستحقة لفائدة الجماعات المحلية، الذي جاء بمادة فريدة تنص على استمرار تحصيل بعض الرسوم المنصوص عليها في القانون 30.89، و من ضمنها الرسم محل الدراسة على الرغم من نسخ القانون الأخير بواسطة القانون 47.06 المتعلق بجبايات الجماعات المحلية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 01.07.195 في 19 ذي القعدة 1428 / 30 نونبر 2007.

ما هو السند القانوني الذي يعتمد عليه المدبر المحلى لتحصيل هذا المورد؟ و كيف يتم تحصيله؟ و ماهى الوسائل المستعملة لأدائه؟

سنحاول الإجابة عنه في محورين، نخصص الأول لكيفية التأسيس القانوني و طريقة التحصيل، فيما نتناول في المحور الثاني و سائل الأداء.

1- التأسيس القانوني و كيفية التحصيل :

1.1. التأسيس الضريبي :

أعطى القانون الجديد للرسم موضوع الدراسة، تعريفاً جديداً، بتسميته " الرسوم المقبوضة في الأسواق و أماكن البيع العامة "، و جاء تفصيلها في الباب العاشر من الكتاب الثاني من القانون 30.89 المتعلق بالضرائب المستحقة للجماعات المحلية وهيئاتها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.89.187 صادر في 21 من ربيع الآخر 1410 / 21 نوفمبر 1989 على الشكل التالي : " يقصد بالرسوم المقبوضة في الأسواق و أماكن البيع العامة إما الرسوم المفروضة على دخول هذه الأسواق و الأماكن و إما الرسوم المفروضة على المكوث بها، و تستحق في جميع

الأسواق وغيرها من أماكن البيع العامة التابعة للجماعة، ويلزم الشخص المعنى بأداء رسم دخول السوق أو رسم المكوث به ولا يحق للجماعة مطالبته بهما معا".

يحدد سعر الرسوم المقبوضة في الأسواق وأماكن البيع العامة باعتبار المتر المربع الذي يشغله الخاضع للرسم فيما يخص الرسوم المفروضة على المكوث بالأسواق، أو باعتبار الوزن أو الحجم أو الامتداد أو الوحدة فيما يخص الرسوم المفروضة على دخول الحيوانات والمنتجات والسلع والبضائع إلى الأسواق وأماكن البيع العامة.

لهذه الغاية يجب على أصحاب الأشياء المفروضة عليها الرسوم أن يصرحوا، قبل إدخالها إلى السوق، بنوعها أو كميتها أو وزنها أو حجمها أو عددها إلى مستخدم أو مأمور الجماعة المنتدب لهذا الغرض¹.

أما بالنسبة للجهة التي تحدد سعر الرسوم، فقد جاء في القانون التنظيمي رقم 113.14² المتعلق بالجماعات، في مادته 92 من الباب الأول من القسم الثالث بأن: مجلس الجماعة يفصل في مداولاته في تحديد سعر الرسوم والأتاوى و مختلف الحقوق التي تقبض لفائدة الجماعة و حدود النسب المحددة، و عند الاقتضاء بموجب القوانين و الأنظمة الجاري بها العمل.

1.2. كيفية قبض و تحصيل الرسم :

تتم عملية تحصيل الرسم بطريقتين، إما مباشرة من قبل مصالح الجماعة في عين المكان، أو من قبل شخص معنوي أو طبيعي يقوم بتدبير السوق الأسبوعية مقابل سومة كرائية شهرية، تدفع في حساب الجماعة المحلية.

- التدبير المباشر من قبل مصالح المقاطعة الجماعية :

تقوم المقاطعة الجماعية بتعيين أشخاص من مصالحها يقومون بالتحصيل في عين المكان مقابل وصل يقدم للتجار الوافدين على السوق الأسبوعية، و في حالة تهرب حائزي المنتجات أو السلع أو الحيوانات أو البضائع من أداء رسوم السوق المفروضة عليها، يعاقبون بغرامة تساوى ضعف مبلغ الرسوم التي تهربوا أو حاولوا التهرب من أدائها، زيادة على حجز ومصادرة المنتجات أو السلع أو الحيوانات أو البضائع المذكورة، حيث يتم تحرير محضر في عين المكان يرفع إلى الأمر بالصرف الذي يصدر أمرا بالأداء و يحيله على المحاسب المحلي من أجل التحمل، و في حالة امتناع المعنى بالأمر عن أداء مبلغ الغرامة، تطبق في حقه الإجراءات المنصوص عليها في مدونة تحصيل الديون العمومية.

1- المادة 61 و 62 من القانون 30.89 المتعلق بالضرائب المستحقة للجماعات المحلية وهيئاتها الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.89.187 صادر في 21 من ربيع الآخر 1410 / 21 نوفمبر.

2- القانون التنظيمي رقم 113.14، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 1.15.85، في 20 رمضان 1436 الموافق ل 7 يوليوز 2015.

- التدبير بناء على دفتر تحملات :

بعد الاختلالات التي عرفت عمليات كراء الأسواق الأسبوعية، و المتمثلة أساسا في المحسوبة و الزبونية و تغليب المصلحة الشخصية على المصلحة العامة و الرشوة، تم التنصيص في قانون الصفقات العمومية على ضرورة كراء الأسواق الأسبوعية بالاستناد إلى دفتر تحملات يحدد التزامات الأطراف المتعاقدة، و يفتح الباب أمام المنافسة الشريفة لنيل صفقة كراء و تدبير الأسواق الأسبوعية.

و قد تم تأكيد هذا المنحى في المرسوم الجديد للصفقات العمومية رقم 2.12.349 بتاريخ 20 مارس 2013 و القانون التنظيمي للجماعات الترابية 113.14، و قد صدرت عدة دوريات لوزارة الداخلية تحث على تطبيق مقتضيات مع إصدار نموذج لدفتر التحملات الخاص بكراء الأسواق الأسبوعية.

حسب مقتضيات دفاتر التحملات، يتعين على المكثري إعداد تذاكر تحمل إسم السوق على نفقته الخاصة وباسمه قصد استعمالها في تحصيل الحقوق والواجبات، و يجب عليه أن يستخدم في تحصيل الحقوق والواجبات عددا من الأعوان تحت مسؤوليته الشخصية ويخصص لهم لباسا مميزا أو شارات خاصة تميزهم عن الغير.

كما يجب عليه بعد إرساء المزايدة عليه خلال الأسبوع الموالي للإدلاء بلائحة الأعوان الذين سيكلفون بالتحصيل مع الإشارة إلى عددهم ومستواهم الثقافي، كل ضريبة أو رسم سينجم عن كراء السوق سيكون على عاتق المكثري، وفي حالة إخلال المكثري بالقرار الجبائي الجماعي المحدد للرسوم والواجبات وقيامه من تلقاء نفسه بزيادة غير مشروعة في هذه الرسوم، فإنه سيخضع لعقوبة إدارية تتمثل في أداء غرامة مالية تقدر ب 10% من الثمن الإجمالي للكراء، ويبقى الحق في هذه الحالة للجماعة علاوة على تطبيق هذه الغرامة متابعته قضائيا إن اقتضى الأمر ذلك. كما أنه في حالة الإخلال بأي بند من البنود الأخرى لدفتر التحملات، تبقى الصلاحية للجماعة ودون إشعار مسبق لفسخ عقد الكراء بعد إلزام المكثري بأداء ما تبقى بدمته ومصادرة الضمانة المالية.

2- وسائل الأداء المستعملة في تحصيل الرسم :

1.1. الإطار القانوني :

حسب المادة 1 من القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.175 في 28 من محرم 1421 (3 ماي 2000)، فإنه يقصد بالتحصيل مجموع العمليات والإجراءات التي تهدف إلى حمل مديني الدولة والجماعات المحلية وهيئاتها والمؤسسات العمومية على تسديد ما بذمتهم من ديون بمقتضى القوانين والأنظمة الجارية بها العمل، أو ناتجة عن أحكام وقرارات القضاء أو عن الاتفاقات. وحسب المادة 2 من نفس القانون فإن ضرائب ورسوم الجماعات المحلية وهيئاتها تدخل ضمن طائفة الديون العمومية و التي يدخل الرسم موضوع دراستنا هذه.

نصت المادة 20 على أن تؤدي الضرائب والرسوم والديون العمومية الأخرى إما نقدا أو بواسطة تسليم شيك عن طريق تحويل، أو الدفع لفائدة حساب مفتوح في إسم المحاسب المكلف بالتحصيل أو بأي وسيلة أخرى

للأداء منصوص عليها في القوانين الجاري بها العمل، و يترتب عن كل أداء تسليم وصل أو تصريح بالدفع وفق الشروط المحددة في القوانين الجاري بها العمل.

1.2. أداء الرسوم أثناء تدبير السوق الأسبوعية :

- في حالة التدبير المباشر :

عندما تتكلف مصالح الجماعة بتدبير السوق الأسبوعية، فإنها تعين أشخاصا للقيام بذلك في عين المكان مقابل وصل يبرئ ذمة المعنيين بفرض الرسم، و بالتالي السؤال المطروح لماذا لا يقبل المكلفين بالتحصيل الشيكات أثناء عملية القبض؟ إن السؤال هنا لا يستقيم بحكم العادات المتواجدة في الأسواق الأسبوعية و العقليات المنتشرة التي تجهل التعامل بالشيك بحكم الأمية و الاعتقاد الراسخ بكون الأوراق النقدية هي الوحيدة المتمتعة بالقوة الإبرائية، كما أنه حتى و إن قدم الشيك للمكلف بالتحصيل كأداة للوفاء، فإنه سيفضل النقود كونه مرتبط بآجال لمعالجة المعطيات الخاصة بالتحصيل، و غالبا لا يريد أن يدخل في مسطرة أخرى في حالة عدم وجود مؤونة في الحساب.

- في حالة التدبير من قبل الغير :

في هذه الحالة يمكن استحضار و سائل الأداء في عدة محطات أولها أثناء إبرام عقد الكراء مع المكترى الذي يكون مطالبا بتقديم ضمانات أثناء التعاقد، التي تنقسم إلى ضمان مؤقت يسترده بعد المصادقة على عقد الكراء، و ضمان نهائي يسترده بعد نهاية العقد الذي تحدد مدته في سنة واحدة.

وهنا يطرح السؤال أيضا حول عدم اعتماد الكميالة كضمان باعتبارها وسيلة ائتمان، خاصة أنها مؤطرة دوليا من خلال معاهدة جنيف و مؤطرة وطنيا من خلال مدونة التجارة، هذه الأخيرة التي أوجدت عدة ضمانات من أجل إعطاء الكميالة قوة إبرائية ومن أجل تشجيع استعمالها.

المحطة الثانية للأداء تكمن في الوجيبة الشهرية التي يقوم المكترى بدفعها إما نقدا أو بواسطة تسليم شيك عن طريق تحويل أو الدفع لفائدة حساب الجماعة المفتوح لدى الخزينة العامة، و يترتب عن كل أداء تسليم وصل أو تصريح بالدفع وفق الشروط المحددة في القوانين الجاري بها العمل.

المحطة الأخيرة التي يمكن فيها استحضار وسائل الأداء هي أثناء دفع الضريبة على الدخل الناتج عن استغلال السوق الأسبوعي فهنا أيضا يمكن الأداء بواسطة الشيك، إلا أن الرغبة في تحصيل الضريبة في مواعيدها القانونية المقررة دون أن يستطيع الملزم أن يبرر تأخره في أداء الضرائب المستحقة عليه، و لتفادي الدخول في مسطرة أخرى نتيجة إمكانية الوقوع في مشكل عدم وجود مؤونة، ثم لكون سير المرافق العامة يتوقف على التحصيل الضريبي، كل هذا يمنع على مصالح القباضات تأخير الدين الضريبي، و لمحاولة إيجاد توازن بين القانون الذي يميز الأداء بالشيك و الشكوك التي تحوم حول هذا الأخير بالتساؤل في كل مرة عن وجود مؤونة أم لا، فقد أصدرت مديرية الضرائب قرارا بعدم قبول الشيك إلا إذا كان معتمدا من قبل البنك.

خاتمة :

إن الآثار المترتبة عن وجود المقاولات العمومية طرفا في العقود التجارية، فإذا كان العقد عبارة عن رهن حيازي الذي يتم إنشائه لأجل ضمان دين تجاري فإنه يرتب أثارا على الدائن والمدين يمكن أن نذكر منها ما يلي: نقل حيازة الشيء المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص يتم الاتفاق عليه. حرية الإثبات بين المتعاقدين، أما في مواجهة الغير فلا ينفذ في حقه الرهن الحيازي إلا إذا تم إثباته في محرر ثابت التاريخ.

مع ضرورة تحقق تسليم الشيء لكى يكون للدائن حق الامتياز عن غيره، وهو شرط أساسى قد يكون فعليا وقد يكون حكيميا.

ولا يحق بيعه إلا عند عدم الوفاء عند حلول أجله وذلك بعد تبليغ المعنى بالأمر داخل أجل 7 أيام ويتم البيع في المزاد العلنى من قبل المحكمة التى يوجد بدائرة نفوذها الدائن أو الشخص المتفق عليه بواسطة كاتب ضبط هذه المحكمة حسب 340 من مدونة التجارة.

و من تطبيقات العقود التجارية التى تنتج أثرها على المقاولات العمومية أيضا الإيداع فى المخازن العمومية، الذى تشرف عليه إدارة المخازن العمومية، فهذا العقد يتم عن طريق سنيين الأول: يسمى سند الإيصال الذى يتم إعداده لأجل تسليم ملكية البضاعة المودوعة والثانى: يسمى بطاقة الرهن التى تمكن من رهن هذه البضاعة ويقبلان التظهير فرادا أو جمعا.

يترتب عن تظهيرها جمعا انتقال الملكية مع إمكانية سحب البضاعة من المخازن العمومية.

وبذلك فإن حامل بطاقة الرهن اكتسب رهن البضاعة وأن حامل الإيصال انتقلت إليه البضاعة وهى محملة بالرهن بحيث لا يمكنه سحبها إلا بعد أداء قيمة الرهن لحامل بطاقة الرهن.

كلها آثار تحقق مزايا مهمة للمتعامل وفق قواعد القانون التجاري و المقاولات العمومية لا تستنى من هذه المزايا وإن بشكل ضعيف.

فى آخر هذه الدراسة و بناءً على قاعدة لكل تاجر أصل تجاري التى تركز على الجانب الشكلي، يمكن القول بأن الدولة والهيئات العامة لا تملك أصلا تجاريا إذا لم تخضع للالتزامات التى يخضع لها التجار. إلا أن المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري قد تخضع فى بعض الأحيان لبعض التزامات التجار، ويطبق عليها القانون التجاري مثلا " القيد فى السجل التجاري ، أو الإستفادة من الحماية التى يوفرها ظهير 24 مايو 1955 إن كانت تمارس نشاطا تجاريا فى عقار على سبيل الكراء ، أو الخضوع لإجراءات المحاسبة التجارية".

