

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / 100 فبراير 2021

❖ مع مواضع العدد 100 : فبراير 2021 :

- الجماعات الترابية وتحديات أزمة كورونا .
- النظام القانوني لمجلس إدارة شركة المساهمة .
- الحكم الذاتي والمحافظه على وحدة الدولة .
- القانون الجنائي وواقع التطور التكنولوجي .
- العنف ضد النساء خلال جائحة كورونا .
- العنف القائم على أساس النوع الاجتماعي .

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

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

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخزومي أستاذ القانون الخاص (2012/08/30)... المزيد	
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديدي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد	
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المغربي : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	
قراءة في النظام القانوني للمراة (قانون 02/15) : الأستاذ النقيب الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد	

الصفحة الرئيسية
اللجنة الاستشارية
أهداف المجلة
أخبار المجلة
المؤلفين
المدير المسؤول
شروط النشر
مقالات قديمة
مقالات قانونية
مقالات معاصرة
مقالات بلترسية
حوارات علمية
تقارير جامعية
المساهمون بالمجلة
أعداد المجلة
اتسراف بالمجلة

العدد 100: فبراير 2021

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 0615-2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد 100 : لشهر فبراير 2021

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 100 لشهر فبراير 2021 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكداك.....04
- ✓ **دراسات وأبحاث بالعربية :**
2. الجماعات الترابية وتحديات أزمة كورونا : من إعداد الدكتور أشرف ابن كيران ، أستاذ باحث ، جامعة محمد الأول وجدة المملكة المغربية.....07
3. النظام القانوني لمجلس إدارة شركة المساهمة في التشريعين الجزائري والكويتي - دراسة مقارنة من إعداد : الدكتور دحو مختار ، أستاذ محاضر قسم 'أ' كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مصطفى اسطembولي معسكر - الجزائر.....16
4. طرق وتقنيات تقدير قيمة الأملاك والحقوق العقارية المطلوب نزعها للمنفعة العامة في القانون الجزائري من إعداد : الدكتور لعشاش محمد ، أستاذ محاضر قسم (أ) بكلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة البويرة الجزائر.....39
5. الحكم الذاتي الإقليمي ودوره في المحافظة على وحدة الدولة - (دراسة تحليلية مقارنة لتجربة الحكم الذاتي لإقليم جنوب السودان وإقليم كتالونيا الاسباني) : الدكتور الحسين عثمان الشريف عبد العزيز ، أستاذ مساعد كلية الشريعة والقانون - قسم القانون - جامعة الجوف - المملكة العربية السعودية.....59
6. القيمة الفقهية لكتاب البيان في الفقه الشافعي : الدكتور طاهر صبحي طه الشيخ ، أستاذ مساعد بكلية العلوم والآداب بالقريات- جامعة الجوف- المملكة العربية السعودية وكلية الشريعة والقانون- جامعة الأزهر- جمهورية مصر العربية.....87
7. نحو قانون جنائي يعكس في لغته ، ومضامينه واقع التطور التكنولوجي : أنس برزجو ، باحث في سلك الدكتوراه بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس - المملكة المغربية.....111

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

8. La lutte contre le blanchiment de capitaux au Maroc : EL HAJI Hamid ,
Professeur chercheur à la Faculté de droit d'Oujda- maroc.....127

✓ تقارير :

9. تقرير حول أشغال المؤتمر الإقليمي الثالث لمبادرة الشراكة الشرق أوسطية المنعقد لتدارس موضوع
"الإجراءات المتخذة لمكافحة العنف ضد النساء خلال جائحة كورونا" : إعداد إبراهيم ، اشويعر دكتور في
الحقوق - المملكة المغربية.....145
10. تقرير حول أشغال مائدة مستديرة لكرسي لالة مريم للمرأة والطفل المنعقد لتدارس موضوع "العنف
القائم على أساس النوع الاجتماعي خلال الطوارئ الصحية" : إعداد حمزة التريد ، باحث في صف
الدكتوراه - المملكة المغربية.....148

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد 100 لشهر فبراير 2021



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكدك

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد 100 لشهر فبراير 2021 من مجلة الفقه والقانون الدولية ، وبهذا نكون قد وصلنا ولله الحمد إلي رقم قياسي من الأعداد العلمية وهو ثمانية وعشرون عاما من الجهد المتواصل جعله العلي التكري في ميزان حسناتنا وصدقة جارية علينا يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم ، مناشدين كل من استفاد من محتويات المجلة بماذا أن يكرمنا بدعائه ، فما أحوجنا إليه في ظل هذه الظروف العصيبة التي نمر بها حاليا . وقد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات والأبحاث العامة من عدة هيئات وجامعات وكليات ومراكز ومعاهد بحث عربية عريقة ونخص بالذكر :

- كلية العلوم والآداب بالقريات- جامعة الجوف- المملكة العربية السعودية.
- كلية الشريعة والقانون- جامعة الأزهر- جمهورية مصر العربية.
- كلية الشريعة والقانون — قسم القانون — جامعة الجوف — المملكة العربية السعودية.
- كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مصطفى السهمولي معسكر- الجزائر.
- بكلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة البويرة الجزائر.

- كلية الحقوق، جامعة محمد الأول وجدة المملكة المغربية.
- كلية الحقوق، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفس- المملكة المغربية.
فشكرا لجميع الباحثين بالعالم الذين أكرمونا بتوجيهاتهم و بحثهم وإسهاماتهم
الأكاديمية القيمة الرصينة، وساهموا في مزيد من التقارب والتواصل والتفاعل بين الباحثين
في العلوم الشرعية والقانونية .
ومن بين المواضيع القيمة التي ناقشها العلماء الجديك ما يلي :

- الجماعات الترابية وتحديات أزمة كورونا .
- النضام القانوني بمجلس إدارة شركة المساهمة في التشريع الجزائري والكويتي - دراسة مقارنة
- صق وتقنيات تقدير قيمة الأملاك والحقوق العقارية المصلوب نزاعها للمنفعة العامة في القانون الجزائري
- الحكم الذاتي الإقليمي وإدوره في المحافظة على وحدة الدولة - * دراسة تحليلية مقارنة لتجربة الحكم الذاتي لإقليم جنوب السودان وإقليم كتالونيا الإسباني *
- نحو قانون جنائي يعكس في لغته ، ومضامينه واقع التطور التكنولوجي .
- الإجراءات المتخذة لمكافحة العنف ضد النساء خلال جائحة كورونا.
- العنف القائم على أساس النوع الاجتماعي خلال الصواري الصحية.
- La lutte contre le blanchiment de capitaux au Maroc .

ختاما لا تنسوننا من دعائكم وتوجيهاتكم، وجعلنا العلي القدير مثل البنيان
المرصود يشك بعضه بعضا .

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.be.ma

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

الجماعات الترابية وتحديات أزمة كورونا



د. أشرف ابن كيران ، أستاذ باحث
جامعة محمد الأول وجدة - المغرب

مقدمة :

كما يتفق الجميع فإن الجماعات الترابية تعتبر في الوقت الراهن بمثابة ضرورة من ضروريات الدولة الحديثة، حيث أصبحت تكتسي أهمية كبيرة في ظل التحولات السياسية والاجتماعية والاقتصادية والمجالية التي تعرفها المجتمعات المعاصرة.

وقد طرحت الجماعات الترابية والجهوية المتقدمة في السياق المغربي كبدايل جديدة وآليات تديرية ناجعة، كان الهدف منها هو تخفيف العبء على السلطة المركزية، خاصة بعد فشل السياسات الفوقية والقطاعية للدولة التي تهم تسيير القضايا والشؤون المحلية في ظل تزايد المشاكل والطلبات الاجتماعية والاقتصادية على المستوى الترابي.

ويعتبر المغرب من الدول التي تبنت بعد الاستقلال خيار الديمقراطية التمثيلية ومن ثم دعمها بالديمقراطية التشاركية وكذا اللامركزية كخيارين استراتيجيين لا محيد عنهما، باعتبار ذلك نمطا يجسد الحكامة الترابية، بمنح السكان سلطة تدبير الشؤون المحلية بأنفسهم من خلال المجالس المنتخبة.

وقد مرت اللامركزية، على المستوى المؤسسي بمجموعة من المراحل الكبرى، انطلقت أولها في بداية الستينات، وتطورت بعدها عبر محطات حاسمة، خصوصا سنة 1976، التي شكلت تحولا حقيقيا في مسار اللامركزية، تلتها مجموعة من الإصلاحات المنظمة والمتوالية سنوات 1992 و 2002 و 2009، حيث ظلت

صفة الجماعات المحلية كشخص معنوي خاضع للقانون العام، مقتصرة على الجماعات والعمالات والأقاليم إلى أن جاء الدستور الذي ارتقى بلجهة إلى مصاف الجماعات الترابية.¹

وفي نفس السياق فتح دستور 2011، والقوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية، آفاقا واسعة أمام بلوغ الأهداف المتوخاة من إقرار الجهوية المتقدمة، وإعطائها مكانة الصدارة، من خلال تكريس شرعيتها الديمقراطية، وتحويلها مجموعة من المهام والصلاحيات التي تمنحها الأولوية في مجال التنمية الاقتصادية وبالرفع من الموارد المرصودة لها كي تضطلع بأدوارها على أحسن وجه وكذا مواجهة التحديات الجديدة.

ولعل من بين أهم التحديات الراهنة التي أثارت دور الجماعات الترابية، هو انتشار فيروس كورونا "كوفيد 19"، هذه الجائحة التي باغتت العالم، ومن بينها المغرب. لكن بفضل الأدوار الاستباقية والتدابير الاحترازية التي نهجتها الدولة، ساعد على الأقل من التخفيف من انتشارها والحد من آثارها.²

وما يهمنا في هذه المقالة هو توضيح دور الجماعات ورؤسائها في مواجهة وتدبير أزمة كورونا والتساؤل حول مكانة وأهمية هذه الجماعات في مساعدة السلطات المركزية في الحد من انتشار وتفشي هذا الوباء، باعتبارها شريكا استراتيجيا في تنفيذ السياسات التنموية الترابية، وفاعلا مركزيا في خط مواجهة المباشرة مع طلبات المواطنين واحتياجاتهم اليومية، وفاعلا مهما ومحركا رئيسيا للقرار المحلي.

وإذا كانت للجماعات الترابية أهمية بالغة على جميع المستويات باعتبارها شريكا مهما للدولة على الصعيد الترابي، فإن المتبع لأزمة كورونا وتداعياتها الكارثية على الحرث والنسل والتي اجتاحت المغرب منذ يوم 02 مارس 2020 تاريخ اكتشاف أو حالة، سيلاحظ بشكل ملموس وواضح بأن حضور هذه الجماعات في مواجهة وتدبير هذه الجائحة كان ضعيفا أو شبه منعدم، في مقابل تحمل الدولة والسلطات المركزية واللامركزية مسؤولية المواجهة المباشرة مع الوباء وطنيا ومحليا عبر إجراءات وتدابير ذات بعد مركزي.

وقد شكلت هذه الإجراءات والتدابير المتخذة فرصة هامة للعديد من الباحثين والمختصين في مجال الجماعات الترابية لإعادة فتح نقاش حول مكانة الجماعات الترابية في النسق السياسي المغربي وأهميتها في تدبير الأزمات.³ كما ساهم أيضا في إعادة التفكير في العلاقة بين الفاعل المركزي والفاعل الترابي ومدى قدرة هذا الأخير على ممارسة صلاحياته الدستورية والتنظيمية لمواجهة مثل هذه الأزمات.

¹ الباب التاسع من دستور 2011، الفصل 135: "الجماعات الترابية للسلطة هي الجهات والعمالات والأقاليم والجماعات، والجماعات الترابية أشخاص معنوية، خاضعة للقانون العام، وتسير شؤونها بكيفية ديمقراطية".

² تم إحداث لجنة اليقظة الاقتصادية بتاريخ 11 مارس وإصدار منشور حول التدابير الوقائية بمختلف المرافق العمومية في 16 مارس وإعلان حالة الطوارئ الصحية في 20 مارس، وإصدار منشور حول الخدمات الرقمية للمراسلات الإدارية، وإصدار منشور في شأن العمل عن بعد في 15 أبريل 2020.

³ من أشغال ندوة عن بعد بعنوان: "تحديات تدبير أزمة كورونا على المستوى المحلي بالمغرب"، بتاريخ 16 يونيو 2020، من تنظيم مركز السياسات من أجل الجنوب الجديد.

وهو ما يدفعنا إلى التساؤل حول دور الجماعات الترابية في تدبير هذه الجائحة، على اعتبار أن تدبيرها قائم على إدارة القرب؟ ولماذا تم تغييب هذه الجماعات وعقل أدوارها المنصوص عليها تنظيمياً في الحد من انتشار هذا الفيروس؟ وهل هذا مجرد إجراء وقائي لتدبير المرحلة؟ أم غلبة النزعة المركزية المفرطة وجعلها عقبة أمام التدبير القائم على القرب؟ وهل يمكن أن تؤسس مرحلة كورونا لبداية أفول الجهوية المتقدمة وعجزها عن تدبير الأزمات المفاجئة؟

إن الجواب على هذه التساؤلات يقودنا للحديث بشكل مباشر عن اختصاصات وصلاحيات الجماعات الترابية والمرتبطة بالظرية الصحية ومواجهة الأزمات في محور أول، ثم تأثير جائحة كورونا "كوفيد 19" على التدبير اللامركزي من خلال تعزيز حضور الفاعل المركزي في محور ثان.

المحور الأول: اختصاصات وصلاحيات الجماعات الترابية في مواجهة الظروف الطارئة:

إن نهج اللاتمركز الواسع في نطاق حكامه ترابية ناجعة، واعتماد التناسق والتوازن في الصلاحيات بين مختلف الجماعات الترابية والسلطات والمؤسسات، في إطار وحدة الدولة والوطن والتراب، والذي تعد المؤسسة الملكية ضامناً له وموثقاً عليه، جعل سؤال دور الجماعات الترابية في ظل هذه الجائحة يتم طرحه بحدة وذلك بالنظر للاختصاصات المسندة إليها والمحددة لها في إطار القوانين التنظيمية، وتكريس مبدأ التدبير الحر في تسيير مجالسها، والذي يخول في حدود اختصاصات كل جماعة ترابية سلطة التداول بكيفية ديمقراطية وسلطة تنفيذ المداولات والمقررات.

فإذا سلطنا الضوء على الاختصاصات الموكلة للجهات بمقتضى القانون التنظيمي المنظم لها 111.14¹ نجد بأن هذه الوحدات الترابية تتولى مجموعة من الاختصاصات (الذاتية، المشتركة، والمنقولة)، وبالتمعن في الاختصاصات الذاتية للجهات يتبين بأنها لا تخول للجهات صلاحيات مباشرة في علاقة بمكافحة الأوبئة. أما على مستوى الاختصاصات المشتركة، فالجهات تمارس بشكل تعاقدى مع الدولة مجموعة من الاختصاصات التي يمكن تفعيلها لمواجهة الجائحة، نذكر منها:

- البحث العلمي التطبيقي.
- تعميم التزويد بالماء الصالح للشرب والكهرباء وفق العزلة.
- المساعدة الاجتماعية.
- التأهيل الاجتماعي.

كما يمكن للجهات أن تتولى ممارسة بعض الاختصاصات المنقولة من طرف الدولة (إلا أن المبادرة تكون هنا للدولة)، ومنها: الصحة، التعليم، الطاقة والماء والبيئة ... إلخ.

¹ القانون التنظيمي المتعلق بالجهات، الجريدة الرسمية عدد 6380 الصادرة في 06 شوال 1436، 23 يوليوز 2015.

أما الجماعة فتناط بها تقديم خدمات القرب للمواطنات والمواطنين في إطار الاختصاصات المسندة إليها بموجب القانون التنظيمي للجماعات 113.14¹، بحيث تتولى الجماعات تقديم خدمات القرب باعتبارها أقرب وحدة ترابية للسكان.

وذلك من خلال ممارسة اختصاصات ذاتية، واختصاصات مشتركة مع الدولة، واختصاصات منقولة إليها من طرف هذه الأخيرة.

أ- فبالنسبة للاختصاصات الذاتية للجماعات في مجال الحفاظ على النظام العام :

تمارس الجماعة في إطار صلاحياتها الذاتية، مهمة تنظيف الطرقات والساحات العمومية وجمع النفايات المنزلية والمشابهة لها ونقلها إلى المطارح ومعالجتها، كما تعمل أيضا على السعي على تنظيم السير والجولان وحفظ الصحة العامة ونقل المرضى والجرحى، ونقل الأموات وتنظيم عمليات الدفن، كما تختص أيضا في إحداث وصيانة المقابر.

أما في مجال تنظيم الأسواق الجماعية فتختص الجماعة بموازاة مع الفاعلين الآخرين من القطاع العام والخاص من تدبير أسواق البيع بالجملة وتنظيم المجازر والذبح ونقل اللحوم ومراقبة أسواق القرب.

كما يمارس رئيس المجلس الجماعي صلاحيات الشرطة الإدارية في ميادين الوقاية الصحية والنظافة والسكينة العمومية وسلامة المرور، بواسطة قرارات تنظيمية وفردية والمتمثلة في الإذن أو الأمر أو المنع. ومن أهم الصلاحيات التي يمارسها رئيس المجلس الجماعي، نذكر:

- اتخاذ التدابير اللازمة لتجنب ومكافحة الأمراض الوبائية أو الخطيرة.
- السهر على احترام شروط نظافة المساكن والطرقات وتطهير قنوات الصرف الصحي وزجر إيداع النفايات بالوسط السكني والتخلص منها.
- تنظيم السير والجولان والوقوف بالطرقات العمومية والحفاظة على سلامة المرور بها.
- اتخاذ التدابير الخاصة لضمان السكينة العمومية خصوصا في المحلات والفضاءات العمومية التي يقع فيها تجمهر الناس، كالمواسم والأسواق ومحلات الألعاب والميادين الرياضية والمقاهي والمساح والشواطئ وغيرها.
- تنظيم ومراقبة المحطات الطرقية ومحطات وقوف الحافلات، وحافلات النقل العمومي وسيارات الأجرة وعربات نقل البضائع وكذا جميع محطات وقوف العربات.
- اتخاذ التدابير اللازمة للوقاية من الحرائق والآفات والفيضانات وجميع الكوارث الطبيعية.

¹ ظهير شريف رقم 1.15.85 صادر في 20 رمضان 1436 الموافق لـ 7 يوليوز 2015 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات.

- ممارسة شرطة الجناز والمقابر واتخاذ الإجراءات اللازمة المستعجلة لدفن الموتى بالشكل اللائق ومنها تدبير وتنظيم عملية دفن جثامين ضحايا كوفيد 19 بما يتماشى مع الظروف الصحية الملائمة وتوصيات السلطات الحكومية في هذا المجال.¹

ب- أما بخصوص الاختصاصات المشتركة بين الجماعات والدولة :

فإن هذه الاختصاصات تمارسها الجماعات إما بطلب منها أو بمبادرة من الدولة في إطار تعاقدي، فالجماعات بناء على هذه الاختصاصات تساهم في صيانة المستوصفات العمومية الواقعة في نفوذ ترابها بالإضافة إلى المساهمة في تنمية الاقتصاد المحلي للجماعة وإنعاش سوق الشغل والاهتمام بالبنيات التحتية والتجهيزات، والمساهمة في تحسين ظروف عيش المواطنين.

واستنادا أيضا لهذه الاختصاصات المشتركة فإن الجماعة ملزمة بالمساهمة بإحداث دور العمل الخيري، ومأوى العجزة ودور الحضانة ورياض الأطفال، وكذا إحداث المراكز الاجتماعية للإيواء، بالإضافة إلى السهر على احترام البيئة وتهيئة الشواطئ والممرات الساحلية وتدبير الساحل التابع لنفوذ الترابي.

ج- أما بالنسبة للاختصاصات المنقولة من طرف الدولة للجماعة:

هذه الاختصاصات والتي يتم تحديد مجالاتها مراعاة لمبدأي التدرج والتمايز بين الجماعات، بحيث تعتمد فيها الدولة سياسة التدرج في نقل بعض الاختصاصات للجماعات وذلك بغية تعزيز مكانتها في التدبير التنموي، وتقديم خدمات القرب للمواطنين.

وقد نص الدستور في الفصل 141² على أن كل اختصاص تنقله الدولة للجماعات الترابية يكون مقترنا بتحويل الموارد المالية المطابقة له لمساعدة الجماعات في ممارسة هذا الاختصاص المنقول. ومن بين الاختصاصات المنقولة التي جاء بها القانون التنظيمي 113.14 نذكر:

- حماية وترميم المآثر التاريخية والتراث الثقافي والحفاظ على المواقع الطبيعية.
- إحداث وصيانة المنشآت والتجهيزات المائية الصغيرة والمتوسطة.
- وطبقا للبند الرابع من الفصل 146 من الدستور فإن تحويل الاختصاصات المنقولة إلى اختصاصات ذاتية للجماعات المعنية لا يتم إلا بموجب تعديل القانون التنظيمي للجماعات.

¹ Circulaire du ministre de l'intérieur n°6335 du 01 avril 2020 :

Sur la gestion des décès de cas suspects ou confirmés de covid 19.

² يكرس هذا الفصل قاعدة أساسية للمالية المحلية وذلك عندما يؤكد على ضرورة أن يكون كل اختصاص تنقله الدولة إلى الجهات والجماعات الترابية الأخرى مقترنا بتحويل الموارد المطابقة له. وبذلك يكون واضح هذا الفصل قد رأى ضرورة دسترة المبدأ المنصوص عليه في المادة 8 من القانون 46/97 والمتعلق بالجهات.

هذا بالإضافة إلى مجالس العملات والأقاليم والتي نظمت بمقتضى القانون رقم 112.14¹ رغم عدم وضوح الصورة المؤسسية لهذه المجالس التي تتمتع في الوقت نفسه بصفة الجماعة الترابية، وتشكل أحد مستويات ضبط وتنظيم الإدارة الترابية والإشراف عليها. الأمر الذي يتجلى في تداخل الوسائل والموارد المرصودة لها بهدف النهوض بالتنمية.

ومن بين هذه الاختصاصات ما تنص عليه المادة 78 من القانون التنظيمي 112.14 :

- توفير التجهيزات والخدمات الأساسية خاصة في الوسط القروي.
- تفعيل مبدأ التعاضد بين الجماعات، وذلك بالقيام بالأعمال وتوفير الخدمات وإنجاز المشاريع أو الأنشطة التي تتعلق أساسا بالتنمية الاجتماعية بالوسط القروي.
- محاربة الإقصاء والهشاشة في مختلف القطاعات الاجتماعية.
- تشخيص الحاجيات في مجالات الصحة والسكن والتعليم والوقاية وحفظ الصحة.
- التأهيل الاجتماعي في الميادين التربوية والصحية والاجتماعية والرياضية ...

وهكذا تساعد المنظومة القانونية التي تخضع لها الجماعات الترابية من الاضطلاع بالصلاحيات والاختصاصات المسندة إليها سواء الاقتصادية منها أو الاجتماعية والبيئية وذلك في إطار استراتيجية مندمجة ومنسجمة مع التوجهات الاستراتيجية للدولة، ومتناسقة مع المؤهلات والخصوصيات الجهوية، على الأقل على المستوى النظري. أما على مستوى الممارسة فقد أثبتت تجربة جائحة كورونا مدى تعطيل القدرات التديرية للجماعات الترابية في تدبير حالة لطوارئ خصوصا في الشق المتعلق بالحفاظ على الصحة العامة والأمن العمومي والاقتصر فقط على بعض التدخلات المحدودة للشرطة الإدارية الخاصة.

المحور الثاني: تأثير جائحة كوفيد 19 على التدبير اللامركزي في مقابل تعزيز حضور الفاعل المركزي

يعد المغرب من الدول السباقة إلى اتخاذ مجموعة من التدابير لمواجهة الجائحة والحد من انتشارها،² حيث صنفت هذه الإجراءات بأنها نموذج استثنائي للتفاعل مع الأزمة.

وبالرجوع إلى هذه الإجراءات والتدابير المتخذة في هذا الإطار ومن خلال التدقيق في مضامينها، سيلاحظ لنا بشكل ملموس غياب دور الجماعات الترابية بشكل عام والجماعات الحضرية والقروية بشكل خاص في عملية تدبير هذه الجائحة في مقابل حضور قوي للسلطات المركزية وممثليها.

¹ ظهير شريف رقم 1.15.85 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 112.14.

² مرسوم بقانون رقم 2.20.292 الصادر في 28 رج 1441 الموافق لـ 23 مارس 2020 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، الجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر بتاريخ 29 رجب 1441 الموافق لـ 24 مارس 2020.

وعلى عكس ما عرفه المغرب في مجال اللامركزية من تطور كبير، إلا أن الإدارة المركزية لم تستطع التخلي من بعض الممارسات ذات النزعة المركزية، حيث ظلت تنتهج المقاربة العمودية، واعتماد المنطق البراغماتي في تدبير الازمات اتجاه مسلسل اللاتمرکز.

فعمل يرجع الأمر إلى فشل هذه الوحدات الترابية في ممارسة صلاحياتها الدستورية والتنظيمية؟ أم أن دورها قد تم تغييره بشكل من الأشكال؟

فمنذ إعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني بموجب المرسوم رقم 2.20.292¹ المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها والمرسوم 2.20.293² المتعلق بفرض حالة الطوارئ الصحية على صعيد التراب الوطني، وما تلتها قرارات وإجراءات تستهدف نفس المصدر، يلاحظ بأن هذه القرارات كلها مركزية المصدر، حتى وإن كانت تدخل في نطاق السلطة التنظيمية المحلية. حيث مارست السلطات المركزية صلاحياتها الاستثنائية وعبئت جميع وسائلها لمواجهة هذه الأزمة الوبائية، وقد اندرجت هذه الإجراءات والتدابير في إطار الامتيازات الاستثنائية للدولة والتي مارسها بناء على نظرية الظروف الطارئة وأعمال السيادة وحساسية الظرفية الاستثنائية، كلها عوامل جعلت السلطات المركزية تستأثر بالاختصاص العام لتدبير المرحلة، كدورية وزير الداخلية³ التي تمنع انعقاد دورة شهر ماي في ظل التدابير الاحترازية التي يستلزمها حفظ النظام العام الصحي، دون ترك هامش الحرية للجماعات الترابية للتفكير في بدائل إلكترونية أخرى أو اقتراحها وذلك ضماناً لمبدأ التدبير الحر وتأميناً لقاعدة التراتبية ومبدأ سمو الدستور طبقاً لمقتضيات المواد 33 و34 من القانون 113.14 المتعلق بالجماعات، مما كان له كامل الأثر على إشكالية حذف المراقبة السياسية التي يمارسها المستشارون المنتخبون (أغلبية ومعارضة) على أعمال المجلس. كما أن هذه الدورية لم تنص على أي مقتضى يفيد عرض أعمال المجالس (أثناء فترة الحجر الصحي) ولو بشكل لاحق - بعد رفع حالة الطوارئ الصحية - من أجل المراقبة والتقييم، ومن أجل تعزيز المبدأ الدستوري المتعلق بربط المسؤولية بالمساءلة والمحاسبة.

هذا بالإضافة إلى دورية وزير الداخلية في 11 ماي 2020⁴، والتي تدعوا رؤساء الجماعات الترابية إلى وقف آجال أداء وإيداع الإقرارات الخاصة بالرسوم المحلية التي تقوم بتدبيرها هذه الجماعات، وكذا بالنسبة للأجال المتعلقة بمختلف المستحقات المترتبة على المهنيين، وتعطيل وتوقيف العمل ببعض مقتضيات القانون رقم 47.06 المتعلق بجبايات الجماعات المحلية.

¹ مرجع سابق.

² مرسوم رقم 2.20.293 بتاريخ 24 مارس 2020 بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا "كوفيد 19".

³ منشور وزير الداخلية 6743 بتاريخ 22 أبريل حول انعقاد الدورة العادية لشهر ماي للجماعات.

⁴ منشور وزير الداخلية 7186 بتاريخ 11 أي 2020 حول انعكاسات حالة الطوارئ الصحية على تطبيق الجزاءات المتعلقة بالموارد المدبرة من طرف الجماعات الترابية.

إضافة إلى التبع اليومي لمشاكل كورونا، نلاحظ بأن السلطة المحلية احتكرت التدبير اليومي لإجراءات التدابير الاحترازية طيلة أيام وشهور حالة الحجر الصحي، كما أن الإعانات والمساعدات المخصصة في ظل الجائحة، فالجماعات تعمل على تخصيص المبالغ المراد توزيعها ونوعية وطبيعة الإعانة المخصصة، غير أن الإشراف والتوزيع تتكفل به السلطة المحلية. وذلك حتى لا تتم المحاباة على أساس الولاءات السياسية والنزعة الانتخابية، وتفضيل طرف على آخر وإفراغ المساعدات من مضمونها الإنساني.

ويرجع ضعف ومحدودية تدخل الجماعات الترابية في تدبير هذه الازمة إلى مقتضيات المرسوم السالف الذكر والذي أسند المهمة بشكل شبه مطلق لوزارة الصحة والداخلية، وكذا مذكرات وزير الداخلية (المشار إليها سابقا) والتي راسل من خلالها الجماعات الترابية وطلبها بعدم عقد الاجتماعات وتأجيلها إلى أجل غير مسمى، بالإضافة إلى محدودية الموارد البشرية والمالية للجماعات وكذا ضعف المستوى التعليمي والمعرفي لبعض الرؤساء المنتخبين وعدم قدرتهم على استيعاب صلاحياتهم الدستورية والتنظيمية.

ويمكن القول أيضا بأن الجماعات الترابية لم تكن على استعداد تام لمثل هاته الجائحة، على اعتبار أن برامج عمل الجماعات الترابية لا تتوفر على خطط وبرامج لمواجهة مثل هذه الظروف الطارئة ولم ترصد لها أي موارد مالية، كما ان تدخل الدولة أشعر الفاعل الترابي بعدم جدوى تدخله، هذا بالإضافة إلى هاجس بعض المنتخبين ورؤساء المجالس من إمكانية اتهامهم استغلال الازمة لتحقيق مصالح سياسية وانتخابية.

في حين أن هناك من اعتبر أن السبب الحقيقي في الأمر يرجع بالأساس إلى جهل بعض المجالس ورؤسائها لاختصاصاتهم الدستورية والتنظيمية خصوصا ما يتعلق بمجال الضبط الإداري والحفاظ على النظام العام، وغالبا ما يتم تبرير ذلك بغياب سياسة تكوين وتأهيل المنتخبين الجماعيين والذي ساهم في ذلك بشكل كبير.

ومن الأسباب الرئيسية في ذلك أيضا عدم وضوح النص القانون المنظم لاختصاصات الجماعات ورؤسائها وعلاقتهم بالسلطة المحلية، ولاسيما ما يتعلق بمجال الحفاظ على النظام العام والذي يتدخل فيه العديد من الأطراف مما يفتح المجال في كثير من الأحيان أمام سوء التدبير وتنازع الاختصاص، ويتجلى ذلك بوضوح من خلال الفصل 100 من القانون التنظيمي للجماعات.

كما أن النطاق الواسع للاختصاصات الذاتية والمنقولة والمشاركة للجماعات الترابية مجمدا لصالح السلطة المحلية في ظل هذه الجائحة وسند ذلك هو الفصل 110 من القانون 113.14 المتعلق بالجماعات والتي تنص على أن رئيس مجلس الجماعة يمارس صلاحيات الشرطة الإدارية الجماعية باستثناء المواد التي تخول بحكم القانون التنظيمي إلى عامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه في الحفاظ على النظام العام والامن العمومي بتراب الجماعة.

وخلاصة القول، رغم الوضع الاستثنائي الذي تعيشه البلاد والذي يمكن أن يكون مسوغا لاحتكار السلطة المحلية لآليات التدبير والتنظيم، إلا ان هذا لا يمنع من إشراك الجماعات الترابية في تفعيل اختصاصاتها

المرتبطة بالظرية الصحية، ليكون على الأقل كتمرين للمنتخب الترابي لاختيار قدراته التديرية وكفاءته في إدارة الازمات وألا تكون الجماعة الترابية مجرد استنساخ للبنات المركزية على المستوى الجهوي والمحلي، ما دام أن الدور المنوط بالجماعات الترابية في ظل اتساع اختصاصاتها وارتفاع منسوب وعي الناخبين وتعاضم أدوارها هو تحقيق التنمية المستدامة ومواجهة الأزمت.

ولأجل ذلك أضحي لزاما إعادة النظر في اختصاصات وموارد الجماعات الترابية سواء المادية منها أو البشرية والعمل على الرفع من الخدمات التي تقدمها هذه الوحدات الترابية للمرتفقين. وبالطبع لن يتأتى ذلك إلا بتفعيل دور الدولة والجماعات الترابية والأحزاب السياسية في تأهيل الموارد البشرية وتخليق الحياة الجماعية والتخفيف من صرامة الرقابة التي تمارسها سلطات المراقبة والمتمثلة في العامل ورجال السلطة.

كما ان تكريس الرقابة القضائية على مجالس الجماعات ورؤسائها يعتبر من الدعامات الأساسية لتعزيز حضور الفاعل الترابي في السياسات التنموية الترابية وفي تدبير الأزمت، وذلك من خلال تكريس المساءلة وربط المسؤولية بالمحاسبة، وكذا تفعيل إجراءات ومساطر العزل والتجريد من العضوية في حق الرئيس وأعضاء المجلس في حالة التقاعس والتهرب من المسؤولية أو الإخلال بالمهام الانتدابية.

• لائحة المصادر والمراجع :

- دستور المملكة المغربية لسنة 2011.
- القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، الجريدة الرسمية عدد 6380 الصادرة في 6 شوال 1436 الموافق لـ 23 يوليوز 2015.
- القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم، الجريدة الرسمية عدد 6380 الصادرة في 6 شوال 1436 الموافق لـ 23 يوليوز 2015.
- القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات، الجريدة الرسمية عدد 6380 الصادر في 6 شوال 1436 الموافق لـ 23 يوليوز 2015.
- مرسوم بقانون رقم 2.20.292 الصادر في 28 رجب 1441 الموافق لـ 23 مارس 2020 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، الجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر بتاريخ 29 رجب 1441 الموافق لـ 24 مارس 2020.
- مرسوم رقم 2.20.223 بتاريخ 24 مارس بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا كوفيد 19.
- Circulaire du ministre de l'intérieur n° 6335 du 01 avril 2020 sur la gestion des décès de cas suspects ou confirmés de covid 19.
- منشور وزير الداخلية 6743 بتاريخ 22 أبريل حول انعقاد الدولة العادية لشهر ماي لمجالس الجماعات.
- منشور وزير الداخلية 7186 بتاريخ 11 ماي 2020 حول انعكاسات حالة الطوارئ الصحية على تطبيق الجزاءات المتعلقة بالموارد المدبرة من طرف الجماعات الترابية.
- أشغال ندوة عن بعد من تنظيم "مركز السياسات من أجل الجنوب الجديد" تحت عنوان " تحديات تدبير أزمة كورونا على المستوى المحلي بالمغرب"، بتاريخ 16 يونيو 2020.

النظام القانوني لمجلس إدارة شركة المساهمة في التشريعين الجزائري والكويتي - دراسة مقارنة



الدكتور : دحو مختار، أستاذ محاضر

قسم - أ - كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة مصطفى اسطمبولي معسكر - الجزائر

مقدمة :

فرضت شركة المساهمة وجودها في منظومة المال والأعمال¹، بالنظر إلى ضخامة هذا النوع من الشركات سواء من حيث رأسمالها أو عدد شركائها، الذي قد يوازي حجم دولة بكاملها، حتى وصفها البعض بالآلة القانونية لتجميع رؤوس الأموال، أو بالتقنية المنظمة للأخطار الاقتصادية والمالية². وقيل عنها كذلك أن العالم ما كان ليبلغ هذه الحضارة التي بين أيدينا اليوم بشكلها الحالي لولا شركة المساهمة، بالنظر إلى أن هذه الشركات هي التي تنتج كل الأشياء التي نستعملها في حياتنا اليومية وتحيط بنا، وهي التي وفرت أكبر قدر من

¹ - نظم المشرع الكويتي الأحكام الخاصة بشركة المساهمة بنوعها العامة والمقفلة في البابين التاسع والعاشر من القانون رقم 1 لسنة 2016 المتعلق بإصدار قانون الشركات (المواد من 119 إلى 242) وقد تم تعديل بعض مواد هذا القانون بموجب القانون رقم 79 لسنة 2019 المنشور في الجريدة الرسمية لدولة الكويت بتاريخ 04 أوت 2019. أما المشرع الجزائري فنظم أحكامها في الفصل الثالث من الكتاب الخامس من القانون الأمر رقم 59-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم (المواد من 592 إلى 715 مكرر 132)

² - D. VIDAL et K. LUCIANO, Cours de droit Spécial des Sociétés, 2em éd, GALINO, FRANCE, 2016 –2017 , p.107.

الجهود المتعلقة بالبحث العلمي. وعلى هذا الأساس، فهي تستدعي الاهتمام بإدارتها وحسن تسييرها¹. وقد أدركت أغلب التشريعات هذه الحكمة وأخضعت هذه الشركة لقاعدة الإدارة الجماعية، نظرا للمزايا التي تحققها نذكر منها، تعزيز قاعدة التضامن بين أعضائها كقاعدة عامة كما أنها تضمن استمرارية نشاط الشركة وتفادي عرقلته، تبعا لذلك يتولى إدارة وتسيير أعمال شركة المساهمة، جهاز يتكون من مجموعة من الأعضاء يناط بهم اتخاذ القرارات اللازمة لسير الشركة، ويتخذون قراراتهم عن طريق التداول بأغلبية الأصوات، لذلك يثور التساؤل حول النظام القانوني الذي يحكم تعيينهم وانتهاء مهامهم، والسلطات المسندة لهم، وما يقابلها من مسؤوليتهم اتجاه الشركة كشخص معنوي والمساهمين في كل من التشريع الجزائري والكويتي؟

ثانيا - مشكلات البحث :

يطرح البحث مشكلات عديدة منها :

1- مدى تأثير مبادئ الحوكمة ونظرية النظام القانوني الهيكل التنظيمي لمجلس الإدارة في شركة المساهمة في القانون الجزائري والكويتي خاصة مع الأخذ بعين الاعتبار التطور القانوني الذي صار يحكم العلاقة بين المساهمين ومجلس الإدارة باعتباره هيئة مستقلة وليس مجرد وكيل.

2- كيفية معالجة مشكلة هيمنة مجلس الإدارة في شركة المساهمة، وما يقابله من انحصار الدور الرقابي للمساهمين، ودور تقييد السلطات في نظام الشركة في تعزيز رقابة المساهمين، وما يقابله من الشفافية في تحديد مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة.

3- محاولة الموافقة بين سلطات مجلس الإدارة، وحرية في التسيير والمبادرة، وما يقابله من مسؤولية هذا الأخير اتجاه الشركة والمساهمين، وكذلك التمييز بين السلطات العامة والخاصة لمجلس الإدارة وموقف التشريعات المقارنة منها.

4- ما هو موقف التشريعات المقارنة من النظام القانوني لمجلس الإدارة وما لحقه من تطور في هيكل مجلس الإدارة وعلاقته بالرئيس وأعضاء المجلس والمدير العام والمديرين العامين المفوضين.

ثالثا - أهداف البحث :

يهدف البحث إلى النقاط الآتية :

1- الترجيح بين الآراء بخصوص شروط العضوية وانتهائها وسلطات ومسؤولية مجلس الإدارة.

¹ - A. TUNC, Le rôle de L'actionnaire dans la société anonyme et les enseignants du droit américain, Rev.Soc. avril, 1959, p.119..."Ce sont les sociétés anonymes qui fabriquent tous les objets qui nous entourent et que nous utilisons dans la vie quotidienne. Ce sont elles qui accomplissent le plus grand effort de recherche scientifique.il importe donc qu'elles soient bien gérées."

- 2- محاولة تصويب النصوص القانونية والمفاضلة بينها لإيجاد النظام القانوني الكفيل بتحقيق الإدارة. الرشيدة في شركة المساهمة، وفي العلاقة بين هيئاتها وبين مجلس الإدارة.
- 3- اقتراح توصيات بشأن تحين النصوص القانونية أو تكملتها إن اقتضى الأمر.

رابعا - منهج البحث :

انتهجنا في بحثنا هذا مجموعة من الأساليب هي الأسلوب التحليلي والأسلوب المقارن كذلك الأسلوب الاستنباطي، وذلك عن طريق عرض كل من موقف القانون التجاري الجزائري ونظيره قانون الشركات الكويتي من مسألة النظام القانوني الذي يحكم مجلس الإدارة في شركة المساهمة (من حيث شروط العضوية وانتهائها وسلطات المجلس ومسؤوليته المدنية) ثم نعرض الآراء الفقهية المختلفة بشأن تلك المسائل، ونبحث حجج وأسناد كل رأي ونحاول تحليلها وبيان قيمتها، وأخيرا نختار الرأي الراجح حسب وجهة نظرنا، ونقوم باسقاطه على النصوص القانونية مع اقتراح توصيات بهذا الشأن، ولقد حاولنا في كل نقطة التعرض لموقف التشريعات العربية (التشريع المصري واللبناني والسعودي والأردني والعماني) ومقارنتها مع التشريع الفرنسي حتى تكون الدراسة وافية ومتكاملة.

خامسا : خطة البحث :

المبحث الأول : تعيين وانتهاء عضوية مجلس إدارة شركة المساهمة في التشريع الجزائري والكويتي.

المبحث الثاني : سلطات ومسؤولية مجلس إدارة شركة المساهمة في التشريع الجزائري والكويتي.

المبحث الأول : تعيين و انتهاء عضوية مجلس إدارة شركة المساهمة في التشريع الجزائري والكويتي :

نظرا لكثرة المساهمين في شركات المساهمة غالبا، على نحو يستحيل معه من الناحية العملية قيامهم من خلال التنظيم الذي يضمهم وهو الجمعية العامة بأعباء الإدارة اليومية، فقد تم إسناد إدارة الشركة إلى جهاز يتم تعيينه بحسب الأصل من قبل المساهمين، يتمثل في مجلس الإدارة. وهذا الأخير قد يبقى في عضويته لغاية انتهاء المحدة في القانون، كما قد تنتهي قبل ذلك لعدة أسباب كالإقالة أو الاستقالة أو فقدان أحد شروط العضوية المتطلبه قانونا، لذلك يطرح التساؤل حول تعيين وانتهاء مهامه في القانون الجزائري والكويتي.

المطلب الأول : تعيين مجلس الإدارة في شركة المساهمة :

استنادا أن مجلس إدارة شركة المساهمة هو الجهاز التنفيذي للشركة ويجوز جميع الصلاحيات والسلطات اللازمة لتحقيق أغراضها ، فقد تم اسناد سلطة تعيينه لمجموع المساهمين بعد استيفائه للشروط المتطلبه قانونا. لذلك، يثار التساؤل حول شروط تعيين القائمين بالإدارة، وإجراءات التعيين.

أولا : شروط العضوية في مجلس الإدارة :

يشترط كل من التشريع الجزائري والكويتي، مجموعة من الشروط الواجب توافرها في عضو مجلس الإدارة ليكون مؤهلا لتلك العضوية، وتتمثل أهمها في التمتع بصفة المساهم، والتمتع بأهلية التصرف وشروط النزاهة وحسن السيرة.

أ - أن يكون المرشح لمجلس الإدارة مساهما :

يشترط كل من المشرع الجزائري¹، ونظيره الكويتي²، أن يكون المرشح لمنصب عضو مجلس الإدارة أن يملك أسهما في شركة المساهمة³، وعليه يستبعد ترشح شخص أجنبي كقائم بالإدارة. حيث لا يزال مبدأ ارتباط الملكية بالإدارة جليا وسائدا في إدارة شركة المساهمة، بالرغم من الانتقادات التي وجهت له لكونه يعد عائقا أمام استقطاب الطاقات المبدعة وذوي الكفاءة لإدارة شركة المساهمة، ناهيك عن أن هذا الشرط يناقض كذلك الوضع الديمقراطي الذي يجب أن تكون فيه الشركة حرة بالنسبة لأعمالها ونشاطاتها وخاصة في إدارتها. وذلك لسبب بسيط هو أنها لا تملك شيئا في رأس مال الشركة⁴.

وتجدر الملاحظة في هذا الشأن، أن بعض الدول مثل إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية قد سمحت لغير المساهمين وفتحت أمامهم الفرص من أجل تولي الإدارة في شركة المساهمة تطبيقا لمبادئ حوكمة⁵. ويبدو أن المشرع الكويتي هو الآخر استفاد من هذا التقدم وسمح لذوي الخبرة والكفاءة لعضوية مجلس الإدارة تطبيقا لمبادئ الحوكمة، وفي هذا الشأن ينص قانون الشركات الكويتي على أنه " للجهات الرقابية أن تلزم الشركات الخاضعة لرقابتها، بأن يكون من بين أعضاء مجلس الإدارة عضوا أو أكثر من بين الأعضاء المستقلين من ذوي الخبرة والكفاءة، تختارهم الجمعية العامة العادية، وتحدد مكافأتهم وفقا لقواعد الحوكمة على أن لا يزيد عددهم على نصف أعضاء المجلس"⁶. وعلى نظيره كذلك نجد المشرع المصري الذي عدل المادة 91 من القانون رقم 159 لسنة 1981 بمقتضى القانون رقم 94 لسنة 2005، وأصبح من الجائز أن يكون عضو مجلس الإدارة غير

¹ - أنظر المادة 619 من القانون التجاري الجزائري.

² - حيث تنص المادة 193 المطلة الثالثة من قانون الشركات الكويتي على " فيما عدا أعضاء مجلس الإدارة المستقلين، يجب أن يكون المرشح لعضوية مجلس الإدارة أو الشخص الذي يمثله، مالكا لأسهم من الشركة".

³ - أحمد محمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، ط.2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، الصفحة 523، صادق محمد محمد الجبران، مجلس إدارة الشركة المساهمة في القانون السعودي دراسة مقارنة مع دول مجلس التعاون الخليج العربي، مصر، لبنان، سوريا، الأردن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2006، الصفحة 37. أكرم ياملكي، القانون التجاري، الشركات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الصفحة 268.

⁴ - صادق محمد محمد الجبران، المرجع السالف الذكر، الصفحة 118.

⁵ - J. ROE MARK, Rôle de L'actionnaire et système politique, Rev.fr.ges, 2002, n° 41 P. 305, spéc.pp.307 et s.

⁶ - أنظر المادة 187 من قانون الشركات الكويتي.

مساهم فيها مع إعطاء حرية لأنظمة الشركات أن تشترط امتلاك مجلس الإدارة لعدد معين من الأسهم¹، وكذلك الشأن بالنسبة للمشرع العماني².

ب- شرط التمتع بأهلية التصرف :

نص المشرع الكويتي صراحة على وجوب تمتع المرشح لعضوية مجلس الإدارة بأهلية التصرف³، وأهلية التصرف في القانون المدني الكويتي تبدأ مع سن الرشد وهو بلوغ الشخص إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة⁴، كما أكد المشرع الكويتي هذا الأمر في القانون التجاري ونص على أن " كل كويتي بلغ إحدى وعشرين سنة ولم يقم به مانع قانوني يتعلق بشخصه أو بنوع المعاملة التجارية التي يباشرها يكون أهلاً لاشتغال بالتجارة"⁵، وعلى النقيض من ذلك لم يفرض المشرع الجزائري أهلية خاصة لعضو مجلس الإدارة، فيخضع بالتالي للأحكام العامة المتعلقة بالأهلية المنصوص عليها في القانون المدني، بما أن المشرع لم يأت بنص خاص في هذا الشأن. وبالرجوع لتلك الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري نستنتج أن الشخص لا يكون مؤهلاً لتعيينه كقائم بالإدارة إلا إذا بلغ سن الرشد وكان متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه. وسن الرشد في التشريع الجزائري هو تسعة عشر سنة كاملة⁶، مع وجوب أن يكون الشخص سليم العقل من العوارض المعدمة وهي الجنون والعتة، وسليم كذلك من العوارض المنقصة وهي السفه والغفلة. حتى تكون له أهلية يستطيع بموجبها مباشرة التصرفات القانونية ويكون مسؤولاً عن الأعمال التي يقوم بها⁷.

أما فيما يخص القاصر المرشد فيدخل في حكم الراشد مادام قد استوفى الشروط المطلوبة قانوناً وهي:

- بلوغ سن ثمانية عشر سنة كاملة كشرط لمزاولة التجارة سواء كان ذكر أو أنثى.
- أن يحصل على إذن مسبق من أبيه أو أمه أو قرار من مجلس العائلة مصادقاً عليه من طرف المحكمة، فيما إذا كان والده متوفياً أو غائباً أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب والأم.

¹ - حيث تنص المادة 91 الفقرة الثانية من قانون الشركات المصري المعدل على "يجوز أن ينص في نظام الشركة على جواز ضم عضوين على الأكثر من ذوي الخبرة إلى مجلس الإدارة ممن لا يشترط بشأنهم ملكية أسهم الشركة أو تقديم ضمان عن الإدارة."

² - حيث تنص المادة 97 من قانون الشركات العماني على أنه " يجوز أن يكون من بين أعضاء مجلس الإدارة عضوان على الأكثر من غير المساهمين من ذوي الكفاءة والخبرة يتم ترشيحهما واختيارهما بمعرفة الجمعية العامة العادية وفي هذه الحالة يزداد عدد أعضاء مجلس الإدارة واحداً أو اثنين بحسب الأحوال."

³ - نصت على هذا الشرط المطءة 1 من المادة 193 من قانون الشركات الكويتي.

⁴ - المادة 96 من القانون المدني الكويتي.

⁵ - المادة 18 من القانون التجاري الكويتي.

⁶ - أنظر المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

⁷ - عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري، دار المعرفة، الجزائر، 2000، الصفحة 104.

- يجب أن يحصل على إذن بممارسة التجارة من طرف رئيس المحكمة وأن يشهر هذا الإذن في المركز الوطني للسجل التجاري¹.

إذا استوفى الشروط سالفة الذكر يستطيع استثمار أمواله في المجال التجاري، مع مراعاة الأحكام المتعلقة ببيع أموال القصر وعديمي الأهلية، المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري². ونظرا لأن مهمة قائم بالإدارة تجعله يقوم بأعمال الإدارة التي تتعلق بغرض الشركة فإنه لا يقوم بها باسمه الخاص، وإنما باسم الشخص المعنوي الذي يتولى تسييره. ومن ثمة، فمن البديهي أن يسمح له بالترشح لعضوية مجلس الإدارة مثله مثل الشخص البالغ مادام أن القانون سمح له بعد استيفاء الشروط السالفة الذكر بمزاولة التجارة باسمه وحسابه بشرط أن يشهر الإذن في السجل التجاري³.

إلا أن جانب آخر من الفقه⁴، ارتأى أن القانون لا يمنع القاصر غير المرشد من ممارسة مهام قائم بالإدارة، مادام أنه لا يمنح للقائم بالإدارة صفة التاجر، فهو لا يشترط فيه الأهلية الكاملة التي يجب توافرها في التاجر. وبالتالي، فإن أهلية الأداء المدنية تعد كافية فيه⁵. ذلك أن المشرع منحه الحق في أن يكون مساهما وهي صفة ملازمة لصفة القائم بالإدارة لا يشترط فيها أهلية التصرف⁶.

وعلى غرار المشرع الكويتي، فإن المشرع الأردني هو الآخر اشترط في المادة 147 من قانون الشركات بأن لا يقل عمر العضو المرشح عن واحد وعشرون سنة. وكذلك قانون الشركات العراقي الذي اشترط في المادة 98 منه أن يكون عضو مجلس الإدارة متمتعا بالأهلية القانونية وهي بلوغ سن ثمانية عشر سنة كاملة⁷.

¹ - أنظر المادة 05 من القانون التجاري الجزائري.

² - أنظر المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري التي تفرض على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، وعليه استئذان القاضي في التصرفات التالية، بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة به، بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة، إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

³ - نور الدين فاستل، القيد في السجل التجاري وفي سجل الصناعات التقليدية والحرف، دراسة مقارنة، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009، الصفحة 98.

⁴ - G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN, , *Traité de droit commercial*, T.1, vol.2, 18 ed, L.G.D.J, 2002 n° 1639, p. 410: "... Les administrateurs ne sont pas commerçants bien que, dans certaines conditions, au cas de redressement ou de liquidation judiciaire de la société, ils puissent être déclarés personnellement en état de redressement".

⁵ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الأول، الطبعة الثانية 2004، الصفحة 158: "أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، ومناطق أهلية الأداء هو التمييز، فإذا كان الشخص فاقدا للتمييز تماما تكون أهليته معدومة، وإذا كان غير مستكمل للتمييز يكون ناقص الأهلية".

⁶ - Ph. Merle et A. Fauchan, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 22^{ème} éd, Dalloz, 2018-2019, p.542.

⁷ - صادق محمد محمد الجبران، المرجع السالف الذكر، الصفحة 133.

ج- توافر شرط النزاهة في العضو المرشح :

إذا كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الشرط في القانون التجاري الجزائري، فإن أغلب التشريعات العربية حرصت في قوانينها على استبعاد المحتالين والمقصرين وحتى عديمي الخبرة وقليلي اليقظة والحذر، من تولي إدارة شركات المساهمة، لأنه من لم يفلح في تشغيل أمواله والحفاظة على مصالحه، لا يصلح لائتمانه على أموال الغير، ولا يؤمل منه النجاح في عمله على حد تعبير بعض الفقهاء¹.

نتيجة لما سبق، وبالنظر لعدم تعرض المشرع الجزائري لهذا الشرط. يجدر بنا التعرف على التشريعات المقارنة التي اهتمت بهذا الموضوع، ونذكر منها المشرع الكويتي الذي نص صراحة في قانون الشركات على وجوب أن لا يكون العضو المرشح لمجلس الإدارة قد سبق الحكم عليه في جنائية بعقوبة مقيدة للحرية أو في جريمة إفلاس بالتقصير، أو التدليس أو جريمة مخلة بالشرف، أو الأمانة أو بعقوبة مقيدة للحرية، بسبب مخالفته لأحكام القانون ما لم يكن قد رد اعتباره²، كما أورد المشرع المصري نفس الحكم تقريبا وذلك بأن نص على عدم جواز تعيين أي عضو بمجلس الإدارة في شركة المساهمة، إذا كان محكوما عليه بعقوبة جنائية أو عقوبة جنحة عن سرقة أو نصب أو خيانة أمانة أو تزوير أو تفليس أو بعقوبة من العقوبات المقررة في المواد 163،164،162 من هذا القانون³.

وهذه العقوبات يتحملها كل من أثبت عمدا في نشرات إصدار الأسهم أو السندات بيانات كاذبة أو مخالفة لأحكام القانون أو لائحته التنفيذية، وكل من يوقع تلك النشرات تنفيذا لهذه الأحكام، وكل عضو مجلس الإدارة وزع أرباحا أو فوائد على خلاف أحكام قانون الشركات المصري، وكل من زور في سجلات الشركة أو أثبت فيها عمدا وقائع غير صحيحة، أو أعد أو عرض تقارير على الجمعية العامة تضمنت بيانات كاذبة أو غير صحيحة كان من شأنها التأثير على قرارات الجمعية، وكل عضو مجلس الإدارة أدلى ببيانات كاذبة في تقارير الشركة وكل من خالف نسبة المصريين في إدارة الشركات أو نسبتهم من العاملين أو الأجراء، وكل من منع عمدا مراقبي الشركة من القيام بواجبهم⁴.

وكذلك الشأن بخصوص المشرع الأردني الذي حرص على ضمان النزاهة فيمن يترشح لعضوية مجلس، واشترط مجموعة من الشروط تتلخص فيما يلي :

¹ - أكرم ياملي، المرجع السالف الذكر، الصفحة 275.

² أنظر المادة 193 المطلة الثانية من قانون الشركات الكويتي.

³ - المادة 89 من قانون الشركات المصري.

⁴ - محمد فريد العربي، القانون التجاري، النظرية العامة للشركة، شركات الأشخاص، شركات الأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، الصفحة 354.

1 - أن لا يكون قد حكم عليه بأي عقوبة في جريمة مخلة بالشرف كالرشوة والاختلاس والسرقعة والتزوير وسوء استعمال الأمانة والافلاس والشهادة الكاذبة أو أي جريمة أخرى مخلة بالأداب والأخلاق العامة.

2 - بأي عقوبة من العقوبات المنصوص عليها في المادة 278 من هذا القانون¹.

وتتضمن هذه المادة قائمة من الجرائم المعاقب عليها بالحبس إلى ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار وهذه الجرائم هي :

أ- إصدار الأسهم أو شهادتها أو القيام بتسليمها إلى أصحابها أو عرضها للتداول قبل التصديق على النظام الأساسي للشركة، والموافقة على تأسيسها أو السماح لها بزيادة رأس مالها المصرح به قبل الإعلان عن ذلك في الجريدة الرسمية.

ب- إجراء اكتتابات صورية للأسهم أو قبول الاكتتابات فيها بصورة وهمية أو غير حقيقية لشركات غير قائمة أو غير حقيقية.

ج- إصدار سندات القرض وعرضها للتداول قبل أوانها بصورة مخالفة للقانون.

د- تنظيم ميزانية أي شركة، وحسابات أرباحها وخسائرها بصورة غير مطابقة للواقع، أو تضمين مجلس إدارتها أو تقرير مدققي حساباتها بيانات غير صحيحة أو الإدلاء إلى هيئتها العامة بمعلومات غير صحيحة أو كتم معلومات أو إيضاحات يوجب القانون ذكرها وذلك بقصد إخفاء حالة الشركة الحقيقية عن المساهمين أو ذوي العلاقة.

هـ- توزيع أرباح صورية أو غير مطابقة لحالة الشركة الحقيقية².

كما نص المشرع اللبناني في المادة 148 من قانون التجارة المعدل على أنه لا يجوز اختيار أحد عضوا في مجلس الإدارة، إذا كان قد أعلن إفلاسه ولم يرد اعتباره منذ عشر سنوات على الأقل. وإذا كان محكوما عليه في لبنان أو في الخارج منذ أقل من عشر سنوات لارتكابه أو محاولة ارتكابه جنائية أو جنحة بمادة تزوير، أو سرقعة أو احتيال أو إساءة ائتمان، أو جنحة تطبق عليها عقوبات الاحتيال، أو اختلاس أموال أو قيم، أو إصدار شيكات دون مؤونة عن سوء نية، أو النيل من مكانة الدولة المالية أو إخفاء الأشياء المحصل عليها بواسطة هذه الجرائم. وجميع هذه الجرائم، من شأنها أن تجرد مرتكبها من الثقة بشخصه، وتؤدي الى منعه من تولي إدارة أموال الشركة، حرصا على صون حقوق الغير ممن لا مناعة أخلاقية لديهم تردعهم من التلاعب بهذه الحقوق³.

¹ - المادة 134 من قانون الشركات الأردني.

² - وردت هذه الجرائم في المادة 278 من قانون الشركات الأردني وما يلاحظ عليها أنها تضم مجموعة من الجرائم الاقتصادية المتعلقة بشركة المساهمة.

³ - إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، الشركات التجارية، الجزء الثاني، منشورات بحر المتوسط، بيروت، الصفحة 292.

وعليه، يستحسن للمشرع الجزائري أن يضمن في القانون التجاري شرطا يتضمن توفر النزاهة وحسن السيرة في عضو مجلس الإدارة، والذي يظهر أنه أهم الشروط على الاطلاق¹، حتى لا تكون شركات المساهمة مجالا للمضاربات والتلاعب وسوء الإدارة، الأمر الذي يؤثر بلا شك على الاقتصاد الوطني.

ثانيا : كيفية تعيين أعضاء مجلس الإدارة :

بعد استيفاء عضو مجلس الإدارة للشروط السالفة الذكر يكون مؤهلا لاختياره من قبل مجموع المساهمين الذين سوف يمثلهم مستقبلا في إدارة الشركة، وتجدر الملاحظة في هذا الشأن أن كل من المشرع الجزائري²، وكذلك المشرع الكويتي أسندا صلاحية تعيين أعضاء مجلس الإدارة للمساهمين في اجتماعهم العادي حيث نص صراحة على أنه تختص الجمعية العامة العادية في اجتماعها السنوي باتخاذ قرارات في المسائل التي تدخل في اختصاصها، ويدخل ضمنها انتخاب أعضاء مجلس الإدارة أو عزلهم وتحديد مكافأته³، كما بينت اللائحة التنفيذية لقانون الشركات الكويتي كذلك، على أنه تبدأ مدة عضوية مجلس الإدارة بصدور قرار من الجمعية العامة بانتخاب أعضاء المجلس⁴، وقد بينت الفقرة الثالثة من نفس المادة أن المقصود من النص هو الجمعية العامة العادية، حيث عاجلت الحالة التي تتولى فيها الوزارة لدعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد لانتخاب مجلس إدارة جديد في حالة عدم وجود أسباب تحول دون انتخاب المجلس، ورفض المجلس القائم دعوة الجمعية العامة للانعقاد، أو تم تفويت الموعد المحدد من طرف الوزارة⁵، وعلى غرار كل من المشرع الجزائري والكويتي انفتحت أغلب التشريعات العربية على منح صلاحية التعيين للجمعية العامة العادية⁶. مع مراعاة بعض الاستثناءات عن هذا المبدأ تخص تعيين مجلس الإدارة الأول عند تأسيس الشركة⁷.

¹ - لقد برز هذا الشرط بشكل خاص مع ظهور مصطلح حوكمة الشركات في أغلب التشريعات العالمية. والذي يحمل ضمن مفاهيمه ضرورة اختيار أشخاص نزاهة لتشكيل مجلس الإدارة بالنظر لمدى تأثير هذا الأخير على رسم سياسة الشركة والعمل على تطويرها وازدهارها. لأن المساهمين ينتظرون من أعضاء المجلس الإدارة الحسنة في مقابل الثقة التي منحوها فيهم. للمزيد من التفصيل، أنظر وجدي سلمان حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، الصفحات 554 وما بعدها.

² - أنظر المادة 611 من القانون التجاري الجزائري.

³ - أنظر المادة 212 من قانون الشركات الكويتي.

⁴ - أنظر الفقرة الأولى من المادة 112 من اللائحة التنفيذية.

⁵ - أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 112 من اللائحة التنفيذية.

⁶ - نذكر منها على سبيل المثال المادة 66 من نظام الشركات السعودي التي نصت على أن مجلس الإدارة يعين من طرف الجمعية العامة العادية، والمادة 136 من قانون التجارة اللبناني التي حولت للجمعية العمومية للمساهمين انتخاب أعضاء مجلس الإدارة، ، والمادة 96 من قانون الشركات بسلطنة عمان التي نصت على أن الجمعية العامة العادية تنتخب أعضاء مجلس الإدارة وفقا لأحكام القانون ونظام الشركات، والمادة 149 من قانون الشركات التجارية بدولة البحرين التي تنص على أن الجمعية العامة العادية تنتخب أعضاء مجلس الإدارة بالتصويت السري، والمادة 63 من قانون الشركات المصري التي أعطت للجمعية العامة العادية الاختصاص في تعيين أعضاء مجلس الإدارة وعزلهم. للمزيد من التفصيل راجع صادق محمد محمد الجبران، المرجع السالف الذكر، الصفحات 446 وما بعدها، أكرم ياملكي، المرجع السالف الذكر، الصفحات 257، 258.

⁷ - حيث أن المشرع الكويتي في المادة 145 من قانون الشركات التجارية حول للجمعية العامة التأسيسية مجموعة من الاختصاصات، من ضمنها انتخاب أعضاء مجلس الإدارة الأول، وتقابلها المادة 600 من القانون التجاري الجزائري.

وحرصا من المشرع الجزائري على تمكين المساهمين من اختيار القائمين بالإدارة عن دراية ألزم الشركة أن تبلغ المساهمين أو تضع تحت تصرفهم معلومات معينة في هذا الشأن إذا تضمن جدول الأعمال تسمية القائمين بالإدارة تتمثل في :

أ- " اسم ولقب وسن المرشحين والمراجع المتعلقة بهم ونشاطاتهم المهنية طيلة السنوات الخمسة الأخيرة ولا سيما منها، الوظائف التي يمارسونها أو مارسوها في شركات أخرى.

ب - مناصب العمل أو الوظائف التي قام بها المرشحون في الشركة وعدد الأسهم التي يملكونها أو يحملونها فيها"¹، وذلك تحت طائلة العقوبات الجزائية التي يمكن أن تقع على عاتق رئيس شركة المساهمة والقائمين بالإدارة².

وعلى نفس المنوال تضمن قانون الشركات الكويتي، ضرورة تزويد المساهمين بالمراجع المتعلقة بانتخاب أعضاء مجلس الإدارة إن اقتضى الأمر في الاجتماع العادي للمساهمين³. ويبدو أن أساس تزويد المساهمين بكل المعلومات المتعلقة بالمرشحين لمجلس الإدارة، يمكن تفسيره بعظم المسؤولية الملقاة على عاتق هذا المجلس. استنادا الى أنه هو الذي يتولى إدارة شركة المساهمة وله كافة السلطات للتصرف في كل الظروف باسمها، واتخاذ كافة القرارات اللازمة لتحقيق أغراض الشركة. ومن ثمة فإن التعرف على أعضائه يحتل أهمية خاصة لدى المساهمين، وتزداد هذه الأهمية في شركة المساهمة بالخصوص التي تقوم مبدئيا على حرية تداول الأسهم، الأمر الذي ينتج عنه دخول وخروج الشركاء بكل حرية، لذلك كان من المنطقي أن يتعرف المساهمين الجدد الذين لم يشاركوا في الانتخاب على من يمثلهم⁴. وهو ما عبر عنه بعض الفقهاء الفرنسيين بقوله إن فضول المساهمين الجدد يدفعهم الى طلب أقصى معلومات عن السفينة التي ركبوا فيها وعن فريق قيادتها⁵.

وتزداد هذه الأهمية عندما يتضمن جدول أعمال الجمعية العامة انتخاب أعضاء جدد لعضوية مجلس الإدارة، حيث يجب أن يحاط المساهمين بكل المعلومات المتعلقة بالمرشحين، للتأكد من سيرتهم الذاتية

¹ - أنظر المادة 678 الفقرة 5 ق.ت.ج.

² - أنظر المادة 818 ق.ت.ج التي " تعاقب بغرامة من 20 ألف إلى 200 ألف رئيس شركة المساهمة والقائمون بإدارتها أو مديروها العامون الذين لم يوجهوا لكل مساهم بيان مختصر عن المرشحين لمجلس الإدارة عند الاقتضاء"، وكذلك المادة 819 ق.ت.ج التي " تعاقب بنفس العقوبة رئيس شركة المساهمة والقائمون بإدارتها أو مديروها العامون الذين لم يضعوا تحت تصرف كل مساهم بمركز الشركة أو بمديرية إدارتها مجموعة من السندات في أجل 15 يوما لانعقاد الجمعية العامة العادية السنوية وتذكر من بينها نص وبيان الأسباب المتعلقة بالقرارات المقترحة وكذا المعلومات الخاصة للمرشحين لمجلس الإدارة عند الاقتضاء".

³ - المادة 212 البند السابع (07) من قانون الشركات الكويتي.

⁴ - حماد مصطفى عزب، حق المساهمين في الإعلام اتجاه الشركة، مجلة الدراسات القانونية، مطبعة كلية أسيوط، العدد 19، 1966، الصفحة 446.

⁵ - M. COZIAN, A.VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 14^{ème} éd, Litec, France, 2003, p. 360.

وكفاءتهم وثقتهم ومدى حسن إدارتهم، بما يحافظ على مصالح الشركة ويتيح الفرصة للمساهمين للمفاضلة بين المرشحين لاختيار أكثرهم قدرة على إدارة الشركة¹.

أما فيما يتعلق بعدد أعضاء المجلس ومدة عضويتهم، فقد نص المشرع الكويتي صراحة في قانون الشركات أنه لا يجوز أن يقل أعضاء المجلس عن خمسة في شركة المساهمة العامة، وتكون مدة عضويتهم في المجلس ثلاث سنوات قابلة للتجديد²، بيد أنه فيما يتعلق بشركة المساهمة المقفلة فيجب أن لا يقل عدد أعضاء المجلس عن ثلاثة، وتسري عليه نفس أحكام شركة المساهمة العامة بخصوص مدة العضوية³. أما بخصوص المشرع الجزائري فقد حدد عدد أعضاء مجلس الإدارة شركة المساهمة من ثلاثة على الأقل ومن اثني عشر عضوا على الأكثر، سواء تعلق الأمر بشركة المساهمة التي تتأسس فوراً أو التي تتأسس باللجوء العلني للائحة، أما مدة عضوية المجلس فتحدد في القانون الأساسي دون أن تتجاوز ست (06) سنوات⁴.

المطلب الثاني: انتهاء عضوية مجلس الإدارة في شركة المساهمة:

قد تنتهي عضوية مجلس الإدارة في شركة المساهمة لعدة أسباب، كفقدان أحد شروط العضوية في المجلس، انتهاء المدة المحددة في القانون أو نظام الشركة، استقالة عضو مجلس الإدارة بمحض إرادته، كما قد تنتهي العضوية بإقالة العضو من طرف الجمعية العامة للمساهمين.

أ: فقدان أحد شروط العضوية: تنتهي العضوية في مجلس إدارة شركة المساهمة، عند فقد أحد الشروط اللازم توافرها في العضو، استناداً إلى أن تلك الشروط يجب أن يحتفظ بها العضو طيلة مدة عضويته، نذكر منها على سبيل المثال فقدان الأهلية أو نقصها، فقدان عدد الأسهم التي كان يملكها العضو، الحكم عليه في جنائية مقيدة للحرية أو في جريمة إفلاس بالتقصير أو التدليس أو جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة أو عقوبة مقيدة للحرية، حيث أنه بفقدانه لأحد تلك الشروط تزول عنه صفة العضوية من تاريخ فقدان ذلك الشرط⁵، ويدخل ضمن تلك الشروط كذلك مخالفة الشرط الخاص بعدم إمكانية العضوية في أكثر من 05 مجالس إدارة شركات مساهمة مركزها في الكويت⁶.

¹ - عماد محمد أمين السيد رمضان، حماية المساهم في شركة المساهمة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005، الصفحة 34.

² - المادة 181 من قانون الشركات الكويتي.

³ - المادة 234 من قانون الشركات الكويتي.

⁴ - المواد 610 و 611 من القانون التجاري الجزائري.

⁵ - المادة 193 البند الثالث من قانون الشركات الكويتي.

⁶ - المادة 194 من قانون الشركة الكويتي.

ب : انتهاء العضوية بانتهاء المدة : تنتهي عضوية مجلس الإدارة بانتهاء المدة، سواء كان معينا في نظام الشركة كأول مجلس، أو كان منتخبا من قبل الجمعية العامة أثناء حياة الشركة¹، ونص المشرع الكويتي في هذا الشأن أن مدة لعضوية يتم تحديدها في عقد الشركة، وتكون بثلاث سنوات قابلة للتجديد²، وإذا تعذر انتخاب مجلس جديد في الميعاد المحدد استمر المجلس القائم في إدارة أعمال الشركة على حين زوال الأسباب وانتخاب مجلس جديد³.