رغم ذلك لا يمكن أن نسلم بقيام الأصل التجاري لديها، إذا لم نكن أمام زبائن حقيقيين وسعة تجارية رفيعة تجذبهم، قائمة على أساس الاختيار، بعيدة عن عامل الاحتكار، وامتيازات السلطة العامة. لأن المعتبر فى هذين العنصرين هى العلاقة الحقيقية التى تنشأ بين صاحب الأصل التجاري والمستفيدين والمرتكزة على مبدأ سلطان الإرادة ، وإلا كنا أمام مرفق عمومي مجرد من الأصل التجاري حيث يحل المرتفقين والمستفيدين محل زبائن، وهذا ما قد تفرضه المصلحة العامة فتحتكر الدولة أو أحد الجماعات الترابية نشاط مرفق تجاري معين .

لذلك نرى من الضروري التفكير في تجميع تجليات القانون التجاري في المؤسسات العمومية، في مدونة خاصة تحت عنوان المقتضيات التجارية والمؤسسات العمومية عبر الكتب الخمسة للقانون التجاري:

- الأحكام العامة.
- الأصل التجاري في المؤسسات العمومية.
- تعامل المؤسسات العمومية بوسائل التسديد والقرض.
- تعامل المؤسسات العمومية بالعقود التجارية.
- معالجة صعوبة المقاولات العمومية.

❖ لائحة المراجع .

• المراجع باللغة العربية .

أولا : الكتب العامة .

- أحمد أجعون، النشاط الإداري مطبعة وراقة سجلماسة، مطبعة 2012-2013.
- صلاح هارون: الاقتصاد السياسي، الجزء الثاني، مطبعة ليزيس، الدار البيضاء.
- عبد الرحمان الشرقاوي: محضرات في أدوات الدفع والائتمان الجزء الأول أدوات الائتمان، مارس 2012.
- عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الإلتزام، نظرية العقد، مكتبة نهضة مصر القاهرة، بدون تاريخ.
- عبد القادر باينة، مدخل لدراسة القانون الإداري و العلوم الإدارية، دار النشر المغربية، الطبعة الثانية 2005.
- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة 2009.
- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب 1990.
- لوي فوجيل ، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الأول ، الطبعة 18 ، سنة 2001 .
- مازن راضي ليلو: القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية بالدايمرك، 2005.
- أحمد بوعشيق، المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة، الطبعة الثامنة سنة 2004
- أحمد بوعشيق ، المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة الطبعة السابعة سنة 2002.
- أحمد شكري السباعي ، الوسيط في الأصل التجاري ، الجزء الأول ، مطبعة المعارف الجديدة الرباط الطبعة الأولى 2007 .

– أحمد شكري السباعي، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية، الجزء الأول، دار نشر المعرفة 2001.

– فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، " نظرية التاجر والنشاط التجاري "، - الجزء الأول- الطبعة الرابعة، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع 2012.

– محمد المنتصر الداودي، الإشكاليات الواقعية والقانونية في اختصاص القضاء الإداري، مطبعة دار القلم الرباط، الطبعة الأولى 2005

ثالثا: النصوص القانونية والتشريعية :

– القانون رقم 41-90 المتعلق بالمحاكم الإدارية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-91-225 الصادر بتاريخ 10 شتنبر 1993، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2227، الصادرة بتاريخ 3 نونبر 1993

– القانون رقم 95-53 المحدث بموجبه المحاكم التجارية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-97-65 الصادر بتاريخ 12 فبراير 1997، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4482، الصادر بتاريخ 15 ماي 1997

– القانون رقم 03-80 المتعلق بالمحاكم الاستئناف الإدارية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-06-07 الصادر بتاريخ 14 فبراير 2006 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5398، الصادر بتاريخ 23 فبراير 2006

– القانون رقم 11.58 المتعلق بمحكمة النقض الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.170 صادر في 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011)

– ظهير شريف رقم 83-96-1 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 بتنفيذ القانون رقم 95-15 المتعلق بمدونة التجارة (ج. ر. بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 - 3 أكتوبر 1996).

– القانون رقم 97.15 المتعلق بمدونة تحصيل الديون العمومية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.175 الصادر في 28 محرم 1421 (3 ماي 2000).

– المرسوم رقم 2.09.441 المتعلق بالحاسبة العمومية للجماعات المحلية ومجموعاتها، الصادر في 17 محرم 1431 (3 يناير 2010).

– القانون التنظيمي 113.14 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 1.15.85 في (20 رمضان 1436 الموافق ل 7 يوليوز 2015).

رابعاً: المجالات والمقالات :

- أحمد الفروجي، الأصل التجاري بين القانون و العمل القضائي، سلسلة القانون و الممارسة القضائية، العدد 6، 2005، مطبعة النجاح الجديدة.
- أحمد بلحاج الشهيدي، الاختصاص النوعي بين الفقرتين 2 و 5 من الفصل 16 من قانون مسطرة المدنية وعلاقته بالنظام العام، مجلة المحامي العدد2، 1980
- فؤاد معلال، شركة الشخص الواحد بين البناء القانوني وواقع الممارسة التجارية،الإشعاع.العدد 23،يونيو 2001.

خامساً: مقررات قضائية :

- قرار المجلس الأعلى عدد 1/823 بتاريخ 2014/06/19 ملف اداري عدد14/1/4/1598 أورده محمد بفقير،العمل القضائي للغرفة الإدارية بمحكمة النقض خلال سنتي 2014 و2015، منشورات دراسات قضائية الجزء الأول، سنة 2016.
- قرار المجلس الأعلى عدد 1/1764 بتاريخ 2015/07/29 ملف اداري عدد15/1/4/2727 أورده محمد بفقير،العمل القضائي للغرفة الإدارية بمحكمة النقض خلال سنتي 2014 و2015 نفس المرجع
- قرار عدد 128 صادر عن غرفتين بمحكمة النقض بتاريخ 2012/02/16 في الملف التجاري عدد 11/135 منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2012.
- قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 119 بتاريخ 2012/02/09 في الملف عدد 12/1/4/3 منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2012.
- قرار الغرفة التجارية بالمجلس الأعلى عدد 181 الصادر بتاريخ 2010/02/04 ملف عدد 08/1/3/1006 قضية شركة العقارية لتانسفت ضد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي

مدى فعالية الجمعيات في رعاية الأشخاص المعاقين في الجزائر



سعيدو زهرة باحثة بصف الدكتوراه

تخصص الدولة و المؤسسات العمومية

جامعة الجزائر، كلية الحقوق سعيد حمدين

المقدمة :

إن مسؤولية رعاية وتأهيل المعاقين لا تقع على عاتق الدولة وحدها، بل يقع جزء كبير منها على عاتق الجمعيات والمؤسسات المدنية، حيث لا ينحصر مفهوم العمل الجماعي في دائرة الصراع مع الدولة، بل يتعداه إلى دائرة التكامل والتعاون معها، فهي شريك لها لا منافس، وباعتبار أن الجهود الحكومية بمفردها لا تكفي لتحقيق طموحات المجتمع، وتلبية احتياجاته وحل مشكلاته، مهما توفرت الإمكانيات والموارد المادية أو البشرية، لذا أصبح العمل الجماعي والتطوعي من أهم الجهود المكتملة والضرورية لتحقيق أهداف التنمية الاجتماعية، وخاصة تلك الموجهة لرعاية وحماية وترقية الفئات الهشة والمحرومة، كفئة المعاقين نظرا لتراجع دور الدولة في ذلك المجال.

وقد نص القانون رقم 09/02 المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم على تشجيع الحركة الجمعوية ذات الطابع الاجتماعي والإنساني الناشطة في مجال حماية المعوقين وترقيتهم وذلك من خلال سهر الدولة على تدعيم ومساعدة هذه الجمعيات والمؤسسات المعتمدة ذات الطابع الاجتماعي والإنساني التي تتكفل برعاية المعوقين وتعليمهم وتكوينهم وإعادة تأهيلهم بالإمكانيات اللازمة، خاصة وأن الجزائر عرفت في العقدين الأخيرين ظهورا ملحوظا للتنظيمات والجمعيات المهتمة بالقضايا الاجتماعية والثقافية والصحية وغيرها.

وعلى هذا الأساس سنحاول معرفة دور الجمعيات الناشطة في مجال رعاية الأشخاص المعوقين، انطلاقا من الإشكالية التالية :

ما مدى فعالية الجمعيات في رعاية الأشخاص المعوقين ؟

ستتم الإجابة على هذه الإشكالية من خلال المحورين التاليين :

المحور الاول:النظام القانوني للجمعيات الناشطة في مجال رعاية الاشخاص ذوي الاعاقة.

سنعالج النظام القانوني من خلال العناصر التالية :

أولاً : خضوع الجمعيات الناشطة في مجال رعاية المعوقين لأحكام القانون رقم 06/12 المتعلق بالجمعيات :

تعرف الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي بأنها الجمعيات المؤسسة قانوناً، التي تعمل بصورة رئيسية وفقاً لهدفها القانوني الأساسي، لتحقيق أنشطة ترمي إلى إدماج الأشخاص المعوقين أو المحرومين مهنيًا وحمايتهم¹، وعليه فجمعيات المعوقين نوع من أنواع الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي والإنساني.

وبالرغم من أن القانون رقم 09/02 قد نص على تشجيع الحركة الجمعوية ذات الطابع الاجتماعي والإنساني الناشطة في مجال حماية المعوقين وترقيتهم كما سلف ذكره، إلا أن المشرع لم يخص هذه الجمعيات بمعالجة خاصة من خلال التخفيف في شروط وإجراءات تأسيسها، وكذا إجراءات الحصول على الإعانات من طرف الدولة والجماعات المحلية، ومراقبتها بعد استفادتها من الإعانات، وذلك بإخضاعها لأحكام القانون رقم 06/12 المؤرخ في 12 يناير 2012، المتعلق بالجمعيات²، المطبق على جميع الجمعيات دون استثناء.

1- شروط العضوية وإجراءات التأسيس :

تخضع الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي والإنساني في شروط وإجراءات تأسيسها للقانون رقم 06/12³، وهنا نتساءل هل يسمح القانون رقم 06/12 بتوسيع مجال الحركة الجمعوية؟

فصل المشرع في شروط تأسيس الجمعيات بصفة عامة، والجمعيات الناشطة في مجال رعاية المعوقين بصفة خاصة، بين شروط عضوية الأشخاص الطبيعية وشروط عضوية الأشخاص المعنوية، كما اعتمد في مقابل ذلك إجراءات طويلة تتميز بالتعقيد والصرامة مقارنة بأحكام القانون رقم 31/90، وذلك من خلال رفع وثائق ملف التصريح، ضبط آجال الإيداع ودراسة المطابقة، مع إعطاء الإدارة السلطة الكاملة في قبول أو رفض الاعتماد.

2- تقييد منح الإعانات المالية من طرف الدولة والجماعات المحلية بشروط وإجراءات معقدة :

تتكون موارد الجمعيات في إطار القانون رقم 06/12 بما فيها جمعيات المعوقين من اشتراكات أعضائها، المداخل المرتبطة بنشاطاتها الجمعوية وأملاكها، الهبات النقدية والعينية والوصايا، مداخل جمع التبرعات، الإعانات المقدمة من طرف الدولة أو الولاية أو البلدية⁴، أما بالنسبة للموارد المتأتية من طرف الجهات الأجنبية، فقد منعت أي جمعية من الحصول على أموال من تنظيمات أجنبية ومنظمات غير حكومية أجنبية، ما عدا تلك الناتجة عن علاقات التعاون المؤسسة قانوناً، إلا أن هذا التمويل يخضع إلى الموافقة المسبقة للسلطة المختصة⁵.

¹ انظر المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 93_156 المؤرخ في 7 يوليو 1993، المتعلق بمنح الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي امتياز حق الانتفاع بممتلكات تابعة للأموال الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 45، المؤرخة في 11 يوليو 1993، ص 4.

² الجريدة الرسمية، العدد 2، المؤرخة في 15 يناير 2012، ص 33.

³ كانت تخضع الجمعيات لأحكام القانون رقم 31/90، المؤرخ في 4 ديسمبر 1990، المتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية، العدد 53، المؤرخة في 5 ديسمبر 1990، ص 1686، الملغى بموجب القانون رقم 06/12.

⁴ انظر المادة 122 من قانون البلدية رقم 10/11، المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، العدد 37، المؤرخة في 3 يوليو 2011، ص 4.

⁴ المادة 96 من قانون الولاية رقم 07/12 المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية، العدد 12، المؤرخة في 29 فبراير 2012، ص 5.

⁵ انظر المادة 34 من القانون رقم 06/12، (ج ر، العدد: 2).

ويجب أن لا تستخدم الموارد الناجمة عن نشاطات الجمعية، إلا لتحقيق الأهداف المحددة في قانونها الأساسي والتشريع المعمول به، كما أنه لا يمكن للجمعية أن تقبل الهبات والوصايا المقيدة بأعباء أو شروط، إلا إذا كانت مطابقة مع الهدف المسطر في قانونها الأساسي وأحكام القانون المتعلق بالجمعيات، كما تلتزم الجمعيات بضرورة تسجيل جميع الموارد والمداخيل وجوبا في حساب إيرادات ميزانية الجمعية.

بيد أنه ونظرا لمحدودية الموارد الناجمة عن اشتراكات الأعضاء والعائدات المرتبطة بنشاط الجمعية، والهبات والوصايا، فإن نشاط الجمعية عموما يتوقف على دعم السلطات العامة لتحقيق أهدافها، لذلك فهي مجبرة على أن تطلب دعم الإدارة للحصول على الإعانات والمساعدات المادية، حيث تشكل هذه الإعانات المحتمل منحها من طرف السلطات العمومية مصدرا أساسيا لعائدات الجمعية، التي تندرج ضمن سياسة عامة لترقية النشاطات الجمعوية ذات الفائدة والمنفعة العامة.

فالجمعيات تلجأ غالبا أو بالأحرى دائما إلى طلب التمويل العمومي¹، غير أنه لا يوجد أي قانون يفرض على السلطات العمومية تقديم إعانة ما، إذ لا يمثل منح الجمعيات إعانات واجبا مفروضا على الإدارة، كما أن القانون ينص بوضوح على أن الأمر يتعلق بمجرد إمكانية متروكة لتقدير السلطة العمومية، والتي لا يمكن اللجوء إليها إلا إذا كان نشاط الجمعية يعتبر من قبيل الصالح العام أو المنفعة العمومية، والتي لا يمكن اللجوء إليها إلا إذا كان نصت على أنه: « يمكن لجمعية معينة تعترف لها السلطة العمومية أن نشاطها ذو صالح عام و/ أو منفعة عمومية أن تستفيد من إعانات ومساعدات مادية من الدولة أو الولاية أو البلدية وكل مساهمة أخرى سواء كانت مقيدة أو غير مقيدة بشروط»²، وهذه الإعانات من الصعب الحصول عليها، وفي حالة الاستفادة منها تمارس بعض الإدارات رقابة مشددة عليها، كما قد تتدخل السلطات العمومية أكثر فأكثر عندما يتعلق الأمر بإعانة ظرفية وفي موضوع محدد³.