ج : استقالة عضو مجلس الإدارة :

يجوز لكل عضو في مجلس الإدارة تقديم استقالته من منصبه، ويسري مفعولها من تاريخ تقديمها للشركة، بدون حاجة لموافقة هذه الأخيرة، وبدون حاجة كذلك لتبرير أسباب الاستقالة، ولا تخضع الاستقالة لصيغة معينة، ولكن من الأحسن تقديم تصريح كتابي إلى مجلس الإدارة أو إلى رئيس المجلس. وإذا كان يحق لعضو مجلس الإدارة أن يقدم استقالته، فيشترط أن يتم ذلك في وقت مناسب، وإلا اعتبر تعسفا في استعمال الحق، مع ما ينتج عنه من مسؤولية عن الأضرار التي قد تلحق بالشركة أو المساهمين أو الغير. كأن يقدم استقالته فجأة وفي وقت غير مناسب أو أن يقدمها من دون أن يتخذ التدابير الضرورية لصون مصالح الشركة⁴.

ثانيا : انتهاء مهام مجلس الإدارة عن طريق العزل :

بالنظر إلى أن أعضاء مجلس الإدارة غير مسؤولين بصفتهم الشخصية عن ديون الشركة من حيث المبدأ، وهذا ما قد يدفعهم إلى شيء من عدم الاهتمام أو الجدية في الإدارة أو المراقبة. ضف إلى ذلك، أن ما يقدمه العضو من أسهم لضمان عضويته في بعض التشريعات، لا يكفي لتغطية ديون الشركة الناشئة عن سوء الإدارة تبعا لذلك فهم يخضعون لرقابة الشركاء الذين قد يقرروا عزلهم في أي وقت عن طريق الجمعية العامة العادية⁵، ويسري نفس الحكم لدى المشرع الكويتي، غير أن هذا الأخير وعلى خلاف بعض التشريعات لم يحدد نظام العزل الذي يخضع له أعضاء مجلس الإدارة⁶.

¹ - إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء العاشر، الشركة المغفلة، مجلس الإدارة، ط. الأولى، مكتبة الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، الصفحة 177.

² - المادة 181 الفقرة 01 من قانون الشركات الكويتي.

³ - المادة 181 الفقرة 2 من قانون الشركات الكويتي.

⁴ - إلياس ناصيف، الموسوعة التجارية، الجزء العاشر، المرجع السالف الذكر، الصفحة 181.

⁵ - حيث تنص المادة 613 من القانون التجاري الجزائري على أنه " يجوز إعادة انتخاب القائمين بالإدارة، كما يجوز للجمعية العامة العادية عزلهم في أي وقت".

⁶ - حيث نص المشرع الكويتي في المادة 212 من قانون الشركات على أنه " يجوز بقرار يصدر من الجمعية العامة للشركة إقالة رئيس أو عضو أو أكثر من أعضاء مجلس الإدارة أو حل مجلس الإدارة وانتخاب مجلس جديد وذلك بناء على اقتراح يقدم بذلك من عدد من المساهمين يملكون مالا يقل عن ربع رأس مال الشركة المصدر".

ويعرف العزل أنه التوقيف المسبق وغير الإرادي، لمهام المديرين في الشركات التجارية ويعتبر قرارا أحاديا يصدر عن مجموع المساهمين داخل الجهاز الذي يجمعهم بغرض وضع نهاية للسلطات المسندة لبعض الأشخاص لإدارة الشركة¹، وهو يعد ترجمة لممارسة الشركاء حقهم في مراقبة تسيير الشركة وصلاحياتها في استبدال المسيرين الذين لم تعد لهم الثقة فيهم²، هذا الحق في العزل متعلق بالنظام العام، فلا قيمة إذا لأي شرط يقيد هذا الحق أو يسلبه. وللجمعية أن تستعمل حقها في عزل أعضاء المجلس جميعهم أو بعضهم في أي وقت³، كما يكون لها هذا الحق بغض النظر عما إذا كان أعضاء المجلس منتخبين من قبل الجمعية العامة التأسيسية أو معينين بنص في النظام الأساسي للشركة⁴.

فإذا تضمن نظام الشركة شرطا يقيد هذا الحق كان هذا الشرط باطلا، ولا يشترط للعزل رفع دعوى قضائية أو إخطار أعضاء مجلس الإدارة مسبقا، وإنما يخضع العزل لتقدير الجمعية العامة العادية للمساهمين⁵.

المبحث الثاني : سلطات ومسؤولية مجلس إدارة شركة المساهمة في التشريع الجزائري والكويتي :

يتمتع مجلس الإدارة في شركة المساهمة بسلطة عامة وشاملة في إدارة مشروع الشركة، يصعب حصرها وتحديدتها كونها تختلف باختلاف موضوع الشركة. تلك السلطات لا يجدها سوى مراعاة موضوع الشركة والصلاحيات المخولة بمقتضى القانون أو نظام الشركة لجمعيات المساهمين، وحتى في حالة تجاوزه لموضوع الشركة أو للسلطات المسندة له، تلتزم الشركة بأعماله كقاعدة عامة اتجاه الغير حسن النية. ولكن في مقابل تلك السلطات، قد تنعقد مسؤولية مجلس الإدارة بصفة فردية أو على وجه التضامن إذا كان الخطأ الصادر عنه يعد خطأ في الإدارة أو فيه مخالفة للقانون أو نظام الشركة، أو كانت أعماله مشوبة بالغش أو إساءة استعمال السلطة وتكون مسؤوليته إما اتجاه الشركة أو اتجاه المساهمين.

المطلب الأول : السلطات العامة والخاصة لمجلس الإدارة :

يعد مجلس الإدارة الهيئة ذات الدور الحوري في إدارة الشركة وتسيير أعمالها، وهو يتمتع في هذا الشأن بسلطات عامة، من أجل تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله الشركة، وكذلك سلطات خاصة تم منحها له صراحة بمقتضى القانون.

¹ - K. ADOM, *La révocation des dirigeants de sociétés commerciales*, Rev. soc. 1998, p.487, spéc. n°1, p.489.

² - Ibid, n°1, p.488: "... elle est la traduction de l'exercice par les associés de leur droit de surveiller la gestion de la société et de pourvoir au remplacement des dirigeants en qui ils n'ont plus confiance."

³ محمد فريد العربي، *المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال*، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، الصفحة 250.
⁴ أنظر المادة 609 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أنه "يعين القائمون بالإدارة الأولون وأعضاء مجلس المراقبة الأولون ومندوبو الحسابات الأولون في القوانين الأساسية". وتقابلها المادة 145 من قانون الشركات الكويتي.

⁵ صلاح أمين أبو طالب، *تجاوز السلطة في مجلس إدارة شركة المساهمة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي*، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، الصفحة 133.

أولا : السلطات العامة لمجلس الإدارة :

يستفاد من أحكام القانون التجاري الجزائري أنه يخول مجلس الإدارة كل السلطات للتصرف في كل الظروف باسم الشركة، ويمارسها في نطاق موضوع الشركة، مع مراعاة السلطات المسندة صراحة في القانون لجمعيات المساهمين¹. كما نص المشرع الكويتي أنه لمجلس الإدارة أن يزاول جميع الأعمال التي تقتضيها إدارة الشركة وفقا لأغراضها، ولا يجد من هذه السلطة إلا ما نص عليه القانون أو عقد الشركة أو قرارات الجمعية العامة، وبين في عقد الشركة مدى سلطة مجلس الإدارة في الاقتراض ورهن الشركة وعقد الكفالات، والتحكيم والصلح والترعات².

يتضح مما سبق أن مجلس الإدارة يتمتع بسلطات واسعة في سبيل تحقيق غرض الشركة، لا يجد منها إلا ما خوله القانون أو نظام الشركة صراحة للمساهمين، ورغم صعوبة حصر تلك الأعمال لتعلقها بموضوع الشركة، حاول الفقهاء تعداد أهم سلطاته فيما يلي :

أ : تنفيذ قرارات الجمعية العامة :

يتولى مجلس الإدارة تنفيذ توصيات وقرارات الجمعية العامة للمساهمين³، على اختلاف أنواعها سواء منها المخولة لجمعية المساهمين العادية أو غير العادية. وقد تحدد الجمعية العامة طريقة التنفيذ فهنا يلتزم مجلس الإدارة بالتنفيذ حسب تلك الطريقة المقترحة، أما في الحالة العكسية التي لا تبين فيها الجمعية العامة كيفية وشروط التنفيذ، فهنا يستقل المجلس في تنفيذ القرار⁴. وعادة ما يتكفل به رئيس المجلس المدير العام أو عضو مجلس الإدارة المنتدب لهذا الغرض، ومن الأمثلة على ذلك إصدار سندات الدين، تأسيس الاحتياطات، توزيع الأرباح، زيادة رأس المال، تخفيض رأس المال.

ب - مراقبة أعمال رئيس مجلس الإدارة والمدير العام :

يتولى مجلس الإدارة مراقبة أعمال الرئيس، وبإمكانه أن يرخص له القيام ببعض الأعمال التي تتجاوز حدود اختصاصه، والتي لا تعد من الأعمال لعادية اليومية للرئيس، كما بإمكان المجلس أن يعطي تعليمات وتوجيهات للرئيس تقتضيها المصلحة العامة للشركة، ويحق له أن يطلب منه حساب عن مهمته والقرارات التي اتخذها

¹ - أنظر المادة 622 من القانون التجاري الجزائري.

² - المادة 184 من قانون الشركات الكويتي.

³ - حيث تنص المادة 214 من قانون الشركات الكويتي على " على مجلس الإدارة تنفيذ قرارات الجمعية العامة - ملم تكن تلك القرارات مخالفة للقانون أو عقد الشركة "

⁴ - فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، ط.2، دار الغرب للنشر والتوزيع، 2007، الصفحة 157.

والتي تدخل ضمن الاستراتيجية المرسومة له من قبل مجلس الإدارة، ولهذا الغرض يلزم الرئيس والمدير العام بإبلاغ القائمين بالإدارة كل الوثائق والمعلومات التي تمكنهم من إجراء الرقابة¹.

ج- القيام بالأعمال اللازمة لسير مشروع الشركة :

يخول لمجلس الإدارة كل السلطات للتصرف في كل الظروف من أجل تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله الشركة، والتي يستلزمها سير المشروع². استنادا لهذا النص يخول مجلس إدارة شركة المساهمة سلطة التقرير والقيام بالأعمال المادية أو القانونية لاستغلال واستثمار مشروع الشركة وتحديد توجهاتها الاستراتيجية³. حتى وإن كان الواقع العملي يفرض على مجلس الإدارة توزيع العمل والتنسيق بين أعضائه، حتى يتمكن كل عضو من أداء دور إيجابي في تسيير الشركة، كأن يكلف عضوا بالمسائل التقنية والآخر بالتجهيز والآخر بمسائل ونشاطات معينة⁴. على أنه يستثنى من اختصاصات مجلس الإدارة أعمال الإدارة اليومية التي تدخل في اختصاص الرئيس والمدير العام، والتي رأى بعض الفقهاء أنها تتصف بخاصيتين تميزهما عن غيرها، وهما: من جهة تؤدي مباشرة إلى تحقيق موضوع الشركة، ومن جهة أخرى تستلزم السرعة والمعاملة العاجلة، ولا يمكن تأجيلها لغاية التداول بشأنها من قبل مجلس الإدارة⁵. أما ما عداها من الأعمال فيعود لاختصاص مجلس الإدارة، كرسم خطة الإنتاج أو البيع التي يجب أن تنتهجها الشركة، رسم السياسة المالية للشركة، القيام ببعض أعمال التصرف كعمليات البيع والشراء التي تتعلق بالشركة⁶، ويدخل ضمنها توظيف جزء من الأرباح لشراء الأوراق المالية، شراء العقارات اللازمة لتحقيق غرض الشركة، بيع تلك العقارات، باستثناء حالة إذا كان نشاط الشركة المتاجر في العقارات فهنا يعود الاختصاص للرئيس باعتبارها من الأعمال اليومية، منح قروض للغير مقابل تأمينات شخصية أو عينية، إبرام قروض محدودة لحاجات الشركة مع بعض التأمينات، تأجير عقارات الشركة لمدة طويلة، استهلاك أسهم رأس المال من الأموال الاحتياطية، تقرير رفع الدعاوى في المسائل التي تدخل في اختصاصه، إجراء المصالحة والتحكيم بشأنها، طلب الصلح والموافقة عليه في حالة توقف الشركة عن الدفع، للمجلس أيضا أن يضع نظاما للموظفين، يتضمن إجراءات تعيينهم وترقيتهم، وتأديبهم، وتسريحهم من الخدمة، وله سلطة تعيين كبار الموظفين وفصلهم⁷. ونتيجة لما سبق لا يمكن حصر جميع الأعمال المخولة لمجلس

¹ - Ph. MERLE, A.Fauchan, op.cit., p. 580.

² - أحمد محمد محرز، المرجع السالف الذكر، الصفحة 540.

³ - Ph. MERLE, A.Fauchan, op.cit., p. 581

⁴ - نادية فوضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، الصفحة 240.

⁵ - إلياس ناصيف، الموسوعة التجارية، الجزء العاشر، المرجع السالف الذكر، الصفحة 204.

⁶ - جلال وفاء محمددين، المبادئ العامة في القانون التجاري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الصفحة 222.

⁷ - إلياس ناصيف، الموسوعة التجارية، الجزء العاشر، الصفحات 204 وما بعدها.

الإدارة، كونها تختلف حسب نشاط الشركة من جهة، وحسب النظام الأساسي الذي يختلف من شركة لأخرى، الأمر الذي أدى ببعض الفقهاء إلى تشبيه سلطاته بغرفة العمليات حيث تمارس قيادة الأركان¹.

ثانيا : السلطات الخاصة لمجلس الإدارة :

إلى جانب السلطات العامة يتمتع مجلس الإدارة بسلطات خاصة، أسندت له صراحة بمقتضى القانون. ولعل التطور القانوني الذي عرفته شركة المساهمة، مع ما صاحبه من تلاشي فكرة الوكالة شيئا فشيئا كان له الأثر البالغ في الاعتراف لمجلس الإدارة بسلطات خاصة لا يمكن حرمانه منها²، وقد تم تأكيدها لأول مرة بموجب قرار محكمة النقض الفرنسية في 04 جوان 1946³، الذي جاء في مضمونه أن كل هيئة سواء تعلق الأمر بالجمعية العامة أو مجلس الإدارة أو الرئيس المدير العام، لا يمكنها ممارسة الصلاحيات الخاصة الممنوحة بموجب القانون لهيئة أخرى⁴. وعليه، فإن مبدأ التدرج والتخصص في الهيئات هو مبدأ هام يميز شركة المساهمة، ولا بد من الرجوع إليه وأخذ بعين الاعتبار لفهم كيفية تسيير وإدارة هذه الشركة، وقد تم تأكيده في القضاء الفرنسي بعد قرار MOTTE المشار إليه آنفا في العديد من القرارات القضائية نذكر منها :

- حرمان الجمعية العامة العادية من إمكانية تصحيح العيب في تعيين رئيس مجلس الإدارة الصادر من قبل المجلس.

- حرمان الجمعية العامة العادية من الاعتداء على صلاحيات مجلس الإدارة مثل إبطالها لقرار منح تقاعد إضافي لمدير سابق عندما يتم اتخاذ القرار بصفة صحيحة من طرف المجلس.

- عدم اختصاص الجمعية العامة العادية في اتخاذ قرار بشأن مداولة مجلس الإدارة.

- حرمان مجلس الإدارة من التصرف في المحل التجاري الذي يمثل النشاط الوحيد للشركة إذا كان من شأن هذا الأمر أن يؤدي إلى انحلال الشركة نظرا لاستحالة متابعة نشاطها⁵.

وعلى هذا الأساس، فإن تحديد سلطات التسيير التي يمكن للقوانين الأساسية للشركة أن تنزعها من مجلس الإدارة أو مجلس المديرين وتمنحها للجمعية إجراء غير ممكن إطلاقا عندما يمنح القانون صراحة سلطات محددة

¹ - عجة الجيلالي، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية، من اشتراكية التسيير إلى الخصوصية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، الصفحة 283..

² - G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN, op. cit., n°1293, p.950.

³ - يسمي بقرار MOTTE السالف الذكر والذي أكد أن شركة المساهمة هي شركة تشكل هيئاتها تدرجا سلميا، وتمارس الإدارة فيها من طرف مجلس تنتخبه الجمعية العامة العادية. وبالتالي، لا يمكن لهذه الأخيرة أن تتعدى على صلاحيات المجلس في مجال الإدارة.

⁴ - D. LEGAIS, *Droit commercial et des affaires*, 13^{ème} éd, Dalloz, 2000, n°417, p.192.

⁵ - Exemples cités par M. COZIAN, A.VIANDIER et F. DEBOISSY, op. cit., n°711, p 320.

لهيئات التسيير. فالطابع السلمي لشركة المساهمة يؤدي إلى نتيجة هي أن هذا المنح للصلاحيات يعتبر من النظام العام، وأن الشروط المدرجة في القانون الأساسي والتي تشكل اعتداء على هيئة تعتبر كأن لم تكن¹.
ومن الأمثلة التي يمكن إدراجها في القانون التجاري الجزائري وقانون الشركات الكويتي بعض القرارات التي تعود من السلطات الخاصة لمجلس الإدارة نذكر منها:

- استدعاء جمعيات المساهمين وتحديد جدول الأعمال في الحالات العادية².
- تعيين رئيس مجلس الإدارة، وتعيين الرئيس التنفيذي³.
- نقل مقر الشركة في نفس المدينة⁴.
- اقتراح تكوين الاحتياطي⁵.
- اقتراحات التوزيع المؤقت للأرباح⁶.
- اتخاذ الإجراءات اللازمة لقيود الشركة في السجل التجاري خلال 30 من إعلان التأسيس⁷.
- اقتراح زيادة رأس المال وإنقاصه⁸.

المطلب الثاني : مسؤولية مجلس الإدارة في شركة المساهمة :

إذا قام مجلس الإدارة بالأعمال المخولة له على الوجه الصحيح، وبندل العناية اللازمة لذلك، ولم يرقم بأي خطأ يلحق ضرراً بالشركة، واحترم حدود السلطة المرسومة له بمقتضى نظام الشركة، وما يضعه القانون من قواعد أمر، فلا مسؤولية عليه، ولو ساءت أحوال الشركة لظروف اقتصادية لا علاقة لها بالإدارة. ولكن بالمقابل، قد يرتكب أعضاء مجلس الإدارة أخطاء بسبب مخالفة القانون أو أعمال الغش وإساءة استعمال السلطة، مما يعرضهم للمساءلة، وتتميز في هذا الشأن بين دعوى الشركة بنوعيتها ودعوى المساهم بصفة شخصية.

¹-Y. GUYON, *Traité des contrats, les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, 3em éd, L.G.D.J, Paris, 1998, n°177, p.251.

² - المادة 676 من القانون التجاري الجزائري والمادتين 206 و216 من قانون الشركات الكويتي.

³ - المادة 635 من القانون التجاري الجزائري والمادة 183 من قانون الشركات الكويتي.

⁴ - المادة 625 الفقرة 1 من القانون التجاري الجزائري.

⁵ - المادة 222 من قانون الشركات الكويتي.

⁶ - المادة 5/211 من قانون الشركات الكويتي.

⁷ - المادة 145 من قانون الشركات الكويتي.

⁸ - المواد 157 و 168 من قانون الشركات الكويتي.

أولا : دعاوى الشركة :

ينص قانون الشركات الكويتي أن " رئيس مجلس الإدارة وأعضاؤه مسئولون تجاه الشركة والمساهمين والغير عن جميع أعمال الغش وإساءة استعمال السلطة، وعن كل مخالفة للقانون أو لعقد الشركة، وعن الخطأ في الإدارة. ولا يحول دون إقامة الدعوى اقتراع من الجمعية بإبراء ذمة مجلس الإدارة"¹.

" تكون المسؤولية المنصوص عليها في المادة السابقة إما شخصية تلحق عضوا بالذات، وإما مشتركة فيما بين أعضاء مجلس الإدارة جميعا. وفي الحالة الأخيرة يكون الأعضاء مسؤولين جميعا على وجه التضامن بآداء التعويض، إلا إذا كان فريق منهم قد اعترض على القرار الذي رتب المسؤولية وذكر اعتراضه في المحضر"².

" للشركة أن ترفع دعوى المسؤولية على أعضاء مجلس الإدارة، بسبب الأخطاء التي تنشأ عنها أضرار للشركة، وإذا كانت الشركة في دور التصفية تولى المصفي رفع الدعوى"³، ونجد تقريبا نفس الحكم لدى المشرع الجزائري⁴.

يستفاد من النصوص القانونية سالفه الذكر، أن الدعوى ترفع من طرف الشركة كشخص معنوي مستقل، بواسطة ممثلها القانوني للدفاع عن مصالحها، وترفع ضد أعضاء مجلس الإدارة الذين ارتكبوا أخطاء نتج عنها أضرار للشركة بصفتها شخصا معنويا مستقلا⁵، وقد ينتج ذلك الضرر إما من جراء إساءة استعمال السلطات الممنوحة لمجلس الإدارة، أو قيامه بإبرام صفقات يستفيد منها بصفة شخصية، أو تجاوز الحدود المرسومة له بموجب عقد الشركة، أو القيام بتقديم قروض أو كفالات من قبل الشركة دون ضمانات كافية. واستنادا إلى أن مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة في مواجهة الشركة تعد مسؤولية تضامنية بحسب الأصل، فإن الدعوى يمكن أن ترفع عليهم مجتمعين، أو ترفع على أحدهم أو بعضهم، مع التزامهم بتعويض كامل المبلغ المحكوم به للشركة⁶.

¹ - المادة 201 من قانون الشركات الكويتي .

² - المادة 202 من قانون الشركات الكويتي.

³ - المادة 203 من قانون الشركات الكويتي.

⁴ - حيث تنص المادة 715 مكرر 23 من القانون التجاري الجزائري أنه " يعد القائمون بالإدارة مسؤولين على وجه الانفراد أو بالتضامن، حسب الحالة، اتجاه الشركة أو المساهمين، إما عن المخالفات الماسة بالأحكام التشريعية أو التنظيمية المطبقة على شركات المساهمة، وإما عن خرق القانون الأساسي أو عن الأخطاء المرتكبة أثناء تسييرهم". كما تقضي المادة 215 مكرر 24 من نفس القانون أنه " يجوز للمساهمين، بالإضافة إلى دعوى التعويض الذي لحق بهم شخصيا، أن يقيموا منفردين أو مجتمعين دعوى على الشركة بالمسؤولية ضد القائمين بالإدارة. وللمدعين حق متابعة التعويض عن كامل الضرر اللاحق بالشركة، وبالتعويضات التي يحكم لهم بها عند الاقتضاء".

⁵ - سميحة القيلوبي، الشركات التجارية، ط.5، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، الصفحة 1053.

⁶ - أبو بكر عبد العزيز مصطفى أبو المنعم، المسؤولية التضامنية في شركة المساهمة، ط.1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، الصفحة 369.

وعادة ترفع هذه الدعوى المقررة لمصلحة الشركة، من قبل ممثلها القانوني وهو غالبا المدير العام وقت رفع الدعوى، ولكن يجوز أيضا للجمعية العامة للمساهمين، بعد عزل مجلس الإدارة أن تقيم الدعوى، كما بإمكانها أن تقرر التنازل عنها، وأن تجري المصالحة بينها وبين العضو أو الأعضاء المسؤولين¹.

وتجدر الملاحظة أن قد لا يتصور رفع دعوى الشركة إذا كانت مقامة ضد جميع أعضاء مجلس الإدارة، لأنه من غير المعقول أن يرفع المجلس الدعوى على نفسه، فقد يتخذ في سبيل ذلك كل الوسائل للحيلولة دون رفع الدعوى، كما قد يقوم بارجاء رفعها، ومن ثم فإن الدعوى لا ترفع إلا بعد استقالة أو عزل جميع أعضاء المجلس القديم المعزولين، ويحرك دعوى المسؤولية رئيس مجلس الإدارة الجديد، أو المصفي في حالة تصفية الشركة².

ثانيا: دعوى الشركة التي يرفعها المساهم :

" لكل مساهم أن يرفع دعوى المسؤولية منفردا نيابة عن الشركة في حالة عدم قيام الشركة برفعها، وفي هذه الحالة يجب اختصام الشركة ليحكم لها بالتعويض ان كان له مقتض" ³.

يجوز لكل مساهم أن يقيم دعوى الشركة على أعضاء مجلس الإدارة بصفة منفردة، ولا يجوز بأية حال تعليق مباشرة الدعوى على إذن أو اتخاذ قرار آخر لأنها تعد من بين الحقوق الأساسية المخولة للمساهم، ولا يجوز حرمانه منها بأية حال وتحت أي ظرف وقد أكدت على ذلك المادة 204 الفقرة الأخيرة من قانون الشركات الكويتي،

ومن أجل قبول الدعوى يجب أن تتوفر في المدعي صفة المساهم وقت رفع الدعوى، وطوال فترة التقاضي⁴.

وقد وصفها البعض بأنها دعوى احتياطية ترفع من قبل أحد المساهمين أو بعضهم، لأنه قد تتعرض الجمعية العامة لضغوطات من طرف مجلس الإدارة، كما قد تتقاعس الأغلبية عن مباشرتها، وقد يتماطل مجلس الإدارة الجديد عن طريق الإهمال أو مجاملة لأحد مجلس الإدارة السابق في تحريك الدعوى ضد أعضاء مجلس الإدارة أو الرئيس⁵.

ونظرا لأن المساهم الذي يرفع الدعوى إنما يرفعها بصفته ممثلا للشركة، فإنه من البديهي أن ما يحكم به من تعويضات يلحق بالذمة المالية للشركة مباشرة، على أن الشركة فيما بعد تجبر حق المساهم الذي رفع الدعوى وتعطيه نصيبه من التعويضات، فضلا عن تعويضه عن النفقات والتكاليف التي أنفقها.

¹ - جلال وفاء محمد، المرجع السالف الذكر، الصفحات 225، 226.

² - أبو بكر عبد العزيز مصطفى أبو المنعم، المرجع السالف الذكر، الصفحة 371.

³ - المادة 204 من قانون الشركات الكويتي.

⁴ - سميحة القيلوبي، المرجع السالف الذكر، الصفحة 1068.

⁵ - عبد الرحيم بن عبيدة، مفهوم المصلحة كضابط لتحديد اختصاصات ومسؤولية مجلس الإدارة والجمعيات العامة، رسالة دكتوراه، عين شمس، 2002، الصفحة 163.

وفي فرنسا تسمى هذه الدعوى *Action Social ut singuli* يجوز أن ترفع من قبل مجموعة من المساهمين يمثلون على الأقل 20 % من رأس مال الشركة، ويمكن أن تخفض النسبة إذا كان رأس مال الشركة يتجاوز 750000 أورو، ويتحمل هؤلاء المساهمون مصاريف الدعوى فيما بينهم، ولا يؤثر على سير الدعوى انسحاب أحد المساهمين أو أكثر عن طريق التنازل عن أسهمه، كما يمكن أن ترفع الدعوى من طرف مساهم بصفة فردية، بشرط أن يكون يتمتع بصفة الشريك من يوم رفع الدعوى لغاية الفصل فيها. كما يمكن أن ترفع الدعوى كذلك من طرف جمعية مساهمين حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 225-120 من القانون التجاري الفرنسي، ويشترط لقبول الدعوى تبليغ الممثلين القانونيين للشركة بالحضور، ولا ترفع إلا ضد القائمين بالإدارة أو المدير العام، ويمكن لرافعي الدعوى أن يطلبوا تنفيذ الحكم تحت طائلة الغرامة التهديدية، أو القيام بإجراءات تحفظية ضد المدير بشرط أن يرفعوا الدعوى باسم الشركة¹.

ثالث : دعوى المساهم الفردية :

تخضع دعوى المساهم الشخصية²، للقواعد العامة في المسؤولية المدنية. وعلى هذا الأساس، يجب على من يرفعها أن يثبت الأضرار الشخصية التي أصابته من التصرف غير السليم الذي صدر من طرف مجلس الإدارة أو أحد أعضائه، أو من الشركة بوصفها شخصا اعتباريا. وبوصفها مسؤولة عن أعمال مجلس الإدارة مسؤولة التابع عن أعمال تابعه، طالما أن الفعل قد صدر من العضو أثناء مباشرته لمهام العضوية أو بسببها³.

وتتميز دعوى المساهم الفردية عن دعوى الشركة التي سبقت دراستها من حيث الموضوع والمحل، استنادا إلى أن محل دعوى الشركة تعويض ضرر أصاب مصلحتها العامة المستقلة، بيد أن محل دعوى المساهم التعويض عن الضرر الشخصي الذي أصاب أحد المساهمين أو بعضهم، ونتيجة لهذا الفرق بينهما، رأى بعض الفقهاء أنه لا ارتباط بين الدعويين، ولا تتوقف ممارسة إحداها على الأخرى، وعلى هذا الأساس إذا صادقت جمعية المساهمين على تقرير مجلس الإدارة، وأبرهته عن حسابه فإن ذلك لا يؤثر بأية حال في حق المساهم في رفع دعوى فردية لجبر الضرر الذي أصابه، كما أن سقوط إحداها بالتقادم لا يؤثر على الأخرى، كما أن التعويض المحكوم به للمساهم يحتفظ به شخصيا ولا يلزم بتحويله إلى الشركة⁴.

ونذكر من بين الأخطاء التي تمس المساهم صدور قرار من الجمعية العامة غير العادية للمساهمين بزيادة التزامات أحد أو جماعة من المساهمين، قيام مجلس الإدارة ببيع أسهم واحد أو جماعة من المساهمين لاستيفاء جزء من قيمة أسهمهم الاسمية دون اتخاذ الإجراءات القانونية، حرمان مساهم أو جماعة من المساهمين من حقهم في

¹ - Ph. MERLE, A.Fauchan, op.cit., pp.592,593.

² - حيث تنص المادة 204 من قانون الشركات الكويتي أنه " يجوز للمساهم رفع دعواه الشخصية بالتعويض إذا كان الخطأ ألحق به ضررا، ويقع باطلا كل شرط في عقد الشركة يقضي بغير ذلك"

³ - سميحة القيلوبي ، المرجع السالف الذكر ، الصفحة 1059.

⁴ - محمد فريد العريبي، الشركات التجارية، المرجع السالف الذكر، الصفحة 283.

الأرباح بعد صدور قرار بتوزيعها، بل أن القضاء الفرنسي اعتبر أن مجرد عدم دعوة الجمعية العامة للاجتماع، مع ما يتبعه من حرمان المساهم من توزيع الأرباح يعد من قبيل الأضرار الشخصية التي قد تصيب المساهم¹.

بخصوص مدة تقادم دعاوى المسؤولية، فإن المشرع الكويتي نص على أنه تسقط دعوى المسؤولية بمضي خمس سنوات من تاريخ انعقاد الجمعية العامة العادية، التي أصدرت قرارها بإبراء ذمة المجلس أو بثبوت خطئه، ومع ذلك إذا كان الفعل المنسوب إلى أعضاء مجلس الإدارة يكون جريمة جزائية، فلا تسقط الدعوى إلا بسقوط الدعوى الجزائية²، بيد أن المشرع الجزائري وعلى خلاف المشرع الكويتي جعل مدة سقوط الدعوى سواء كانت مشتركة أو فردية ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ ارتكاب العمل الضار، أو من وقت العلم إذا كان قد أخفي، غير أن الفعل المرتكب إذا كان جنائية فإن الدعوى في هذه الحالة تتقادم بمرور عشر سنوات³.

خاتمة :

أبرزت الدراسة أن كل من المشرع الجزائري والكويتي قد أدركا الدور المخول لمجلس الإدارة في شركة المساهمة، باعتباره من يرسم الخطوط العريضة لسياسة الشركة المالية، والتنمية على المدينين القريب والبعيد، ويحدد بالتالي استراتيجيتها وتطلعاتها المستقبلية، لذلك كان ولا بد أن يشترط في من يترشح لعضوية المجلس أن يتمتع بالشروط اللازمة حفاظا على مصلحة الشركة، حتى يتم انتخابه من قبل مجموع المساهمين الذين سيمثلهم مستقبلا، خلال مدة العضوية المقررة قانونا. وهذا الأخير قد تنتهي مهامه إذا لم تعد تتوافر فيه الشروط المقررة قانونا، أو في حالة استقالته من منصبه، كما أنه قد يتعرض للإقالة من قبل المساهمين الذين انتخبوه في أي وقت، ولعل الحكمة من ذلك هي أن المجلس له سيادة فعلية على شؤون الشركة نظرا للسلطات الواسعة التي يتمتع بها، مما يقتضي معه إخضاعه لسلطان ورقابة الجمعية العامة التي تمثل وتحمي مصالح المساهمين.

وفي مقابل السلطات الواسعة التي يتمتع بها مجلس الإدارة كما سلفت الإشارة، والتي لا يجد منها سوى ما خوله القانون صراحة للجمعية العامة للمساهمين، فإنه قد يسأل وتقوم مسؤولية أعضائه المدنية إما بصفة فردية أو تضامنية، اتجاه الشركة أو المساهمين أو الغير إذا أساء استعمال السلطات المخولة له وقام بأعمال أو مضاربات تتنافى وقواعد حسن الإدارة، مما ينتج عنها تهديد المركز المالي للشركة.

ومن خلال الدراسة استخلصنا بعض النتائج والتوصيات يستحسن لكل من المشرع الجزائري، ونظيره الكويتي تضمينها في القانون التجاري أو قانون الشركات التجارية نذكر منها:

¹ - صلاح أمين أبو طالب، المرجع السالف الذكر، الصفحة 114.

² - المادة 205 من قانون الشركات الكويتي.

³ - المادة 715 مكرر 26 من القانون التجاري الجزائري.

- تعديل وتحيين بعض الأحكام المتعلقة بالنظام القانوني لمجلس الإدارة نذكر منها السماح لغير المساهمين من ذوي الكفاءة والخبرة لعضوية مجلس الإدارة، والنص على وجوب توافر العضو المرشح لمجلس الإدارة على شرط النزاهة وحسن السيرة بما يضمن معه المحافظة على مصالح الشركة، وحذف الشرط المتعلق بضرورة حيازة القائم بالإدارة على أسهم الضمان أو جعله اختياري، إسوة بالتشريعات المقارنة،
- يستحسن للمشرع الجزائري تحيين الأحكام المتعلقة بمسؤولية مجلس الإدارة بالمزيد من التفصيل حول شروط رفع الدعوى وإجراءاتها، بما يضمن المحافظة على مصلحة الشركة واثمانها المالي.
- لم يجدد المشرع الكويتي نظام العزل الذي يخضع له مجلس الإدارة، إسوة بالتشريعات المقارنة التي نصت صراحة أنه قابل للعزل في أي وقت من قبل الجمعية العامة العادية.
- يستحسن لكل من المشرع الكويتي والجزائري بيان السلطات الخاصة لمجلس الإدارة بالتفصيل، مع النص على حرمان هيئات الشركة الأخرى من التعدي على تلك السلطات أو تضييقها.
- يستحسن للمشرع الجزائري توضيح ما يمكن لعقد الشركة أن يبينه بخصوص مدى سلطة الشركة مدى سلطة مجلس الإدارة في الاقتراض ورهن الشركة وعقد الكفالات، والتحكيم والصلح والتبرعات.
- يستحسن للمشرع الجزائري إضافة بند " أي شروط أخرى ترد في عقد التأسيس " ضمن شروط الترشح لمجلس الإدارة إسوة بالمشرع الكويتي.