ويخضع منح الإعانات العمومية لكل جمعية - بغض النظر عن نوعها - إلى إبرام عقد برنامج يتلاءم مع هذه الأهداف المسطرة من طرف الجمعية ومطابق لقواعد الصالح العام، وفي حالة ما إذا طلبت الجمعية إعانة جديدة لا تمنح السلطات العمومية هذه الإعانة الجديدة إلا بعد تقديم حالة صرف الإعانات الممنوحة سابقا، والتي يجب أن تعكس مطابقة المصاريف التي منحت من أجلها ذات الإعانات⁴، بالإضافة إلى تقديم طلب من أجل الحصول على الإعانة نظرا لكون هذه الأخيرة ليست حقا.

¹ - توجد بعض الجمعيات التي تعتبر أن الإعانة حق.

² - في حالة ما إذا كانت هذه الإعانات والمساعدات والمساهمات الممنوحة مقيدة بشروط، فإن منحها يتوقف على التزام الجمعية المستفيدة بدفتر شروط يحدد برامج النشاط وكيفيات مراقبته طبقا للتشريع المعمول به.

³ - ministère de la solidarité nationale de la famille et de la communauté nationale à l'étranger, manuel de gestion de l'association, janvier 2009, P 71.

⁴ - انظر المادة 35 من القانون رقم 06/12، (ج ر، العدد: 2).

3- شروط منح الإعانات المالية من طرف الدولة والجماعات المحلية :

يمكن حصر شروط منح الإعانات المالية من طرف الدولة والجماعات المحلية فيما يلي¹:

أ- أن يكون للجمعية نشاط مقيد ذو صالح عام و/أو ذو منفعة عمومية:

رغم أهمية تحديد مفهوم المنفعة العامة لم يقدم المشرع تعريفا لها في النصوص القانونية المتعلقة بالجمعيات، التي كان آخرها القانون رقم 06/12، والذي أحال تحديد شروط وكيفيات الاعتراف بالصلاح العام أو المنفعة العمومية إلى التنظيم في الفقرة الأخيرة من المادة 34.

لكن وبرجعنا إلى المقرر رقم 135 المؤرخ في 23 أكتوبر 2012، المتضمن إنشاء لجنة منح الإعانات المالية لفائدة الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي والإنساني بوزارة التضامن الوطني والأسرة، نجد المادة الثانية منه تحدد الجمعيات التي يمكن لها تقديم طلب الحصول على الإعانة، وحصرتها في تلك التي تكون أهدافها من بين مايلي :

- التكفل المباشر بالفئات المعوزة.
- المساهمة والإعانة على إدماج السكان في وضع صعب.
- المساهمة الفعالة في الوقاية من الإعاقة والأمراض المزمنة والآفات الاجتماعية.
- اقتناء الأجهزة لفائدة المراكز المسيرة من طرف الجمعيات.
- تنظيم وتنمية النشاطات الثقافية والرياضية والترفيهية لفائدة الأشخاص المعاقين و/ أو المعوزين عبر إنشاء ورشات ذات أهداف غير مربحة.

وبمقارنة المادة الثانية المذكورة أعلاه، مع المادة 34 من القانون رقم 06/12، يمكن اعتبار الجمعيات التي لها هذه الأهداف، هي الجمعيات المعترف لها بأن نشاطها ذو صالح عام أو منفعة عمومية، وبالتالي لها حق طلب الإعانة، أما الجمعيات التي لا تكون أهدافها من بين الأهداف المذكورة أعلاه، لا يمكنها طلب الإعانات ولا يعتبر نشاطها ذو صالح عام أو منفعة عمومية.

ب- إبرام عقد برنامج موافق لأهداف الجمعية ومطابق لقواعد الصالح العام:

قصد إعطاء الصفة التعاقدية للعلاقة بين الإدارة والجمعيات، لا بد أن تعمل الجمعيات بعقد برنامج أو اتفاقية أهداف تتعلق بالدعم المالي حتى يمكنها الاستفادة من الإعانات.

ج- التزام الجمعية بدفتر شروط يحدد برامج النشاط وكيفيات المراقبة :

تمنح الإعانات على أساس دفتر شروط، يتضمن التحديد الدقيق للأهداف المتبغاة من وراء الإعانات والوسائل اللازمة لتحقيق الأهداف.

¹ انظر ساطوطاح كريم، الرقابة على الجمعيات-دراسة ميدانية في ولاية الجزائر- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2013/2012، ص 102، 103، 109، 110، 118، 120.

د- تقديم الجمعية الراغبة في الاستفادة من الإعانة حالة صرف الإعانات التي استفادت منها :

هذا الشرط لا يكون إلا إذا كانت الجمعية قد استفادت من الإعانات سابقا، فالإعانة يجب أن تستخدم لتحقيق الأهداف، وأن تكون مطابقة مع ما اتفق عليه¹ مع الهيئة المانحة سواء كانت دولة أو ولاية أو بلدية، ويكون ذلك ثابت من خلال حساباتها وميزانيتها وجميع الفواتير وبيانات صرف الإعانات.

ه- تقديم طلب الحصول على الإعانة :

إن الإعانة لا تمنح أبدا بصورة تلقائية، بل يتعين على الجمعية أن تقدم طلبا بذلك².

4- إجراءات الحصول على الإعانات المالية :

بعد توفر الشروط السالفة الذكر، يتعين على الجمعية ذات الطابع الاجتماعي والإنساني (بما فيها جمعيات المعوقين) أن تعد ملف متعلق بطلب الإعانة، يتكون مما يلي : طلب تمويل موجه إلى الوزير حول المشروع المراد إنجازه، البطاقة التقنية للمشروع، فواتير شكلية، البطاقة التعريفية للجمعية، نسخة طبق الأصل للاعتماد، وكذا وصل تسجيل بتحديد المكتب و/أو بتعديل القانون، نسخة طبق الأصل من القانون الأساسي، نسخة من النظام الداخلي للجمعية، محضر آخر جمعية عامة تقل عن أربع سنوات، برنامج عمل الجمعية للسنة الجارية، التقرير الأدبي (حوصلة نشاطات الجمعية) للسنة الفارطة، صك مشطب باسم الجمعية، الوثائق المتعلقة بمكان تجسيد المشروع، نسخة من الإشهار في الجريدة لتأسيس الجمعية أو أي تعديل على تشكيلة المكتب أو القانون الأساسي، التقرير المالي مؤشر عليه من طرف محافظ الحسابات مطابق للمرسوم التنفيذي رقم 351/01 المؤرخ في 10 نوفمبر 2001، يتضمن تطبيق أحكام المادة 101 من القانون رقم 11/99 المؤرخ في 23 ديسمبر 1999، والمتضمن قانون المالية لسنة 2000 والمتعلقة بكيفيات مراقبة استعمال إعانات الدولة أو الجماعات المحلية للجمعيات والمنظمات³، محضر تعيين محافظ الحسابات من طرف الجمعية العامة، وصل إيداع التقرير المالي لدى خزينة الولاية⁴، ولا تخضع طلبات الإعانة لأي شرط من حيث آجال إيداعها، إلا فيما يخص قطاع الثقافة الذي لا يستلم هذه الطلبات سوى خلال الثلاثي الأول من كل سنة، وقطاع الشباب والرياضة الذي يستلم الطلبات مع نهاية الموسم⁵.

وتختلف جهة إيداع هذه الملفات باختلاف نوع الجمعية، فإن كانت جمعية المعوقين محلية يودع ملف طلب الإعانة على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن للولاية، التي تقوم بتفحص الملف ومطابقته عن طريق البطاقة التقييمية للجمعية وللمشروع بناء على فواتير شكلية في حالة طلب الأجهزة والعتاد، وتقييم كمي ونوعي في حالة تهيئة المرافق، بعد ذلك ترسل الملف إلى وزارة التضامن (مديرية الحركة الجمعوية والعمل الإنساني)، أما إذا كانت الجمعية وطنية فيودع الملف على مستوى مديرية الحركة الجمعوية والعمل الإنساني بوزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة مباشرة⁶.

¹ - انظر المادة 31 و32 من القانون رقم 06/12، (ج ر، العدد: 2).

² - ministère de la solidarité nationale de la famille et de la communauté nationale a l'étranger, ibid, P71.

³ - الجريدة الرسمية، العدد 67، المؤرخة في 11 نوفمبر 2001، ص 15.

⁴ - هذه الوثائق المطلوبة لتكوين ملف طلب الإعانات مأخوذة من مطوية معدة من طرف وزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة، بعنوان الإجراءات المتعلقة بتمويل المشروع المقترح من طرف الجمعية .

⁵ - ministère de la solidarité nationale de la famille et de la communauté nationale a l'étranger, ibid, P 71

⁶ - مطوية معدة من طرف وزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة.

بعد معالجة مديرية الحركة الجمعوية والعمل الإنساني طلبات الإعانة المالية، ترسل الملفات إلى لجنة تدعى لجنة منح الإعانات المالية لفائدة الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي والإنساني¹، مكونة من 8 مدراء وعضو من الديوان، تكون برئاسة الأمين العام لوزارة التضامن الوطني والأسرة، مع إمكانية استعانتها بمدراء النشاط الاجتماعي والتضامن الوطني للولاية، تجتمع هذه اللجنة مرتين في السنة في دورة عادية مع إمكانية اجتماعها عند الاقتضاء بناء على استدعاء من رئيسها.

أما مهام هذه الأخيرة فتتمثل في فحص كل الطلبات المقدمة من طرف الجمعيات من أجل الحصول على الإعانات المالية، ويكون ذلك طبقاً لأحكام القانون رقم 06/12، خاصة المادة 34 منه، كما تحدد قيمة المبالغ الممنوحة²، كما تتولى مهمة إبلاغ الجمعيات المستفيدة من الإعانات المالية، ولا تنتهي مهام هذه اللجنة عند هذا الحد بل تمتد لمراقبة استعمال الأموال الممنوحة بعنوان الإعانات المالية طبقاً لعقد البرنامج المبرم بين وزارة التضامن الوطني والأسرة من جهة، والجمعية ذات الطابع الاجتماعي والإنساني التي منها جمعيات المعوقين من جهة أخرى³، وقد بلغت الإعانات المالية الممنوحة من طرف الدولة لكل الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي والإنساني، والتي منها جمعيات المعوقين في الفترة من 1999 إلى 2013 كما يلي:

السنوات	المشاريع الممولة	قيمة الإعانات الممولة
1999-2004	705	458 160 256 02 دج
2005-2011	616	1 746 314 089 00 دج
2012	60	357 812 000 00 دج
2013	85	357 812 000 00 دج
المجموع	1466	2 920 098 345 02 دج

من خلال هذا الجدول نجد الدولة تراجعت عن تمويل الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي والإنساني، وذلك راجع لعدة أسباب من أهمها: عدم ثقة الدولة في مسيري الجمعيات، خاصة في ظل ما عرفه المجتمع المدني من انتشار جمعيات طفيلية غايتها الحصول على الإعانات ثم التوقف عن النشاط، بالإضافة إلى عدم كفاءات بعض المسيرين الذي يظهر في عدم قدرتهم على التقدير الدقيق لتكاليف إنجاز المشاريع والتقدم بها لطلب التمويل والمساعدة من طرف الدولة والجماعات المحلية، غير أن عدد المشاريع الممولة بدأت تعرف ارتفاعاً في سنة 2013 مقارنة بسنة 2012، ولعل هذا الارتفاع راجع للدور الذي بدأت تلعبه لجنة منح الإعانات المالية لفائدة الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي والإنساني.

¹ - أنشأت هذه اللجنة بموجب مقرر وزيرة التضامن الوطني والأسرة، تحت رقم 135، المؤرخ في 23 أكتوبر 2012، المتضمن إنشاء لجنة منح الإعانات المالية لفائدة الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي والإنساني، بوزارة التضامن الوطني والأسرة.

² - قبل إنشاء هذه اللجنة كان وزير التضامن هو الذي يقدّر قيمة الإعانات المالية الممنوحة للجمعيات ذات الطابع الاجتماعي والإنساني.

³ - تصل ملفات طلب المنحة إلى اللجنة عن طريق إرسالها من طرف مديرية الحركة الجمعوية والعمل الإنساني إلى أمانة اللجنة بعد معالجتها.

إلا أن هذا الارتفاع يبقى ضئيلا مقارنة بعدد الجمعيات الوطنية والمحلية ذات الطابع الاجتماعي والإنساني الناشطة، حيث قدرت في سنة 2012 بـ 2919 محلية، منها 586 جمعية معوقين¹، وقد بلغ عدد الجمعيات الوطنية والمحلية الناشطة في مجال المعوقين كما هو مبين في الجدولين التاليين:

جدول يبين تطور عدد الجمعيات الوطنية للمعوقين في الفترة الممتدة من قبل 1989 إلى 2012²:

السنة	الاعتماد المالي الوحدة دج	المشاريع الممولة	عدد الجمعيات المستفيدة	أنواع الجمعيات المستفيدة
2013	357 812 000 00	85	82	33 جمعية تنشط في مجال الإعاقة 20 جمعية تنشط في المجال الخيري الإنساني. 29 جمعية تنشط في مجال المر والطفولة.

جدول تفصيلي يبين عدد جمعيات المعوقين المحلية حسب أصناف الجمعيات في سنة 2013³:

أصناف جمعيات المعوقين	غير ذهنيا	المكيفة	حركيا	الصم البكم	المكفوفين	متعددو الإعاقة
عدد الجمعيات	197	201	75	72	48	
المجموع:	593					

¹ - إحصائيات مستخرجة من مديرية الحركة الجمعوية والعمل الإنساني على مستوى وزارة التضامن الوطني.

² - إحصائيات السنوات من قبل 1989 إلى 1993 مأخوذة من كتاب عروس الزبير، الحركة الجمعوية في الجزائر الواقع والأفاق، منشورات دفاتر المركز، رقم 13، سنة 2005، ص 140، أما سنة 2009 و2012 فهي مستخرجة من مديرية الحركة الجمعوية والعمل الإنساني.

³ - هذه الإحصائيات مستخرجة من نفس المديرية.

5- الرقابة المشددة على الجمعيات المستفيدة من إعانات الدولة أو الجماعات المحلية :

تخضع الجمعيات مهما كان نوعها التي تستفيد من إعانات الدولة والجماعات المحلية إلى قواعد المراقبة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما¹، التي يقوم بها محافظ الحسابات من جهة، والمفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة من جهة ثانية، زيادة على ذلك تخضع الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي والإنساني (جمعيات المعوقين) إلى رقابة لجنة منح الإعانات المالية.

أ- مراقبة محافظ الحسابات استعمال إعانات الدولة أو الجماعات المحلية من طرف الجمعيات :

وفقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 351/01، المؤرخ في 10 نوفمبر 2001، يتضمن تطبيق أحكام المادة 101 من القانون رقم 11/99 المؤرخ في 23 ديسمبر 1999 والمتضمن قانون المالية لسنة 2000 والمتعلقة بكيفيات مراقبة استعمال إعانات الدولة أو الجماعات المحلية للجمعيات والمنظمات²، يقوم محافظ الحسابات بمراقبة استعمال إعانات السلطات العمومية من طرف الجمعيات، ولا يكون ذلك إلا بعد أن تقوم الجمعية (الهيئة الإدارية للجمعية) بتعيين محافظ للحسابات مسجل في قائمة المهنيين لمدة ثلاثة (3) سنوات مالية متتالية قابلة للتجديد مرة واحدة، غير أنه يجب على الجمعية أن ترسل نسخة من محضر تعيين هذا المحافظ إلى أمين الخزينة، وكذا السلطات المانحة للإعانة في أجل 30 يوما بعد التعيين³.