✓ المصادر والمراجع :

- المراجع باللغة العربية :
- أبو بكر عبد العزيز مصطفى أبو المنعم، المسؤولية التضامنية في شركة المساهمة، ط.1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016.
- أحمد محمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، ط.2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- أكرم ياملكي، القانون التجاري، الشركات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء العاشر، الشركة المغفلة، مجلس الإدارة، ط. الأولى، مكتبة الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
- حماد مصطفى عذب، حق المساهمين في الإعلام اتجاه الشركة، مجلة الدراسات القانونية، مطبعة كلية أسيوط، العدد 19، 1966.
- سميحة القيلوبي، الشركات التجارية، ط.5، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، الصفحة 1053.
- صادق محمد محمد الجبران، مجلس إدارة الشركة المساهمة في القانون السعودي دراسة مقارنة مع دول مجلس التعاون الخليج العربي، مصر، لبنان، سوريا، الأردن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2006.

- صلاح أمين أبو طالب، تجاوز السلطة في مجلس إدارة شركة المساهمة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- عبد الرحيم بن عبيدة، مفهوم المصلحة كضابط لتحديد اختصاصات ومسؤولية مجلس الإدارة والجمعيات العامة، رسالة دكتوراه، عين شمس، 2002.
- عماد محمد أمين السيد رمضان، حماية المساهم في شركة المساهمة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005.
- عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري، دار المعرفة، الجزائر، 2000.
- عجة الجيلالي، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية، من اشتراكية التسيير إلى الخصوصية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- نور الدين فاستل، القيد في السجل التجاري وفي سجل الصناعات التقليدية والحرف، دراسة مقارنة، منشورات بغداد، الجزائر، 2009.
- فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، ط.2، دار الغرب للنشر والتوزيع، 2007.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الأول، الطبعة الثانية 2004.
- محمد فريد العربي، القانون التجاري، النظرية العامة للشركة، شركات الأشخاص، شركات الأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
- محمد فريد العربي، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
- نادية فوزيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- وجدي سلمان حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
- المراجع باللغة الأجنبية :

- A.TUNC, Le rôle de L'actionnaire dans la société anonyme et les enseignants du droit américain, Rev.Soc. avril, 1959.

- D. LEGAIS, Droit commercial et des affaires, 13^{ème} éd, Dalloz, 2000.

- D. VIDAL et K. LUCIANO, Cours de droit Spécial des Sociétés, 2em éd, GALINO, FRANCE, 2016-2017, p.107.

- G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN, , Traité de droit commercial, T.1,vol.2, 18 ed, L.G.D.J, 2002.

- J.ROE MARK, Rôle de L'actionnaire et système politique, Rev.fr.ges, 2002.

-K. ADOM, La révocation des dirigeants de sociétés commerciales, Rev. soc. 1998.

- M.Coizan, A.Viandier et F.Deboissy, Droit des sociétés,14^{ème}éd,Litec, France, 2003.

- Ph. MERLE, A.Fauchan, Précis de droit commercial, sociétés commerciales, 22^{ème} éd, Dalloz, 2018-2019.

-Y. GUYON, Traité des contrats, les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés,3em éd, L.G.D.J, Paris, 1998.

طرق وتقنيات تقدير قيمة الأملاك والحقوق العقارية المطلوب نزعها للمنفعة العامة في القانون الجزائري¹



د. لعشاش محمد، أستاذ محاضر
قسم (أ) كلية الحقوق والعلوم
السياسية، جامعة البويرة- الجزائر

- الملخص بالعربية :

يخضع تقدير قيمة الأملاك والحقوق العقارية المطلوب نزعها للمنفعة العامة لقواعد وضوابط نص عليها القانون رقم 91-11 المعدل والمتمم، وهي أن يكون التعويض حسب القيمة الحقيقية للأملاك والحقوق العقارية المنزوعة، عادلا ومنصفا يغطي كامل الضرر الحاصل والكسب الفائت، ويقدر حسب طبيعة هذه الأملاك ومشتملاتها وحسب استعمالها الفعلي، مع استبعاد التحسينات المستحدثة بعد عام من فتح التحقيق المسبق بغرض الحصول على تعويض أرفع ثمنا.

لم ينص القانون رقم 91-11 على الطرق والتقنيات المعتمدة في التقييم، لذلك تعتمد مصالح الأملاك الوطنية المختصة بالتقييم على اختيار طرق وتقنيات مدروسة وموضوعية، للوصول إلى التقييم حسب أسعار السوق العقاري المحلي الحر.

الكلمات المفتاحية : الملكية - الحق العقاري - التقييم - طرق التقييم - المالك.

¹ - Technique and methods for evaluation states and mobile rights that define for general interest in Algerian law.

– **Abstract :**

Estimating the value of property and real estate rights required to be dispossessed for the public benefit is subject to rules and controls stipulated in Law N° 91-11 amended and supplemented, which is that compensation be based on the real value of the properties and real estate rights dispossessed in a fair and equitable manner covering the entire damage and lost gain and is estimated according to the nature of these properties and their contents and according to their actual use excluding improvements created a year after the pre-investigation was opened in order to obtain a more expensive compensation.

Law N°91-11 does not stipulate the methods and techniques adopted in the evaluation. Therefore, the national property interests concerned with the evaluation depend on the selection of studied and objective methods and techniques to reach the evaluation according to the prices of the local free real estate market.

Keywords : property – Real estate right- evaluation- the methods of evaluation- Owner.

مقدمة :

تعد الملكية العقارية الخاصة ذات أهمية بالغة في حياة الإنسان، باعتبارها مصدر ثروة و ثراء، لذلك فقد حرصت كل الاتفاقيات الدولية والإقليمية والإعلانات العالمية، وكذا التشريعات الداخلية على حمايتها، وذلك بتجريم المساس بها أو الاعتداء عليها إلا للمنفعة العامة، وفي مقابل تعويض عادل ومنصف، نظير تفضيل المصلحة العامة للمجتمع على المصلحة الخاصة للمالك،

لذلك فقد أجازت كل هذه التشريعات للدولة حق نزع ملكية الأفراد إذا كان الهدف هو تحقيق المنفعة العامة وليس لتحقيق أغراض شخصية أو مالية أو تجارية، نظرا لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة من بينها نزع الملكية جبرا عن أصحابها ودون رضاهم، إلا أن ذلك لا يكون إلا مقابل تعويضهم عن فقدانهم ملكياتهم وحقوقهم العقارية، تعويضا يكون عادلا ومنصفا وغير مجحف، بحيث يغطي كل ما لحق المنزوعة ملكيتهم من ضرر وما فاتهم من كسب مؤكد بسبب نزع الملكية، يقدر حسب القيمة الحقيقية للأموال والحقوق المطلوب نزعها بأسعار يوم إجراء التقييم من طرف مصالح أملك الدولة المختصة إقليميا. وذلك اعتمادا طرق وتقنيات تقييم تكون منطقية وعادلة تعكس فعلا قيمة هذه الأملاك حسب سعرها في السوق العقاري المحلي الحر.

كما أنه لضمان الشفافية فقد ألزم المشرع الجزائري مصالح أملاك الدولة بموجب قانون نزع الملكية رقم 91-11 المعدل والمتمم، بوجود ذكر الطرق المعتمدة في التقييم والتعويض المقترح في تقريرها النهائي الذي ترفعه إلى الوالي المختص إقليمياً، على أن يدون ذلك وجوباً في قرار قابلية التنازل عن الأملاك والحقوق المطلوب نزعها الذي يصدره الوالي تحت طائلة بطلانه.

لذلك فإن مصالح أملاك الدولة ملزمة بالبحث على أنجع الطرق والتقنيات في عملية التقييم، حتى يكون تقييمها يعكس حقيقة قيمتها الحقيقية حسب السوق العقاري المحلي الحر، حتى لا تكون محل طعن من المعنيين أمام القضاء المختص، مما قد يعطل عملية النزاع ويؤخرها عن موعدها، وهو ما لا يكون لا في صالح الإدارة النازعة صاحبة المشروع، ولا في صالح المنزوعة ملكيتهم بقبض التعويض وتوظيفه. خاصة إذا علمنا أن الطعن في مبلغ التعويض له أثر موقف على إتمام عملية النزاع، وأن قانون نزع الملكية رقم 91-11 لا يسمح بإعادة التقييم الإداري مرة أخرى، وعلى من يرفض التعويض المقترح التوجه للقضاء المختص وانتظار الفصل في الدعوى القضائية.

وعليه فإن هذا الموضوع يكتسي أهمية بالغة، لذلك وقع عليه اختيارنا للبحث فيه لإبراز قواعد وضوابط عملية التقييم كما تم النص عليها بموجب القانون رقم 91-11 من جهة، ولإبراز مختلف الطرق المعتمدة في تقييم الأملاك والحقوق العقارية بحسب طبيعتها ومشمولاتها من جهة أخرى. وعليه يمكن أن نطرح الإشكالية الآتية :

إلى أي مدى يمكن أن تكون الطرق والتقنيات المعتمدة في تقدير قيمة الأملاك والحقوق العقارية المنزوعة تعكس فعلاً القيمة الحقيقية لهذه الأملاك والحقوق طبقاً للقانون رقم 91-11 المعدل والمتمم؟. نجيب على هذه الإشكالية في مبحثين، حيث نتناول أولاً قواعد تقدير قيمة الممتلكات والحقوق العقارية المطلوب نزعها (مبحث أول)، ثم طرق تقييم هذه الممتلكات والحقوق العقارية (مبحث ثان).

المبحث الأول : قواعد تقدير قيمة الممتلكات والحقوق العقارية المطلوب نزعها :

تخضع عملية تقدير الممتلكات والحقوق العقارية المطلوب نزعها وجوباً لجملة من القواعد والضوابط المنصوص عليها بموجب قانون نزع الملكية رقم 91-11، إذ يتعين على مصالح أملاك الدولة مراعاتها أثناء عملية التقييم، وهي أن يكون التقدير حسب القيمة الحقيقية لهذه الأملاك (المطلب الأول)، وأن يعتمد على معايير تقييم تتسم بالوضوح (المطلب الثاني).

المطلب الأول : التعويض يكون حسب القيمة الحقيقية للأملاك والحقوق المنزوعة :

اشترط المشرع الجزائري على مصالح إدارة أملاك الدولة المختصة بالتقييم، بأن يعكس التعويض المقترح القيمة الحقيقية للأملاك والحقوق المعنية بالنزع، وهو أن يكون عادلاً ومنصفاً (الفرع الأول)، وأن يحدد حسب طبيعة الأملاك ومشمولاتها (الفرع الثاني)، وحسب استعمالها الفعلي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أن يكون التعويض عادلا ومنصفا:

يجب أن يكون التعويض الذي تعده مصالح إدارة الأملاك الوطنية بعد إخطارها بواسطة ملف يشتمل على قرار التصريح بالمنفعة العمومية، والتصميم الجزئي المرفق بقائمة المالكية وذوي الحقوق⁽¹⁾، عادلا ومنصفا بحيث يغطي كل ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب بسبب نزع الملكية⁽²⁾. وعليه يقصد بالإنصاف التزام الإدارة بتعويض الملاك وأصحاب الحقوق عن كل الأضرار الحاصلة فعلا، وعن المنافع الفائتة، دون الأضرار التي لم تتسبب هي في إحداثها.

لذلك فإن الضرر القابل للتعويض هو الضرر المادي المباشر⁽³⁾، والمؤكد وقوعه حالا أو مستقبلا، طالما أن حصوله في المستقبل مؤكد، وهو يعني الخسارة المالية التي لحقت بالمالك في ذمته المالية، دون الضرر المحتمل الذي لم يقع، ولا يوحده ما يؤكد وقوعه في المستقبل، ودون أيضا الضرر المعنوي⁽⁴⁾.

وأما العدل فيقصد به أن يكون التعويض غير مجافي لقواعد العدالة، وغير مبالغ فيه بحيث يضر بالخزينة العمومية، لذلك فإن مبدأ العدل والإنصاف يعني أن يتمكن المالك من اقتناء عقار مماثل لعقاره المنزوع بنفس قيمة التعويض المقترح.

كما يدخل في حساب التعويض كل ما فات الملاك من كسب بسبب نزع الملكية، ويقصد بها المنافع التي تم حرمانهم منها، كالمزروعات والثمار والأغراس قبل جنيها، والحرمان من بدل الإيجار...، لذلك فإن التعويض المستحق العادل والمنصف، لا يتوقف على مقابل الملك المنزوع فقط، وإنما يمتد إلى المنافع الفائتة حسب استعمالها الفعلي وما كانت تستغل فيه، والذي قد يفوق قيمة هذا الملك نظرا لأهمية هذا الاستعمال في تقدير التعويض.

الفرع الثاني: أن يحدد التعويض حسب طبيعة الأملاك أو مشتملاتها:

يجب أن يحدد التعويض استنادا إلى القيمة الحقيقية حسب ما يستنتج من طبيعتها أو قوامها⁽⁵⁾، وهذا يعني أنه يتعين على العون القائم بالتقييم على مستوى مصالح أملاك الدولة الأخذ بعين الاعتبار طبيعة الأملاك ومشتملاتها، ويقصد بها كافة المكونات المادية والقانونية التي يحتوي عليها المال في وقت معين⁽⁶⁾، سواء كانت مادية كالأرض وموقعها وخصائصها، والمنشآت القائمة على سطحها، أو قانونية كحقوق الارتفاق التي تثقل

¹- انظر المادة 20 من القانون رقم 91-11، مخ في 27 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 21، الصادر في 08 مارس 1991، معدل ومتمم

²- انظر المادة 21 فقرة 1 من القانون رقم 91-11، المرجع نفسه

³- DANIEL Champigny, L'expropriation et la rénovation urbain, Paris 1968, P109

⁴- كالضرر عن فقدان الذكريات والحي والجيران... وغيرها، لذلك يرى الفقه الفرنسي عدم إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي لانعدام وسائل تقديره، انظر: JEAN MARIE Auby et Ducos Ader, L'expropriation pour cause d'utilité publique, éditions SIREY, Paris 1968, P 656

⁵- انظر المادة 32 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 مؤرخ في 27 يوليو 1993 يحدد كليات تطبيق القانون رقم 91-11، ج ر عدد 51، الصادر في 01 أوت 1993، معدل ومتمم.

⁶-رحماني أحمد، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 4، العدد 02، الجزائر 1994، ص 54.

كاهل العقار، وهي تختلف باختلاف طبيعة المال المنزوع، ما إذا كان أرض فضاء، أو سكن أو ملكية تجارية (محل تجاري)⁽¹⁾، وبالنظر أيضا إلى طبيعة الأرض فلاحية أو حضرية مستغلة أم لا⁽²⁾، وموقعها بالنسبة للأماكن الأخرى وخصائصها، وكذا المباني والمنشآت المشيئة على سطحها من حيث القدم والحدثة والصيانة... وغيرها. وتجدر الإشارة إلى أنه لمعرفة طبيعة ومشمولات هذه الأملاك، يقتضي مراعاة ثلاثة عوامل أساسية أثناء عملية التقييم، وهي العوامل الفيزيائية (أولا)، والعوامل الاقتصادية (ثانيا)، والعوامل القانونية (ثالثا).

أولا-العوامل الفيزيائية :

ويقصد بها إعطاء وصف دقيق للعقار حسب ما هو في الواقع، لذلك فهي تتعلق بخصائص المنطقة موقع الملك المنزوع، وبطبيعة الأرض فلاحية أو حضرية، مبنية أم معدة للبناء، أم أنها أرض فضاء، حيث إذا كانت فلاحية فهي تحدد حسب نوع التربة (مسقية، أو غير مسقية، أو جافة)، وحسب تصنيفها (خصبة جدا، أو خصبة، أو متوسطة الخصب، أو ضعيفة الخصب)، ونوع المزروعات والأشجار المقامة على سطحها، والظروف المناخية وحالة الصيانة، والتضاريس، ومدى توفر الموارد المائية بها كالأبار، وعتاد السقي من آلات ومحركات ضخ المياه...

وأما إذا كانت أرضا عمرانية(مبنية)، أو قابلة للتعمير بفضل أدوات التعمير، فإن تقييمها يكون حسب وصف الأرض، من حيث الموقع والشكل والمساحة، مبنية أم لا، أم أن جزء منها مبني والباقي غير مبني، حيث يتم في هذه الحالة تقييم الجزء المبني من مجموع الوعاء العقاري ككل، مع مراعاة في هذه الحالة حالة البناية وعدد الطوابق المنجزة وعدد الغرف، ومدى قدمها وحدائتها، ومواد البناء المستعملة وطبيعتها، ومدى تشييدها في ظل احترام قواعد التهيئة والتعمير أم أنها غير مطابقة.

وأما إذا كانت الأرض فضاء فيتم تحديد موقعها وشكلها ومساحتها، والعوائق الطبوغرافية التي بها، كشدة الانحدار، ووقوعها في منطقة انجراف أو زلازل، علما أن كل هذه المعطيات يجب تحديدها بدقة في المحضر النهائي للمحافظ المحقق أثناء عملية التحقيق الجزئي الذي يرفعه إلى الوالي⁽³⁾.

ثانيا-العوامل الاقتصادية :

ويقصد بها مدى ارتباط الأرض المطلوب نزعها بالتطور الاقتصادي الملحوظ في المنطقة، وبحركة النشاط التجاري السائد بها، ومدى وجودها داخل التجمعات الكبرى في المدن أو قربها منها، ومدى اتصالها بشبكة الطرق وتوفر وسائل النقل والمواصلات، مما يرفع من قيمتها السوقية، على خلاف أملاك أخرى مماثلة لحجمها ومساحتها إلا أنها بعيدة ومعزولة، مما يؤثر على قيمتها بالنقصان مقارنة بالأولى.

¹-بوذريعات محمد، نزع الملكية للمنفعة العمومية في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر 2002، ص 52.

²-ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، مجلة مجلس الدولة، العدد 3، الجزائر 2003، ص 21

³- انظر المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186، المرجع السابق

ثالثا-العوامل القانونية :

ويقصد بها احتمالا وجود ارتفاعات، سواء كانت ارتفاعات القانون الخاص، كحق المرور الذي اكتسبه صاحبه بقوة القانون لخدمة العقار المحصور، أو حق المثل⁽¹⁾، أو ارتفاعات القانون العام، كالطرق والشوارع والأرصفة، وقنوات تصريف المياه ونقل الغاز، والأعمدة الكهربائية وغيرها⁽²⁾، لذلك فهي تتمثل في مجمل العوائق القانونية المقيدة لاستعمال العقار المعني، والتي تثقل العقار محل نزاع الملكية يجب مراعاتها في عملية التقييم.

الفرع الثالث : الاستعمال الفعلي للأمالك :

ويقصد به ما كان يستعمل فيه الملك المعني استعمالا حقيقيا وأصليا من قبل الملاك وأصحاب الحقوق العقارية، أو من قبل التجار والصناع والحرفيين، متى كان الملك قيد الاستعمال⁽³⁾، على أن يحدد شكل هذا الاستعمال الفعلي إلى ما كانت تستعمل فيه قبل عام من فتح التحقيق الذي يسبق التصريح بالمنفعة العمومية⁽⁴⁾، بصرف النظر عن صفة المستعمل أو المستغل، سواء كان مالكا، أو مستأجرا، أو منتفعا، فالعبرة بالملك محل التقييم وشكل استعماله الفعلي وليس بصفة مستعمله.

لذلك فإن الاستعمال الفعلي يختلف باختلاف العقار المعني بالنزع، فإذا كان أرضا فلاحية فيجب تحديد بدقة نوع المزروعات المقامة عليها قبل عام من فتح التحقيق، ونوع الأشجار المغروسة وإنتاجها ومحاصيلها، وما إذا كان يستعملها المالك بنفسه أم هي مؤجرة، حيث يدخل في حساب التعويض الربح السنوي من محصول الأرض، أو قيمة الإيجار بصرف النظر عن طبيعته سواء كان عقارا فلاحيا أو بناء معدا للسكن، أو محلا تجاريا، حيث يدخل في هذه الحالة الأخيرة رقم أعمال هذا المحل في تقدير التعويض.

وعليه يتضح أن الاستعمال الفعلي للأمالك المعنية في نظر المشرع الجزائري الذي يؤخذ بعين الاعتبار في عملية التقييم، هو ما كان عليه الملك قبل عام من فتح التحقيق في المنفعة العمومية، وهذا بهدف وضع حد لمحاولة بعض الملاك تغيير وجه استعمال أملاكهم لنشاط آخر يحقق لهم تعويضات أفضل وأرفع ثمنا.

لذا فقد أحسن المشرع ما فعل عندما أخذ بالاستعمال الفعلي للملك قبل عام من فتح التحقيق المسبق في المنفعة العمومية، أي إلى وقت لم يكن يتوقع فيه المالك أن تنزع ملكيته، وشرط أن يكون هذا الاستعمال

¹-انظر المادة 693 وما بعدها من الأمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم

²- انظر المنشور الوزاري المشترك (وزارة الفلاحة والتنمية الريفية - الداخلية - المالية) رقم 07 مؤرخ في 2002/10/30، يتعلق بكيفية تحديد مبلغ تعويض الملاك الأصليين لعدم استرجاع أملاكهم المؤممة والموضوعة تحت حماية.

³- انظر المادة 21 فقرة 3 من القانون رقم 91-11، المرجع السابق

⁴-انظر المادة 32 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186، المرجع السابق

الفعلي مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فلا يمكن التعويض مثلاً على نشاط إنتاج وبيع المخدرات، أو على ممارسات محظورة، أو على محلات لممارسة الدعارة⁽¹⁾.

وبهذا يتضح جلياً عدم أخذ المشرع الجزائري بنية الاستعمال المفترض أو المستقبلي للاحتجاج به أمام القضاء، كأن يصرح المعني بأنه كان ينوي استعمال الملك لغرض تجاري، أو لغرس الأشجار المثمرة، أو لتشييد مصنع أو توسعته لينتج أكثر، لولا نزع الملكية الذي منعه من ذلك.

كما أنه لذات الغرض فقد تم استبعاد أي نوع من أنواع التحسينات التي يجريها الملاك على أملاكهم المطلوبة للنزع، ولا أية معاملة تجارية تمت أو أبرمت قصد الحصول على تعويضات أفضل وأرفع ثمناً⁽²⁾، وهذا على غرار المشرع الفرنسي⁽³⁾، الذي أوجد قرينة بسيطة مفادها أن كل التحسينات التي تمت بعد التحقيق المسبق على التصريح بالرفع العام تهدف إلى الحصول على تعويض أرفع ثمناً، مما يستوجب استبعادها⁽⁴⁾، وهو ما أخذت به معظم التشريعات متى كان الهدف منها الحصول على زيادة في مقدار التعويض⁽⁵⁾، فهو غش ما لم يقدم المعني البيئة والقرائن لنفي نية الغش⁽⁶⁾.

ويقصد بالتحسينات كل العمليات المادية التي يحدثها المالك على ملكيته العقارية، يكون لها تأثير مباشر على هذا الملك فتزيد من قيمته المالية، كإقامة بنايات أو تشييد منشآت، أو كمن يقوم بتحويل أرضه الفلاحية من زراعة الحبوب والأعلاف إلى غرس الأشجار المثمرة وحفر آبار، أو كمن يقوم بتأجير عقاره بعد أن كان يستعمله بنفسه، لذلك فلا عبء بما سيحدثه المالك على ملكه بعد تاريخ فتح التحقيق لأنه يتنافى ومبدأ العدالة والإنصاف لتغليب سوء النية.

غير أنه طالما أن الأمر يتعلق بنية المالك من هذه التحسينات المستحدثة، حيث لا يمكن اعتبار كل ما يحدثه المالك من تحسينات على ملكه يكون بقصد الحصول على تعويض أرفع ثمناً، لذلك فهو يقوم على معيار ذاتي وغير موضوعي، وهنا يكمن الإشكال لعموم النص القانوني في التشريع الجزائري⁽⁷⁾، إذ يجب على القاضي البحث في ما إذا كانت هذه التحسينات بقصد الزيادة في مبلغ التعويض فيتم استبعادها، أم أنها غير مقصودة فيعوض عليها، وهذا خلافاً للأمر السابق رقم 76-48 يتعلق بقواعد نزع الملكية من أجل المنفعة

¹ - عبد الحميد فودة، نزع الملكية للمنفعة العامة، إجراءاته والتعويض عنه والتقاضي بشأنه، دار الكتاب القانونية، مؤسسة الأهرام للنشر والتوزيع، القاهرة، 1992، ص 163.

² - انظر المادة 21 فقرة 4 من القانون رقم 91-11، المرجع السابق

³ - J- P GILLI ,La consistance des biens à exproprié , A J P, 1971, p 565

⁴ - YVES Gaude ment, droit administratif des biens, LGDI éditions, Paris, 2014, p 465

⁵ - J- P GILLI ,op-cit,p567

⁶ - عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 159.

⁷ - انظر نص المادة 21 فقرة 4 من القانون رقم 91-11، المرجع السابق، جاء فيها: " غير أنه لا تدخل في الحسبان التحسينات من أي نوع، ولا أية معاملة تجارية تمت أو أبرمت قصد الحصول على تعويض أرفع ثمناً".

العمومية الملغى⁽¹⁾، والذي كان أكثر دقة وتفصيلا سواء فيما يتعلق بضبطه للتواريخ التي تؤخذ بعين الاعتبار في تقييم الأملاك، أو فيما يتعلق بمشتملات العقار، أو التحسينات المنجزة، أو بالعقود المبرمة. وهذا على غرار التشريع الفرنسي حيث يعتبر التحسينات مهما كان نوعها، ولو تم القيام بها قبل التصريح بالمنفعة العمومية لا تمنح الحق في التعويض، إذا تبين للقاضي أنها تمت لبلوغ هذا الغرض⁽²⁾، فأوجد بذلك قرينة بسيطة مفادها أن كل من قام بالتحسينات بعد فتح التحقيق تهدف إلى الحصول على تعويض أرفع مما يجب استبعادها.

الفرع الثالث : تاريخ تقدير قيمة التعويض :

حدد المشرع الجزائري تاريخ تقدير قيمة الممتلكات والحقوق المطلوب نزعها، وذلك بموجب المادة 21 فقرة 3 من القانون رقم 91-11 جاء فيها: " تقدر هذه القيمة الحقيقية في اليوم الذي تقوم فيه مصلحة الأملاك الوطنية بالتقييم"، وبموجب المادة 32 فقرة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 جاء فيها: " تقدر هذه القيمة الحقيقية على ما هي عليه يوم إجراء التقييم من قبل مصالح الأملاك الوطنية".

وعليه يتضح أن تقدير قيمة الممتلكات والحقوق العقارية المطلوب نزعها في التشريع الجزائري، يكون بالأسعار الحقيقية المتداولة في السوق العقاري، يوم إجراء التقييم من طرف مصلحة "التقييمات والخبرات العقارية" بمديرية أملاك الدولة المختصة إقليميا، غير أن الإشكال يكمن في حالة رفض التعويض المقترح ورفع القضية للقضاء المختص⁽³⁾، فإن القاضي الإداري يقوم بتعيين خبير لإعادة تقييم الأملاك لكن بأسعار يوم إجراء التقييم

¹ - انظر المادة 25 من الأمر رقم 76-48 مؤرخ في 15 مايو 1976 يتعلق بقواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج رعدد 44، الصادر في 01 يونيو 1976 ملغى، جاء نصها: " يجب أن يكون مبلغ التعويضات الخاصة بالاستملاك عادلا ومحددا بإصاف، ويجري تحديده بناء على قيمة الأملاك الحقيقية والنانجة من مشتملاتها والاستعمال الفعلي للأراضي في التواريخ المحددة بعده.

1- تقدر مشتملات الأملاك بتاريخ نقل الملكية. بيد أن جميع أنواع التحسينات كالبناءات والأغراس والإنشاءات المختلفة ومكتسبات البضائع والتي ألحقت بالعقار أو الصناعة أو المتجر، لا يترتب عنها أي تعويض، وذلك إذا ظهر أنها كانت تمت نظرا للوقت أو أي ظروف أخرى، بهدف الحصول على تعويض زائد. فتعد التحسينات الحاصلة بعد فتح التحقيق متممة لهذا الهدف، فلا تراعى التعديلات اللاحقة بالأملاك من طرف من قام بالمصادرة.

2- أن الاستعمال الحقيقي للأراضي الواجب أخذها بعين الاعتبار هو الاستعمال الحاصل قبل عام واحد من فتح التحقيق السابق للتصريح بالمنفعة العمومية.

وإذا كان سبق أن نشر مخطط توجيهي للعمران منذ ما يزيد عن عام واحد ومنذ أقل من خمسة أعوام من تاريخ فتح هذا التحقيق، فالاستعمال الواجب أخذه بعين الاعتبار هو على كل الاستعمال الحاصل قبل عام واحد من هذا النشر، إلا إذا سبق أن حدد تاريخ أقرب بمراعاة ذلك من طرف السلطة المختصة التي تفصل بهذا الشأن بالنسبة لمنطقة ما أولصنف خاص من الأشغال.

3- تقدر قيمة الأملاك، مع مراعاة الأحكام السابقة يوم صدور المقرر الذي يتضمن تحديد التعويض.

ولا تؤخذ بعين الاعتبار، في مجال تقدير قيمة الأملاك، العقود الظاهرة ضمن الشروط المحددة في الفقرة الأولى أعلاه، والمبرمة بهدف الحصول على تعويض أعلى، ولا الارتفاع الحاصل بواسطة إعلان الأشغال، حتى ولو كان هذا الارتفاع ثابتا بعقود بيع....".

² - ANDRE Humant , L'expropriation pour cause d'utilité publique , Libraires technique, Paris 1975

³ - علما أن قانون نزع الملكية رقم 91-11 لا يسمح بإعادة التقييم مرة أخرى من طرف مصالح أملاك الدولة، وإنما نص على حق رفع دعوى قضائية في خلال شهر من تبليغ قرار قابلية التنازل لإعادة التقييم، انظر المادة 26 من القانون رقم 91-11.

الإداري تطبيقاً للقانون⁽¹⁾، وبالتالي العودة إلى الأسعار السابقة والتي لا يمكن أن تعكس بأي حال القيمة الحقيقية للأموال المنزوعة في حال طول مدة الفصل في الدعوى⁽²⁾، طالما أن أسعار العقارات في تزايد مستمر، وهو ما لا يكون في صالح المنزوعة ملكيتهم.

المطلب الثاني: معايير تقييم الممتلكات والحقوق العينية المطلوب نزعها:

نص قانون نزع الملكية رقم 91-11 على معايير تقييم موضوعية، وهي تتمثل في معيار القيمة الحقيقية للأموال أي حسب السوق العقاري المحلي الحر (الفرع الأول)، ومعيار القيمة الناجمة عن التصريحات التي يدلي بها المساهمون في الضريبة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: السوق العقاري المحلي كمعيار لتحديد القيمة الحقيقية للأموال المنزوعة:

يعتبر السوق العقاري المحلي الحر أحد أهم المعايير المعتمدة لدى مصالح أملاك الدولة في تقييمها للممتلكات والحقوق العقارية المطلوب نزعها، وذلك بدراسة هذا السوق العقاري من طرف هذه المصالح المعنية بالتقييم، وضبط جميع المعلومات المتحصل عليها من المتعاملين في هذا المجال والمدونة في سجل " فهرس المعاملات العقارية"، يخضع للتحيين (Actualisée) وبصفة منتظمة حسب التطورات الملحوظة في الميدان، والتي هي بصفة عامة في ارتفاع مستمر كل ستة (06) أشهر حتى تكون لها مصداقية⁽³⁾، وبالاعتماد كذلك على نتائج العمل الميداني من أجل إعطاء صورة واضحة ودقيقة في تقرير وصفي للأموال والحقوق العقارية المعنية، وعلى أسس مقارنة صحيحة ومدعمة بحجج موثوق بها وموضوعية يجب تدوينها في تقرير التقييم، حتى لا يمكن الطعن فيها لأنها سوف تكون معبرة عن القيمة الحقيقية للأموال طبقاً للقانون.

وعليه يتعين على مصالح أملاك الدولة دراسة السوق العقاري الحر، وفحصه بدقة للتعرف على حقيقة الأسعار المتداولة في السوق العقارية المحلية، وجمع المعلومات المؤكدة والصحيحة وغير المغلوطة الناتجة عن تحريات مدققة لدى محترفي العقار، ونتائج البيع بالمزاد العلني وغيرها، وبالاستناد أيضاً على المعاملات العقارية المنجزة لدى مكاتب التوثيق على عقارات وحقوق عينية عقارية مشابهة، وهذا بهدف تقييم الأملاك والحقوق المعنية حسب قيمتها السوقية، وبأثمان لا تقل عن القيمة التجارية لهذه الأملاك⁽⁴⁾، كما لو تم البيع بين الخواص، لتمكين المنزوعة ملكيته من اقتناء على الأقل ملك مشابه للذي تم نزعه منه بنفس قيمة التعويض المقبوض⁽⁵⁾.

¹-انظر قرار مجلس الدولة رقم 034671 مؤرخ في 2007/07/11، مجلة مجلس الدولة، عدد 9، الجزائر 2009، ص 86، و قرار رقم 29055 مؤرخ في 2006/07/12، نشرة القضاة، عدد 61، الجزائر 2006، ص 389.

²-يري بعض الأستاذة أنه يجب في حالة طول الفصل في الدعوى القضائية الخاصة بالتعويض، أن يعطى للمالك تعويض عن هذه الماطلة وليس فقط القضاء له بالتعويض عن نزع الملكية، انظر، د/ معاشو عمار، إشكالات التقاضي في النزاع العقاري أمام القضاء الإداري، مجلة المحاماة، العدد 4، تيزي وزو، الجزائر 2006، ص 85.

³- انظر مذكرة رقم 1197 مؤرخة في 09 مارس 1999 تتعلق بتقويم الأملاك العقارية، صادرة عن المديرية العامة لأموال الدولة.

⁴- ليلي طلبية، الملكية العقارية الخاصة، دارهومة للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، الجزائر 2011، ص 69.

⁵- انظر قرار مجلس الدولة رقم 016765 مؤرخ في 2005/07/12، مجلة مجلس الدولة، عدد 7، الجزائر 2005، ص 145.

لذلك يتضح أنه متى وجد المعني نفسه بعد نزع ملكيته، في وضع مالي يسمح له بإمكانية اكتساب على مستوى السوق العقاري الحر، أملاك وحقوق عقارية مماثلة لتلك التي كانت تابعة له، كان التعويض حسب القيمة الحقيقية ويحقق مبدأ العدالة والإنصاف.

الفرع الثاني: معيار القيمة الناجمة عن التصريجات التي يدلي بها المساهمون في الضريبة:

يعتمد العون المكلف بالتقييم لدى مصالح أملاك الدولة، على القيمة الناجمة عن التصريجات التي يدلي بها المساهمون في الضريبة والتي تغدو نهائية لتقدير التعويضات المخصصة للمالكين والصناعيين والحرفيين، وكذا على المعلومات الناتجة عن المعاملات محل تسجيل على مستوى مصالح الضرائب، وهو ما نصت عليه المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 جاء فيها:

" تراعى القيمة الناجمة عن التصريجات التي يدلي بها المساهمون في الضريبة والتقديرات الإدارية التي تغدو نهائية بموجب القوانين الجبائية، وفقا للتنظيم الخاص بالأملاك الوطنية المعمول به، وذلك لتقدير التعويضات المخصصة للمالكين والتجار والصناعيين والحرفيين.

يتعين على الإدارات المالية المختصة أن تقدم لمصالح إدارة الأملاك الوطنية وللوالي جميع المعلومات اللازمة فيما يخص التصريجات والتقديرات الجبائية".