هذا ويكلف محافظ الحسابات بمراجعة حسابات نفقات الإعانات الممنوحة للجمعية⁴، وقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 351/01، مجال تدخل محافظ الحسابات الذي ينصب أساسا على :

- الاستعمال الحقيقي للإعانة.
 - تطابق استعمال الإعانة الممنوحة مع الغرض الذي خصصت من أجله.
 - جرد مادي للأموال المنقولة وغير المنقولة المكتسبة أو موضوع الإعانة.
- بعد نهاية أشغال محافظ الحسابات، يعد تقريرا كتابيا عن مراجعة الحسابات، يبين فيه الطريقة المتبعة، كما يبدي رأيه طبقا للنماذج الملحقه بالمرسوم التنفيذي رقم 351/01⁵، وذلك كما يلي:
- في حالة عدم وجود مخالفة للنصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وكذا تطابق النفقات مع الأهداف التي منحت من أجلها هذه الإعانة، يستعمل الملحق الثاني المعنون "تقرير مراجعة الحسابات".
 - أما في حالة ما إذا وجد عيوب بعد استعمال إجراءات المراقبة، يستعمل الملحق الثالث المعنون "تقرير مراجعة الحسابات".
 - أما الملحق الأول المعنون "قبول الوكالة"، فيرفق بكل من الملحق الثاني أو الثالث بحسب الحالة.

¹ - هو ما أكدت عليه المادة 36 من القانون رقم 06/12، (ج ر، العدد: 2).

² - الجريدة الرسمية، العدد: 66، مؤرخة في 11 نوفمبر 2001.

³ - انظر المادتين الرابعة والخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 351/01، (ج ر، العدد: 67).

⁴ - يشترط أن يكون هذا المحافظ من محافظي الحسابات المسجلين بصفة منتظمة في جدول المنظمة الوطنية للخبراء المحاسبين.

⁵ - ministère de la solidarité nationale de la famille et de la communauté nationale à l'étranger, ibid, P 74.

وبعد إعداد المحافظ للتقرير، ترسله الهيئة الإدارية إلى أمين الخزينة التابعة إلى كل سلطة مألحة معنية، وإلى الجمعية العامة للجمعية في أجل أقصاه 31 مارس من السنة الموالية، أما أتعاب محافظ الحسابات فتتحملها الجمعية¹.

وفي حالة ما إذا استخدمت الجمعية الإعانات والمساعدات لأغراض غير الأغراض المنصوص عليها في المواد 34 و35 من القانون رقم 06/12، يترتب إما تعليق الجمعية أو سحبها نهائياً، ما لم ترخص بذلك السلطة العمومية في حالة عدم تسديدها²، أما في حالة وجود تصرفات جنائية في استعمال الإعانات الممنوحة، فيتعين على محافظ الحسابات إذا اكتشف ذلك القيام بالإجراءات القانونية المعمول بها (تحريك دعوى عمومية).

ب- مراقبة كل من المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة :

بالإضافة إلى رقابة محافظ الحسابات، تخضع الجمعية المستفيدة من الإعانة لقواعد المحاسبة العمومية، حيث تخضع إضافة لشروط الرقابة المنصوص عليها في دفتر الشروط إلى رقابة المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة.

- رقابة المفتشية العامة للمالية :

تنص المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 272/08 المؤرخ في 6 سبتمبر 2008، المحدد لصلاحيات المفتشية العامة للمالية³، على رقابة استعمال الموارد التي جمعتها الهيئات أو الجمعيات مهما كانت أنظمتها القانونية بمناسبة الحملات التضامنية، والتي تطلب الهبة العمومية خصوصاً من أجل حكم القضايا الإنسانية والاجتماعية والعلمية، وتمارس المفتشية العامة للمالية رقابتها على الجمعيات بحكم إمكانية استفادتها من المساعدة المالية من الدولة أو الجماعات المحلية، وتركز تدخلاتها في مهام الرقابة على ما يلي :

شروط منح واستعمال المساعدات التي تقدمها الدولة والجماعات الإقليمية والهيئات والمؤسسات العمومية.

- تطابق النفقات المسددة مع الأهداف المتبعة.
- مستوى الانجازات مقارنة مع الأهداف.
- دقة الحسابات وصدقها وانتظامها.
- شروط تطبيق التشريع المالي والحاسبي.

ومن أجل ذلك يمكن للمفتشية العامة للمالية الإطلاع على السجلات والمعطيات والتحصل على كل مستند ووثيقة تبريرية⁴.

- مراقبة مجلس المحاسبة : تنصب مهمة مجلس المحاسبة على مراقبة نتائج استعمال هذه المساعدات، وتنحصر المهمة الأساسية لمجلس المحاسبة في القيام بالرقابة اللاحقة البعدية على العمليات الخاصة بالهيئات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية، وهذا طبقاً للمادة 101 من القانون رقم 11/99 الصادر بتاريخ 23 سبتمبر 1999، المتضمن قانون المالية لسنة 2000⁵.

¹ - انظر المادة التاسعة من المرسوم رقم 351/01، (ج ر، العدد: 67).

² - انظر المادة 73 من القانون رقم 06/12، (ج ر، العدد: 2).

³ - الجريدة الرسمية، العدد 50، المؤرخة في 7 سبتمبر 2008، ص 81.

⁴ - ساطوطاح كريم، مرجع سابق، ص 128.

⁵ - الجريدة الرسمية، العدد 92، المؤرخة في 25 ديسمبر 1999، ص 3.

وبالنظر إلى أهمية الإعانات الممنوحة التي تقوم السلطات العمومية بمنحها سنويا للجمعيات بمختلف تصنيفاتها، فقد دفعت المادة 11 و12 من الأمر 20/95، المتعلق بمجلس المحاسبة إلى العناية أكثر فأكثر بالكيفيات العملية للرقابة على الهيئات التي لا تستهدف تحقيق الربح، وهذا بغرض التأكد من الاستعمال العقلاني والناجع للإعانات الممنوحة، بغض النظر عن الشكل الذي تأخذ تلك الإعانات.

كما يراقب مجلس المحاسبة الجمعيات عندما تلجأ إلى تحصيل تبرعات عمومية، وهذا من أجل دعم القضايا الإنسانية والاجتماعية والعلمية والثقافية على وجه الخصوص، وهذا في إطار حملات التضامن الوطني وذلك لمراقبة أوجه إنفاق هذه الموارد، وتستهدف تدخلات مجلس المحاسبة مراقبة الحسابات والوثائق أو الأوراق الثبوتية، التي تم مسكها من طرف أمين خزينة الجمعية وكذا مساعدته، كما تركز على شهادات كل من الخبير المحاسب، المحاسب المعتمد، محافظ الحسابات¹.

ت - مراقبة لجنة منح الإعانات المالية للجمعيات ذات الطابع الاجتماعي والإنساني :

زيادة على ما تقدم، تخضع الجمعيات الناشطة في مجال رعاية المعوقين لرقابة من نوع آخر، نص عليها المقرر رقم 135 في مادته الثانية، تتمثل في مراقبة استعمال الأموال الممنوحة من قبل لجنة منح الإعانات المالية طبقاً لأحكام عقد البرنامج المبرم بين وزارة التضامن الوطني والأسرة من جهة، وجمعية المعوقين من جهة أخرى.

ثانياً : استفادة الجمعيات الناشطة في مجال رعاية المعوقين من امتيازات خاصة :

زيادة على إمكانية استفادة جمعيات المعوقين كباقي الجمعيات الأخرى، من إعانات الدولة والجماعات المحلية كما سلف بيانه، تستفيد الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي، والتي منها جمعيات المعوقين² من امتيازات خاصة، تتمثل في: امتياز حق الانتفاع بالمتلكات التابعة للأملاك الوطنية، وامتياز الإعفاء من الرسوم الجمركية والرسم على القيمة المضافة.

1 - امتياز حق الانتفاع بالمتلكات التابعة للأملاك الوطنية :

تستفيد الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي بصفة عامة وجمعيات المعوقين بصفة خاصة من امتياز حق الانتفاع بالمتلكات المنقولة و/أو غير المنقولة التابعة للأملاك الوطنية، الدولة أو الولاية أو البلدية، ويكون هذا طبقاً للمرسوم التنفيذي رقم 156/93، غير أن هذا الامتياز يجب أن يتضمن مجموعة متجانسة من المتلكات³، وأن تكون هذه المجموعة مخصصة على سبيل الحصر للسماح بتحقيق أنشطة معترف بأنها من قبيل المنفعة العمومية أو المصلحة العامة المكملتين لعمل المصالح العمومية.

ويتم منح امتياز حق الانتفاع عن طريق اتفاقية تعد بالتطابق مع أحكام دفتر الشروط، تتضمن على الخصوص الحقوق والواجبات الخاصة المتعلقة بممارسة الأنشطة المقصورة على ما خصص له استعمال المتلكات موضوع الامتياز، وذلك ما لم تكن محددة في دفتر الشروط.

¹ - ساطوطاح كريم، مرجع سابق، ص 128، 129.

² - تشمل الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي والإنساني: جمعيات المعوقين، جمعيات المسنين، وجمعيات المرأة والطفولة...إلخ.

³ - اشترط المشرع أن تكون المتلكات مجموعة متجانسة في الفقرة الثانية من المادة الخامسة من المرسوم رقم 156/93، لكن السؤال المطروح هل قصد المشرع بكلمة متجانسة أن تكون المتلكات منقولة أو غير منقولة، باعتبارها مشتقة من كلمة الجنس، أو أنه قصد شيء آخر؟

وتبرم هذه الاتفاقية بين رئيس الجمعية صاحب الامتياز¹ والسلطات العمومية المخصصة لها الأملاك المنقولة و/أو غير المنقولة، والتي تختلف باختلاف صاحب الممتلكات، فإذا كانت الممتلكات تابعة للدولة يمنح امتياز حق الانتفاع الوزير الذي تخضع له الإدارة أو المؤسسة العمومية المخصصة لها الممتلكات موضوع الامتياز والنشاط الرئيسي الممنوح له امتياز حق الاستعمال، في حين إذا كانت الممتلكات العمومية أو الخاصة تابعة للولاية يمنح الامتياز والي الولاية، أما إذا كانت الممتلكات العمومية أو الخاصة تابعة للبلدية يمنح الامتياز رئيس المجلس الشعبي البلدي².

2- الإعفاء من الرسوم الجمركية والرسم على القيمة المضافة :

أقر القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 22 نوفمبر 1994، الذي يحدد كيفية الإعفاء من الرسوم الجمركية والرسم على القيمة المضافة، وكذا قائمة الجمعيات أو المؤسسات الخيرية ذات الطابع الإنساني التي يمكن أن تنتفع بهذا الإعفاء³، بإعفاء الجمعيات من الرسوم الجمركية والرسم على القيمة المضافة.

حيث جاء هذا القرار المتعلق بالإعفاء في مجال الرسوم الجمركية والرسم على القيمة المضافة، فيما يتعلق بالبضائع ومنها السيارات المستوردة هبة من المؤسسات ذات الطابع الإنساني أو المؤسسات الخيرية، لتبيان كيفية تطبيق المادة الخامسة من المرسوم التشريعي رقم 01/93 المؤرخ في 19 يناير 1993، يتضمن قانون المالية لسنة 1993 والمادة 127 من المرسوم التشريعي رقم 18/93 المؤرخ في 29 ديسمبر 1993، المتضمن قانون المالية لسنة 1994⁴.

وتستفيد من هذه الأحكام الجمعيات المعتمدة قانونا، والتي ليس لها غرض ربحي طبقا للقانون رقم 31/90، التي يكون هدفها الأساسي تقديم دعم مادي ومعنوي للسكان المتضررين، الكفيل بتحسين ظروف معيشتهم وتخفيف آلامهم والمساعدة على توفير راحتهم وتطويرهم، غير أن هذا الإعفاء مشروط بتوزيعها مجانا أو استعمالها في أغراض إنسانية، أما في حالة ما إذا استعملت هذه الجمعيات أو المؤسسات الخيرية البضائع لأغراض أخرى فتعاقب بدفع كامل الرسوم المستحقة دون الإخلال بالمتابعات القضائية⁵، كما حدد نفس القرار قائمة الجمعيات المعنية بهذه الإعفاءات والمقدرة بـ 45 جمعية، منها فيدرالية الجمعيات الوطنية للأشخاص المعوقين، والمنظمة الوطنية للمكفوفين الجزائرية... إلخ، غير أن السؤال المطروح في هذا الصدد هو على أي أساس تم اختيار الجمعيات التي ورد اسمها في ملحق القرار؟

المحور الثاني : دور و واجب الجمعيات في رعاية المعوقين :

تلعب الجمعيات دورا هاما في رعاية المعوقين في مختلف المجالات، لكن حتى يكون دور هذه الجمعيات فعالا في رعاية المعوقين، يتعين عليها القيام بمجموعة من الواجبات، وعليه سنحاول تبيان دور و واجب هذه الجمعيات في رعاية المعوقين في مختلف المجالات :

¹ - يمكن أن يخضع الامتياز لشرط قيام صاحبه بإجراء أشغال إصلاح الهيكل الأساسي موضوع الامتياز أو ترميمه أو تهيئته لجعله يليق بتحقيق الأنشطة ذات المصلحة العمومية الممنوح الامتياز من أجلها، في هذه الحالة تحدد الاتفاقية شروط إنجاز الأشغال وكيفية تسديد النفقات التي ينفقها صاحب الامتياز في هذا الصدد عند الاقتضاء.

² - يكون منح امتياز حق الانتفاع بالملك العمومي أو الخاص التابع للولاية أو البلدية مشروطا بمداولة مسبقة يقوم بها المجلس الشعبي الولائي، والمجلس الشعبي البلدي.

³ - الجريدة الرسمية، العدد 9، المؤرخة في 22 فبراير 1995، ص 33.

⁴ - الجريدة الرسمية، العدد 88، المؤرخة في 30 ديسمبر 1993، ص 3.

⁵ - انظر المادة الثالثة من القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 22 نوفمبر 1994.

أولا : في مجال رعاية المعوقين قانونيا :

إن هذه النقطة من أسمى الواجبات التي يتحتم على جمعيات المعوقين القيام بها، نظرا لأهمية النصوص والتشريعات القانونية للأفراد خاصة في عصرنا الحالي، والذي أصبحت فيه الجوانب الاجتماعية، الاقتصادية، القانونية... إلخ متداخلة تداخلا تاما مع بعضها البعض، وتكمن أهمية هذه الجمعيات في خدمة الأشخاص المعوقين من الناحية القانونية في التقرب منهم ومن أسرهم، وذلك بإرشادهم في هذا الجانب لما يترتب عليهم من حقوق و واجبات، كفلتها لهم هذه النصوص.