لذلك فإنه يتعين على الجهة القائمة بالتقييم من أجل تقدير التعويضات الممنوحة للمالكين أو التجار أو الصناعيين أو الحرفيين، مراعاة القيمة الناجمة والمصرح بها من طرف المساهمين في الضريبة، أو التصريجات المتممة من المدينين بالضريبة والتقديرات الإدارية التي أصبحت نهائية بموجب القوانين الجبائية، والتي تزودها بها عادة الإدارات المالية المختصة.

كما أنه لكي تعكس القيم المصرح بها القيمة الحقيقية للأملاك لاعتمادها كمعيار لتقدير قيمة الأملاك محل نزع الملكية، يجب الأخذ بعين الاعتبار قيمة المعاملات العقارية المبرمة والمنجزة في ظرف لا يتعدى ثلاثة (03) سنوات ابتداء من تاريخ الإعلان عن المنفعة العمومية، على أن يتم تحيينها عند القيام بتحديد مبالغ التعويض على أساس نسبة 10% لكل سنة⁽¹⁾.

المبحث الثاني: طرق تقييم الأملاك والحقوق العينية العقارية المطلوب نزعها:

ألزم كل من قانون نزع الملكية رقم 91-11، ومرسومه التنفيذي رقم 93-186 المصالح المختصة بالتقييم بوجود ذكر الطرق المعتمدة في حساب التعويض تحت طائلة البطلان، وهذا لإضفاء مبدأ الشفافية على عملية التقييم مهما كانت طبيعة الملك المنزوع، لذلك تحرص هذه المصالح على انتقاء طرق وتقنيات تقييم تكون مدروسة وموضوعة لتحقيق الغرض، وهي تختلف حسب ما إذا كان محل التقييم أراض فلاحية، أو عبارة عن حق عيني عقاري (المطلب الأول)، أو أراض مبنية أو قابلة للبناء (المطلب الثاني)، أو كانت محلات تجارية (المطلب الثالث).

¹-انظر مذكرة رقم 6408 مؤرخة في 15 أكتوبر 2005 تتعلق بتقييمات مديرية أملاك الدولة المعدة في إطار عمليات نزع الملكية، صادرة عن إدارة أملاك الدولة.

المطلب الأول : طرق تقييم الأراضي الفلاحية، والحقوق العينية العقارية :

يتم تقدير قيمة الأراضي الفلاحية أو ذات الطابع الفلاحي من حيث المبدأ بسعر الهكتار الواحد على مجمل الأراضي المعنية باعتبارها أراض فلاحية، حتى وإن لم تكن مستعملة للفلاحة، غير أنه يجب التمييز بين الأراضي الفلاحية العارية (الفرع الأول)، والأراضي الفلاحية المشيّد عليها مبان(الفرع الثاني)، والأراضي الفلاحية المدججة في المحيط العمراني الممنوح عليها حق عيني عقاري (الفرع الثالث).

الفرع الأول : تقييم الأراضي الفلاحية أو ذات الطابع الفلاحي :

يتم تقييم الأراضي الفلاحية⁽¹⁾، باعتبارها أراض غير قابلة للتعمير وهي خارجة عن المحيط العمراني⁽²⁾، بسعر الهكتار الواحد وحسب قيمتها التجارية⁽³⁾، مع الأخذ بعين الاعتبار أثناء التقييم الاستثمارات المنجزة عليها(بئر، مخازن، محاصيل زراعية مختلفة، تجهيزات، أشجار...)، وكذا نوع التربة (خصبة جدا، خصبة، متوسطة الخصب، ضعيفة الخصب)، وحسب مناطق الإمكانات الفلاحية، وأصناف الأراضي (مسقية - غير مسقية - جافة)⁽⁴⁾، أو عن طريق القدرة الإنتاجية للأرض الفلاحية، أو عن طريق الربح بالنسبة للأراضي الفلاحية المؤجرة.

وعليه يتم تقييم هذا النوع من الأراضي بالاعتماد على إحدى الطرق الآتية :

أولا : طريقة المقارنة : وهي تعتمد على مقارنة الأرض المطلوب نزعها بأرض مشابهة لها في الموقع والخصائص، والمساحة والسقي والمزروعات، ونوع التربة...، وذلك بالبحث في فهرس المعاملات المسجلة على مستوى مصالح أملاك الدولة.

ثانيا : طريقة الثمن المتوسط للهكتار : وذلك حسب الخصائص التي تميز الأرض الفلاحية المقصودة بالتقييم عن غيرها من الأراضي، وذلك بالبحث أيضا عن معاملات عقارية تمت على أراض مشابهة لها، حتى يتم حساب السعر المتوسط للهكتار الواحد كمرجع للتقييم.

¹ - عرف المشرع الجزائري الأراضي الفلاحية بموجب المادة 4 من القانون رقم 90-25، مؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 49، الصادر في 18 نوفمبر 1990، معدل ومتمم، جاء نصها: " الأرض الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية في مفهوم هذا القانون هي كل أرض تنتج بتدخل الإنسان سنويا أو خلال عدة سنوات إنتاجا يستهلكه البشر أو الحيوان أو يستهلك في الصناعة استهلاكاً مباشراً أو بعد تحويله".

² - وأما بالنسبة للأراضي الفلاحية أو ذات الطابع الفلاحي، فإنه يتم تقييمها بسعر المتر المربع الواحد إذا كانت داخلية في المحيط العمراني بفضل أدوات التعمير، لكونها أصبحت صالحة للبناء، انظر مذكرة رقم 6408، المرجع السابق، ومذكرة رقم 3523 مؤرخة في 02 أبريل 2014 تتعلق بتقييم الأملاك والحقوق العقارية في إطار نزع الملكية، صادرة عن إدارة أملاك الدولة.

³ - انظر منشور وزاري مشترك (داخلية - مالية - فلاحة) رقم 80 مؤرخ في 24 فيفري 1996 يحدد كيفيات تحديد القيمة التجارية للأراضي الفلاحية غير المسترجعة في إطار تطبيق أحكام القانون رقم 90-25.

⁴ - انظر المادة 5 من القانون رقم 90-25، والمادتين 80 و 81 من القانون رقم 88-33 مؤرخ في 31 ديسمبر 1988، يتضمن قانون المالية لسنة 1989، ج ر عدد 54، الصادر في 31 ديسمبر 1988.

ثالثا : طريقة الانتاجية : وهي تعتمد على قدرة الأرض الفلاحية المطلوب نزعها للإنتاج، وهو يتفاوت من أرض لأخرى، وذلك باختلاف طبيعة ونوعية الأرض وإمكانياتها الفلاحية⁽¹⁾.

رابعا : التقييم حسب الربح : وهذه الحالة تتعلق فقط بالأراضي الفلاحية المستغلة للتأجير، وذلك عن طريق تقسيم الدخل الصافي على نسبة الرسملة والتي تكون محل تعيين دوري من قبل مصالح أملاك الدولة.

الفرع الثاني : تقييم الأراضي الفلاحية أو ذات الطابع الفلاحي المشيد عليها مبان :

في حالة ما إذا تم تشييد مبان على الأرض الفلاحية أو ذات الطابع الفلاحي المعنية بنزع الملكية، فإنه يجب التمييز في هذه الحالة بين حالتين :

أولا : ما إذا كانت عملية نزع الملكية قد مست الجزء العاري فقط من القطعة الأرضية الفلاحية أو ذات الطابع الفلاحي (عدم وجود بناية)، فإنه يتم تقييمها على أساس أنها أرض فلاحية وبقيمتها الحقيقية العادلة وبسعر الهكتار الواحد، وذلك بسبب موقعها خارج منطقة قابلة للتعمير، فهي تبقى محافظة على طبيعتها الفلاحية بقوة القانون.

ثانيا- وأما إذا كانت عملية نزع الملكية قد مسّت أرضا فلاحية أو ذات طابع فلاحي عليها بنايات على سطحها ذات استعمال سكني، أو مباني لغرض الاستغلال، بمعنى أنها مبان ذات استعمال مختلف، ففي هذه الحالة نتميز أيضا بين عدة حالات :

1- مباني ذات الاستعمال السكني، والتي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار عند تقييمها مساحة وعاء البناية ذات الطابع السكني، ويضاف إليها مساحة وعاء التوابع المختلفة (فناء، ومرآب، مستودع، حظيرة للمواشي... وغيرها من اللواحق الأخرى)، على أن تتناسب المساحة الإجمالية للقطعة الأرضية المراد تقييمها ضعفين ونصف(2،5) المساحة الإجمالية لوعاء المباني المنجزة.

2- مباني لغرض الاستغلال، والتي يتعين عند تقييم قطعة الأرض من طرف مصالح أملاك الدولة الأخذ بعين الاعتبار مساحة وعاء المباني فقط.

3- مباني ذات استعمال مختلط (سكنات وبنايات أخرى)، ففي هذه الحالة ينبغي الأخذ بعين الاعتبار مساحة وعاء البناية المشيد عليها البناية، ويضاف إليها مساحة الأرضية العارية (غير المبنية) تمثل ضعف ونصف(1،5) مساحة المسكن⁽²⁾.

وعليه لنفرض أن الأمر يتعلق ببناية تتكون من طابق أرضي يستعمل كمستودع ذات مساحة تقدر ب 1.000 م²، وطابق علوي مساحته 200 م² في هذه الحالة، فإن مساحة قطعة الأرض المراد تقييمها المحدد كما يلي:

- مساحة وعاء المبنى (emprise au sol): 1.000 م².

- حساب الملحق الغير المبني: كون أن مساحة المسكن المبنية مدمجة في الوعاء (200 م²)، يتعين الأخذ

بمعامل 5،1 عوض 5،2 أي: 200 م² x 1،5 = 300 م².

¹ - انظر مذكرة رقم 05462 مؤرخة في 05 نوفمبر 1994، تتعلق بكيفية تقويم الأراضي لاسيما الفلاحية منها، صادرة عن المديرية العامة لأملاك الدولة.

² - انظر مذكرة رقم 3523، المرجع السابق

وبالتالي، فإن مساحة الأرض التي ينبغي أخذها بعين الاعتبار تقدر ب 300،1م²، 300،1م² + 300 م²) ويتم تقييمها بالمتري المربع الواحد.

وفي كل الحالات الثلاث (وجود مباني سكنية، ومباني لغرض الاستغلال، ومباني ذات استعمال مختلط)، فإنه يتم تقييم قطعة الأرض بالمتري المربع الواحد حسب مستوى الأسعار الملاحظ في المنطقة محل تواجد الأملاك المعنية.

الفرع الثالث : تقييم الحق العيني العقاري للممنوح على الأراضي الفلاحية المدججة في المحيط العمراني
الحق العيني العقاري هو كل مال عقاري يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار، وهي حقوق قابلة للاكتساب بنفس طرق اكتساب الملكية طبقاً للقواعد العامة⁽¹⁾، لذلك أجاز المشرع الجزائري للإدارة حق نزع ملكيتها⁽²⁾، على غرار المشرع الفرنسي⁽³⁾، وأما المشرع المصري فيعتبرها غير صالحة لنزع الملكية، وأن النزع يؤدي إلى تطهير هذه الحقوق⁽⁴⁾.

غير أنه بالعودة إلى الواقع فلا نجد نزع ملكية الحق العيني العقاري بمفرده دون ملكية الرقبة، إلا فيما يتعلق بالحق العيني العقاري الممنوح على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة في إطار القانون رقم 87-19 سابقاً (حق الانتفاع الدائم)⁽⁵⁾، والذي تم تحويله إلى حق امتياز في إطار القانون الحالي رقم 10-03⁽⁶⁾، حيث يخضع للنزع شأنه شأن حق الملكية تماماً وتطبق عليه الإجراءات المنصوص عليها بموجب قانون نزع الملكية رقم 91-11، ويتحقق هذا في حالة إدماج الأراضي الفلاحية التابعة للدولة في القطاع العمراني بموجب أدوات التعمير المصادق عليها قانوناً⁽⁷⁾، وبشروط وإجراءات نص عليها التنظيم⁽⁸⁾، إما باقتطاع جزء

¹-انظر المواد 684 و 844 وما بعدها من القانون المدني، المرجع السابق

²-انظر المادة 2 فقرة 1 والمادة 3 فقرة 1 من القانون رقم 91-11، المرجع السابق

³-YVES Grandement , droit administratif des biens, LGDI, éditions Paris 2014, p300

⁴-أنور طلبية، نزع الملكية للمنفعة العامة، الأزارطة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر 2006، ص 151.

⁵- قانون رقم 87-19 مؤرخ في 08 ديسمبر 1987 يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر عدد 50، الصادر في 09 ديسمبر 1987 ملغى.

⁶- قانون رقم 10-03 مؤرخ في 15 أوت 2010 يحدد شروط وكيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 46، الصادر في 18 أوت 2010.

⁷-انظر الفقرة 1 و 2 من المادة 53 من القانون رقم 97-02 مؤرخ في 31 ديسمبر 1997 يتضمن قانون المالية لسنة 1998، ج ر عدد 89، الصادر في 31 ديسمبر 1998

⁸- انظر مرسوم تنفيذي رقم 03-313 مؤرخ 16 سبتمبر 2003 يحدد شروط وكيفية استرجاع الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية المدججة في محيط عمراني، ج ر عدد 57، الصادر في 21 سبتمبر 2003.

من أراضي المستثمرة الفلاحية جماعية كانت أو فردية، أو باسترجاعها كلية لاستغلالها لأغراض البناء لإنجاز مشاريع عمومية⁽¹⁾.

حيث يتم في هذه الحالة نزع ملكية الحق العيني العقاري الممنوح للمستثمرين الفلاحيين على أراضي الدولة، مع الاحتفاظ بحق الاسترداد إذا لم يستعمل الوعاء العقاري للمنفعة العمومية، وهذا تطبيقاً لأحكام المادة 53 فقرة 3 من القانون رقم 97-02⁽²⁾ جاء نصها:

"... إذا لم يمارس المنتفع حق الشفعة كما هو منصوص عليه في الفقرة السابقة، أو لم يخصص الوعاء العقاري لإقامة مشاريع ذات المنفعة العامة يستفيد المنتفع من يوم الاسترداد تعويضاً مسبقاً ومنصفاً وعادلاً كما هو الحال في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة".

ويتم تقدير قيمة الحق العيني العقاري للمنتفع في هذه الحالة، بتقييم الوعاء العقاري الفلاحي ككل بسعر الهكتار الواحد باعتبارها أراضٍ فلاحية غير قابلة لتحويلها عن طابعها الفلاحي وحسب قيمتها الحقيقية، ومنه يتم تحديد كل من قيمة الحقوق العينية العقارية، وقيمة الأرض الفلاحية⁽³⁾.

المطلب الثاني: تقييم الأراضي المبنية و المعدة للبناء:

تخضع الأراضي الحضرية لطرق تقييم خاصة بها، غير أنها تختلف باختلاف وضعية هذه الأراضي ما إذا كانت هذه الأراضي مبنية ومشيد عليها بنايات ومنشآت (الفرع الأول)، أو هي عبارة عن أراضٍ معدة لغرض البناء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقييم الأراضي المبنية:

ويقصد بها العقارات المقامة عليها بنايات ومنشآت، وهي تخضع في تقييمها لعدة طرق يختارها العون المكلف بالتقييم على مستوى مصالح أملاك الدولة المختصة إقليمياً، وهي:

أولاً: طريقة المقارنة: وهي الطريقة المعتمدة والأكثر شيوعاً في التقييم، بحيث يتم مقارنة البناء المطلوب نزعه، ببناء آخر مشابه له في الموقع والمساحة والخصائص، مع مراعاة عامل الصيانة وهل البناء حديث أم قديم، حيث يتم التقييم بسعر المتر المربع وحسب القيمة الحقيقية المتداولة في السوق العقاري المحلي الحر.

ثانياً: طريقة حساب التكلفة الإجمالية لإعادة البناء

تقوم هذه الطريقة على تقييم الأرض والبناء منفصلين، حيث يتم تقييم قيمة الأرض بمفردها باعتماد إحدى طرق التقييم المعتمدة في تقييم الأراضي المعلقة للبناء، على أن يتم حذف نسبة شغل الأراضي بالبنية،

¹-انظر التعليمتين الوزارتين الصادرتين عن الوزير الأول رقم 001 مؤرخة في 19 أفريل 2010 تتعلق باسترجاع الأراضي الفلاحية الداخلة في المحيط العمراني لأغراض البناء، ورقم 002 مؤرخة في 12 ماي 2013 تتعلق باقتطاع أراضي فلاحية من أجل تلبية الحاجيات الضرورية المرتبطة بإنجاز مشاريع عمومية للتنمية.

²- انظر القانون رقم 97-02، المرجع السابق

³-انظر مذكرة رقم 6016 مؤرخة في 05/11/2001، تتضمن تحديد قيمة حق الانتفاع الدائم، وقيمة ملكية الرقبة للأراضي التابعة للقطاع العام مستعملة أصلاً كأراضي فلاحية مدمجة في النسيج العمراني، صادرة عن إدارة أملاك الدولة، تحدد التعويض بنسبة 60% للمنتفع، و40% للدولة مالكة الرقبة من مجموع قيمة الأراضي المعنية بالاقتطاع أو الاسترجاع.

وعلى تقييم البناء بالنظر إلى مجمل المصاريف والنفقات المحتملة لإنجاز بناية مماثلة لتلك المطلوب نزعها، وحسب الأسعار المتداولة في السوق العقاري يوم إجراء التقييم، وذلك بالاستعانة بالمصالح المختصة، كمصالح السكن والعمران ومؤسسات البناء وغيرها، مع وجوب مراعاة حالة البناية، لاسيما من حيث عامل الصيانة لإنقاصها من القيمة الحقيقية لإعادة البناء من جديد.

وتجدر الإشارة إلى أن نفقات إعادة البناء يتم حسابها بسعر البيع وقت إجراء التقييم للوصول إلى سعره الحقيقي، والذي يمثل قيمة إعادة البناء من جديد، وليس بأسعار وقت البناء، وللوصول إلى القيمة الحقيقية للبناية محل التقييم يجب الأخذ بعين الاعتبار بسعر بيع البناية والذي يخضع لسعر السوق⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تقييم الأراضي المعدة للبناء:

يتم تقييم الأراضي المعدة للبناء بفضل قواعد وأدوات البناء والتعمير⁽²⁾، من حيث المبدأ بسعر المتر المربع الواحد، وهذا باعتماد إحدى الطرق التقنية للتقييم، وهي تتمثل في:

أولاً: طريقة المقارنة: ومفادها مقارنة العقار محل نزع الملكية بعقار آخر مشابه له في الموقع والمساحة والخصائص، من أجل تحديد سعر المتر المربع الواحد للأراضي المشابهة لها، يعكس القيمة الحقيقية في السوق العقاري المحلي، لاسيما في ظل سوق عقارية حرة ونشطة، بالاعتماد على المعلومات المسجلة في فهرس المعلومات العقارية على مستوى مديرية أملاك الدولة⁽³⁾، يعده مكتب الدراسات والتحليل على مستوى هذه المديرية، يجدد شوكة الأسعار المتداولة في السوق التي يمكن تطبيقها على العقار المطلوب نزع ملكيته.

ثانياً: طريقة التقسيم الطولي للعقار:

تطبق هذه الطريقة على الأراضي ذات الشكل الطولي وغير المستوية، بالاعتماد على السعر المتوسط للمتر المربع بعد دراسة السوق العقاري المحلي، والتأكد من المعلومات المتاحة، حيث يتم تقسيم العقار إلى أجزاء متساوية، لأنه لا يمكن تقييمه بسعر واحد للمتر المربع الواحد على كامل الوعاء العقاري. وذلك كالاتي:

- تقييم الجزء الأول المواجه للطريق أي الواجهة على أساس المقارنة بعقارات مماثلة له وبسعر السوق.
- وأما الجزء الثاني فتحسب قيمته بما يعادل 80% من قيمة الجزء الأول.
- وأما الجزء الثالث فتحسب قيمته بما يعادل 80% من قيمة الجزء الثاني، وهكذا يستمر التخفيض إلى غاية آخر جزء بعيد عن الطريق.

¹ -HIMOUR Mohamed, L'évaluation des biens et droit exproprié, séminaire portant sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, C-N-PII, Rouïba, Alger 1994, p30

² -قانون رقم 90-29 مؤرخ في أول ديسمبر 1990، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر عدد 52، الصادر في 02 ديسمبر 1990، معدل ومتمم

³ -سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دراسة وصفية وتحليلية، دارهومة، الجزائر 2003، ص 95.

المطلب الثالث : تقييم المحلات التجارية :

يقصد بالمحل التجاري القاعدة التجارية، وهي تتميز عن غيرها بكونها تتكون من عناصر مادية، وهي الآلات والمعدات، وأخرى معنوية، وهي العملاء، والزبائن، والاسم التجاري، والعلامة التجارية والحق في التأجير.

ويشمل التعويض في هذه الحالة إعادة التنصيب من نقل وتركيب وتجهيز، غير أنه من بين الإشكالات التي يثيرها إعادة التنصيب من الناحية المادية، هو تجهيز المحل الجديد والذي يختلف من محل لآخر⁽¹⁾.

وعليه يتم تقييم المحلات التجارية إما على أساس رقم الأعمال (أي على أساس النشاط الممارس)، والذي يقوم على العناصر المعنوية، حيث يتم الأخذ برقم الأعمال للسنوات الثلاثة الأخيرة على أساس التصريحات الجبائية بناء على الأرباح المكتسبة، وبناء على تصريحات التجار، وعلى نوع النشاط التجاري محل الممارسة...⁽²⁾.

أو أن يتم التقييم على أساس الأرباح، وذلك عن طريق الأخذ بمحصلة الأرباح المحققة خلال السنوات الثلاثة الأخيرة، بناء على التصريحات المقدمة لإدارة الضرائب، وتصلح هذه الطريقة في التقييم إذا كانت هذه التصريحات ذات مصداقية وشفافة.

خاتمة :

يتضح من خلال هذه الدراسة أن تقدير قيمة الممتلكات والحقوق المطلوب نزعها، من طرف مصالح أملاك الدولة المختصة إقليمياً، يعد من أهم وأصعب المراحل في عملية نزع الملكية للمنفعة العامة، وهذا لصعوبة تقديره حسب القيمة الحقيقية لهذه الأملاك والحقوق، نظراً لتقلبات السوق العقارية المحلية من جهة، وتباطؤ الإدارة من جهة أخرى، ونظراً لاعتماد مصالح التقييم على أسعار معاملات عقارية مبرمة في مكاتب التوثيق، وعلى تصريحات إدارة الضرائب قد لا تعكس الحقيقة من جهة ثالثة، مما يؤثر سلباً على تقدير التعويض المستحق للمنزوعة ملكيتهم، لأنها لا تغطي كل ما لحقهم من ضرر وما فاتهم من كسب، كما أنه في الوقت ذاته لا يجب أن يكون التعويض مبالغاً فيه، حتى لا يضر بالخزينة العمومية.

لذلك فإنه حرصاً على تحقيق التوازن بين المصلحتين، فقد نص المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 91-11، على جملة من القواعد والضوابط يتعين على الإدارة مراعاتها، وهي أن يكون التعويض عادلاً ومنصفاً، ويقدر حسب القيمة الحقيقية للأملاك والحقوق المنزوعة يوم إجراء التقييم، وحسب طبيعة ومشمولات العقار المعني، كما أنه لقطع الطريق على المتحايلين لطلب تعويض أرفع، فقد أخذ بالاستعمال الفعلي للأملاك المعنية قبل عام من فتح التحقيق المسبق في المنفعة العمومية، فضلاً على استبعاده للتحسينات المستحدثة في التقييم بعد هذا التاريخ.

¹-وناس عقيلة، النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2006، ص 98

²-- HIMOUR Mohamed, op-cit, p p 18-30

وهذه الضوابط والقواعد المنصوص عليها تهدف في مجملها إلى الوصول إلى تعويض مناسب ومرض ولا يكون محل نزاع، وأما فيما يتعلق بالطرق والتقنيات المعتمدة في عملية التقييم، فإن قانون نزع الملكية لم ينص عليها، بل هي تخضع للأسعار المتداولة في السوق العقاري المحلي، ولتصريحات المساهمين في الضريبة بالنسبة للملاك والتجار والحرفيين، لذلك فقد ترك الحرية للإدارة لاختيار أنجع الطرق وأفضلها لتقييم الأملاك والحقوق المنزوعة، مع إلزامها بذكر هذه الطرق المعتمدة في التقييم في تقرير التقييم النهائي الذي يرسل إلى الوالي وهذا لإضفاء طابع الشفافية على العملية برمتها.

غير أنه مهما يكن فإن قانون نزع الملكية رقم 91-11 جاء غامضا ومبهما في هذا الجانب، لاسيما أحكام المادة 21 منه، فهي لم توضح بدقة مصطلح الاستعمال الفعلي، ولا مصطلح التحسينات، وكيف يمكن تحديد سوء النية والغش من استحداثها، وهذا خلافا للقانون السابق رقم 74-48 والذي جاء أحكامه مفصلة رغم صدوره في ظل النظام الاشتراكي.

وعليه نقترح ما يلي:

- تحديد وضبط بدقة تواريخ: التحسينات المستحدثة التي تؤخذ بعين الاعتبار في التقييم، وتلك التي يمكن استبعادها- وكذا تاريخ المعاملات التجارية والعقود المبرمة- ومشمطات العقار.
- تقرير تعويض إضافي إذا طالت مدة الفصل في دعوى إعادة التقييم، طالما أن العودة للتقييم بأسعار وقت إجراء التقييم من طرق مصالح أملاك الدولة سوف يكون مجحفا وغير عادل.
- التوصيات: نوصي بتعديل أحكام المادة 21 من قانون نزع الملكية رقم 91-11.

المراجع :

* باللغة العربية :

أولا : الكتب :

- 1- أنور طلبة، نزع الملكية للمنفعة العامة، الأزارطة للنشر والتوزيع، مصر 2006.
 - 2- عبد الحميد فودة، نزع الملكية للمنفعة العامة، إجراءاته والتعويض عنه والتقاضي بشأنه، دار الكتاب القانونية، مؤسسة الأهرام للنشر والتوزيع، القاهرة، 1992.
 - 3- سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2003.
 - 4- ليلي طلبة، الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، الجزائر 2011.
- ثانيا : الرسائل والمذكرات الجامعية :

- 1- لعشاش محمد، الحماية القانونية للملكية العقارية الخاصة في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو 2016.
- 2- بوذريعات محمد، نزع الملكية للمنفعة العمومية في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق ابن عكنون، جامعة الجزائر 2002

3- بعوني خالد، إجراءات تسوية نزاعات التعويض في نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 2003.

4- وناس عقيلة، النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2006

ثالثا: المقالات :

1- ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، مجلة مجلس الدولة، العدد 3، الجزائر 2003، ص ص 13-30.

2- رحمانى أحمد، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 4، العدد 02، الجزائر 1994، ص ص 05-75.

3- معاشو عمار، إشكالات التقاضي في النزاع العقاري أمام القضاء الإداري، مجلة الحاملة، العدد 4، تيزي وزو، الجزائر 2006، ص ص 44-61.

رابعا: النصوص القانونية :

1- النصوص التشريعية :

- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975 معدل ومتمم.

- أمر رقم 76-48 مؤرخ في 15 مايو 1976 يتعلق بقواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 44، الصادر في 01 يوليو 1976 ملغى.

- قانون رقم 87-19 مؤرخ في 08 ديسمبر 1987 يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر عدد 50، الصادر في 09 ديسمبر 1987 ملغى.

- قانون رقم 88-33 مؤرخ في 31 ديسمبر 1988 يتضمن قانون المالية لسنة 1989، ج ر عدد 54، الصادر في 31 ديسمبر 1988.

- قانون رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 49، الصادر في 18 نوفمبر 1990، معدل ومتمم.

- 90-29 مؤرخ في أول ديسمبر 1990، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر عدد 52، الصادر في 02 ديسمبر 1990، معدل ومتمم

- قانون رقم 91-11 مؤرخ في 27 أبريل 1991 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 21، الصادر في 08 مارس 1991 معدل ومتمم.

- قانون رقم 97-02 مؤرخ في 31 ديسمبر 1997 يتضمن قانون المالية لسنة 1998، ج ر عدد 89، الصادر في 31 ديسمبر 1998.

- قانون رقم 10-03 مؤرخ في 15 أوت 2010، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 46، الصادر في 18 أوت 2010.

2- النصوص التنظيمية :

أ- المراسيم التنفيذية :

- مرسوم تنفيذي رقم 93-186 مؤرخ في 27 يوليو 1993 يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991، الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 51، الصادر في 08 مارس 1993 معدل ومتمم.

- مرسوم تنفيذي رقم 03-313 مؤرخ في 16 سبتمبر 2003، يحدد شروط وكيفيات استرجاع الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية المدججة في محيط عمراني، ج ر عدد 57، الصادر في 21 سبتمبر 2003.

ب- المناشير والتعليمات الوزارية :

- منشور وزاري مشترك (داخلية - مالية - فلاحية) رقم 007 مؤرخ في 11 ماي 1994، يتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية

- منشور وزاري مشترك (داخلية - مالية - فلاحية) رقم 80 مؤرخ في 24 فيفري 1996 يحدد كيفيات تحديد القيمة التجارية للأراضي الفلاحية غير المسترجعة في إطار تطبيق أحكام القانون رقم 90-25.

تعليمات وزارية (الوزير الأول) رقم 001 مؤرخة في 19 أبريل 2010 تتعلق باسترجاع الأراضي الفلاحية الداخلة في المحيط العمراني لأغراض البناء.

- تعليمات وزارية (الوزير الأول) رقم 002 مؤرخة في 12 ماي 2013 تتعلق باقتطاع أراضي فلاحية من أجل تلبية الحاجيات الضرورية المرتبطة بإنجاز مشاريع عمومية للتنمية.

ج- مذكرات الإدارة العامة للأمولاك الوطنية

- مذكرة رقم 05462 مؤرخة في 05 نوفمبر 1994 تتعلق بتقويم الأراضي

- مذكرة رقم 1179 مؤرخة في 09 مارس 1999 تتعلق بتقويم الأملاك العقارية

- مذكرة رقم 6016 مؤرخة في 05 ديسمبر 2001 تتضمن تحديد قيمة حق الانتفاع الدائم، وقيمة ملكية الأراضي التابعة للقطاع العام.

- مذكرة رقم 6408 مؤرخة في 15 أكتوبر 2005 تتعلق بتقييمات مديرية أملاك الدولة المعدلة في إطار عمليات نزع الملكية

- مذكرة رقم 3523 مؤرخة في 02 أبريل 2014 تتعلق بتقييم الأملاك والحقوق العقارية في إطار نزع الملكية.

خامسا : القرارات القضائية لمجلس الدولة :

1- قرار رقم 016765 مؤرخ في 12/07/2005، م م د/ع 7، الجزائر 2005، ص ص 145-148

2- قرار رقم 034671 مؤرخ في 11/07/2007، م م د/ع 9، الجزائر 2009، ص ص 86-89.

3- قرار رقم 29055 مؤرخ في 12/07/2006، نشرة القضاة/ع 61، الجزائر 2006، ص ص 389-

*باللغة الفرنسية :

- 1- AUBY (J-M) et DUCOS Ader, L'expropriation pour cause d'utilité publique , éditions Sirey, Paris 1996
- 2- J -P Gigli, La consistance des biens est exproprié , A-J-P, Paris 1991
- 3- ANDRE Humant , L'expropriation pour cause d'utilité publique , Libraires technique, Paris 1975
- 4- HIMOUR Mohamed, L'évaluation des biens et droit exproprié, séminaire sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, C-N-PII, Rouiba, Alger 1994
- 5- YVES Grandement , droit administratif des biens, LGDI, éditions Paris 2014
- 6- DANIEL Champigny, L'expropriation et la rénovation urbain, Paris 1968

الحكم الذاتي الاقليمي ودوره في المحافظة على وحدة الدولة

(دراسة تحليلية مقارنة لتجربة الحكم الذاتي لإقليم جنوب السودان وإقليم كتالونيا الاسباني)¹



الدكتور: الحسين عثمان الشريف

عبد العزيز، أستاذ مساعد كلية الشريعة والقانون

قسم القانون، جامعة الجوف، المملكة العربية السعودية

الملخص:

تعاني كثيرا من الدول في عصرنا الحاضر من خطر التشطي والتمزيق بسبب وجود اقلية تعيش بداخلها — لها خصائصها العرقية والثقافية واللغوية والدينية الخاصة بها — من الاجحاف بحقوقها وتهميش مشاركتها السياسية وعدم اشراكها في اتخاذ القرار داخل الدولة التي تنتمي اليها . وقفت الدراسة علىاهم تجربتين لدولتين عانت كلاهما من مشكلة التباين والاختلاف بين شعوبها من حيث العرق والثقافة واللغة والدين والاقتصاد وغيرها بل هددت هذه المشكلة وحدة الدولة في كلا منهما، وهما دولة السودان ودولة اسبانيا، حيث طبقت الدولتان نموذج الحكم الذاتي الاقليمي لمعالجة المشكلة، وتوصلت الدراسة الي ان التجربتان كانتا ناجحتان بكل المقاييس في كلا الدولتين، وأدتا الي نوع من الاستقرار السياسي، لكن تدخل السلطة

1 Regional autonomy and its role in maintaining the unity of the state (A comparative analytical study of the autonomy experience for the region of South Sudan and the Spanish region of Catalonia)/ Dr. Elhussein Osman Elsherif Abdelazez Assistant Professor of the College of Sharia and Law - Department of Law - Al-Jouf University - Kingdom of Saudi .Arabia

الحاكمة في السودان ونقضها لاتفاقية الحكم الذاتي لإقليم جنوب السودان أدي الي تأجيج الصراع بين شطري الدولة وعلت الاصوات المنادية بالانفصال ، وقد تحقق لهم ذلك ، وبالمقابل فان دولة اسبانيا تدخلت بقوة للحفاظ على وحدة الدولة حيث منعت اقليم كتالونيا الذي منحتة الحكم الذاتي بموجب دستور 1978م من الانفصال عندما تم الاعلان من قبل برلمان كتالونيا بالاستقلال عن اسبانيا عام 2017م

Abstract :

Many countries today suffer from the risk of fragmentation and disruption due to the presence of minorities living within them - with their own ethnic, cultural, linguistic and religious characteristics - that suffer from prejudice to their rights, marginalization of their political participation and their lack of participation in decision-making within the country to which they belong. The study examined the two most important experiences of two countries that both suffered from the problem of disparity and difference between their peoples in terms of race, culture, language, religion, economy, etc. The study found that the two experiments were successful by all standards in both countries, and they led to a kind of political stability, but the interference of the ruling authority in Sudan and its denial of the autonomy agreement for the southern Sudan region led to fueling the conflict between the two parts of the state and the voices calling for secession were raised, and this was achieved for them. On the other hand, the state of Spain intervened strongly to preserve the unity of the state, as it prevented the Catalan region, which granted it autonomy under the 1978 constitution, from seceding when the unilateral declaration of independence from Spain was made by the Catalan Parliament in 2017.

الكلمات المفتاحية : (الحكم الذاتي الإقليمي - اللامركزية الادارية - الفدرالية - اتفاقية أديس أبابا - مجتمعات الحكم الذاتي).

Key words : (regional autonomy - administrative decentralization - federalism - Addis Ababa Agreement - Autonomous Communities.)