غير أن هذه الجمعيات مطالبة بالتكفل المباشر والتام بالقضايا القانونية التي تخص أي شخص معوق في حالة تعرضه لاعتداء من طرف شخص آخر، خاصة إذا كان من فئة المعوقين ذهنيا وكانت أسرته فقيرة، أو تم فصله من عمله إذا كان يشتغل أو هضمت حقوقه التي ضمنتها له مصالح الشؤون الاجتماعية العمومية، كذلك فإنه يلاحظ نتيجة للأمية السائدة بين أسر هذه الفئة، ضياع حقوق أبناءها نتيجة الجهل بالقوانين أو لتأخر وصول المعلومات إليها، لدى وجب على الجمعيات الناشطة في مجال المعوقين العمل على إعلام هذه الفئة بحقوقها التي ضمنتها لها القوانين،

بالإضافة إلى العمل على التعاقد مع محامين من أجل الدفاع عنهم قضائيا، وذلك بالتدخل لدى المحاكم في حالة حدوث نزاع وطلب التعويضات المادية والمعنوية التي تضمنها لهم القوانين السارية المفعول، كما عليها المطالبة بإعادة النظر في النصوص القانونية المتداولة الخاصة بهم نتيجة للتحويلات الاجتماعية والاقتصادية التي عرفت الجزائر في الآونة الأخيرة والحرص على تطبيق القانون بما يعود بالفائدة لصالح هذه الفئة¹.

وكذا المطالبة بضرورة تطبيق القوانين في المؤسسات العمومية والخاصة، ومراقبة تنفيذها باستمرار، والمطالبة بإنشاء مجلس استشاري أعلى مستقل عوض أن يكون تابعا لوزارة التضامن الوطني، لتقديم الإرشادات والنصائح للسلطات بغية تحسين أوضاع الأشخاص المعوقين في كافة المجالات.

ثانيا : في مجال رعاية المعوقين طبيا :

يعد هذا الدور من أهم أدوار جمعيات المعوقين، ويتجسد هذا بإجراءات متكاملة تتمثل في العمل على الإحصاء السنوي للأشخاص المعوقين، وذلك حسب نوعية إعاقاتهم وفق متغيرات الجنس، السن، درجة وسبب الإعاقة... إلخ، وكذا متابعة تلقيح الأطفال المعوقين وإرشاد ذويهم، لأن التخلي عن هذه العملية من شأنها أن تزيد الوضعية سوء لديهم، بالإضافة إلى تكوين ملفات طبية واجتماعية لصالحهم من أجل معرفة وضعيتهم، وبالتالي تقديم يد العون لهم في الوقت المناسب، وكذلك تكوين ملف خاص عن الأطباء والمراكز الاستشفائية الوطنية والدولية والهيئات المختصة في رعاية الأشخاص المعوقين سيمكنها عن طريق التعاون مع أسر ذوي الإعاقة من استغلال أحسن للوقت والتوجه مباشرة للطبيب المعني عند الحالات الطارئة، فكل هذه المسؤوليات تحتم على القائمين على هذه الجمعيات توفير صناديق إعانات مالية للحالات المستعجلة عندما يصاب أحدهم إصابة بليغة تستدعي التدخل العاجل وما يتبعه من تغطية لمصاريف العلاج²، كما أنه من واجب جمعيات المعوقين متابعتهم عند تعرضهم لحوادث عمل أو حوادث المرور... إلخ.

¹ انظر فراح رشيدة، القانون والطفل الأصم في ميدان التعليم والتكوين المهني، مجلة أفاق تربوية، العدد 15، ص 10، 11.

² انظر كبار عبد الله، المجتمع المدني ودوره في التكفل بذوي الاحتياجات الخاصة- دراسة ميدانية لجمعيات المعوقين حركيا بولاية غرداية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص علم الاجتماع الثقافي، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الجزائر 2، سنة 2004/2005، ص 118.

كما يتمثل دور الجمعيات في المجال الطبي المتخصص في إعادة تكييف المعوقين حركيا وتشجيعهم على ذلك بكل الوسائل المتاحة، وكذا القيام بندوات علمية طبية يتم فيها استعراض آخر التجهيزات الطبية الحديثة، والنتائج التي توصلت إليها البحوث العلمية في مجال علاج الأشخاص المعوقين من عمليات جراحية وأدوية، بحيث يقوم بتنشيط هذه الندوات والملتقيات الأطباء والاختصاصيين والباحثين الجامعيين ومسؤولي الصحة بصفة عامة، زيادة على ذلك ينتظر من هذه الجمعيات القيام بزيارات منتظمة للأشخاص المعوقين في منازلهم لاسيما إذا كانوا من أسر فقيرة رفقة أطباء متخصصين.

بالإضافة إلى تخصيصها صناديق مالية لاقتناء الأدوية النادرة من الخارج، بالإضافة إلى التكفل الفعلي بالمعوقين الذين يحتاجون لعلاج دقيق خارج البلاد، وهو ما يجعل المسؤولين عن هذه الجمعيات في مثل هذه الحالات في وضع المتابعة المستمرة والمتواصلة بغية الاطمئنان على تحسن الحالة الصحية للمعوق الذي قاموا بإرساله للعلاج في الخارج، بإضافة إلى إمكانية إنشاء أو تسير مؤسسات طبية كما سيتم بيانه لاحقاً.

ثالثاً: في مجال رعاية المعوقين نفسياً :

مما لا شك فيه أن لجمعيات المعوقين دوراً بالغ الأهمية في مجال رعايتهم في الجانب النفسي، وذلك لأن أغلبهم يكون لديه شعور بالنقص والدونية مقارنة بأقرانهم الأصحاء، وقد يكون السبب في ذلك المعاملة السيئة من طرف أحد أفراد عائلة الشخص المعوق في حد ذاته، بحيث تنعكس سلبيات على شخصيته، كما أن آلية الرد عنده تكون على شكل سلوك عدواني يتميز بالانطواء والعزلة...إلخ، إضافة إلى أن التصرفات اللاعقلانية الناتجة عن بعض أفراد المحيط الذي يتواجد فيه المعوق كالتمييز والهروب من التعامل معه، كثيراً ما تضاعف من الاضطرابات النفسية لديه، كل هذه العوامل وغيرها يمكن أن تولد لديه لاحقاً أزمة نفسية والمتمثلة في الإحباط، وهو ما يترتب عنه فقدان الثقة بالنفس وبالغير¹.

وانطلاقاً من هذا الوضع تبرز أهمية جمعيات المعوقين في خدمة الشخص المعوق داخل أسرته وخارجها، وذلك من خلال تحسيس الأسرة والمجتمع بضرورة معاملة هذا الفرد معاملة إنسانية لائقة تحفظ له كرامته ومكانته الاجتماعية كباقي الأفراد الآخرين، كما يتوجب عليها أيضاً التقرب منه في حد ذاته ومحاورته بحضور طبيب نفسي وذلك بتشجيعه على الكلام والتعبير عن مشاكله بكل حرية، كما يتوجب على هذه الجمعيات تكوين ملفات سيكولوجية لكل شخص معاق يعاني من التهميش وسوء المعاملة، ويتوجب على هذه الجمعيات التعاون مع وسائل الإعلام لإعداد برامج خاصة تعنى بالصحة النفسية لديهم من شأنها أن تساهم في رعايتهم، كما أن تشجيع المعوق من أجل الاعتراف بإعاقته وتقبلها وعدم الحساسية من كلمة إعاقه أو معوق من شأنه أن يمنحه ثقة كبيرة في نفسه²، وبالتالي وجب على هذه الجمعيات والمجتمع وأسر الأشخاص المعوقين السعي لتحسيس أبناءهم بأنهم أفراد عاديون مثلهم مثل باقي الأفراد.

رابعاً: في مجال رعاية المعوقين ترفيهياً :

يمكن لجمعيات المعوقين المساهمة بشكل كبير في التنشيط الثقافي والترفيهي للأشخاص المعوقين، خاصة إذا علمنا بأنهم يعانون من زيادة حجم وقت الفراغ، لذا فإنه يتوجب عليها العمل على تنظيم زيارات لمناطق سياحية وأثرية، بالإضافة إلى التخطيط لإعداد رحلات لمنتجعات الاستحمام، الحمامات المعدنية، الغابات المخصصة للفسحة...إلخ، زيادة على التنسيق مع السلطات العمومية لإقامة زيارات للمتاحف والحدائق والمواقع الأثرية والتاريخية، كل هذا من شأنه أن

¹ - انظر كبار عبد الله، مرجع سابق، ص 119.

² - للإشارة الواقع النفسي للإعاقه المكتسبة، أشد من الواقع النفسي للإعاقه الموروثة التي يولد بها الإنسان.

يغير من نفسيتهم ويمنحهم دافع لتجديد طاقاتهم، كما يتوجب عليها إحياء تظاهرات ثقافية ترفهية لصالح هذه الفئة، مثل: الأمسيات الأدبية والشعرية، المسرح، السينما، الألعاب البهلوانية... إلخ، خاصة وأن الدراسات أثبتت بأن لهذه البرامج الأثر البالغ على الصحة النفسية للأشخاص المعوقين.

كما أن تحسيس أسرهم بأهمية مرافقة أبنائهم للتردد على هذه الأماكن من شأنه أن يرفع من معنوياتهم ويوفر لهم الثقة بأنفسهم، كما يدخل في هذا الإطار تنظيم دورات ومسابقات ثقافية من أجل تشجيع المعوقين على التأليف والإبداع ككتابة الشعر، الرسم، الإنشاد... إلخ، واستثمار جهودهم لإدخال البهجة لإخوانهم من المعوقين، وكذلك تنظيم منافسات وتظاهرات خاصة بتفعيل التربية البدنية لرياضة المعوقين، بشرط إعداد الإمكانيات اللازمة وتكريمهم بجوائز قيمة عند ختام هذه الدورات، هذا الاهتمام سيحيي لديهم لا محالة روح التنافس، والمثابرة مما يدفعهم في نهاية المطاف للاندماج الاجتماعي، وكذا الاعتماد على أنفسهم بدون الحاجة المتكررة للآخرين.

خامسا: في مجال التكفل بالمعوقين في مؤسسات التكوين والتأهيل المهني:

تبرز أهمية مساهمة الجمعيات في إدماج المعوقين مهنيا من خلال التقرب من عائلاتهم باستكشاف واقعهم التعليمي، فإن كانت نتائج التحصيل الدراسي العادي لهذا الشخص مشجعة وجب حث عائلاتهم لدفعهم على مواصلة دراساتهم العليا مثلهم مثل الأصحاء دون عقدة.

أما الأطفال المعوقون الذين وجدوا صعوبات في التعلم والتحصيل، فإنه يتوجب على هذه الجمعيات أن تقوم بتحسيسهم وإعلامهم وتوجيههم لمراكز خاصة بتكوين المعوقين، لاسيما إذا علمنا بأنها ذات عدد محدود، فعلى سبيل المثال تم التوقيع على اتفاقية شراكة بين وزارة التكوين والتعليم المهنيين والاتحادية الجزائرية للأشخاص المعاقين في 3 ديسمبر 2013، تهدف إلى تحسين التكوين الموجه للأشخاص المعاقين حركيا، حيث سعت هذه الاتفاقية إلى تحديد الاحتياجات في مجال تكوين الأشخاص المعاقين حركيا، وتعزيز الطلب على التكوين بغية جعله في متناول عدد كبير من هذه الفئة وتنويع تخصصات التكوين¹، وهكذا فإن جمعيات ومنظمات المجتمع المدني عليها متابعة هذه الشريحة داخل هذه المراكز من أجل تشجيعها ودعمها ماديا إذا كان ذلك بالإمكان، والعمل على مساعدة المختصين في مجال تكوين المعوقين من إطارات ومدرسين، يشكل حافزا مشجعا لهذه الفئة لدفعها للتوجه إلى هذه المراكز وإزالة هاجس الخوف من الفشل، وكذا الخجل والتهميش... إلخ.

سادسا: في مجال التكفل بالمعوقين في مجال الشغل:

يظهر دور جمعيات المعوقين في التكفل بهم في عالم الشغل من خلال التخطيط الجاد للتكفل بفئة المعوقين في إطار عالم الشغل، بحيث يتم ذلك بالاطلاع والاستعلام المتواصل على مستجدات سوق العمل، بالإضافة إلى إحصاء المعوقين أصحاب الشهادات وتوجيههم للمؤسسات التي يمكن أن توظفهم، كذلك فإنه يتحتم على هذه الجمعيات التقرب من السلطات المحلية لحملها على تخصيص نسب معلومة من مناصب الشغل التي توفرها الدولة للبطالين، والذين نجد من بينهم الأشخاص المعوقين، وكذا التعاون مع المؤسسات الإعلامية بغية مساعدتهم للحصول على مناصب عمل لاستيعابهم في القطاعين العام والخاص على حد سواء، وذلك بالإعلانات والبرامج الإذاعية والتلفزيونية.

كما أن لهذه الجمعيات دور حاسم في إنشاء مؤسسات مساعدة عن طريق العمل، التي تكون وفقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 02/08 السالف الذكر، والتي تشمل مراكز المساعدة عن طريق العمل، ومزارع بيداغوجية.

¹ انظر جريدة السياسي، بتاريخ 5 ديسمبر 2013، ص 8.

حيث تعرف مراكز المساعدة عن طريق العمل بأنها: «مؤسسات عمل محمي تكلف باستقبال المعوقين البالغين 18 سنة على الأقل، الذين تابعوا تكويننا ولا تسمح لهم قدراتهم بالعمل في وسط عادي أو مؤسسة مكيفة، والذين هم في حاجة إلى دعم طبي واجتماعي تربوي»¹.

أما المزارع البيداغوجية فهي مؤسسة عمل محمي تكلف باستقبال الأشخاص المعوقين البالغين 18 سنة على الأقل، ذوي الاستقلالية المحدودة، الذين لا يمكنهم الالتحاق بتكوين مهني مكيف، وغير القادرين على ممارسة عمل في هيكل العمل المكيف.

كما لهذه الجمعيات دور هام في إنشاء مؤسسات العمل المحمي، وذلك وفقا لأحكام المرسوم رقم 02/08، والتي تكون في شكل ورشات محمية، تكلف بنشاطات إنتاج السلع والخدمات والمقاوله من الباطن وتستعمل عمالا معوقين ضمن شروط خاصة للعمل كتهيئة المنصب، وتكليف وتيرة العمل².

بالإضافة إلى ذلك يستلزم على الجمعيات تحسيس المعوقين بتأمين أنفسهم ضد أخطار العمل فيما يتعلق بالضمان الاجتماعي، وكذلك التأمين على الشيخوخة، وتشجيع أوليائهم على مساعدتهم في إقامة تعاونيات و ورشات حرفية، إضافة إلى إقامة علاقات وثيقة مع المؤسسات التشريعية بغية إصدار قوانين ولوائح إلزامية لإدماج عدد كبير منهم في القطاعين العام والخاص، خاصة في المكاتب والورشات المرجحة، والنضال من أجل إلغاء التمييز في التوظيف بين الأصحاء والأشخاص المعوقين.

سابعا: في مجال إنشاء وتسيير مؤسسات اجتماعية وطبية اجتماعية:

تلعب جمعيات المعوقين دورا بالغ الأهمية في مجال التكفل بالمعوقين عن طريق إنشاء مؤسسات للتكفل بالمعاقين، بحيث تقوم بالعمل على إدماج المعاقين وتعليمهم وتكوينهم ورعايتهم نفسيا... إلخ، ونظرا للدور الذي لعبته الجمعيات في هذا المجال في ظل المرسوم التنفيذي رقم 39/2000 المؤرخ في 9 فبراير 2000، الذي يحدد القانون الأساسي للمؤسسات والخدمات الخاصة الخيرية وكيفية إحداثها وتنظيمها وسيرها³، بحيث أجاز للأشخاص المعنوية (الجمعيات)، إلى جانب الشخص أو الأشخاص الطبيعيين إنشاء مؤسسات خيرية قصد أداء المهمة الخيرية.

جاء المرسوم التنفيذي رقم 350/08 المؤرخ في 29 أكتوبر 2008، الذي يحدد إنشاء المؤسسات الاجتماعية والطبية الاجتماعية وتنظيمها وسيرها⁴، الذي أجاز للجمعيات ذات الطابع الاجتماعي والإنساني (منها جمعيات المعوقين) إنشاء المؤسسات الاجتماعية والطبية الاجتماعية، والمتمثلة في مؤسسة الأطفال المسعفين، مؤسسة الأشخاص المعوقين، مؤسسة الأشخاص المسنين، ومؤسسة استقبال الفتاة والنساء في وضع صعب أو في شدة⁵، بحيث تخضع هذه المؤسسات للقانون الخاص، بالرغم من أنها تهدف إلى تقديم خدمة عمومية، وتتكفل حسب نوعها باستقبال الأطفال المسعفين والأشخاص المعوقين والمسنين والفتيات في وضع صعب أو من هن في شدة، كما تضمن لهم نوع أو عدة أنواع من التكفل المتخصص ذي الصلة بمهامها.

¹ - انظر المرسوم التنفيذي رقم 02/08، المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 228/09، (جر، العدد: 39).

² - انظر المرسوم التنفيذي رقم 83/08، (ج ر، العدد: 13).

³ - الجريدة الرسمية، العدد 5، المؤرخة في 9 فبراير 2000، ص 19.

⁴ - الجريدة الرسمية، العدد 63، المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، ص 16.

⁵ - انظر المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 350/08، (ج ر، العدد: 63).

غير أن هذه المؤسسات مجبرة على تطبيق برامج التكفل بالأشخاص السالف ذكرهم التي تقرها الوزارة المكلفة بالتضامن الوطني، أما إنشاء هذه المؤسسات فيكون بناء على ترخيص مسبق من الوزير المكلف بالتضامن الوطني بعد رأي اللجنة التقنية للولاية على أساس ملف إداري وتقني¹، واكتتاب في دفتر الأعباء النموذجي المرفق بمودجه بالرسوم التنفيذي رقم 350/08، وقد حددت المواد من 13 إلى 17 من نفس المرسوم إجراءات إنشاء هذه المؤسسات².

وتتمثل مهام هذه المؤسسات بجميع أنواعها في ضمان التربية المتخصصة وإعادة التربية والمعالجة الطبية والنفسية والمرافقة الاجتماعية للأشخاص المتكفل بهم، كما أنه زيادة على البرامج المحددة من طرف وزارة التضامن الوطني، يمكن للمؤسسة أن تقوم بنشاطات أخرى ثقافية ورياضية وترفيهية تهدف إلى راحة الأشخاص المستقبليين.

زيادة على هذه المهام المشتركة بين جميع أنواع هذه المؤسسات، تكلف كل مؤسسة بمهام خاصة تتماشى مع طبيعة نشاطها، وتتمثل مهام مؤسسة الأشخاص المعوقين لاسيما فيما يلي³:

- ضمان للأشخاص المعوقين تكفل متخصص عن طريق برامج مكيفة و وضع تحت تصرفهم الوسائل الضرورية لازدهارهم وتكليفهم.

- القيام بالمتابعة الطبية للأشخاص المعوقين المتكفل بهم.
- ضمان إعادة تكييف علاجي وإعادة تأهيل وظيفي وجسدي ونفسي للأشخاص المتكفل بهم.
- تنمية القدرات الحركية والمعرفية والاجتماعية للأشخاص المعوقين المتكفل بهم.
- تشجيع تنمية استقلالية الأشخاص المعوقين.
- ضمان الدعم والمرافقة للعائلات التي تتكفل بأشخاص معوقين.
- تحضير الأشخاص المعوقين الذين تم استقبالهم للإدماج الاجتماعي والمهني.

أما تمويل هذه المؤسسات فيكون عن طريق مساهمات الدولة، المساهمات المحتملة للجماعات المحلية، مساهمات الهيئات العمومية والخاصة، الهبات والوصايا، الموارد الأخرى المرتبطة بنشاط المؤسسة.

وتخضع هذه المؤسسات زيادة على أشكال المراقبة المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما، إلى مراقبة دورية من طرف مصالح الوزارة المكلفة بالتضامن الوطني⁴، وفي حالة وجود مخالفات يقوم الأعوان المكلفين بالمراقبة بإعداد محضر يدونون فيه المخالفات والتقصيرات المعينة، وتبلغ نسخة من المحضر لكل من الوزير المكلف بالتضامن الوطني والمؤسسة والجمعية في أجل أقصاه 15 يوم، مع اعدار المؤسسة، التي يجب عليها الامتثال لهذا الاعذار في أجل أقصاه 30 يوم، أما في حالة عدم الامتثال تتعرض المؤسسة لعقوبة إدارية تتمثل في الغلق المؤقت أو النهائي للمؤسسة⁵.

¹ - انظر المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 350/08، (ج ر، العدد: 63)، التي تحدد الوثائق المكونة للملف التقني والإداري.

² - انظر المواد 13، 14، 15، 16، 17 من المرسوم التنفيذي رقم 350/08، (ج ر، العدد: 63).

³ - انظر المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 350/08، (ج ر، العدد: 63).

⁴ - تنصب هذه المراقبة على شروط التكفل بالأشخاص المستقبليين، احترام أحكام التشريع والتنظيم المعمول بهما في هذا المجال، مراعاة قواعد الوقاية الصحية والأمن، تطبيق برامج نشاطات المؤسسات.

⁵ - ألزم المرسوم التنفيذي رقم 350/08 المؤسسات التي كانت في حالة نشاط أن تتطابق مع أحكامه في أجل سنة من تاريخ نشره تحت طائلة عقوبة الغلق النهائي

الخاتمة :

رغم كثرة الجمعيات الناشطة في مجال رعاية المعوقين والمقدرة بـ 593 جمعية محلية، و18 جمعية وطنية، إلا أن دورها يبقى محدود الفعالية في رعايتهم، نظرا لتركيزها على تقديم الخدمات الترفيهية والثقافية والرياضية بدل المشاريع ذات الفائدة التنموية أو الوقائية أو العلاجية للأمراض المختلفة، حيث بينت حصيلة المشاريع التي مولتها الدولة لفائدة الحركة الجمعوية بصفة عامة والتي منها جمعيات المعاقين بين سنتي 1999 إلى 2011، أن نسبة كبيرة منها عبارة عن أنشطة ترفيهية ومعارض فنية إلى حد ما ثقافية أي أنها أنشطة استعراضية، بالإضافة إلى نقص مواردها المالية الراجع خاصة لتقييد منح الإعانات المالية من طرف الدولة والجماعات الإقليمية بشروط وإجراءات معقدة قبل الاستفادة منها، ورقابة مشددة بعد الاستفادة منها، مع إعطاء السلطات العمومية (الدولة والجماعات الإقليمية) السلطة التقديرية في منح الإعانات المالية، وكل هذا يعود إلى صعوبة وجود مجتمع مدني حقيقي يمثل مختلف فئات المجتمع، ويحمل همومها. ولعل من بين ما يعكس هذا النقص في الفعالية على سبيل المثال هو عدد مؤسسات المساعدة عن طريق العمل ومؤسسات العمل المحمي التي قامت الجمعيات بإنشائها وتسييرها، وكذا عدد الجمعيات التي قامت بإنشاء وتسيير مؤسسات اجتماعية وطبية اجتماعية لتكفل بالأشخاص المعوقين بحيث قدرت في سنة 2013 بـ 7 مراكز ومزرعتين بيداغوجيتين، وأما مؤسسات العمل المحمي فقدرت بـ 8 ورشات محمية، وأما المؤسسات الاجتماعية والطبية الاجتماعية فقد قدرت بـ 64 مؤسسة في نفس السنة.

غير أن كل ذلك لا يعني عدم وجود جمعيات فعالة في مجال التكفل بالمعوقين، إلا أن عددها قليل جدا.

انطلاقا مما سبق نقتراح ما يلي :

- الرفع من قيمة الإعانات الممنوحة من قبل الدولة والجماعات المحلية، حتى تتمكن جمعيات المعاقين من القيام بالدور الذي ينبغي عليها القيام به، بحيث لا يبقى منحصر في تقديم الخدمات الترفيهية والثقافية، بالإضافة إلى إنشائها وتسييرها لمؤسسات المساعدة عن طريق العمل ومؤسسات العمل المحمي نظرا لما لها من دور ايجابي.
- اشتراط كفاءة في الأعضاء المسيرين للجمعيات الناشطة في مجال المعوقين، حتى تكون لهم القدرة على تقدير المشاريع المطلوب تمويلها نظرا لصعوبة العملية وحتى لا تمتنع الدولة عن تقديم المساعدات بهذه الحجة.
- التخفيف في إجراءات الحصول على الإعانات المالية من طرف الدولة والجماعات الإقليمية، وكذا الرقابة المسلطة عليها بعد الاستفادة من هذه الإعانات.
- توعية وتحسيس المجتمع من خلال وسائل الإعلام بدور الفعال للجمعيات في رعاية الأشخاص المعوقين قصد زيادة مواردها لتقوم بالدور الذي ينبغي عليها القيام به على أكمل وجه.

✓ قائمة المصادر و المراجع :

أولا : المصادر :

1_القوانين :

- _ القانون رقم 31/90، المؤرخ في 4 ديسمبر 1990، المتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية، العدد 53، المؤرخة في 5 ديسمبر 1990، ص 1686، الملغى بموجب القانون رقم 06/12.
- _ القانون رقم 11/99 الصادر بتاريخ 23 سبتمبر 1999، المتضمن قانون المالية لسنة 2000، الجريدة الرسمية، العدد 92، المؤرخة في 25 ديسمبر 1999.

_قانون البلدية رقم 10/11، المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، العدد 37، المؤرخة في 3 يوليو 2011.

- القانون رقم 06/12 المؤرخ في 12 يناير 2012، المتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية، العدد 2، المؤرخة في 15 يناير 2012.

_قانون الولاية رقم 07/12 المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية، العدد 12، المؤرخة في 29 فبراير 2012.

2_ المراسيم :

_المرسوم التشريعي رقم 18/93 المؤرخ في 29 ديسمبر 1993، المتضمن قانون المالية لسنة 1994 الجريدة الرسمية، العدد 88، المؤرخة في 30 ديسمبر 1993.

_ المرسوم التنفيذي رقم 156/93 المؤرخ في 7 يوليو 1993، المتعلق بمنح الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي امتياز حق الانتفاع بملكات تابعة للأملالك الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 45، المؤرخة في 11 يوليو 1993.

- المرسوم التنفيذي رقم 39/2000 المؤرخ في 9 فبراير 2000، الذي يحدد القانون الأساسي للمؤسسات والخدمات الخاصة الخيرية وكيفية إحداثها وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية، العدد 5، المؤرخة في 9 فبراير 2000.

-المرسوم التنفيذي رقم 351/01 المؤرخ في 10 نوفمبر 2001، يتضمن تطبيق أحكام المادة 101 من القانون رقم 11/99 المؤرخ في 23 ديسمبر 1999، والمتضمن قانون المالية لسنة 2000 والمتعلقة بكيفية مراقبة استعمال إعانات الدولة أو الجماعات المحلية للجمعيات والمنظمات، الجريدة الرسمية، العدد 67، المؤرخة في 11 نوفمبر 2001.

_المرسوم التنفيذي رقم 02/08 المؤرخ في 2 يناير 2008، الذي يحدد شروط إنشاء مؤسسات المساعدة عن طريق العمل وتنظيمها وسيرها، (ج ر، العدد: 2، المؤرخة في 8 يناير 2008)، المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 228/09 المؤرخ في 29 يونيو 2009، (ج ر، العدد: 39، المؤرخة في 1 يوليو 2009).

_ المرسوم التنفيذي رقم 83/08 المؤرخ في 4 مارس 2008 الذي يحدد شروط إنشاء مؤسسات العمل الحمي وتنظيمها وسيرها، (ج ر، العدد: 13، المؤرخة في 9 مارس 2008).

_المرسوم التنفيذي رقم 272/08 المؤرخ في 6 سبتمبر 2008، احدد لصلاحيات المفتشية العامة للمالية، الجريدة الرسمية، العدد 50، المؤرخة في 7 سبتمبر 2008.

_المرسوم التنفيذي رقم 350/08 المؤرخ في 29 أكتوبر 2008، الذي يحدد إنشاء المؤسسات الاجتماعية والطبية الاجتماعية وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية، العدد 63، المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

_ المرسوم التنفيذي رقم 228/09 المؤرخ في 29 يونيو 2009 يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 02/08 المؤرخ في 2 يناير 2008، الذي يحدد شروط إنشاء مؤسسات المساعدة عن طريق العمل وتنظيمها وسيرها، (ج ر، العدد: 39، المؤرخة في 1 يوليو 2009).

3-القرارات :

القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 22 نوفمبر 1994، الذي يحدد كفاءات الإعفاء من الرسوم الجمركية والرسم على القيمة المضافة، وكذا قائمة الجمعيات أو المؤسسات الخيرية ذات الطابع الإنساني التي يمكن أن تنتفع بهذا الإعفاء، الجريدة الرسمية، العدد 9، المؤرخة في 22 فبراير 1995.

ثانيا : المراجع :

• باللغة العربية :

1_الكتب :

_عروس الزبير، الحركة الجمعوية في الجزائر الواقع والأفاق، منشورات دفاتر المركز، رقم 13، سنة 2005

2_المذكرات :

_ ساطوطاح كريم، الرقابة على الجمعيات-دراسة ميدانية في ولاية الجزائر- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2012/2013.

_كبار عبد الله، المجتمع المدني ودوره في التكفل بذوي الاحتياجات الخاصة- دراسة ميدانية لجمعيات المعوقين حركيا بولاية غرداية- رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص علم الاجتماع الثقافي، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الجزائر2، سنة 2004/2005.

3_الدوريات :

_فراح رشيدة، القانون والطفل الأصم في ميدان التعليم والتكوين المهني، مجلة أفق تربوية، العدد 15.

4_الإحصائيات :

_ إحصائيات مستخرجة من مديرية الحركة الجمعوية والعمل الإنساني على مستوى وزارة التضامن الوطني.

5_الجرائد :

جريدة السياسي، بتاريخ 5 ديسمبر 2013.

• باللغة الفرنسية :

-ministère de la solidarité nationale de la famille et de la communauté nationale à l'étranger, manuel de gestion de l' association, janvier 2009.