– موضوع البحث وأهميته :

تتناول هذه الدراسة احد اهم النماذج التي تعالج قضايا الهوية والتعدد العرقي والثقافي والديني واللغوي للأقليات داخل الدولة الواحدة وهو نموذج الحكم الذاتي الاقليمي ، حيث تقف الدراسة على مفهوم النموذج في القانون الدولي والدستوري، والتميز بينه وبين النماذج المشابهة كالمركزية الادارية والفدرالية ، ودواعي واساليب تطبيق النموذج ، كما تتناول تجربة تطبيق النموذجان في كل من اقليم جنوب السودان الذي تم منحة الحكم الذاتي الاقليمي بمقتضى اتفاقية اديس ابابا عام 1972م ، واطليم كتالونيا الاسباني الذي منحة دستور اسبانيا لعام 1978م حكماً ذاتياً اقليمياً ، وتعدد الدراسة مقارنة لإبراز مدي نجاح وفشل التجربتان – في الاقليمين – في معالجة تعقيدات مشكلة الهوية بالنسبة لسكانهما والحفاظة على وحدة الدولة ، وتكمن أهمية الدراسة في اعتبار أن نموذج الحكم الذاتي الاقليمي هو من أفضل النماذج التي يمكن أن تعطي دفعة ايجابية للمشاركة السياسية بين كافة مكونات سكان الدولة لأنه يعترف بحق الاختلاف ، وبالتالي يمنح الاقليات حقوقها ، ولكن لا يمكن نجاح النموذج الا إذا كان الوضع السياسي القائم في الدولة ديمقراطياً ، وهو ما نجده في دولة اسبانيا ، حيث نجحت تجربتها بمنح المجموعات المستقلة بداخلها حكماً ذاتياً ، بالرغم من قيام البرلمان الكتالوني بالإعلان عن انفصال اقليم كتالونيا 2017م حيث تصدت اسبانيا بقوة ومنعت انفصال الاقليم ، وعكس ذلك فشلت تجربة الحكم الذاتي الاقليمي في السودان لان الوضع السياسي كان غير ديمقراطي حيث قام النظام الحاكم بإلغاء اتفاقية الحكم الذاتي للاقليم دون مبرر مخالف نصوص الاتفاقية بصورة صارخة الأمر الذي أدي الي انفصال الاقليم مستقبلاً ، بالرغم من أن الإتفاقية صمدت لمدة عشر سنوات عاش الاقليم الجنوبي خلالها نوعاً من الاستقرار والطمأنينة في كافة المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

– أسباب اختيار موضوع البحث :

تتمثل أسباب اختياري لموضوع البحث في : –

- المخاوف و المخاطر التي تحيط ببعض الدول ذات التركيب الاجتماعي والثقافي المعقد تقتضي اماطة اللثام عن تلك المخاوف والمخاطر والبحث عن سبيل لمعالجتها .
- نجاح التجربة الاسبانية في تطبيقها نموذج الحكم الذاتي الإقليمي على المجموعات المستقلة بداخلها ، وفشل النموذج في إقليم جنوب السودان ومن ثم إنفصاله عن الدولة ، دفعني للبحث عن أسباب النجاح وعوامل الفشل في التجربتين .
- ندرة الكتابة في موضوع هذا البحث إن لم تكن معدومة فيما أعلم .

- أهداف البحث :- تتمثل أهداف البحث في :-
- الكشف عن أفضل النماذج التي يمكن بتطبيقها في تلك الدول أن تعالج قضايا الأقليات ذات الخصوصيات الثقافية المتميزة.
 - إبراز العوامل التي أدت إلي نجاح تطبيق نموذج الحكم الذاتي الإقليمي في إقليم كتالونيا الاسباني ، والوقوف على العوامل التي أدت لفشل التجربة في إقليم جنوب السودان
- مشكلة البحث :- تتمثل المشاكل التي يسعى البحث لإيجاد حلول لها في:-
- هل يشكل التنوع الثقافي والتعدد العرقي في حد ذاته خطراً على الاستقرار السياسي للدولة ؟
 - هل تطبيق نموذج الحكم الذاتي يمثل علاجاً ناجحاً وفعالاً لمعالجة تعقيدات الهوية للأقليات داخل الدولة ؟
 - لماذا نجحت تجربة الحكم الذاتي الاقليمي التي قامت اسبانيا بتطبيقها على اقليم كتالونيا ، بينما فشلت التجربة عند تطبيقها على إقليم جنوب السودان ؟
- فرضيات البحث :- تمثل الإجابة على الأسئلة الثلاثة المطروحة كمشكلة للبحث فرضيات يسعى البحث لإختبار مدى صحتها ، وهذه الفرضيات هي :-
- لا يشكل التنوع الثقافي والتعدد العرقي في حد ذاته خطراً على الاستقرار السياسي للدولة ، إلا إذا أصبحت السياسية تستغل وتستخدم لبلوغ غايات وتحقيق أهداف ومارب ذاتية ضيقة تعتمد على العصبية لكسب المزيد من التأييد والقوة ، وتبتعد عن الأهداف والغايات القومية .
 - نعم ثبت أن نموذج الحكم الذاتي الاقليمي أفضل نموذج لمعالجة قضايا التمايز والاختلاف الثقافي بين سكان الدولة والواحدة ، وتعد تجربة الحكم الذاتي الاقليمي التي طبقت على اقليم كتالونياالاسباني مثلاً لذلك .
 - نجحت تجربة الحكم الذاتي الاقليمي في اسبانيا لان اسبانيا يسودها نظاماً ديمقراطياً عريقاً ، كما أن الدستور الاسباني لعام 1978م منح اقليم كتالونيا سلطات واسعة في إدارة شؤونه ، إضافةً إلي حرص الدولة الاسبانية على بقاء الدولة موحدة ، وفشلت تجربة الحكم الذاتي لإقليم جنوب السودان لأن النظام الذي أبرم إتفاقية أديس أبابا لعام 1972م كان نظاماً غير ديمقراطي ، إضافةً إلي تضافر عوامل أخرى منها الوضع الاقتصادي المتردي للإقليم والتباين الصارخ في الثقافات التي تسود الإقليم من جهة ، وسكان الدولة من جهة أخرى .
- منهج البحث: اتبعت في كتابة هذا البحث المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي والمنهج التاريخي المقارن ، حيث قمت بعرض المعلومات وتحليلها ومناقشتها إستناداً على خلفيتها التاريخية ، وقد حاولت جاهداً إستقاء المعلومات من مصادرها الأصلية .

- حدود البحث :-

تقتصر الدراسة على تناول تجربة الحكم الذاتي الإقليمي لجنوب السودان في الفترة ما بين عامي (1972-1982م) وتجربة الحكم الذاتي إقليمي لإقليم كتالونيا التي يمارس الإقليم في ظلها إدارة شؤونه حتى الآن .

- الدراسات السابقة على البحث :-

تناولت معظم الدراسات التي إطلعت عليها موضوعات متناثرة ومبتورة فيما يتعلق بتجربة الحكم الذاتي الإقليمي لإقليم جنوب السودان ' حيث تناولت تلك الدراسات مشكلة التمايز الثقافي في مجمله لدى الدولة السودانية وتطرت لتجربة الحكم الذاتي الإقليمي لجنوب السودان ضمن تلك الدراسات ، بينما تناولت معظم الدراسات المتعلقة بإقليم كتالونيا أسباب ودوافع إنفصال كتالونيا في دراسات عامة تتحدث عن أهمية الاقليم بالنسبة لإسبانيا، ولم أجد دراسة خاصة تقارن بين التجريبتين .

- خطة البحث : - قمت بتقسيم موضوع البحث إلي مقدمة — تناولت فيها: موضوع البحث وأهميته ، وأسباب إختيار موضوع البحث ، وأهداف موضوع البحث ، ومشكلة موضوع البحث ، و فرضيات موضوع البحث ، ومنهج موضوع البحث ، وحدود موضوع البحث — ومبحثين تم تقسيمهما كما يلي :-

المبحث الأول :- مفهوم الحكم الذاتي.

المطلب الأول :- التعريف بالحكم الذاتي في القانون الدولي العام والقانون الدستوري .

الفرع الأول :- التعريف بالحكم الذاتي في القانون الدولي العام :-

الفرع الثاني :- التعريف بالحكم الذاتي في القانون

المطلب الثاني :- التمييز بين نموذج بين الحكم الذاتي الاقليمي ونماذج اللامركزية المشابهة :

الفرع الأول :- التمييز بين نموذج الحكم الذاتي الاقليمي ونموذج اللامركزية الإدارية :-

الفرع الثاني :- الفرق بين نموذج الحكم الذاتي الاقليمي ونموذج والفدرالية

المطلب الثالث : دواعي وأساليب تطبيق الحكم الذاتي الاقليمي :

الفرع الاول :- دواعي تطبيق الحكم الذاتي الاقليمي :-

الفرع الثاني :- أساليب تطبيق الحكم الذاتي الاقليمي :-

المبحث الثاني : - تجربة الحكم الذاتي الاقليمي في جنوب السودان واقليم كتالونيا الاسباني

المطلب الأول :- جنوب السودان: الموقع الجغرافي والتركيبية السكانية

المطلب الثاني :- إتفاقية الحكم الذاتي لجنوب السودان

الفرع الأول :- جنوب السودان قبل إتفاقية الحكم الذاتي الاقليمي :-

الفرع الثاني :- إتفاقية الحكم الذاتي لجنوب السودان

المطلب الثالث :- إقليم كتالونيا: الموقع الجغرافي والتركيبية السكانية والخلفية التاريخية .

المطلب الرابع :- تطبيق الحكم الذاتي لإقليم كتالونيا الإسباني .

المطلب الخامس :- تقييم تجربة الحكم الذاتي الاقليمي في جنوب السودان واقليم كتالونيا الاسباني .

المبحث الأول : - مفهوم الحكم الذاتي :

المطلب الأول : - التعريف بالحكم الذاتي في القانون الدولي العام والقانون الدستوري .

الفرع الأول : - التعريف بالحكم الذاتي في القانون الدولي العام :

إرتبط مفهوم الحكم الذاتي منذ القدم بالفكر السياسي والاجتماعي وقد أدى ذلك إلي غموض وتعقيد في تحديد مفهومه حيث إتسعت مدلولاته وكثرت إستخداماته سياسياً واجتماعياً وقانونياً ، وقد بدأ مفهوم الحكم الذاتي في الظهور بصورة أكثر إرتباطاً من الناحية السياسية بعلاقة الدول المستعمرة بمستعمراتها في منتصف القرن التاسع عشر حتي ما بعد نهاية الحرب العالمية الثانية وظهر منظمة الأمم المتحدة⁽¹⁾ والحكم الذاتي هو ترجمة للفظ الاغريقي (Avcorvouia) وتقابل بالإنجليزية كلمة (Self _ law) أي القانون الذاتي وتذهب موسوعة تراكنايا الايطالية إلي أن مصطلح (Autonomia) يدل على (الاقليم الذي له حكم ذاتي سياسي)⁽²⁾ ويعرف الحكم الذاتي في القانون الدولي العام بأنه (صيغة قانونية لمفهوم سياسي يتضمن منح نوع من الاستقلال الذاتي للأقاليم المستعمرة لأنها أصبحت من الوجهتين السياسية والاقتصادية جديرة بأن تقف وحدها ، مع ممارسة الدولة المستعمرة السيادة عليها)⁽³⁾ ويطلق على الحكم الذاتي بناء على هذا المفهوم (الحكم الذاتي الدولي) حيث ينشأ بوثيقة دولية سواء كانت معاهدة أو إتفاقية يتم إبرامها بواسطة المنظمة الدولية كمنظمة الأمم المتحدة ومن قبلها عصبة الأمم المتحدة⁽⁴⁾.

الفرع الثاني : - التعريف بالحكم الذاتي في القانون الدستوري :

حاول مشرعو الدساتير الوطنية في الدول المختلفة - خاصة الدول التي أسهمت ظروفها التاريخية والسياسية والاجتماعية في وجود قوميات متباينة - للتخفيف من حدة الطابع الاستعماري للحكم الذاتي وذلك بإستنتاج فكرة يرجع أصلها الي مبدأ تقرير المصير ، حيث قاموا بتنظيمها في إطار قانوني و دستوري ليكون أساسا لحل مشكلة القوميات ، حيث ظهرت تطبيقات عديدة و متباينة للحكم الذاتي في كل من العراق وإيطاليا والسودان اسبانيا . وبناء على ذلك تم تعريف الحكم الذاتي في القانون الدستوري بأنه (نظام قانوني وسياسي لا مركزي مبني على أساس الاعتراف لإقليم مميز قومياً أو عرقياً داخل الدولة بالإستقلال في إدارة

¹ علي الجرباوي ، الحكم الذاتي دراسة حول المفهوم والنموذج ، مجلة المستقبل العربي : العدد 478 ص109

² محمد الهماوندي ، الحكم الذاتي والنظم اللامركزية الادارية والسياسية ، دار المستقبل العربي القاهرة ط1 ، 1990م ، ص12

³ د. مصطفى ابوزيد فهيم ، تقييم الادارة المحلية في القانون المقارن ، مجلة العلوم الادارية ، العدد الاول 'السنة الثالثة 1961 ، ص254

⁴ انظر المادتان 73 ، 74 من ميثاق الامم المتحدة) شكلت الجمعية العامة للأمم المتحدة لجنة في عام 1946م وقد تبنت هذه اللجنة معايير عامة لا بد من توافرها في الاقليم حتى ينطبق عليه صفة الحكم الذاتي مثل : ضرورة وجود سلطة تشريعية منتخبة او مشكلة بطريقة قانونية تقوم بسن القوانين ، وضرورة وجود سلطة تنفيذية تحظى بموافقة الشعب ، ووجود سلطة قضائية تقوم بتطبيق القانون مع ضرورة مشاركة السكان في اختيار حكومة الاقليم ، ووجود استقلال ذاتي اقتصادي واجتماعي وثقافي ، وتحقيق المساواة بين مواطني الاقليم في كافة التشريعات انظر: الثقافة/مفهوم-الحكم-

الذاتي-في-القانون-الدولي-والدستوري ، <https://bawaba.khayma.com>

شؤونه تحت إشراف وإدارة السلطة المركزية (ويطلق على الحكم الذاتي بهذا المفهوم (الحكم الذاتي الاقليمي) (1).

المطلب الثاني : التمييز بين نموذج بين الحكم الذاتي الاقليمي ونماذج اللامركزية المشابهة :

الفرع الأول : - التمييز بين نموذج الحكم الذاتي الاقليمي ونموذج اللامركزية الادارية :

يقصد باللامركزية الادارية (توزيع الوظيفة الادارية بين السلطة التنفيذية وهيئات مستقلة إقليمية أو مصلحة مباشرة الوظيفة المسندة إليها تحت رقابة السلطة التنفيذية ووصايتها) (2).

بهذا التعريف يمكن القول بأن اللامركزية الادارية هي إقطاع جزء من الوظيفة الادارية - المختصة بها أصلا الحكومة - إلي هيئات مستقلة إقليمية أو مصلحة مباشرة هذه الوظيفة تحت رقابة ووصاية السلطة التنفيذية .

وبناء على هذا التعريف نجد أن اللامركزية الادارية تقوم على أساسين ، أولهما : تقسيم الدولة إلي أقسام ادارية (أقاليم - مقاطعات - الخ) أو إلي مرافق عامة (مؤسسات أو هيئات عامة) ويعهد إلي كل قسم أو مرفق عام باختصاصات محددة يباشرها أصالةً لأنه يستمدّها من القانون وليس بالتفويض .

وثانيهما : منح الشخصية الاعتبارية لكل قسم إداري أو مرفق عام لكي يكون له إستقلالته وذاتيته (3)

ومن هنا نستطيع القول بأن الفرق بين الحكم الذاتي الاقليمي واللامركزية الادارية يكمن في أن اللامركزية الادارية هي مجرد (تفويض) صلاحيات من المركز إلي جهات أدني منه داخل هيكل هرم السلطة في الدولة ، وهذا يعني أن بإمكان المركز إستعادة تلك السلطات متى شاء ، بينما نموذج الحكم الذاتي يقوم على (نقل) وليس تفويض - سلطات وصلاحيات من السلطة المركزية العليا إلي أقلية أو أقليات ما ، داخل إقليم الدولة تستطيع أن تقرر - بإستقلالية عن تلك السلطة العليا - في شؤون محددة منحت لها من تلك السلطة العليا من أجل تحقيق مصلحة عامة لمن هم تحت نطاق مسؤوليتها . كما أن الحكم الذاتي غالبا ما يتم بالاتفاق بين طرفين متكافئين ، والعلاقة بينهما ليست علاقة تابع ومتبوع كما في اللامركزية الادارية ، وغالبا ما يتم النص على هذا الاتفاق في الدستور أو في تشريع خاص ، وبهذا لا تستطيع الادارة العليا إسترجاع ما تم نقله أو تغيير بنود الاتفاق إلا بعد الاذن المسبق أو التشاور مع الطرف الآخر في الاتفاق ، كما لا يحق للسلطة المركزية التدخل في سلطة الحكم الذاتي إلا بما يحافظ على الأمن القومي للدولة (4).

¹ انظر التعريف - وهو محل دراسة البحث

² دكتور / السيد خليل هيكال ، القانون الاداري السعودي ، دار الزهراء الرياض ط1433، 29 ص

³ نفس المصدر ص30

⁴ علي الجرياي ، الحكم الذاتي دراسة حول المفهوم والنموذج ، مجلة المستقبل العربي : العدد 478 ص 124

الفرع الثاني: - الفرق بين نموذج الحكم الذاتي الاقليمي ونموذج والفدرالية:

يمكن تحديد مفهوم الفدرالية بأنها شكل من أشكال الحكم يقسم الدستور فيه السلطات بين الحكومة المركزية (الفدرالية - الاتحادية) و وحدات حكومية أصغر (أقاليم - ولايات - الخ) ويعتمد كلا من المستويين على الآخر بحيث يتقاسمان الموارد في الدولة . وتعتبر كل ولاية أو إقليم وحدة دستورية لها نظامها الأساسي الذي يحدد سلطتها التنفيذية والتشريعية والقضائية ، كما يحدد الدستور وضع الحكم القائم في تلك الوحدات بحيث لا يمكن تغييره بقرار فردي من الحكومة المركزية .

يهدف النظام الفدرالي إلى إدارة التنوع في مجتمعات شديدة التباين والتعدد الاثني والعرقي والثقافي والديني واللغوي ، وذلك بخلق مستويات عديدة للحكم مع تطبيق نظام ديمقراطي تكون فيه الأقلية أغلبية في مكانها وتحكم نفسها بنفسها.⁽¹⁾

ومن هذا السرد لمفهوم الفدرالية يمكن أن نقرر بأنها تتشابه مع الحكم الذاتي في : أن الوحدات المكونة للدولة في كليهما لا تستطيع الانفصال عن الدولة ، لأن الدستور في كلا النظامين يحافظ على الوحدة الاقليمية للدولة ، ويتشابهان بوجود تقسيم للسلطة على مستويين على الأقل ، مركزي عام ، ووحدات إقليمية أدنى ، كما أن سلطات الأقاليم تقتصر على النطاق الداخلي ولا تمتد إلى الخارج .

ويختلف النموذجان في عدة وجوه :

أولاً : في النموذج الفدرالي يتم تقسيم الدولة جميعها (إما إلى ولايات أو أقاليم أو مقاطعات أو جمهوريات ، الخ...) بينما نموذج الحكم الذاتي الاقليمي لا يعتبر ذلك أمراً واجباً إذ من الممكن منح إقليم واحد أو أقاليم محددة حكماً ذاتياً بينما بقية أجزاء الدولة على حالها .

ثانياً : الفدرالية تعتبر نظام حكم اتحادي قائم على قاعدة التماثل في توزيع السلطة (أي أن كل الوحدات المكونة للاتحاد ترتبط بنفس الإرتباط ، ولها ذات العلاقة القانونية بالحكومة الفدرالية . أما في الحكم الذاتي فان العلاقة بين إقليم الحكم الذاتي والحكومة المركزية هي علاقة خاصة متولدة عن إتفاق محدد ، وقد تختلف علاقة إقليم حكم ذاتي آخر مع هذه الحكومة في نفس الدولة ، أو عن العلاقة التي تربط باقي أقاليم الدولة مع الحكومة المركزية .

الحكم الذاتي الاقليمي يهدف إلى معالجة خصوصية حالة أو حالات بالترتيب المناسب بينما الفدرالية هي تعميم لنموذج واحد بين جميع مكونات الاتحاد .

¹ عبد الجليل الباشا محمد أحمد : جنوب كردفان ما بين مطرقة الفدرالية وسندان الحكم الذاتي ، ورقة علمية قدمت في مؤتمر صيغ الحكم اللامركزي المختلفة قدمت بتاريخ 2019/8/3م

رابعاً: تتمتع الوحدات في النظام الفدرالي بباقي سيادتها الأصلية بعد تنازلها عن الجزء الأكبر منها للحكومة الفدرالية من أجل الانضمام إلي الاتحاد، لذلك فإن موافقة الهيئات التمثيلية الخاصة بهذا الاتحاد تبقى مطلوبة لتعديل الدستور الاتحادي، وهذا الأمر غير مطلوب في نموذج الحكم الذاتي الاقليمي إذ أن الإقليم أو الأقاليم المتمتعة بالحكم الذاتي ليس لها دوراً كبيراً في تعديل الدستور إلا إذا كان التعديل متعلقاً بترتيبات الحكم الذاتي حيث يستوجب منها الموافقة على التعديل

خامساً: في نموذج الفدرالية هنالك مشاركة مقننة لوحدات النظام الفدرالي على مستوى حكومة الاتحادية المركزية من خلال ضمان التمثيل المتساوي لها في السلطة التشريعية على ذلك المستوى، لذلك نجد السلطة التشريعية مقسمة في العادة لمجلسين، أحدهما مخصص للتمثيل المتساوي للوحدات، وبالمقابل لا يوجد تمثيل رسمي لسلطة الحكم الذاتي للاقليم في الحكومة المركزية، وذلك منعاً للازدواج بحيث لا يجوز أن تتخذ قراراتها في إقليمها، وأن تشارك في نفس الوقت في إتخاذ قرارات تتعلق بالآخرين على الصعيد الأعلى الخارج عن نطاق ولايتها⁽¹⁾

المطلب الثالث: دواعي وأساليب تطبيق الحكم الذاتي الاقليمي:

الفرع الأول: - دواعي تطبيق الحكم الذاتي الاقليمي:

تبلورت الدول الأوروبية الحديثة بعد معاهدة وستفاليا عام 1648م على أساس أمة واحدة - بعد أن كانت الدولة - الإمبراطورية متعددة الأعراق والقوميات والحروب الدينية والصراع المير بين سلطة الكنيسة والملوك - ذات إقليم ورعايا حيث إستقر الفكر القومي على مبدئين للدولة الحديثة، أولهما: مشاركة الأفراد بخلفياتهم العرقية والتاريخية ونسيجهم الاجتماعي بأبعاده اللغوية والدينية والتضامنية - بما يشمل ذلك من عادات وتقاليد مشتركة ومشاعر مترابطة - مما يعني تشكيلهم لقومية وأمة واحدة. وثانيهما: من حق كل مجموعة قومية متمثلة بالأمة أن تعبر عن ذاتها وتصون كينونتها في وحدة خاصة بها هي دولتها، وهذا يحافظ على الخصوصية السياسية لكل أمة، وبالتالي يتحقق الاستقرار الدائم والسلم الشامل لكل الدول⁽²⁾ لكن واقع تشكل الدولة الحديثة لم يأتي مطابقاً للتصور المثالي بشأنها إذ لم تنطبق هذه التصورات المأمولة على كثير من الدول حيث أثبتت التجارب العملية أن حقوق الفرد المنتمي للأغلبية أكثر من حقوق الفرد المنتمي للأقلية في الدولة الواحدة، وبالتالي أدى الاجحاف بحقوق الأقلية وتهميشها في الحياة السياسية وتقليص دورها في المشاركة في إتخاذ القرارات إلي إثارة الصراع داخل الدولة، وهذا أحد أهم الأسباب الجوهرية في ظهور الحكم الذاتي الاقليمي، وقد يكون أحد دواعي الحكم الذاتي الاقليمي إختلاف الهوية بين مكونات سكان الدولة الواحدة - سواء كان الإختلاف في اللغة أو الدين أو العرق أو العادات أو التقاليد أو الآلام أو

¹ علي الجرباوي، الحكم الذاتي دراسة حول المفهوم والنموذج، مجلة المستقبل العربي: العدد 478 ص 126 . 127

² علي الجرباوي، الحكم الذاتي دراسة حول المفهوم والنموذج، مجلة المستقبل العربي: العدد 478 ص 114

الآمال أو التاريخ — وهذا ما حدث بالنسبة لمناطق الحكم الذاتي في كل من اسبانيا وايطاليا وجنوب الصين وجنوب السودان والعراق ونظام حكم الإمارات الإسلامية في العصور المختلفة التي مرت بها الدولة الإسلامية⁽¹⁾ وقد يكون من مبررات الحكم الذاتي الاقليمي الموقع الجغرافي و الوضع الاقتصادي للدولة⁽²⁾.

الفرع الثاني : أساليب تطبيق الحكم الذاتي الاقليمي :

ينقسم الحكم الذاتي إلي نوعين أساسيين هما : حكم ذاتي اقليمي (territorial) وحكم ذاتي غير اقليمي (Non territorial) ويميز بين النوعين مكان أفراد الأقلية التي ستمنح الحكم الذاتي ، فإن كانوا منتشرين في جميع بقاع الدولة يعطى الحكم الذاتي غير الاقليمي لهم حيث يتم منحهم حق المحافظة على خصائصهم اللغوية والدينية والثقافية وعاداتهم وتقاليدهم كما يمنحوا حق تطوير هذه الخصائص من خلال مؤسسات خاصة بهم تنشأ لتحقيق هذه المقاصد مثل المدارس والجمعيات ودور العبادة الخاصة ، بالإضافة إلي البرامج الإذاعية والتلفزيونية المتخصصة ويجب على السلطة المركزية أن تعمل على توفير جميع الضمانات والخدمات لهم في أماكن وجودهم . ويعد نظام (الملة) في الدولة العثمانية من أهم الأمثلة على مثل هذا النوع من الحكم الذاتي ، وتم تطبيقه على العديد من البلدان في عصرنا الحالي ، مثل الأردن ولبنان وفلسطين ، وفي أوروبا تم تطبيقه في فنلندا على الأقلية التي تتحدث باللغة السويدية⁽³⁾

أما الحكم الذاتي الاقليمي فيمنح لإقليم محدد يتجمع فيه أفراد الأقلية ويؤلفون فيه الأغلبية دون إجحاف مفترض في بحقوق المواطنين الآخرين أو أفراد هذه الأقلية الذين يعيشون خارجه ، حيث يتمتع جميع الأفراد بالمواطنة المتساوية بغض النظر عن مكان إقامتهم داخل الدولة ، ويضيف الحكم الذاتي على ذلك بأن يجعل حقوق الأقلية متكافئة مع حقوق الأغلبية⁽⁴⁾

وقد تم تطبيق هذا النوع في عصرنا الحالي في كل من جمهورية الصين الشعبية واسبانيا وإقليم جنوب السودان الذي انفصل عن دولة السودان وأصبح دولة مستقلة هي دولة جنوب السودان .

¹ حنان صبيحي حسن ، الاهمية الجيوسراتيجية لإقليم كتالونيا من المنظور الاسباني ، المركز الديمقراطي العربي ، 2020 ص3

² يرجح بعض الفقهاء ان الجهوية في ايطاليا نشأت نتيجة طبيعة ايطاليا الجغرافية حيث تمتد ايطاليا من جبال الالب الي الشاطئ الافريقي مما أدى الي متغيرات ومتناقضات اجتماعية واثنية واختلاف في الماخ والعادات والتقاليد واللغة ، بالإضافة الي ظهور الهوية العميقة في ظروف المعيشة والحالة الاقتصادية التي تفصل بين مناطق الشمال الغنية المزدهرة ومناطق الجنوب الغارقة في الفقر والبؤس والتخلف :محمد اليوسفي ، مدى مساهمة الجهوية السياسية في الحفاظ على وحدة الدولة ، المركز الديمقراطي العربي ، مجلة العلوم السياسية والقانون العدد الثالث 2017 ص8.

³ علي الجرباوي ، الحكم الذاتي دراسة حول المفهوم والنموذج ، مجلة المستقبل العربي ص123

⁴ نفس المصدر ونفس الصفحة

المبحث الثاني: تجربة الحكم الذاتي الاقليمي في جنوب السودان وإقليم كتالونيا الاسباني:

المطلب الأول: - جنوب السودان: الموقع الجغرافي والتركيبية السكانية:

يعتبر السودان أكبر دولة عربية من حيث المساحة وتبلغ مساحته - قبل انفصال الجزء الجنوبي عنه - بمليون ميل مربع، حيث تساوي مساحته ضعف مساحة ألمانيا وفرنسا مجتمعتين وتمثل مساحته أكثر من 22% من مساحة الوطن العربي في إفريقيا وآسيا (وتشغل هذه المساحة الركن الشمالي الشرقي من قارة إفريقيا) ممتدة بين خطي طول 22 و 30 - 38 شرقاً. (1)

أطلق لفظ جنوب السودان على المنطقة المدارية التي تقع بين خطي طول 243 - 45 شرقاً، وخطي عرض 4 - 12 شمالاً، وتغطي مساحة من الأرض تبلغ تسعمائة وخمسون ألف كيلو متر مربع. (2) وقد كان هذا الإقليم جزءاً من دولة السودان قبل انفصاله بإجراء إستفتاء دستوري لشعبه عام 2007م. وفي عام 1898م كان جنوب السودان يشمل عدداً من المديريات وهي (منقلا، بحر الغزال، فشوده) وقد تغير إسم فشوده إلي أعالي النيل ثم تغير إسم منقلا إلي الاستوائية، كما تم دمج بحر الغزال والاستوائية في مديرية واحدة تحت إسم مديرية الاستوائية في عام 1902م وفي عام 1948م انفصلت بحر الغزال عن الاستوائية وأصبحت مديرية قائمة بذاتها، ومن ثم أصبح جنوب السودان يشمل ثلاث مديريات وهي: (مديرية أعالي النيل وعاصمتها ملكال، مديرية بحر الغزال وعاصمتها واو، ومديرية الاستوائية وعاصمتها جوبا) (3)

أما من حيث التركيبة السكانية فتسكن جنوب السودان عدة قبائل، حاول البعض حصرها في قبائل (الأشولي، الأجا، الأنوك، الأبوكايا، الباي، بالباندا، الباكا، الباريا، البلاناديور، البلاناديري، البيلي، البونقو، البورون الديدينقا، الدينكا، الدنقتونو، الفروقي، النبايا، القولو، الاندري، الجورمودو، الكاكو، اللانتو، اللوكوريا، اللونتاريم، اللفيقي، الليقو، اللوبارا، اللولويوه، اللوة، الكوكو، المادي، المونداري، المنقايات، المواد، الموروكورو، المورو، المونديو، المورلي، الندوقو، النجالقولي، النيبارا، النيقو، النوير، القوجولو، القاري، الاتوة، النياموس، الشلك، السيري، السوري، التينت، التوري، التبوسا، البولو، الزاندي، اللاتوكا) (4)

ونجد أن معظم أهل الجنوب وثنون حيث تسود المعتقدات الإفريقية من إيمان بأرواح السوالم والسحر والحراب المقدسة والكجور، ويعتبر الإسلام أول دين سماوي يصل إلي هذه القبائل، ولكن قبل إكمال حركة

¹ طلعت رميح، مستقبل السودان، أزمة هوية، أزمة الحكم، أزمة الجنوب، دار جهاد للنشر والتوزيع، 1994م، ص 23

² حذيفة الصديق عمر الامام: التطورات التاريخية لمشكلة جنوب السودان 1821. 1989م مركز محمد عمر بشير للدراسات السودانية، جامعة ام درمان الاهلية ط 1998م ص 9.

³ د. إبراهيم محمد الحاج موسى: التجربة الديمقراطية وتطور نظم الحكم في السودان (رسالة دكتوراة) كلية الحقوق جامعة القاهرة 1970 م ص 581

⁴ قام بحصرهم: جون قاري نوت يوة، في كتابه، العزلة، الوحدة، الانفصال، تأرجح الفكر السياسي في جنوب السودان، الاهلية للنشر والتوزيع، الأردن، 2003م نقلا عن عبد العزيز خالد، جنوب السودان الي اين؟ شركة مطابع العملة السودانية، الخرطوم، ط 2005م ص 25

الإسلام جاء الاستعمار الإنجليزي بالبعثات التنصيرية في الجنوب ومنع دعوة الإسلام وشجع التنصير .⁽¹⁾ ولما كان سكان الجنوب ينحدرون من اصول وجذور متعددة جغرافياً وتاريخياً، فقد أدت هذه الفوارق في السلالات المختلفة بين القبائل إلى إستعمال لغات محلية مختلفة ووجود فوارق في المؤسسات الدينية والسياسية، فإذا كان هنالك بعض اللغات المنطوقة متقاربة فيما بينها فهنالك غيرها منعزلة، والمجموعات اللغوية الرئيسة هي اللغات النيلية واللهجات المتفرعة منها ومن بينها لهجات قبائل (النوير ، والدينكا ، والشلك) ، ومجموعة اللغات البارية مثل (الباري ، واللاتوكا) ، ومجموعة اللغات الديدنجية وتشمل (ديدينقا ، وتبوسا) ومجموعة اللغات المادية وتشمل (مادي ، وموري) وشكل تعدد اللغات عائقاً في التجانس بين القبائل مما أتاح للغة العربية أن تكون لغة تخاطب مشتركة بين القبائل⁽²⁾ ومن هذا المنطلق نجد أن سكان جنوب السودان من حيث التركيب السكاني (الاثني) والديني واللغوي والتاريخي يتميزون بصورة شديدة التعقيد ولا يشكلون قومية واحدة متجانسة مع دولتهم الأم، بل حتى مع بعضهم البعض.