أرجح الكلام في قراءة الفاتحة وعدمها خلف الإمام



إعداد: محمد أمان الله ملك، الطالب في مرحلة الدكتوراه
قسم الدينيات الإسلامية - الجامعة العالية بكالكوتا الهند
Email:mdamanullahmallick@gmail.com

مستخلص البحث.

يهدف البحث إلى بيان اجزاء قراءة الإمام عن قراءة المأموم في الصلاة سواء كانت سرية أو جهرية. وبيان أن لا يتمكن المأموم علي القراءة خلف الإمام لعدم الوسعة. وذلك تحقيق سنة المصطفى عليه أفضل الصلاة والتسليم. واشتمل البحث على ما لا بد منه في بيان اجزاء قراءة الإمام عن قراءة المأموم في حقه. ثم تبعه ذكر أقوال العلماء، وبيان الراجح. من نتائج البحث: لا تجب القراءة علي المأموم خلف الإمام. الكلمات المفتاحية: القراءة، سورة الفاتحة، المأموم، خلف الإمام، اجزاء القراءة.

المقدمة:

نحمدك يا من شرح صدورنا للهداية والإيمان، وفتح قلوبنا لفهم معاني السنة والقرآن، ونزل على عبده الفرقان الذي قال فيه: "فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين"، وجعل أصحابه رضى الله عنهم أسوة حسنة لمن جاء بعدهم إلى يوم الدين. ونصلى ونسلم على من أرسله إلى كافة الناس رحمة للعالمين، وعلى آله وأصحابه هم هداة الدين المبين، الذين يذلوا جهدهم وأنفسهم في سبيل الله المتين، وعلى تابعيهم وأتباعهم الذين اتبعواهم بالاحسان. أما بعد،

فقد أحزنني ما أسمع عن بعض الأحباب الذين يدعون أنفسهم أهل الحديث "غير المقلدين" خصوصا في الهند والباكستان من أنهم يستخفون بالأئمة الأربعة خصوصا بأبي حنيفة ومن تبعه، وهم يقولون: إن صلاة الحنفية لا تصح؛ لأنهم لا يقرءون الفاتحة خلف الإمام، ومن لم تصح صلاته فهو تارك للصلاة. فلذا أحببت أن أذكر مذاهب الأئمة الأربعة في هذه المسألة بالأدلة الشرعية علي وجه الاختصار مع الترجيح.

- مشكلة البحث : متى وكيف يقرأ المأموم الفاتحة خلف الإمام في الصلاة سواء كانت سرية أو جهرية؟.
- هدف البحث : تحليل مشكلة البحث من أجل إحياء سنة المصطفى صلى الله عليه وسلم، ومحاربة البدعة. ودعوة أن يفعل كل إمام ومأموم كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم، وفعله بعده الصحابة رضي الله عنهم والتابعون لهم بإحسان. وأن يطبق كل مصل قوله صلى الله عليه وسلم "صلوا كما رأيتموني أصلي".
- عنوان البحث : أرجح الكلام في قراءة الفاتحة وعدمها خلف الإمام.
- منهج البحث : اتبعت المنهج الاستقرائي التحليلي. فذكرت أقوالاً لفقهاء من كتبهم مع التدليل والتعليل والتوجيه والترجيح وذكر المرجحات.
- تقسيم البحث : اقتضت طبيعة البحث جعله في مبحثين، وخاتمة. ونعرض في المبحث الأول : اختلاف الفقهاء في هذه المسألة من خلال ثلاثة مطالب : المطلب الأول : المأموم لا تجب عليه القراءة خلف الإمام. المطلب الثاني : المأموم تجب عليه القراءة خلف الإمام. المطلب الثالث : المأموم تجب عليه القراءة في الصلاة السرية دون الجهرية. ونسوق في المبحث الثاني : دراسة دفع التعارض والترجيح بين الآراء ، وتحليل مشكلة البحث.

المبحث الأول : اختلاف الفقهاء في هذه المسألة :

قبل اضاءة مشكلة البحث " متى وكيف يقرأ المأموم الفاتحة خلف الإمام في الصلاة سواء كانت سرية أو جهرية؟" لابد من معرفة آراء الفقهاء ومذاهبهم في القراءة خلف الإمام، وبيان الرأي الراجح منها. ومن ثم الوصول إلي البحث المناسب في هذه المسألة إنشاء الله تعالى من خلال البحث الآتي. واختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة مذاهب :

- 1- أن المأموم لا تجب عليها القراءة خلف الإمام سواء كانت الصلاة سرية أو جهرية. عند الإمام أبي حنيفة وبعض أصحابه ، وعدد كبير من العلماء والفقهاء.
- 2- أن المأموم تجب عليه القراءة سواء كانت الصلاة سرية أو جهرية عند الإمام البخاري، والإمام البيهقي، الإمام الشافعي وغيرهم من المتقدمين.
- 3- أن المأموم تجب عليه القراءة في الصلاة السرية دون الجهرية عند الإمام مالك وأحمد وابن تيمية وغيرهم. وتفصيلها كما يأتي، وبالله التوفيق:

المطلب الأول : المأموم لا تجب عليها لقراءة خلف الإمام :

وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى ويترتب هذا البحث في كتاب المبسوط على اختلاف العلماء في قراءة المقتدي خلف الإمام، فالذهب عند أهل الكوفة أنه لا يقرأ في شيء من الصلوات¹. وفي كتاب الحجة على أهل المدينة : قال أبو حنيفة : لا قراءة خلف الإمام في شيء من الصلاة، ما يجهر فيه بالقراءة وما لا يجهر فيه بالقراءة².

¹ الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني، ج1، ص55.

² شرح فتح القدير لابن الهمام، ج1، ص294. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، ج1، ص363.

استدل أصحاب المذهب الأول بالآيات الكريمة الآتية :

منها : فقرأوا ما تيسر من القرآن¹.

وجه الاستدلال : أن الآية التي هي دليل قطعي الثبوت تدل على ركنية قراءة ما تيسر، فيكون قراءة ما تيسر ركنا من أركان الصلاة، وأما تعيين الفاتحة فقد ثبت بالسنة الظنية، فلو أخذنا بذلك لقدمنا الظني على القطعي، مما يلزم منه نسخ القرآن بالسنة الظنية، والزيادة على كتاب الله، وهذا لا يجوز أصلا².

منها: وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون³.

وجه الدلالة: أن الآية بعمومها وإطلاقها تدل على وجوب استماع القرآن والإنصات له داخل الصلاة وخارجها، ولكن الدلالة على وجوب الاستماع والإنصات في داخل الصلاة أظهر من خارجها؛ لأنه مقام الاستماع، ثم لو كان ورود الآية خارج الصلاة فإن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، كما هو مقرر عند علماء الأصول. وقد ورد عن جماعة من الصحابة أن هذه الآية نزلت في الصلاة⁴، ونُقل عن أحمد بن حنبل أن الإجماع قد دل على نزولها في الصلاة⁵. وقال القرطبي: قال النقاش: أجمع أهل التفسير أن هذا الاستماع في الصلاة المكتوبة وغير المكتوبة⁶. وكذلك قد ذكر ابن عبد البر إجماع أهل العلم على أن مراد الله من ذلك الصلوات المكتوبة⁷. وإذا ثبت وجوب الاستماع والإنصات للقراءة خلف الإمام فإن قراءة المقتدي محرمة أو مكروهة كراهة تحريمية، لأن القراءة خلف الإمام تعني ترك الإنصات⁸.

منها : كتاب أنزلناه إليك مبارك ليدبروا آياته وليتذكر أولو الألباب⁹.

وجه الاستدلال : أن الغاية من نزول القرآن هي التدبر والتفكير، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يجب السكوت على مستمعه؛ فإنه لو قرأ مع قراءة القارئ لفاته التدبر الذي هو الغاية من نزول القرآن.

¹سورة المزمل- الآية 20 .

²تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج1،ص105. المبسوط ، (بيروت : دار المعرفة) ج1،ص19.

³سورة الأعراف الآية 204 .

⁴الطبري ، جامع البيان عن تأويل آي القرآن المعروف بـ" تفسير الطبري"، ج6، ص163. السيوطي، جلال الدين السيوطي، تفسير الدر المنثور في التفسير بالمأثور، ج3 ، ص4.

⁵شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، مجموع فتاوى، ج3 ، ص269.

⁶القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي ، ج7، ص354.

⁷ابن عبد البر، التمهيد ، ج1، ص30.

⁸ابن الهمام ، فتح القدير، ج1 ، ص432.

⁹سورة ص \ الآية 29.

استدلوا بالأحاديث الآتية :

- عن أبي موسى الأشعري رضى الله تعالى عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا صليتم فأقيموا صفوفكم ثم ليؤمكم أحدكم فإذا كبر فكبروا، وفي رواية : وإذا قرأ فأنصتوا¹. وللحديث شاهد من حديث أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إنما جعل الإمام ليؤتم به فإذا كبر فكبروا، وفي رواية : وإذا قرأ فأنصتوا².

وجه الدلالة : يجب على المأموم الانصات لا القراءة خلف الإمام كما صرح أن الحديثان القويان صرحا أن المقتدي ليس عليه قراءة خلف الإمام ، وإنما واجبه هو الإنصات³.

- حديث المسىء صلاته : عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المسجد فدخل رجل فصلى ثم جاء فسلم على النبي صلى الله عليه وسلم فرد النبي صلى الله عليه وسلم عليه فقال ارجع فصل فإنك لم تصل فصلى ثم جاء فسلم على النبي صلى الله عليه وسلم فقال ارجع فصل فإنك لم تصل ثلاثا فقال والذي بعثك بالحق فما أحسن غيره فعلمنى قال إذا قمت إلى الصلاة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركم حتى تطمئن راكعا ثم ارفع حتى تعتدل قائما ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم ارفع حتى تطمئن جالسا ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم افعل ذلك في صلاتك كلها⁴.

وجه الدلالة : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر المسىء صلاته أن يقرأ بما تيسر معه من القرآن، فلو كانت الفاتحة متعينة لَنص عليها، إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة⁵.

عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال النبي صلى الله عليه وسلم: "اخرج فناد في المدينة: أنه لا صلاة إلا بقرآن ولو بفاتحة الكتاب فمأزاد"⁶. فقالوا : إن الحديث يدل على مطلق فرضية القراءة وأما تعيين الفاتحة فليس بفريضة⁷.

¹ صحة الحديث: أن هذا الحديث مما صح الخبره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كما ذكر في تفسير الطبري 166/9 . أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني ، سنن أبي داود (بيروت : المكتبة العصرية، صيدا -) ج1، ص596. مسلم بن حجاج ، صحيح مسلم (بيروت: دارطبية) ، ج 1 ، رقم الحديث 303 - 304 . صحيح ابن خزيمة ، ج 3 ، ص44. سنن ابن ماجه ، ج1، ص276 ، رقم الحديث 846. السنن الكبرى للبيهقي ، ج2، ص276.

² صحة الحديث : إن هذا الحديث صححه مسلم ولا عبرة بتضعيف من ضعفه كما قال السندي : انظر حاشية سنن النسائي 142/2 ، كذلك صححه الطبري انظر تفسير الطبري 166/9. ابن ماجه، صحيح سنن ابن ماجه، ج1، ص276. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي ، صحيح سنن النسائي ، ج 2 ، ص142.

³ عمدة القاري شرح البخاري، ج 6 ، ص15.

⁴ صحيح البخاري، أبواب صفة الصلاة، باب أمر النبي صلى الله عليه وسلم الذي لا يتم ركوعه بالإعادة، ج1، ص274.

⁵ ابن الهمام، فتح القدير، ج 1 ، ص294.

⁶ سنن أبي داود، ج1، ص512.

⁷ خليل أحمد السهانفوري ، بذل المجهود في حل أبي داود، ج5، ص35

عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا صلاة إلا بقراءة ثم قال أبو هريرة : فما أعلن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلنه لكم وما أخفاه أخفيناه لكم ¹.

وجه الاستدلال : أن القراءة في الصلاة فرض سواء كانت بفتحة الكتاب أو غيرها.

عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من صلاة جهراً فيها بالقراءة فقال: هل قرأ معي أحد منكم أنفا؟ فقال رجل: نعم يا رسول الله قال: إني أقول: مالي أنزع القرآن؟ قال: فانتهى الناس عن القراءة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما جهر فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلوات حين سمعوا ذلك من رسول الله ².

وجه الاستدلال : أن النبي صلى الله عليه وسلم أنكر على من قرأ خلفه، وبإنكاره انتهى الناس عن القراءة، فثبت أن القراءة خلف الإمام لا تجوز.

- عن أنس رضي الله تعالى عنه قال : صلى النبي صلى الله عليه وسلم ثم أقبل بوجهه ، فقال : أتقرأون والإمام يقرأ ، فسكتوا ، فسألهم ثلاثاً ، فقالوا : إنا لنفعل ، فقال : فلا تفعلوا ³.

- عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الظهر، فلما سلم قال : هل قرأ منكم أحد ب- " سبح اسم ربك الأعلى " فقال رجل من القوم، أنا، فقال قد علمت أن بعضكم خالجيها ⁴.

وجه الدلالة : أن الحديث نهى عن القراءة خلف الإمام مطلقاً فيشمل الصلاة السرية والجهرية كليهما، حيث أمر المأموم بمطلق الإنصات، وبيّن الحديث أن قراءة الإمام قراءة للمأموم، وهو بذلك ناسخ للأحاديث الأمرة بالقراءة.

- حسن بن صالح عن أبي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من كان له إمام فقراءته له قراءة " ⁵.

¹ صحيح مسلم ، ج1، ص297 .

² صحة الحديث : قال الترمذي : هذا حديث حسن .محمد بن عيسى بن سؤدة بن موسى بن الضحاك، السلمي الترمذي ، جامع الترمذي المعروف بسنن الترمذي ، ج2، ص218 - 213. أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني ، سنن أبي داود (بيروت : المكتبة العصرية، صيدا - ج1، ص526. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي ، صحيح سنن النسائي ، ج2، ص140.

³ شرح معاني الآثار طحاوي ، رقم الحديث : 1268. الحديث مختصروقد رواه الدارقطني كاملاً ، ج1، ص140.

⁴ عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن شيبان العبسي أبو بكر ، مصنف ابن أبي شيبة ، ج3 ، ص273 ، رقم الحديث : 3798 ، صحيح سنن النسائي ، ج1، ص318 ، رقم الحديث : 989. صحيح مسلم ، ج1، ص172 ، رقم الحديث : 398.

⁵ مسند الإمام أحمد، ج3، ص339. صحيح سنن ابن ماجه ، ج1 ، ص277. مصنف ابن أبي شيبة ، ج3 ، ص282 ، رقم الحديث : 3823. تخريج الحديث : وأخرجه أبو حنيفة في مسنده (ص: 307)، ومن طريقه محمد بن الحسن في موطئه(ص: 117)، والطحاوي (1/ 217)، والدارقطني (1/ 331-324)، والبيهقي في السنن (2/ 159)، وفي القراءة خلفالإمام(334 ، 335) عن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله بن شداد بن الهاد ، عن جابر رضي الله عنه قال البيهقي: " هكذا رواه جماعة عن أبي حنيفة موصولاً ، ورواه عبد الله بن المبارك مرسلأ دون ذكر جابر رضي اله عنه وهو المحفوظ " قال الدارقطني في حديث عبد الله بن شداد عن جابر رضي الله عنه " : وروي هذا الحديث سفيان الثوري وشعبة وإسرائيل وأبو خالد الدالاني وأبو الأحوص وسفيان بن عيينة وجريز بن عبد الحميد وغيرهم عن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله بن شداد مرسلأ عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو الصواب " وورد الحديث عن جماعة من الصحابة أوردتها البيهقي في كتابه القراءة خلف الإمام (ص: 1477).

وجه الاستدلال : أن الرسول صلى الله عليه وسلم أخبر أن قراءة الإمام تجزيء عن قراءة المأموم ، وهذا يقتضي أن القراءة لا تجب على المأموم سواء كانت الصلاة جهرية أو سرية ، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يفرق. وأنه ناسخ للأحاديث التي فيها الأمر بقراءة الفاتحة خلف الإمام .
استدلوا بأقوال الصحابة :

- عن محمد بن عجلان¹، أن عمر بن الخطاب قال: ليت في فم الذي يقرأ خلف الإمام حجرا².
 - عن ابن عمر قال : إذا صلي أحدكم خلف الإمام فحسبه قراءة الإمام وإذا صلي وحده فليقرأ³.
 - عن علي رضي الله عنه قال : من قرأ خلف الإمام فقد أخطأ الفطرة.
 - عن موسى بن عقبة⁴، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر وعثمان كانوا ينهاون عن القراءة خلف الإمام⁵.
 - عن عبيد الله بن مقسم⁶، أنه سأل عبدالله بن عمر و زيد بن ثابت وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم فقالوا : لا تقرأ خلف الإمام في شيء من الصلاة.
 - عن أبي وائل⁷ قال : سئل عبدالله بن مسعود رضي الله عنه عن القراءة خلف الإمام فقال : أنصت فإن في الصلاة شغلا ويكفيك الإمام .
 - عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال : وددت الذي يقرأ خلف الإمام في فيه جمرة.
 - عن علقمة⁸، عن ابن مسعود رضي الله عنه قال : ليت الذي يقرأ خلف الإمام ملئ فوه ترابا.
 - عن أبي حمزة قال : قلت لابن عباس أقرأ والإمام بين يدي قال : لا⁹.
- يتضح لنا : أن الأقوال السابقة من الصحابة رضي الله عنهم تدل على النهي عن القراءة خلف الإمام سواء كانت الصلاة سرية أو جهرية.

المطلب الثاني : المأموم تجب عليه القراءة خلف الإمام :

تجب قراءة الفاتحة في كل حال على الإمام والمأموم والمنفرد عند الإمام البخاري، والإمام البيهقي، الإمام الشافعي وغيرهم من المتقدمين. ويقول الشافعي في الأم : فوجب على كل من صلى منفردا أو إماما أن يقرأ بأمر القرآن في كل ركعة لا يجزيه غيرها¹⁰.

¹ محمد بن عجلان المدني ، صدوق إلا أنه اختلطت عليه أحاديث أبي هريرة ، من الخامسة ، مات سنة ثمان وأربعين .

² علامة إمام محمد الشيباني ، مؤطا إمام محمد ، ص102.ورواه عبدالرواق.

³ مؤطا إمام مالك ، باب ترك القراءة خلف الإمام فيما يجهر فيه ، رقم الحديث : 43.

⁴ هو موسى بن عقبة بن أبي عيَّاش الأسدي مولي آل الزبير ثقة فقيه إمام في المغازي من الخامسة . انظر: تقريب التهذيب، ص 7041.

⁵ مصنف عبد الرزاق ، الرقم : 2810 ، ج2، ص139 .

⁶ عبيد الله بن مقسم هو مدني ثقة مشهورة ، من الرابعة روي عنه البخاري ومسلم وأبو داود وغيرهم ، انظر " تقريب التهذيب " 4375.

⁷ هو شقيق بن سلمة الأسدي أبو وائل الكوفي ثقة مخضرم . انظر " تقريب التهذيب " 2832.

⁸ علقمة بن قيس بن عبدالله النخعي ، الكوفي ، ثقة ، انظر " تقريب التهذيب : 4715.

⁹ دفع الأوهام عن القراءة خلف الإمام ، تحقيق : حسام الدين بن سليم الكيلاني، ص 32 - 33.

¹⁰ الخطيب الشربيني ، معني / المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، (دار المعرفة) ج 1 ، ص 157.

استدل أصحاب المذهب الثاني بالأحاديث الآتية :

1- عن عبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب"¹.

2- عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم القرآن فهي خداج " ثلاثاً " غير تمام².

معني الخداج : النقصان والفساد، يقال : خدجت الناقة إذا ألفت ولدها قبل تمام وقته وإن كان تام الخلق، ويقال: أخذجت الناقة إذا ألفت ولدها قبل تمام الخلق وإن كان لتمام وقته ، فذلك نتاج فاسد³.

3- عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : أمرنا أن نقرأ بفاتحة الكتاب وما تيسر⁴.

4- عن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لا يقرآن أحد منكم شيئاً من القرآن إذا جهرت بالقراءة إلا بأم القرآن "⁵.

وجه الدلالة من الأحاديث السابقة : دلت الأحاديث السابقة على أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر بقراءة الفاتحة في الصلاة الجهرية مع الإمام. وهذا يقتضي وجوب قراءة الفاتحة للمأموم سواء كانت الصلاة سرية أو جهرية. وتدل على أن الصلاة لا تتم بدونها⁶.

المطلب الثالث : المأموم تجب عليه القراءة في الصلاة السرية دون الجهرية :

وهو مذهب الإمامين مالك وأحمد رحمهما الله تعالى. واستدل أصحاب المذهب الثاني بالقرآن والسنة : أما القرآن ،فقوله تعالى : " وإذ قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا"⁷. وأما السنة : فحديث جابر رضي الله عنه أنه قال " من صلى ركعة لم يقرأ فيها بأم القرآن فلم يصل، إلا وراء الإمام . رواه مالك والترمذي وصححه⁸.

المبحث الثاني: دراسة دفع التعارض والترجيح بين الآراء، وتحليل مشكلة البحث.

دفع التعارض: كان الناس يتكلمون بمكة في المكتوبة بجوائجهم، ويسلمون فيها، ويقول أحدهم إذا أتاهم صليتم؟ وكم بقي؟ فيخبرونه ونحو هذا، ويقراءون خلف الإمام لما أنزلت هذه الآية " وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون" أمروا بالإنصات في الصلاة، وبعدم القراءة خلف إمام يأتّم به، بل هم يسمعون قراءة

¹ صحيح البخاري، ج1، ص302، باب وجزب قراءة الفاتحة في كل ركعة ، سنن أبي داؤد ، ج1، ص217، وفيه زيادة لفظ "فصاعدا"، وسنن الترمذي، ج2، ص25. سنن النسائي، ج2، ص137، باب إيجاب قراءة فاتحة الكتاب في الصلاة، سنن ابن ماجه ، ج1، ص273، وفيه "لا صلاة لمن لم يقرأ فيها"، مسند أحمد، ج5، ص314-324.
² صحيح مسلم ، ج1 ، 296 . سنن أبي داود ، ج1 ، 511- 512 .

³ انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، ج2 ، ص12. القاموس المحيط ص237.

⁴ سنن أبي داود ، ج1 ، 512 .

⁵ رواه الدارقطني واللفظ له وقال: رجاله كلهم ثقات، ج1، ص360 ، سنن النسائي، ج2، ص141، باب قراءة أم القرآن خلف الإمام فيما جهر به الإمام، وليس فيه لفظ شيئاً من القرآن، السنن الكبرى للبيهقي، ج2، ص165، باب من قال يقرأ خلف الإمام.

⁶ انظر: فتح الباري ، ج2 ، ص241 .

⁷ سورة الأعراف آية 204 .

⁸ انظر: موطأ مالك، ج1 ، ص84 ، شرح موطأ مالك للزرقاني، ج1، ص258. وجزء القراءة للبخاري، 63. سنن الترمذي، ج2، ص124. وقال العنبدى حديث حسن صحيح.

الإمام، وعليهم أن يستمعوا لقراءته؛ كما قال ابن جرير : حدثنا أبو كريب، حدثنا أبو بكر بن عياش، عن عاصم، عن المسيب بن رافع، قال ابن مسعود: كنا يسلم بعضنا على بعض في الصلاة: "سلام على فلان، وسلام على فلان. قال: فجاء القرآن" وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ".

وعن أبي هريرة قال: كانوا يتكلمون في الصلاة، فلما نزلت هذه الآية: وإذا قرئ القرآن، والآية الأخرى، أمروا بالإنصات. وعن بشير بن جابر قال: صلى ابن مسعود، فسمع ناسا يقرأون مع الإمام، فلما انصرف قال: أما أن لكم أن تفقهوا! أما أن لكم أن تعقلوا؟ (وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا)، كما أمركم الله¹.

وعن الزهري قال: نزلت هذه الآية في فتى من الأنصار، كان رسول الله صلى الله عليه وسلم كلما قرأ شيئاً قرأه، وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا.

وعن طلحة بن عبيد الله بن كريز قال: رأيت عبيد بن عمير وعطاء بن أبي رباح يتحدثان والقاص يقص، فقلت: ألا تستمعان إلى الذكر وتستوجبان الموعود؟ قال: فنظرا إلي، ثم أقبلنا على حديثهما. قال: فأعدت، فنظرا إلي، ثم أقبلنا على حديثهما. قال: فأعدت الثالثة قال: فنظرا إلي فقالا إنما ذلك في الصلاة، وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا².

فهذه الآية واجبة الحكم في الصلاة أن ينصتوا بعدم القراءة خلف الإمام. وأما الأحاديث التي وردت علي وجوب قراءة الفاتحة في الصلاة قد ذكرنا نبذة منها، فهي محمولة قبل نزول هذه الآية، وأما الأحاديث التي وردت علي عدم وجوب قراءتها فيها، فهي محمولة بعد نزول هذه الآية.

الترجيح بين الآراء: يظهر مما سبق بيانه في البحث - والله أعلم - أن الراجح والصواب في هذه المسألة: أن المأموم لا تجب عليه القراءة خلف الإمام سواء كانت الصلاة سرية أو جهرية.

وجه الترجيح:

- 1- لكون الأحاديث الواردة في وجوب القراءة خلف الإمام محمولة قبل نزول هذه الآية " وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا".
- 2- لكون الأحاديث التي وردت في عدم وجوبها في الصلاة محمولة بعد نزول الآية السابقة.
- 3- لكون هذه الآية " وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا" ناسخة للأحاديث الواردة في وجوب القراءة خلف الإمام.
- 4- لأمر النبي صلى الله عليه وسلم بعد نزول هذه الآية بالإنصات في الصلاة، وبعدم القراءة خلف إمام يأتى به.

تحليل مشكلة البحث: متي وكيف يقرأ المأموم الفاتحة خلف الإمام في الصلاة سواء كانت سرية أو جهرية؟ يقول الباحث حول مشكلة البحث: إن القراءة مع جهر الإمام لا سبيل إليها فمتي يقرأ؟ فإن قلت: يقرأ في سكتة الإمام. يقول الباحث: والسكوت لا يلزم الإمام فكيف يركب فرض في الصلاة علي ما ليس بفرض فيها فلا يتمكن المأموم

¹ تفسير ابن كثير، ج 8، ص 537.

² تفسير الطبري، ج 13، ص 345-346.

علي قراءة الفاتحة في الصلاة الجهرية. فلما كانت القراءة ساقطة في الصلاة الجهرية فتسقط في الصلاة السرية؛ لأن فرائض الصلاة، وواجباتها سواء كانت الصلاة جهرية أو سرية.

الخاتمة :

أن المأموم لا تجب عليه قراءة الفاتحة سواء كانت الصلاة سرية أو جهرية. وذلك لقوة الأدلة ومنها: فقرأوا ما تيسر من القرآن. وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون. كتاب أنزلناه إليك مبارك ليدبروا آياته وليتذكر أولو الألباب. ومنها: أحاديث أبي هريرة، أنس، وجابر، وأبي موسى أشعري رضي الله عنهم. فقد دلت الآيات والأحاديث السابقة على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بالإنصات في الصلاة، وبعدم القراءة خلف الإمام، بل أن المأموم يسمع قراءة الإمام، وعليه أن يستمع لقراءته ويجب السكوت على مستمعه؛ فإنه لو قرأ مع قراءة القارئ لفاته التدبير الذي هو الغاية من نزول القرآن. وهذا يقتضي عدم وجوب قراءة الفاتحة للمأموم سواء كانت الصلاة سرية أو جهرية.

وهذا هو الأرجح والله تعالى أعلم وأحكم. والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات. وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وسلم تسليماً كثيراً. وسبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين.

✓ قائمة المراجع :

• كتب الأحاديث :

- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بَرِّزْبَه الجعفي البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، الناشر: دار ابن كثير، سنة النشر: 1414-1993.
- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه، صحيح سنن ابن ماجه، (بيروت: دار إحياء الكتب العربية).
- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، صحيح سنن النسائي. الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، سنة النشر: 1406 - 1986.
- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود (بيروت: المكتبة العصرية، صيدا).
- أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كوشاذ القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، الناشر: دار الطيبة، سنة النشر: 1427 - 2006.
- أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد، مسند الإمام أحمد، (بيروت: دار إحياء التراث العربي).
- ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث و الأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت، د.ت، د.ط.
- محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، السلمي الترمذي، أبو عيسى، سنن الترمذي (الجامع الكبير)، الناشر: دار الغرب الإسلامي، سنة النشر: 1996.

• كتب التفاسير:

- 1- الطبري، الإمام محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الشهير بالإمام أبو جعفر الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن المعروف بـ "تفسير الطبري"، (بيروت: دار المعارف).

- 2- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، (بيروت: دار الكتب المصرية - القاهرة).
- 3- . السيوطي، جلال الدين السيوطي، تفسير الدر المنثور في التفسير بالمأثور.

• كتب الفقه :

- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني، التحقيق: طلال يوسف، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ، فتح القدير، الناشر: دار الفكر.
- النسفي: أبو البركات، البحر الرائق، تحقيق: زكريا عميرات، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ.
- عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، (بيروت: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة).
- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ)، المسوط، الناشر: دار المعرفة - بيروت الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: 1414هـ - 1993م.
- شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مجموع فتاوى (ط. الأوقاف السعودية).
- العيني، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العيني، عمدة القاري شرح البخاري، (بيروت: دار الكتب العلمية).
- الشيخ عبد الغفار بن عبد الغني عيون السود، دفع الأوهام عن القراءة خلف الإمام، تحقيق: حسام الدين بن سليم الكيلاني، (الجمهورية العربية السورية).
- لخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (دار المعرفة).

• كتب الرجال :

- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، تحقيق: أبو الأشبال صغير أحمد شاغف الباكستاني، (دار العاصمة - باكستان).

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 0615-2336