المطلب الثاني :- إتفاقية الحكم الذاتي لجنوب السودان :

الفرع الأول :- جنوب السودان قبل إتفاقية الحكم الذاتي الاقليمي :-

منع المستعمر أبناء جنوب السودان من الإنصهار مع سكان الدولة ، حيث وضع أبناء الجنوب تحت تربية خاصة جعلتهم في نهاية المطاف يجنحون نحو الانفصال ، وأهم ما قام به لتحقيق هذا الغرض هو صدور قانون المناطق المقفلة عام 1922م) حيث أدى تطبيق هذا النظام إلي خلق مناطق يحرم على السودانيون الشماليون والأجانب من دخولها إلا بإذن من المدير .⁽³⁾ ولقد كان للحكومات الوطنية في السودان دوراً بارزاً في تأجيج الصراع في جنوب السودان ، ففي عام 1955م أقدمت الحكومة على فصل نحو ثلاثمائة عامل جنوبي من مشروع الزاندي في الجنوب في وقت حساس للغاية ، كما قامت بإجراء محاكمة عاجلة لأحد البرلمانيين لجنوب السودان وسجنه ، كما قامت بقمع مظاهرات عفوية في مدينة أنذارا قامت لمؤازرته حيث تم قتل ستة من المتظاهرين، وقد خلق اللامبالاة بالطموحات والمظالم الاقليمية موقفاً متفجراً في جنوب السودان⁽⁴⁾

وقد أيد أبناء جنوب السودان – رغم المظالم العديدة – إستقلال السودان بشكل مطلق، على أساس وعد الشماليين بإعطاء الإعتبار الكافي لمطلبهم القاضي بمنح الجنوب حكماً فدرالياً. وقد تفاقمت الأوضاع في ظل الحكم العسكري الأول (1958 – 1964م) حيث قامت حكومة الرئيس إبراهيم عبود ومحامس وإندفاع

¹ د. حسن مكي محمد احمد : المشروع التنصيري في السودان ، نشر المركز الاسلامي الافريقي، شعبة البحوث ، د.ت ، ص 44

² رسالتنا لنيل درجة الدكتوراه : شكل الدولة واثره على الاستقرار السياسي (بالتركيز على الوضع في السودان) دراسة مقارنة ، كلية القانون ، جامعة جوبا ، 2007م ص 254

³ دكتور ابراهيم العدوي ، يقظة السودان ، توحيد الوطن السوداني ، نشر مكتبة الانجلو مصرية ، القاهرة ، ط 2 1979م ، ص 62 وما بعدها

⁴ محمد بشير حامد ، نشر السلطة والتكامل القومي في جنوب السودان ، السياسة الدولية القاهرة ، العدد 91 يناير 1988 ، نقلا عن طلعت ربيع (مصدر

منقطع النظر - لخلق سودان موحد - بطرد المبشرين الأجانب من الجنوب ، وبررت ذلك بأن هذه البعثات التنصيرية تقوم بتشجيع السياسات الهادفة لانفصال المديريات الجنوبية مما يعرض وحدة وأمن البلاد للخطر ، وحاولت الحكومة إزالة خصوصية الجنوب المتمثلة في اللغة والدين والثقافة ، وإستعملت الحكومة القمع مما أدى الي هجر الكثير من أبناء الجنوب المستنيرين الوطن إلي الأقطار الإفريقية المجاورة ، وأسسوا تنظيمات سياسية مستقلة ، ونجحوا في تلقي الإعانات المادية من الإرساليات التبشيرية وأخذوا يدعون إلي انفصال المديريات الجنوبية عن الشمال ، وتأسيس دولة مستقلة (1) وفي عام 1969م تقلد الحكم القائد العسكري جعفر محمد نميري ، وقد أدرك أن أبرز أسباب إنهاء حكومة الرئيس إبراهيم عبود هو دخوله في مواجهة مسلحة مع التمرد في الجنوب ، ومن ثم عمل على إيجاد حل للمشكلة فقام بعقد إتفاقية أديس أبابا عام 1972م ، وقد كانت عملاً صائباً ، حيث حققت إستقراراً سياسياً وأمناً لمدة عشر سنوات ، ولكن بالرغم من ذلك يظل نظام الرئيس العسكري جعفر نميري مسؤولاً عن إنهاء الإتفاقية وتأجيج الصراع مرة أخرى بقيامه بإلغاء إتفاقية الحكم الذاتي ، وتقسيم الجنوب إلي ثلاثة أقاليم رغم أن الاتفاقية لم تتطرق إلي هذا التقسيم ، وقد مثلت هذه الإجراءات أخطر إنقلاب على السلم والطمأنينة التي عاشها الإقليم .

الفرع الثاني : - إتفاقية الحكم الذاتي لجنوب السودان :

تكونت إتفاقية أديس أبابا من ثلاثة أجزاء فقد مثل الجزء الأول قانون الحكم الذاتي للإقليم الجنوبي وقد تمت إجازته بواسطة الحكومة السودانية في 3 مارس 1972م ، وقد إشتمل هذا القانون على ملحقين أحدهما تناول الحقوق الأساسية والحريات والثاني تناول بنود الإيرادات - أما الجزء الثاني من الإتفاقية فقد إشتمل على إتفاق بشأن وقف إطلاق النار ، بينما إشتمل الجزء الثالث على أربع بروتوكولات تتعلق بالتنظيمات المؤقتة ، الأول تناول التدابير الإدارية المؤقتة ، والثاني تعلق بقوات الشعب المسلحة في الإقليم الجنوبي ، والثالث عن العفو العام والترتيبات القضائية ، والرابع عن إعادة التوطين (2).

عرف قانون الحكم الذاتي (الإقليم الجنوبي بأنه يتكون من مديريات جنوب السودان الثلاثة (أعالي النيل ، بحر الغزال ، الاستوائية) بمحدودها القائمة في اليوم الأول من يناير عام 1956م ، وأي مناطق أخرى كانت جغرافياً وثقافياً جزءاً من الكيان الجنوبي على نحو ما قد يتقرر عن طريق الإستفتاء .أشار القانون إلي أن الإقليم الجنوبي يتمتع بحق الحكم الذاتي داخل نطاق السودان الموحد ، وتكون له أجهزة تشريعية وتنفيذية تمارس السلطات والاختصاصات المضمنة في القانون .

¹ عادل أحمد موسي : ظاهرة عدم استقرار النظام السياسي في السودان (1996.1956م) رسالة ماجستير جامعة الخرطوم ، كلية الدراسات الاقتصادية والاجتماعية ، شعبة العلوم الاجتماعية 1998م ، ص 127

² لماذا وكيف وصلت قضية جنوب السودان إلى حق تقرير المصير؟ (5/4): تعقيب على د. عبد الله علي إبراهيم .. بقلم: د. سلمان محمد أحمد سلمان

نص القانون على أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية للسودان ، واللغة الانجليزية لغة رئيسة لإقليم جنوب السودان ، وذلك مع عدم إستخدام لغة أو لغات أخرى قد تخدم ضرورة عملية في الإقليم ، كما أكد على حق الأقليات في إستعمال لغاتها وتطوير ثقافتها وعاداتها .أنشأ القانون مجلس الشعب الاقليمي ، والذي يتم إنتخابه عن طريق الاختراع السري المباشر ، ومنحه كامل السلطات بشأن التشريع في المسائل المحلية لحفظ النظام العام والأمن الداخلي في الاقليم الجنوبي ، وكذلك في المجالات الاقتصادية والثقافية والاجتماعية .أنشأ القانون المجلس التنفيذي العالي وأسند إليه السلطات التنفيذية التي يمارسها نيابة عن رئيس الجمهورية أوضح القانون أن إختيار رئيس المجلس التنفيذي العالي وعزله يتم بواسطة رئيس الجمهورية بناء على توصية مجلس الشعب الاقليمي .أشار القانون إلي حق مجلس الشعب الاقليمي أن يطلب بأغلبية ثلاثة أرباع أعضائه ، ولأسباب محددة تتعلق بالمصلحة العامة من رئيس الجمهورية إعفاء رئيس المجلس التنفيذي العالي ، ويتعين على الرئيس الموافقة على الطلب ، وأوضحت المادة الأخيرة من القانون أنه (لايجوز تعديل الإتفاقية إلا بأغلبية ثلاثة أرباع مجلس الشعب القومي ، وموافقة ثلثي مواطني إقليم جنوب السودان في إستفتاء عام يجري في مديريات الجنوب الثلاث .تضمن القانون ملحقاً عن الحقوق والحريات الأساسية أوضح فيه أن السودانيون يتمتعون بنفس الحقوق والواجبات والمساواة أمام القانون بغض النظر عن العرق أو الموطن أو اللغة أو الدين ، وأن لكلالمواطنين الحق في حرية الدين والفكر ، ولهم الحق في ممارسة شعائرهم الدينية في العلن ، وإنشاء المؤسسات الدينية وفقاً للقانون ⁽¹⁾ تلك كانت أهم بنود إتفاقية الحكم الذاتي لإقليم جنوب السودان ، ويمكن القول بأن الإتفاقية حافظت على وحدة التراب السوداني مع منح أبناء جنوب السودان حقوقهم المشروعة وفقاًلخصائصهم المتميزة والمتباينة مع باقي سكان الدولة السودانية ، فقد تم الإعتراف ولأول مرة بالتميز العرقي والديني واللغوي والثقافي بين شعبي السودان .ومنحت سلطة الحكم الذاتي أجهزة حيوية وفعالة لإدارة الإقليم ، وتم تحديد علاقة المركز بسلطة الحكم الذاتي بصورة صريحة وواضحة ، وقد كانت من نتائج هذه الإتفاقية :

1/ حصول الإقليم الجنوبي على الحكم الذاتي الاقليمي الذي أتاح له إدارة شؤونه بنفسه بحرية تامة عدا ما هو موكول للمركز مثل الميزانية العامة ، والسياسة الخارجية ، وطبع وصك العملة ، والنقل الجوي والبحري ، والمواصلات ، والجمارك ، والتجارة الخارجية ، والجوازات والجنسية ، ، تخطيط التنمية الاقتصادية والاجتماعية والتعليم . بالإضافة إلي الترتيبات الأمنية والعسكرية ⁽²⁾

¹ نفس المصدر ونفس الموقع على الشبكة العنكبوتية

² جنوب السودان : المشكلة والحل ، معالم إتفاقية الحكم الذاتي ، الاستاذ محمود محمد طه ، كتاب لا اله الا الله

، ورغم أن الإتفاقية صمدت لمدة عشر سنوات عاش الإقليم الجنوبي خلالها نوعاً من الإستقرار، إلا أنها واجهت العديد من المشاكل والعقبات في التطبيق بعضها متعلق بالترتيبات العسكرية والأمنية⁽¹⁾ والبعض الآخر نتج عن شكوك الجنوبيون في المشاريع التنموية التي أرادت الحكومة المركزية تنفيذها بالإقليم ، فعندما قررت الحكومة المركزية الإستفادة من المياه التي تضيع في منطقة المستنقعات بالجنوب ، من خلال حفر قناة في منطقة (جونقلي) ، قوبل ذلك بالرفض من الجنوبيون واحتجوا بأن ذلك محاولة من الحكومة المركزية ومن مصر لإستنزاف موارد الإقليم الجنوبي المائية ، بالرغم من أن الحكومة السودانية أعلنت بأن الاراضي التي سيتم تجفيفها ستستخدم في إقامة مشاريع يستفيد منها السكان المحليين بالجنوب ، وفي عام 1974م إندلعت مظاهرات طلابية في بعض مدن الجنوب (جوبا ، ملكال ، عندما سرت إشاعات بأن الحكومة المركزية تنوي توطين مليوني مصري في جنوب السودان لإستغلال الأراضي الخصبة في الجنوب ، وبالتالي التأثير على التركيبة الديموغرافية فيه .

وكان لإكتشاف النفط في حقول جنوب السودان — منطقة بانتيو في ولاية الوحدة بأعالي النيل — دوراً بارزاً في إتساع شقة الخلاف بين شطري الدولة إذ ثار خلاف حول قرار بناء مصفاة النفط في مدينة كوستي بالشمال ، عندما طالب الجنوبيون بمجلس الشعب (البرلمان) بأن يكون مقر المصفاة في بانتيو نفسها⁽²⁾ ولكن بالرغم من ذلك يظل قرار الرئيس جعفر نميري بإعادة تقسيم الجنوب إلي ثلاثة أقاليم رغم أن الإتفاقية لم تتطرق إلي هذا التقسيم ، أخطر إنقلاب على السلم والطمأنينة التي عاشها الإقليم . فقد نصت الإتفاقية بصورة واضحة على أن مديريات (بحر الغزال وأعالي النيل والإستوائية) منطقة حكم ذاتي تعرف بالإقليم الجنوبي ، كما نصت على أنه لا يجوز تعديل الإتفاقية إلا بأغلبية ثلاثة أرباع مجلس الشعب ، وموافقة ثلثي مواطني إقليم جنوب السودان في إستفتاء عام يجري في المديريات الجنوبية الثلاثة .

المطلب الثالث : — إقليم كتالونيا : الموقع الجغرافي والتركيبة السكانية والخلفية التاريخية :

تقع إسبانيا في جنوب غرب أوروبا في شبة الجزيرة الإيبيرية أو إبارية، ويحد برها الرئيسي من الجنوب والشرق البحر الأبيض المتوسط بإستثناء الحدود البرية الصغيرة مع إقليم ما وراء البحار البريطاني جبل طارق. وتطل على المحيط الأطلسي من ناحية الغرب والشمال. وتبلغ مساحتها 505 ألف كم مربع ، واللغات المستخدمة هي الإسبانية (القشتالية) والكاتالانية و الفالانسية (إحدى اللهجات الكاتالانية) والغاليسية (نسبة إلى إقليم غاليسيا) والباسكية⁽³⁾ وكتالونيا (بالكتالونية) (Catalunya) بالإسبانية (Cataluña) منطقة تقع في شمال شرق المملكة الإسبانية، وتحدها من الشمال فرنسا وأندورا، ومن الجنوب منطقة بلنسية، ومن الشرق البحر

¹قوبلت عملية دمج مقاتلي (الأنانيا) في القوات المسلحة بمعارضة شديدة من جانب المقاتلين الجنوبيين عام 1975م ، عندما رفض عدد من أفراد (الأنانيا) تنفيذ أوامر نقلهم للشمال وقاموا بإطلاق النار على القوات التي جاءت لتحل محلهم ، وهرب عدد من مقاتلي (الأنانيا) بعد الحادث بأسلحتهم الي الغابات في الجنوب ، وكانوا النواة الاولى التي تشكلت منها حركة التمرد في الحرب الاهلية الثانية

²اتفاقية_أديس_أبابا <https://ar.wikipedia.org/wiki/>

³أسبانيا : بلد الاعراق والقوميات والمهاجرين <https://www.bbc.com/arabic/in-depth-41469991>

الأبيض المتوسط، ومن الغرب منطقة أراغون، وتبلغ مساحة كتالونيا 32.106 كم². واللغة الكتالونية (إسم اللغة الذاتي: Català) هي إحدى اللغات التي تنتمي إلى عائلة اللغات الهندوأوروبية الرومانسية. هي لغة منطقة كتالونيا. وتعتبر الكتالونية هي اللغة الرسمية لهذه المنطقة، بالإضافة إلى اللغة الإسبانية.⁽¹⁾ وتعتبر منطقة كتالونيا ضمن سبعة عشر منطقة إسبانية تتمتع بحكم ذاتي في إسبانيا، وعاصمتها برشلونة، وتنقسم المنطقة إلى أربع مقاطعات هي: برشلونة، جرنندة، ليريدا، وتاراغونا. وتاريخياً، كانت الأراضي المشكلة لإقليم كتالونيا الحالي عبارة عن الجزء الأول الذي إحتله الرومان من إسبانيا وبعد ذلك توالى إنضمامها إلى ممالك وسلطات مختلفة، فبعد سقوط الإمبراطورية الرومانية الغربية أصبحت تلك الأراضي تحت سيطرة مملكة القوط الغربيين. ثم أصبحت جزء من الأندلس الإسلامية بعد سيطرة الموريون عليها في عام 718 ميلادية. وإستطاعت إمبراطورية الفرنجة أن تستولي علي أراضي كتالونيا من جديد بعدما شنت حملات متتالية علي مناطق سيطرة المسلمين، بداية بغزو روسيون في عام 760 ميلادية وإنهاءً بغزو برشلونة في عام 801 ميلادية. وكان هدف تلك الحملات توسيع مناطق السيطرة المسيحية أمام المقاطعات الاسلامية المعروفة بالشعر الاسباني. وبمرور الوقت سيطر المسيحيون علي تلك الأراضي (التي تشكل كتالونيا)، ولا يرجع الفضل في ذلك إلي الفرنجة وزحفهم الاسباني فقط، بل يرجع الفضل أيضا إلي مملكة أراغون. حيث تولت مملكة أراغون حكم هذه الأراضي في ذلك الحين. وساهمت مقاطعة برشلونة في تطوير جيش أراغون وخاصة القوات البحرية. ونتيجة لكونها جزءاً من مملكة أراغون، إزدهرت اللغة الكاتالانية، وزاد إنتشارها جنوباً مع ضم أراضي جديدة لسلطة أراغون مثل (فالنسيا وجزر البليار وسردينيا وصقلية ونابولي وأثينا) وكان حكام برشلونة ممتنين لمملكة أراغون بالوجود الكتالوني في حدودهم. وتمسكت الأقلية الكتالونية بلغتهم وإزدهرت ثقافتهم خلال العصور الوسطى. ودعم زواج فرناندو الثاني ملك أراغون وإيزابيلا الأولى ملكة قشتالة في عام 1469 ميلادية فكرة التاج الإسباني الموحد حيث سقطت في عام 1492م آخر إمارات المسلمين في شبه الجزيرة الإيبيرية وهي إمارة غرناطة. وأعقب بدء الإستعمار الإسباني للأميركتين تحول السلطة السياسة من أراغون إلى قشتالة وإستطاعت مملكة أراغون والمقاطعة الصغيرة المسماة بميناء برشلونة الحفاظ علي قوانينهم الخاصة ولغتهم (اللغة الكتالونية واللغة الأراغونية) لفترة طويلة من الزمن. وظلت كتالونيا مجرد جزء من مملكة أراغون حتى مجيء آل بوربون الجدد، حيث إستطاعوا تأمين عرش إسبانيا خلال حرب الخلافة الإسبانية (1702-1714 ميلادية) وحولوا مقاطعات تاج أراغون السابق إلي مقاطعات تابعة لتاج قشتالة بعد الحرب. وخلال الحرب، دعمت كتالونيا أحد أفراد آل هابسبورغ من الفرع النمساوي (بعد الحث بيمين الولاء لفليب الخامس أول حاكم من بوربون لإسبانيا منذ عام 1702). وبعد إستسلام القوات الكتالونية في 11 من سبتمبر 1714 ميلادية، سن فيليب الخامس مراسيم (نويفا بلانتا) التي حظرت الحقوق الكتالونية ومؤسساتها السياسية بالإضافة إلي دمج إدارة كتالونيا لتصبح جزءاً من تاج قشتالة. وبالرغم من كل هذه الإجراءات، فإن حكم آل

¹اللغة_الكتالونية <https://ar.wikipedia.org/wiki>

بوربون سمح بتطبيق قانون كتالونيا المدني وجرّد ملك إسبانيا الجديد فيليب الخامس سليل آل بربون كل ملوك إسبانيا القديمة من إمتيازاتهم بما في ذلك تاج أراغون وكتالونيا ماعدا منطقة إقليم الباسك. واقتداءً بفرنسا وحد فيليب الخامس نظام الإدارة والتشريع في إسبانيا وقدم للمجتمع القانون (السالي) وأسس الأكاديمية الملكية الاسبانية في عام 1714 وأدى ذلك إلي إنحدار اللغة الكتالونية كلغة أدب أو تعاملات حكومية. وعلي الصعيد الإقتصادي، شهدت كتالونيا نمواً تجارياً في أواخر القرن الثامن عشر عندما أنهى آل بربون إحتكار قشتالة للتجارة مع المستعمرات الاسبانية في أمريكا، وتبع ذلك مرحلة من الإضطراب السياسي والاقتصادي في بدايات القرن التاسع عشر نتيجة لحرب نابولي في إسبانيا اسبانيا ، وفي النصف الأخير من القرن التاسع عشر، أصبحت كتالونيا مركزاً صناعياً مهماً.⁽¹⁾

المطلب الرابع : - تطبيق الحكم الذاتي لإقليم كتالونيا الإسباني :

يصف الفقهاء الاسباني الدولة الاسبانية بأنها (دولة المجموعات المستقلة) واسبانيا دولة ديمقراطية عرفت نمطاً فريداً في ميدان التنظيم الجهوي ، وسبب ذلك النزعة الانفصالية عند بعض الجهات⁽²⁾

وقيام المجموعات المستقلة في اسبانيا يعتبر حقاً دستورياً منحه دستور اسبانيا الصادر عام 1978م للمجموعات الجهوية ، وذات الخصوصية ، حيث نصت المادة الثانية من الدستور (يقوم الدستور الاسباني على وحدة الأمة الاسبانية التي لا تنفصل ، وطن كل الاسبان الذي لا يقبل التجزئة ، ويضمن ويعترف بحق الحكم الذاتي للقوميات والمناطق التي يتكون منها ، ويضمن ويعترف بالتضامن فيما بينها⁽³⁾

وقد إترف الدستور الاسباني بالحق في الحكم الذاتي للمناطق والقوميات التي يتكون منها التراب الاسباني لمواجهة خطر الانفصال حيث توفرت ضمانات دستورية عدة لحماية الحكم الذاتي بالاعتراف بخصوصية تلك المناطق مع تدعيم أواصر الوحدة الوطنية. وقد تم النص على تشكيل المجموعات المستقلة في الباب الثامن (التنظيم الاقليمي للدولة) الفصل الثالث

(مجتمعات الحكم الذاتي) حيث تنص المادة 143 من الدستور على :

1/ يحق للمحافظات المتجاورة التي تتمتع بخصوصيات تاريخية وثقافية واقتصادية مشتركة والجزر والمحافظات التي تشكل كياناً تاريخياً مشتركاً أن تتمتع بالحكم الذاتي وتكون مجتمعات حكم ذاتي في إطار ممارسة حق الحكم الذاتي المنصوص عليه في المادة (2) من الدستور وفقاً لما ينص عليه هذا الباب وطبقاً لما تحدده أنظمتها الأساسية.

¹ تاريخ كتالوني [/https://ar.wikipedia.org/wiki/تاريخ_كتالوني](https://ar.wikipedia.org/wiki/تاريخ_كتالوني)

² محمد بويوش ، قضية الصحراء ومفهوم الاستقلال الذاتي ، مجلة وجهة نظر ، عدد 27 ، مطبعة دار المعارف الجديدة الرباط ، 2005م ، ص 62

³ دستور اسبانيا الصادر عام 1978م شاملا تعديلاته لغاية عام 2011م شبكة الانترنت : الحكم 20%الذاتي/الدستور%120الاسباني.pdf

1/ يؤول إقتراح الشروع في مسار الحكم الذاتي إلي جميع مجالس المحافظات المعنية أو الهيئة المنسقة بين الجزر وكذا الي ثلثي البلديات التي يمثل السكان التابعون لها على الأقل أغلبية الناخبين بكل محافظة أو جزيرة ، ويجب إستيفاء هذه الشروط في أجل ستة أشهر إبتداءً من أول إتفاق بهذا الخصوص تتوصل إليه إحدى المؤسسات المحلية المعنية

2/ إذا لم تحظى المبادرة بالقبول لا يمكن إعادة تقديمها إلا بعد مرور خمسة سنوات .

وتنص المادة 144 من الدستور على الأتي : يمكن للبرلمان بواسطة قانون ولأسباب تخص المصلحة الوطنية أن :

أ - يسمح بإنشاء مجتمع حكم ذاتي إذا كان نطاقه لا يتجاوز مساحة محافظة ولا ينطبق عليه الشروط المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 143

ب - يسمح أو يوافق حسب الحالة على نظام الحكم الذاتي لأجزاء إقليمية لا تدخل في تنظيم المحافظات.

ج - يستبدل مبادرة المؤسسات المحلية التي تنص عليها الفقرة 2 من المادة 143 (1)

وبإستقراء نصوص المادتين (143، 144) من الدستور يمكن أن نخلص إلي أن المجموعات المستقلة في اسبانيا تتشكل من :

أ - الأقاليم المتجاورة ذات الخصائص التاريخية والثقافية والاقتصادية المشتركة.

ب - أقاليم الجذر أو الأقاليم الجذرية.

ج - الأقاليم بهوية جهوية تاريخية أو الجهات المكونة من إقليم واحد.

د - المقاطعات التي مجالها الترابي لا يتجاوز إقليم واحد وتعوزها الهوية الجهوية التاريخية.

هـ - المقاطعات غير المندجة في التنظيم الاقليمي.

وقد منح الدستور الاسباني هذه المجموعات المستقلة حق تكوين مجالس محلية تتولى مباشرة الاختصاصات الموكولة إليها دستورياً ومن أهم هذه المجالس (البرلمان الجهوي ، الحكومة الجهوية ، ورئيس الحكومة الجهوية ، ومجلس أعلى للقضاء (2).

¹ دستور اسبانيا الصادر عام 1978م شاملا تعديلاته لغاية عام 2011م نفس المصدر ص 30

² محمد بوبوش ، قضية الصحراء ومفهوم الاستقلال الذاتي ، مجلة وجهة نظر ، مصدر سابق ص 63

كما حدد الدستور السلطات المخولة لمجتمعات الحكم الذاتي، والسلطات التي تنفرد بها الدولة.⁽¹⁾

ونستطيع القول بأن النموذج الاسباني يمثل تجربة يحتذى بها لمعالجة قضايا التباين والتمايز الاثني واللغوي والديني والثقافي في الدول التي تعاني من ذلك إذ حققت اسبانيا بهذا النموذج طفرة كبيرة في المجال السياسي والاجتماعي والاقتصادي مع المحافظة على توحيد الوطن الاسباني.

وفما يتعلق بالحكم الذاتي لإقليم كتالونيا نجد أن هذا الإقليم حصل على الحكم الذاتي لأول مرة عام 1931م، حيث تميزت هذه الفترة بإضطرابات وأحداث سياسية حادة – ليس على مستوى اسبانيا بل على الصعيد الأوروبي في مجمله – وهي الفترة التي سبقت قيام الحرب العالمية الثانية عندما قام الجنرال (فرانشيسكو فرانكو) بإنقلابه العسكري على السلطة الحاكمة آنذاك عام 1936م حين بدأت الحرب الأهلية الاسبانية والتي إستمرت ثلاث سنوات وإنتهت بانتصار فرانكو على كل معارضيه وإنفراجه بحكم اسبانيا حكماً ديكتاتورياً بمساعدة ودعم كل من هتلر وموسوليني، قام بعدها فرانكو بإلغاء الحكم الذاتي في كتالونيا منذ لحظة وصوله للحكم حتى وفاته 1975م، قمع فرانكو كل الأنشطة العامة المرتبطة بالقومية الكتالونية مثل:

– نشر الكتب المرتبطة بالمجال السياسي والثقافي، ومنع مناقشتها في جلسات مفتوحة.

– حظر استخدام اللغة الكتالونية في المؤسسات العامة للحكومة.

– منع رفع وإستخدام العلم الخاص بكتالونيا.

– قام بإلغاء النشيد الوطني الكتالوني.

وإستمر الكتالان في نضالهم ضد فرانكو حتى إستردت المقاطعة حكمها الذاتي بعد وفاة فرانكو⁽²⁾ وقد نظم دستور اسبانيا الصادر عام 1978م نظام الحكم الذاتي في كتالونيا على النحو الآتي:

يعتبر (رئيس حكومة كاتالونيا أو رئيس كتالونيا العام) أعلى منصب تمثيل (لمجلس كتالونيا العام) والممثل الرسمي للدولة في منطقة كاتالونيا ذاتية الحكم. كما يعتبر رئيساً للحكومة المحلية. ويتم إختياره من قبل البرلمان المستقل من بين نوابه ويعينه الملك.

¹ بينت المادة (148) من الدستور الاسباني (22) سلطة تمارسها مجتمعات الحكم الذاتي، كما حددت المادة (149) من الدستور، 31 سلطة تنفرد بها الحكومة المركزية وقد منحت الفقرة الثالثة من ذات المادة مجتمعات الحكم الذاتي ممارسة أي صلاحيات لم يخولها الدستور للدولة صراحة، كما اسند الدستور الاختصاصات بشأن المجالات التي لم تشملها أنظمة الحكم الذاتي الخاصة بمجتمعات الحكم الذاتي الي للدولة دستور اسبانيا الصادر عام 1978م شاملا تعديلاته لغاية عام 2011م شبكة الانترنت: الحكم%20الذاتي/الدستور%20الاسباني.pdf C:/Users/HP/Desktop ص34

² خوالد صونية: الفدرالية اللاتمائية في النظم السياسية. اسبانيا نموذجاً. مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2018م ص76، 77.

و له سلطة الدعوة إلى إنتخابات برلمان كاتالونيا. بصفته الممثل الرسمي للدولة الاسبانية في كاتالونيا، وتقع على عاتقه مسؤولية إصدار قوانين كاتالونيا بإسم الملك ، ويأمر بنشرها والامتثال لها، فضلاً عن الأمر بنشرها في الجريدة الرسمية (1)

وتتكون حكومة الحكم الذاتي من مجلس كاتالونيا التنفيذي والرئيس والبرلمان. ويعتبر مصطلح (جينراليتات) مصطلحاً ذو معنى واسع يقصد به نظام الحكم السياسي الشامل في كاتالونيا بما فيها البلديات الفرعية والمحكم وليس فقط الأجهزة التنفيذية للحكومة ..

حققت المنطقة إنجازات تدريجية للحكم الذاتي منذ 1979. فكاتالونيا تعد ثالث مقاطعة بعد (نافار، والباسك) في مستوى وقوة الحكم الذاتي و لدى (الجينراليتات) سلطات وصلاحيات واسعة وحصرية في أمور مختلفة مثل: الثقافة والبيئة والاتصالات والنقل والتجارة والسلامة العامة والحكومات المحلية ، والتعليم والصحة والعدالة بينما تشارك صلاحياتها مع الحكومة المركزية في مدريد . .

تعد شركة كاتالونيا أحد أهم الأمثلة لمستوى الحكم الذاتي في الإقليم، والتي تتولى أغلب مهام الشرطة والأمن والتي كان يقوم بها الحرس المدني وهيئة الشرطة الوطنية الاسبانية في الماضي.

معظم مهام نظام العدالة والقضاء تدار بواسطة الجهات القضائية المركزية، ففي اسبانيا نظام قانوني موحد في جميع أنحاء الدولة الاسبانية بإستثناء بعض الأجزاء التي تمس الحقوق المدنية مثل الأسرة والميراث والعقارات، ولدى الحكومة الكتالانية قانون كامل مخصص لتلك الحقوق المدنية التي لديها سلطة مباشرة عليها بدأت في تطبيقه منذ 2003م

يشمل نظام الحكم الذاتي الكتالاني أيضاً هيئة مستقلة عن الجينراليتات الحكومية تعمل كديوان مظالم تعرف باسم Síndic de Greuges ، وتختص بالنظر في المشاكل التي قد تنشأ بين المواطنين والمنظمات من جهة وبين الحكومة والبلديات المحلية من جهة أخرى.(2)

ولكن بالرغم من منح الدستور الاسباني جميع السلطات التي تكفل لإقليم كاتالونيا إدارة شؤونه في الحكم الا أن ذلك لم يمنع الإقليم من المطالبة بالإنفصال عن الدولة (3)

فقد تعرضت كاتالونيا عبر التاريخ للعديد من العمليات التعسفية والاضطهاد من قبل اسبانيا ، ففي سنة 1932 ظهرت الحركة الانفصالية كحركة معارضة للملكية ، وقد نجحت هذه الحركة في تكوين حكومة كاتالونية

¹رئيس حكومة كاتالونيا/ ar.wikipedia.org/wiki/

²مجلس كاتالونيا العام/ ar.wikipedia.org/wiki/

³استفتاء استقلال كاتالونيا 2017 والمعروف في إسبانيا تحت مسمى O-1. هو تقرير مصير إقليم كاتالونيا من خلال إجراء استفتاء بدعوة من الحكومة الإقليمية في كاتالونيا بتاريخ 1 أكتوبر من سنة 2017م عقد الاستفتاء يوم 1 أكتوبر 2017. في ظل مناخ سادته التوتر بشكل كبير، حيث حاولت قوات الأمن الإسبانية إغلاق مراكز الاقتراع. كما أسفرت تدخل قوات الشرطة عن إصابة 844 شخصاً بجروح متفاوتة، نصفهم في مدينة برشلونة فقط. وفي نفس اليوم، صرح راخوي قائلاً «لن يكون هناك أي استفتاء اليوم في كاتالونيا استفتاء استقلال كاتالونيا/ https://ar.wikipedia.org/wiki/

تسمى (الجينيراليتا) ولكن هذه الحكومة تعرضت للإقصاء في عهد الجنرال فرانكو ، ولم يعد تشكيلها إلا في عام 1977م ، وساعد حكم فرانكو على النزعة الانفصالية لشعب كتالونيا (1)

وبالإضافة إلى ذلك فقد إستندت دعوات إنفصال كتالونيا على أسباب ثقافية وإجتماعية وإقتصادية متنوعة ، وتتمثل الأسباب الثقافية في أن الثقافة الكتالونية تختلف تمام عن الثقافة الاسبانية حيث يرى الكتالونيون أنفسهم يميلون أكثر للمنطقة الكتالونية التابعة لفرنسا ، وتركز كتالونيا في تبرير إنفصالها على الجانب الثقافي بإعتباره نقطة أساسية بالنسبة لها ، فاللغة والثقافة هما الأساس الذي تسعى على الحفاظ عليه ، أما الأسباب السياسية فتتمثل في أن جميع مجتمعات الحكم الذاتي غير راضية عن مستوى الحكم الذاتي الذي تملكه ، فمعظم الباحثون يرون أن الكتالونيون يملكون خصائص ومقومات دولة (بما فيها مجموعة بشرية واعية لتشكيل مجتمع تتقاسم ثقافة مشتركة ، تملك أرض ، لديها ماضي مشترك وتطلع واحد هو المطالبة بالحكم الذاتي) (2) ويلعب العامل الاقتصادي دوراً هاماً في المطالبة بالانفصال ، حيث يرى الكتالونيون أن اسبانيا تستغل كتالونيا بشكل كبير من الناحية الاقتصادية ، خاصة فيما يخص الضرائب ، حيث تدفع كتالونيا ضعف ما تتحصل عليه ، بالإضافة إلى مساهمة كتالونيا في تمويل مختلف المناطق ، فأصبحت تعاني من إرتفاع نسبة المديونية وإنتشار الفقر (3)

المطلب الخامس : - تقييم تجربة الحكم الذاتي الاقليمي في جنوب السودان وإقليم كتالونيا الاسباني :

لا أعتقد أن هنالك تشابهاً كبيراً بين إقليم جنوب السودان وإقليم كتالونيا الاسباني من حيث تعقيدات الهوية والانتماء بالنسبة للدولة الأم ، فسكان جنوب السودان يتميزون ويتباينون بصورة صارخة مع بقية سكان الدولة من حيث العرق والدين واللغة والثقافة والتاريخ ، كما أن الإقليم ظل يعاني من الفقر والتهميش لسنوات ، وقد إعترفت العديد من الأنظمة الحاكمة المتعاقبة بالخصائص الثقافية لجنوب السودان ، كما بذلت جهوداً حثيثة للإرتقاء بالجنوب وتضييق فجوة التخلف .

أما إقليم كتالونيا ، فقد يكون التباين في اللغة هو العامل الأقوى لجعل الكتالونيون يشعرون بهوية مختلفة عن باقي أجزاء اسبانيا ، كما أن العامل الاقتصادي يأتي في الترتيب الثاني في تعقيدات الروابط الكتالونية مع الدولة ، حيث يرى الكتالونيون أن اسبانيا تستغل كتالونيا من الناحية الاقتصادية خاصة فيما يخص قضية الضرائب حيث تدفع كتالونيا ضعف ما تتحصل عليه ، كما تساهم في تمويل مختلف المناطق مما أدى إلى إرتفاع المديونية وإنتشار الفقر. ولكن بالرغم من ذلك فإن هنالك إرتباطاً وتقارباً كبيراً بين الإقليم والدولة سوى من

¹ حنان صبيحي حسن عبد الباقي : الأهمية الجيوستراتيجية لإقليم كتالونيا من المنظور الاسباني ، المركز الديمقراطي العربي ، 25 يونيو 2020م ص23، 22.

² أبتسام وسطاني : الحركات الانفصالية في شمال غرب المتوسط ، دراسة حالة إقليم كتالونيا ، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر ، جامعة العربي بن مهيدي ، شعبة العلوم السياسية ، 2016 ص38 وما بعدها

³ نفس المصدر ص40

حيث اللغة نفسها – حيث تصل نسبة الكتالونيون المتحدثون باللغة الإسبانية الي 46 % - أو من حيث التاريخ المشترك والثقافة والعادات والتقاليد والرياضة الخ...⁽¹⁾

كما يبرز الاختلاف بين الإقليمين في الوضع السياسي الذي يسود الدولة ، فقد عاش الإقليم الجنوبي في ظل أوضاع سياسية غير مستقرة حيث كان النظام الشمولي الطاغي متربعا على عرش السلطة لأكثر من ثلاثين عاما⁽²⁾ ذاق فيها شعب الجنوب كافة صنوف التنكيل – عدا سنوات الحكم الذاتي (1972 – 1982م) في ظل الحكم العسكري الثاني فقد إعترف وأقر النظام الحاكم آنذاك بالتنوع الثقافي وعمل على هيكلة النظام الإداري للدولة كي تستجيب لهذا الواقع حيث شهدت تلك الفترة نزعة إقليمية إيجابية تجاه التنمية وتوظيف موارد الإقليم من خلال الجهد وإستثارة الحس الإقليمي تكاملاً مع المسعى القومي للنمو الاقتصادي والاجتماعي⁽³⁾

أما الوضع السياسي بالنسبة لمملكة اسبانيا فهو وضع سياسي مستقر وثابت حيث تعيش الدولة في ديمقراطية فريدة ومتميزة أسسها دستورها الصادر في عام 1978م وتمتع إقليم كتالونيا بنوع من الاستقلال وإدارة شؤونه الذاتية ، وإن كان ماضي سكانه لا يخلو من الاضطهاد والتنكيل خاصة في فترة حكم الدكتاتور فرانكو ، وإذا كان هنالك وجه تشابه بين التجربتين فذلك يتمثل في أن مثقفي إقليم جنوب السودان ظلوا يشعرون على وجه الدوام بأن الشطر الشمالي يستغل موارد إقليمهم ويعمل على إضطهادهم وظلوا ينادون بالانفصال كل ما سنحت لهم الفرصة حتى توج ذلك بانفصالهم عن شطر الدولة وتكوين دولتهم المستقلة ، ولقد لعب التدخل الأجنبي دوراً بارزاً في تأجيج الصراع الجنوبي الشمالي وتغذية النزعة الانفصالية منذ زمن بعيد⁽⁴⁾ وبنفس نظرة مثقفي جنوب السودان ينظر مثقفي وقادة كتالونيا إلي أن هنالك إستنزاف وإستغلال لموارد كتالونيا ، ويذهبون إلي أن كتالونيا تساهم بحوالي 22% من الناتج المحلي لإسبانيا ، كما تصدر مرافئ كتالونيا نحو 25% من صادرات اسبانيا ، كما يشكل إقتصاد كتالونيا خمس الإقتصاد الاسباني، كما يمتاز الإقتصاد الكتالوني بكونه منوعاً وبنيته الإنتاجية أكثر توازناً بالمقارنة مع المناطق الإسبانية الأخرى .⁽⁵⁾ لكن لم تكن هنالك أي تدخلات خارجية فيما يتعلق بعلاقة كتالونيا بإسبانيا ، بل العكس صحيح ، فعندما تم الإعلان

¹ أبتسام وسطاني : الحركات الانفصالية في شمال غرب المتوسط ، دراسة حالة اقليم كتالونيا مصدر سابق ص41

² الحكم العسكري الاول كان بقيادة الفريق عبود (1958.1964) والحكم العسكري الثاني (1969 .1985م) والحكم العسكري الثالث (1989 .2019م)

³ الهادي عبد الصمد (بروفيسور)التنظيم الدستوري وادارة التنوع الثقافي في السودان ، رؤية تأصيلية للتوازن العمراني والسلام الاجتماعي ، مركز الدراسات الاستراتيجية ، الخرطوم ، دار جامعة الخرطوم للطباعة والنشر والتوزيع ، 1998م ص95

⁴ د. ابراهيم أحمد العدوي ، يقظة السودان ، مصدر سابق ص62، وما بعدها ، طلعت رميح ، مستقبل السودان ، مصدر سابق ص 47 وما بعدها

⁵ حنان صبيعي عبد القادر حسن الأهمية الجيوستراتيجية لإقليم كتالونيا من المنظور الاسباني مصدر سابق ص15

الأحادي من جانب البرلمان الكتلوني بإستقلال كتالونيا عن اسبانيا رفضت معظم دول العالم هذه الخطوة ووقفت بصورة قوية وواضحة وصريحة بجانب اسبانيا التي لم تعترف بهذا الإعلان .⁽¹⁾

ونحتم القول بأن تجربة الحكم الذاتي لإقليم جنوب السودان كانت تجربة متقدمة ومتطورة إذ أصبحت المديرية الجنوبية الثلاثة تتمتع بالحكم الذاتي في إطار السودان الموحد ولو قدر لهذه الإتفاقية البقاء مع حسن التطبيق لما انفصل جنوب السودان ، ولكن هكذا دأب كل القادة السياسيين الذين تقلدوا الحكم في السودان بنقض المواثيق والعهود في غطرسة وإستعلاء ، وكان تمزيق إتفاقية أديس أبابا تعبيراً صريحاً برفض الشمال لمطلب الجنوبيين إدارة شؤونهم بأنفسهم من خلال الحكم الذاتي الإقليمي .

يقول دكتور سلمان محمد أحمد سلمان (وتجمعت تلك الإخفاقات الكبيرة والكثيرة من الشمال وأدت إلي رفع سقف مطالب الجنوبيين والمطالبة بتقرير حق المصير)⁽²⁾ ويقول دكتور منصور خالد (إن إلغاء الحكومة الاقليمية الوحيدة في السودان والتي تمتعت بشيء من المصدقية من جانب الرجل الذي بشر بالحكم الذاتي وحمل راياته ، لمسألة تستعصي علي الفهم ، فقد كان نظام الحكم الذاتي على الرغم من إتهامه بالفساد وعدم الكفاءة ، ويبدو أن الرئيس لا يؤمن بالنصيحة القائلة (إذا كانت الامور تسير على ما يرام فأتركها) ولم يكن نميري مؤمنا بإتفاقية أديس أبابا في أي وقت ، فقد كان يريد كسب التأييد من الجنوبيين له حتى يرسى قواعد حكمه في الشمال)⁽³⁾

أما تجربة الحكم الذاتي لإقليم كتالونيا فهي بالتأكيد من أنجح التجارب ومثلاً يمكن أن يحتذى به لأغلب الدول التي تعاني من تعقيدات الهوية وتمايز الثقافات بين مكوناتها ، فالتجربة طبقت في ظل نظام ديمقراطي متميز أتاح لإقليم كتالونيا إدارة شؤونه بمفرده تحت مظلة دولة موحدة ، وإن تعالت أصوات بعض قادة الإقليم بالمطالبة بالانفصال ، علماً بأن دوافع الانفصال أصبحت الآن إقتصادية وليست ثقافية ، وهذا الدافع الآن بدأ

¹ أعلنت الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وألمانيا وفرنسا والاتحاد الأوروبي ، رفضهم لانفصال إقليم كتالونيا عن إسبانيا، بينما أعربت حكومة اسكتلندا عن تفهمها لموقف الحكومة الكتالونية، وقالت المتحدثة باسم وزارة الخارجية الأمريكية هيندر نويرت، في بيان، إن "كتالونيا جزء لا يتجزأ من إسبانيا والولايات المتحدة تدعم إجراءات الحكومة الإسبانية الدستورية للحفاظ على إسبانيا قوية وموحدة". وذلك بعد موافقة مجلس الشيوخ الإسباني على تفعيل المادة 155 من الدستور بموجب طلب الحكومة، وهي المادة التي تسمح للحكومة المركزية بتعليق الحكم الذاتي في كتالونيا وإقالة قادة الإقليم والدعوة لانتخابات مبكرة.

وقالت المتحدثة باسم الحكومة سارة شيبيلين الألمانية، لـ CNN، إن حكومة بلدها "لا تعترف بالإعلان الأحادي من قبل برلمان كتالونيا للاستقلال عن إسبانيا". فيما قال متحدث باسم رئيس الوزراء البريطانية تيريزا ماي إن "المملكة المتحدة لا تعترف ولن تعترف بإعلان الاستقلال الأحادي من برلمان كتالونيا الذي اعتمد استفتاء قضت المحاكم الإسبانية بعدم شرعيته" <https://arabic.cnn.com/world/2017/10/27/us-eu-oppose-catalonia-independen>

² لماذا وكيف وصلت قضية جنوب السودان إلى حق تقرير المصير؟ (5/4): تعقيب على د. عبد الله علي إبراهيم .. بقلم: د. سلمان محمد أحمد سلمان ، شبكة الانترنت www.salmanmasalman.org

³ دكتور منصور خالد: السودان والنفق المظلم ، قصة الفساد والاستبداد ، دار إيدام للنشر المحدودة ، ط 1 ، 1985م ، ص 385

يتلاشى بسبب ثقل الدين العام الذي يمثل 35.4 من ناتج كتالونيا الاجمالي ، وقد أصبحت ثالث أكثر أقاليم اسبانيا ديونا في النصف الثاني من عام 2017 م .⁽¹⁾

كما أن إقدام كتالونيا علي الانفصال من اسبانيا تترتب عليه أضراراً اقتصادية كبيرة على الإقليم حيث تواجه كاتالونيا إمكانية التعرض لحملة مقاطعة من قبل السلطة المركزية، وهو أمر خطير بالنظر إلى أن نصف مبادلاتها التجارية تتم مع بقية أجزاء اسبانيا ، رغم أن الانفصاليين يقللون من أهمية هذه الخطوة ويؤكدون أن حملة المقاطعة هذه لن تؤثر بشكل كبير على إقتصادهم المحلي.. وقد نشر بنك "ناتيكسيس" الاسباني دراسة أوضح فيها أن مدينة برشلونة ستخسر الكثير في حال إنفصالها عن اسبانيا بدءاً بانخفاض عائداتها من التصدير بسبب تطبيق رسوم جمركية على سلعها الموجهة لأوروبا، بالإضافة إلى مغادرة عدة شركات علمية متمركزة في كاتالونيا لا ترغب في تحمل تبعات مغادرة هذه المقاطعة للسوق الأوروبية المشتركة، كما تواجه كاتالونيا خطر انخفاض الإستثمارات الأجنبية المباشرة، التي تأتي بنسبة 80 % من أوروبا. كما أن مشكلة إلغاء اعتماد اليورو كعملة وطنية كتالونية – فقد أعلن رئيس المفوضية الأوروبية جون كلود يونكر عن عدم قبول كالتونيا في الإتحاد الأوروبي يزيد من ضبابية مستقبل كاتالونيا في حال إستقلالها.⁽²⁾

الخلاصة :

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ونصلي ونسلم على المبعوثين رحمة للعالمين نختتم دراستنا ببيان أهم النتائج التي توصلت إليها وأهم التوصيات التي خرجت بها .

أولاً: النتائج :

- لا يشكل التنوع الثقافي والتعدد العرقي في حد ذاته خطراً على الاستقرار السياسي للدولة ، إلا اذا أصبحت السياسية تستغل وتستخدم لبلوغ غايات وتحقيق أهداف ومآرب ذاتية ضيقة تعتمد على العصبية لكسب المزيد من التأييد والقوة ، وتبتعد عن الأهداف والغايات القومية .
- تتشابه اللامركزية الادارية والفدرالية مع الحكم الذاتي في عدة أوجه وتختلفان معه في أوجه اخرى .
- ثبت من التجربتين – محل الدراسة – أن نموذج الحكم الذاتي الاقليمي أفضل نموذج لمعالجة قضايا التمايز والاختلاف الثقافي بين سكان الدولة والواحدة .
- نجحت تجربة الحكم الذاتي الاقليمي في اسبانيا لأن اسبانيا يسودها نظام ديمقراطي عريق ، كما أن الدستور الاسباني لعام 1978م منح إقليم كتالونيا سلطات واسعة في إدارة شؤونه ، إضافةً إلي حرص الدولة الاسبانية على بقاء الدولة موحدة ، وفشلت تجربة الحكم الذاتي لإقليم جنوب السودان لأن النظام الذي أبرم إتفاقية أديس أبابا لعام 1972م كان نظاماً غير ديمقراطي ، إضافةً إلي تضافر عوامل

¹ حنان صبيحي عبد القادر حسن الأهمية الجيوسراتيجية لإقليم كتالونيا من المنظور الاسباني مصدر سابق ص14

² <https://arabic.euronews.com/2017/10/01/why-some-catalans-want-independence-and-some-dont>

أخري منها الوضع الاقتصادي المتردي للاقليم والتباين الصارخ في الثقافات التي تسود الاقليم من جهة
وتسود كل سكان الدولة من جهة اخري
ثانيا - التوصيات

- أوصي القائمين بأعباء الحكم في دولة جنوب السودان ، ودولة السودان بأن يعيدوا النظر في إنفصال شطر الدولة الجنوبي ، والعمل علي توحيد القطرين تحت مظلة دولة السودان كما كان سابقا ويعاد للاقليم الجنوبي الحكم الذاتي الاقليمي ، إذ أن الذي يجمع بين شطري القطر أكثر مما يفرق بينهما — خاصة إذا إستصحبنا ما تعيشه دولة الجنوب الآن من فقر وحروب لا هوادة فيها بين المجتمعات المكونة لها — وإنهاء النظام الشمولي لدولة السودان وإعتناق النظام الديمقراطي بعد ثورته المجيدة في 11 إبريل 2019م .
- أوصي القائمين بأعباء الحكم في دولة اسبانيا النأي عن القيام بأي عمل أو إتخاذ أي إجراء يمس سلطة الحكم الذاتي في إقليم كتالونيا أو يزيد من نزعة الإنفصال لدى قادة الإقليم وذلك لمصلحة الدولة والإقليم معا ، في تفادي التجربة الفاشلة لإقليم جنوب السودان .
ثالثا : المراجع :

- إبراهيم العدوي ، يقظة السودان ، توحيد الوطن السوداني ، نشر مكتبة الانجلو مصرية ، القاهرة ، ط2 1979م
- إبراهيم محمد الحاج موسى : التجربة الديمقراطية وتطور نظم الحكم في السودان (رسالة دكتوراة) كلية الحقوق جامعة القاهرة 1970 م
- إبتسام وسطاني : الحركات الانفصالية في شمال غرب المتوسط ، دراسة حالة اقليم كتالونيا ، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر ، جامعة العربي بن مهيدي ، شعبة العلوم السياسية ، 2016
- حذيفة الصديق عمر الامام : التطورات التاريخية لمشكلة جنوب السودان 1821 _ 1989م مركز محمد عمر بشير للدراسات السودانية ، جامعة ام درمان الاهلية ط1 1998م
- حسن مكي محمد احمد : المشروع التنصيري في السودان ، نشر المركز الاسلامي الافريقي ، شعبة البحوث ، د.ت ، ص 44.
- حنان صبحي حسن عبد الباقي : الاهمية الجيوستراتيجية لإقليم كتالونيا من المنظور الاسباني ، المركز الديمقراطي العربي ، 25 يونيو 2020م .
- خوالد صونية :الفدرالية اللاتماثلية في النظم السياسية — اسبانيا نموذجا — مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم السياسية والعلاقات الدولية ، جامعة محمد خيضر بسكره ، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2018م.

- سلمان محمد أحمد سلمان ، لماذا وكيف وصلت قضية جنوب السودان إلى حق تقرير المصير؟ (5/4): تعقيب على د. عبد الله علي إبراهيم .. ،
الشبكة hguk;fjdm www.salmanmasalman.org
- طلعت رميح ، مستقبل السودان ، أزمة هوية ، أزمة الحكم ، أزمة الجنوب ، دار جهاد للنشر والتوزيع 1994م
- عادل أحمد موسي : ظاهرة عدم استقرار النظام السياسي في السودان (1956_1996م) رسالة ماجستير جامعة الخرطوم ،كلية الدراسات الاقتصادية والاجتماعية ، شعبة العلوم الاجتماعية 1998م .
- عبد العزيز خالد ، جنوب السودان الي اين ؟ شركة مطابع العملة السودانية ، الخرطوم ، ط1 2005م .
- عبد الجليل الباشا محمد أحمد : جنوب كردفان ما بين مطرقة الفدرالية وسندان الحكم الذاتي ، ورقة علمية قدمت في مؤتمر صيغ الحكم اللامركزي المختلفة بتاريخ 2019/8/3م.
- علي الجرباوي ، الحكم الذاتي دراسة حول المفهوم والنموذج ، مجلة المستقبل العربي : العدد 478 file:///C:/Users/HP/Downloads/Documents/ali_jarbawi.pdf
- الحسين عثمان الشريف : شكل الدولة واثره على الاستقرار السياسي (بالتركيز على الوضع في السودان) دراسة مقارنة ، (رسالة دكتوراة)كلية القانون ، جامعة جوبا ، السودان ، 2007م ،
- السيد خليل هيكل ، القانون الاداري السعودي ، دار الزهراء الرياض ط1433، 2هـ ص 29
- الهادي عبد الصمد (بروفييسور)التنظيم الدستوري وادارة التنوع الثقافي في السودان ، رؤية تأصيلية للتوازن العمراني والسلام الاجتماعي ، مركز الدراسات الاستراتيجية ، الخرطوم ، دار جامعة الخرطوم للطباعة والنشر والتوزيع ، 1998م
- محمد الهماوندي ، الحكم الذاتي والنظم اللامركزية الادارية والسياسية ، دار المستقبل العربي القاهرة ط1 ، 1990م
- محمد اليوسفي ، مدى مساهمة الجهورية السياسية في الحفاظ على وحدة الدولة ، المركز الديمقراطي العربي ، مجلة العلوم السياسية والقانون العدد الثالث 2017م
- محمد بوبوش ، قضية الصحراء ومفهوم الاستقلال الذاتي ، مجلة وجهة نظر ، عدد 27 ، مطبعة دار المعارف الجديدة الرباط ، 2005م
- منصور خالد : السودان والنفق المظلم ، قصة الفساد والاستبداد ، دار إيدام للنشر المحدودة ، ط1 ، 1985م
- محمود محمد طه، جنوب السودان : المشكلة والحل ،معالم اتفاقية الحكم الذاتي ،كتاب لا اله الا الله ،
https://www.alfikra.org/chapter_view_a.php?book_id=247&chapter_id=

- مصطفى ابو زيد فهمي ، تقييم الادارة المحلية في القانون المقارن ، مجلة العلوم الادارية ، العدد الاول ' السنة الثالثة 1961
- إستفتاء_استقلال_كتالونيا_ <https://ar.wikipedia.org/wiki>
- اسبانيا : بلد الاعراق والقوميات والمهاجرين ، شبكة الانترنت <https://www.bbc.com/arabic/in-depth-41469991>
- اتفاقية_أديس_أببا [/https://ar.wikipedia.org/wiki](https://ar.wikipedia.org/wiki)
- مفهوم-الحكم-الذاتي-في-القانون-الدولي-والدستوري ، <https://bawaba.khayma.com>
- اللغة_الكتالونية <https://ar.wikipedia.org/wiki>
- دستور اسبانيا الصادر عام 1978 م شاملا تعديلاته لغاية عام 2011 م ،
الحكم%20الذاتي/الدستور%20الاسباني ، <pdf C:/Users/HP/Desktop>
- تاريخ_كتالوني [/https://ar.wikipedia.org/wiki](https://ar.wikipedia.org/wiki)
- رئيس_حكومة_كاتالونيا [./ar.wikipedia.org/wiki](https://ar.wikipedia.org/wiki)
- مجلس_كتالونيا_العام ar.wikipedia.org/wiki
- <https://arabic.euronews.com/2017/10/01/why-some-catalans-want-independence-and-some-dont>.

القيمة الفقهية لكتاب البيان في الفقه الشافعي



د¹؛ طاهر صبحي طه الشيخ

أستاذ مساعد بكلية العلوم والآداب

بالقريات - جامعة الجوف - المملكة العربية السعودية

وكلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر - جمهورية مصر العربية

الملخص :

كتاب " البيان " في مذهب الإمام الشافعي للإمام يحيى بن أبي الخير العمراني اليمني المتوفي 558هـ، هو أحد الكتب المعتمدة في الفقه الشافعي خاصة والفقه الإسلامي المقارن عامة، وسلك فيه مؤلفه مسالك حسنة متعددة، رفعت قيمته الفقهية وجعلته زاداً وثيراً لكل دارس للفقه الإسلامي، فهو يشتمل على مواضع النقد لما وقع فيه بعض السابقين، مصححاً لهم بأسلوب الأدب الرفيع، ويشتمل كذلك على مواضع للدفاع عن إمام المذهب من طعون وجهت إليه بلا دليل ولا أساس من الصحة، ويشتمل على فن الأشباه والنظائر، وفن الفروق، مما جعله بحق موسوعة فقهية شاملة ومرجعاً أصيلاً في الفقه الإسلامي وبالرغم من ذلك كله نجده غير مشهور بين كثير من الدراسين، فجاء هذا البحث للتعريف بقيمته الفقهية، وإرشاداً لطلاب العلم للاستفادة منه.

الكلمات الدالة: البيان - صاحب البيان - العمراني - الفقه الشافعي - الفقه.

¹ - Dr: TaherSobheyTahaElshikh.

Abstract :

The book of 'Al-Bayyan" in Imam Al-Shafa'e juristic school of thought by Imam Yahia Ibn Abu Al-Khair Al-Imrani Al-Yemni (d. 558 H.) is one of the most authentic books in the field of Al-Shafa'e juristic school of thought in particular and in comparative Fiqh (Islamic Jurisprudence) in general. In his book, the author had adopted and utilized various approaches that made it one of the indispensable books for the students and scholars of Islamic Jurisprudence. The book also implies defenses against the baseless allegations stirred against Imam Al-Shafa'e. As such, the book handles the art of similar and equivalent issues as well as the art of dealing with discrepancies. Such elements combined made this book a real comprehensive juristic encyclopedia and an authentic reference in Islamic Jurisprudence. However, the book is still unpopular among the students of knowledge. This paper, therefore, is meant to highlight the importance of this book and guide students to benefit by it.

Keywords : Al-Bayyan; Author of Al-Bayyan; Al-Imrani; Al-Shafa'e juristic school of thought; Jurisprudence.

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين، رفع قدر العلماء من عباده، وجعلهم أكثر خشية له ووقوفاً عند حدوده، وعد مساواتهم بالجهلاء أمراً منكرًا عند كل ذى لب ودين، وأصلى وأسلم على نبيه ومصطفاه، وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجه وترسم خطاه إلى يوم الدين. وبعد،،،

فإن الأنفس الزكية الطالبة للمراتب العلية لم تزل تدأب في تحصيل العلوم الشرعية، ومن جملتها: معرفة الفروع الفقهية؛ لأن بها تندفع الوسوس الشيطانية، وتصح العبادات والمعاملات المرضية، وناهيك بالفقه شرفاً قول سيد السابقين واللاحقين - صلى الله عليه وسلم -: (مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا، يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ) (1).

(1) متفق عليه، أخرجه البخارى في صحيحه عن معاوية بن أبى سفيان، كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: قول النبى ﷺ (لا تزال طائفة من أمتى ظاهرين على الحق) وهم أهل العلم، حديث رقم: 585/7312، 4، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: الزكاة، باب: النهي عن المسألة، حديث رقم: 1037،

فإن علم الفقه من أشرف العلوم وأسمائها، إذ لا تتأتى طاعة الله وحسن العبودية له - وهى غايتنا - إلا مع العلم بما شرع الله من أحكام، وقد قيض الله لهذا العلم رجالاً أفذاذاً أخلصوا لله و اتقوه فأفاض عليهم ينابيع العلم، وفجر في كوامنهم طاقات من الجهد هى في قمة ما يمكن أن يكون بمقدور البشر.

ولقد أخذت أتلمس منذ شاءت لى إرادة الله أن أضع قدمى على طريق الدارسين لعلم الشرع مدى ما قدمه هؤلاء الأعلام على مر العصور من خدمات لهذا العلم ممثلة في المصنفات الجليلة التي ورثناها عنهم، والتي بها تحفظت أحكام هذا العلم، ودونت لتكون سهلة ميسرة لكل راغب في الوقوف على تشريعات الإسلام جليلها ودقيقها في شتى مناحى الحياة .

ويعتبر كتاب (البيان) زاداً ومرجعاً لكل مبتغ للوقوف على الفقه الإسلامى المقارن عامة والفقه الشافعي خاصة، ومؤلفها العالم الفقيه شيخ الشافعية في بلاد اليمن في عصره: يحيى بن أبى الخير العمراني، المتوفي سنة 558 هـ - 1162 م.

ولقد كان لزاماً من باب الوفاء لهؤلاء الرجال الذين خلفوا لنا الأسفار القيمة في الفقه وأحكامه، ودأبوا على تدوينه والتصنيف فيه على قلة ذات اليد، وشح أدوات العلم، وصعوبة التنقل في الأسفار، فركبوا الصعاب، وعزفوا عن الدنيا وملذاتها، حتى كانوا بحق الصورة الصادقة للعلماء كما بينها الإسلام بمبادئه الخالدة، ومثله التي لا تدانى، أن نهتم بتراثهم العلمي، فوجدت واجب الوفاء يحتم عليّ أن أبين القيمة والمكانة العلمية العظيمة لهذا السفر العلمي الذي ربما غفل عنه كثيرون، ولم ينل حظه بين كتب الفقه الإسلامى من الشهرة وذبوع الصيت، والله تعالى أسأل العون والتوفيق، وأن يسدد على طريق الحق خطاي، وأن يرزقني الرشد والسداد.

• سبب اختيار الموضوع :

بالرغم من أهمية كتاب " البيان " كمرجع من المراجع المعتمدة في الفقه الإسلامى عامة وفي الفقه الشافعي خاصة، واشتماله على تصحيحات واستدراكات على بعض المتقدمين، إلا إنه غير مشهور بين كثير من طلبة العلم الشرعي فضلاً عن عامة الناس، لذا أحببت إبراز ما يتمتع به هذا الكتاب من أهمية وما له من مكانة ومنزلة عظيمة بين كتب الفقه الإسلامى، ليتبوأ مكانه المعتر ويستفيد منه الباحثون وعامة الناس.

• أهداف البحث :

إبراز المكانة العلمية والفقهية لكتاب " البيان " في الفقه الإسلامى المقارن عامة والفقه الشافعي خاصة، نظراً لعدم شيوع هذا الكتاب وشهرته بين الناس، فأرجو به التنبيه على فضل كتاب " البيان " وما يحتويه من إلمام فقهي جعله من أمهات الكتب المعترية والمعتمدة.

• منهج البحث :

وقد سلكت في هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي ثم المقارن، وذلك بتتبع كتاب "البيان" واستخراج ما تميز به، ثم الإشارة إلى مواضع تعليقاته على بعض أئمة المذهب، والمقارنة بينهما لتوضيح سبب التعليق ووجهته ووجاهته.

خطة البحث : اقتضت طبيعة البحث تقسيمه إلى مقدمة ومبحثين وخاتمة :

أما المقدمة : فقد اشتملت على: التعريف بالموضوع، وسبب اختياره، وهدف البحث، ومنهجه وخطته.

المبحث الأول : مؤلف كتاب " البيان " ومنهجه فيه. ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : التعريف بمؤلف كتاب " البيان " .

المطلب الثاني : منهج الإمام العمراني في كتاب " البيان " .

المبحث الثاني : القيمة الفقهية لكتاب " البيان " في الفقه الشافعي. ويشتمل على ستة مطالب:

المطلب الأول : ثناء العلماء على كتاب " البيان " .

المطلب الثاني : المصنفات الفقهية التي اعتمد عليها الإمام العمراني في تصنيف كتاب البيان .

المطلب الثالث : اعتماد معظم المصنفين في الفقه الشافعي بعد الإمام العمراني على كتاب البيان. المطلب الرابع: شمولية كتاب البيان للدفاع عن الإمام الشافعي

المطلب الخامس : شمولية كتاب البيان للنقد والتعقب لعلماء المذهب

المطلب السادس : اهتمام الإمام العمراني في كتاب " البيان " على التنبيه على الفروق بين المسائل الفقهية المتشابهة ظاهراً

وأما الخاتمة : فقد تضمنتها أهم نتائج البحث والتوصيات .

وبعد: فهذا ما قصدت دراسته وبجته، راجياً بذلك خدمة ديننا العظيم، والنفع لكل المسلمين، وحسبي أنني بذلت جهدي ما استطعت، وأعملت ذهني على قدر وسعي، فما كان في هذا العمل من صواب فهو من الله وحده، ومنه، وفضله، وكرمه، وتوفيقه، وإحسانه، وما كان من خطأ فمني ومن الشيطان، وحسبي أنني بشر أخطئ وأصيب، وأسأل الله أن يوفقني للصواب، وأن يلهمني رشدي، وأن يجعل عملي خالصاً لوجهه الكريم، ويتقبله مني، إنه جواد كريم، ومنه سبحانه يستمد

العون، ويلتمس الغفران.

المبحث الأول : مؤلف كتاب " البيان " ومنهجه فيه.

المطلب الأول : التعريف بمؤلف كتاب " البيان ".

هو الفقيه الإمام يحيى بن أبي الخير بن سالم بن أسعد بن عبد الله بن محمد بن موسى بن عمران العمراني اليميني الشافعي (1).

مولده: ولد فيمصنعة سير في اليمن (2)، عام تسع وثمانين وأربعمائة (489 هـ)، ستة وتسعين وألف من الميلاد (1096 م) (3). وأتم تعلم القرآن الكريم وحفظه، وقرأ كتابي المهذب، والتنبيه للشيرازي، ولم يبلغ من العمر غير ثلاث عشرة سنة (4).

لقبه: كان الإمام العمراني - رحمه الله - يلقب بعدة ألقاب منها: (5)

1- شيخ الشافعية باليمن.

2- العمراني بكسر العين، وسكون الميم، وفتح الراء، وهذه النسبة إلى أهل بيت كبير قديم الرياسة.

3- القاضي: كان يلقب بالقاضي، نظراً لمكانته في العلم، وكان يرجع إلى رأيه فيما فيه خلاف. فقد كان القاضي الأجل أبو بكر بن عبد الله اليفاعي المتوفى سنة 552 هـ إذا تنازعت عنده الخصوم يقول: " ما قال القمران في هذه الحكومة، أو هاتوا جواب القمرين ". يقصد الإمامين: يحيى بن أبي الخير العمراني، وعبد الله بن يحيى الصعبي المتوفى سنة 553 هـ (6)

4- صاحب البيان: لقب الإمام العمراني بصاحب البيان نسبة إلى كتابه (البيان)، وقد اشتهر بذلك، وتخصيصه به يدل على مكانة هذا الكتاب العالية، وأهميته البالغة، حتى وجدنا الإمام النووي حين تعرض لترجمته في كتابه (تهذيب الأسماء واللغات) ذكر الترجمة باسم صاحب البيان (7)، وفي أكثر مصنفات الفقه

(1) ابن سمرة الجعدي، طبقات فقهاء اليمن، ص: 71، ابن قاضي شهبية، طبقات الشافعية، 1/327، ابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب 4/185.

(2) مصنعة سير: بلدة باليمن شرقي الجند. (ياقوت الحموي، معجم البلدان 3/296، وعبد الحق البغدادي مراصد الاطلاع 2/764).

(3) الزركلي، الأعلام، 8/146.

(4) بهاء الدين محمد السكسكي، السلوك في طبقات العلماء والملوك، 1/295.

(5) تاج الدين السبكي، طبقات الشافعية، 7/336، الذهبي، سير أعلام النبلاء، 20/378، الإسنوي، طبقات الشافعية، ص: 71، عز الدين عبد العزيز الجزري اللباب في تهذيب الأنساب، 2/357، محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع، 21/403.

(6) ابن سمرة الجعدي، طبقات فقهاء اليمن، ص: 167.

(7) النووي، تهذيب الأسماء واللغات، 2/553.

الشافعي كالعزيز شرح الوجيز للإمام الرافعي، والمجموع، وروضة الطالبين للنووي، ومغنى المحتاج، وحواشي الشرواني، وغيرها من كتب الشافعية، إذا نقل أصحابها عن الإمام العمراني شيئاً ففي الغالب لا يعبر عنه إلا بصاحب البيان.

– مكانته وثناء أهل العلم عليه: كان للإمام العمراني – رحمه الله – مكانته العالية ومرتبته السامية، التي شهد له بها الكثير من أهل العلم، منهم:

ابن سمرة الجعدي حيث وصفه قائلاً: الفقيه الذي انتشر عنه الفقه في البلدان، وسارت بتصانيفه الركبان في اليمن والشام، فهو الفقيه الإمام شمس الشريعة وجمال الإسلام⁽¹⁾.

ووصفه أبو محمد عبد الله اليافعي اليمني المتوفى سنة 768 هـ قائلاً: الفقيه العلامة، مفيد الطالبين، وقدوة الأنام، الذي صارت بفضائله الركبان، واشتهر علمه في البلدان، النجيب البارع صاحب البيان، ... ثم قال: ولا شك أن الرجل كان ماهراً في كثير من العلوم سيما الفقه⁽²⁾.

وقال عنه الإمام تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي: الشيخ الجليل أبو الحسين، شيخ الشافعيين بإقليم اليمن، صاحب البيان وغيره من المصنفات الشهيرة، ... كان من أحسن الناس تعليماً⁽³⁾.

كما شهد له ابن قاضي شعبة في طبقاته بالفضل، فقال: كان شيخ الشافعيين ببلاد اليمن، وكان إماماً زاهداً، ورعاً، عالماً، خيراً، مشهوراً بالاسم، بعيد الصيت، عارفاً بالفقه وأصوله، والكلام، والنحو، ... وكان يحفظ المذهب عن ظهر قلب⁽⁴⁾.

وقد مدحه سيف السنة أحمد بن محمد البريهي، المتوفى سنة 586 هـ قائلاً:

سقى الله يحيى سلسيلاً وخصه *** بقصر من الياقوت أعلى الجنان

لتصنيفه هذا الكتاب الذي حوى *** تصانيف أهل العلم قاص ودان

وسماه بالاسم الذي هو أهله *** بياناً وما في الأرض مثل بيان

(1) ابن سمرة الجعدي، طبقات فقهاء اليمن ص: 174.

(2) اليافعي اليمني، مرآة الجنان وعبرة اليقظان فيما يعتبر من حوادث الزمان 3/ 318، 321.

(3) السبكي، طبقات الشافعية الكبرى 1/ 336 – 337.

(4) ابن قاضي شعبة، طبقات الشافعية 1/ 328.

– جهود الإمام العمراني في نشر المذهب الشافعي في بلاد اليمن :

كانت بلاد اليمن خالية من المذهب الشافعي إلى ما يقرب من نهاية القرن الثالث الهجري، فقد كان أهل اليمن بالنسبة للفقه إما مالكية أو حنفية، حتى بدأ المذهب الشافعي دخول اليمن في أواخر المائة الثالثة، وفي القرن السادس حمل لواء نشر المذهب الشافعي في بلاد اليمن الإمام العمراني، وكان له الجهد الوافر والأثر البارز في نشر المذهب الشافعي في بلاد اليمن بالتدريس والتصنيف والتأليف، فقد كان الإمام العمراني بحق هو أكثر من انتشر عنه الفقه من أهل طبقتة.⁽¹⁾ وكانت له طريقة متميزة في تدريسه لطلابه، فكان يعامل كل إنسان على قدر حاجته، وما يراه من استعداده، ودرجة قبوله، فقد كان - رحمه الله - من أحسن الناس تعليماً، فأحبه الناس والتف حوله خلق كثير ينهلون من علمه.⁽²⁾

– وفاته : كانت وفاة الإمام العمراني - رحمه الله - سنة 558 هـ - 1162 م . عن حوالى تسعة وستون عاماً⁽³⁾، كانت كلها كفاحاً، وخدمة للعلم تحصيلاً، وتدريساً، وتصنيفاً .

– مصنفاته : خلف الإمام العمراني مصنفات جليلة في فنون متعددة، ففي العقيدة كتاب " الانتصار في الرد على القدرية الأشرار "، وفي الجدل والمناظرات كتاب (شرح الوسائل)، وفي الوعظ والرقائق (مختصر الإحياء)، ومعظم مصنفاته - رحمه الله - كانت في الفقه الشافعي منها: الزوائد في فروع الشافعية، والسؤال عما في المذهب من الإشكال، وغرائب الوسيط، وكتابه البيان الذي اشتهر في كتب الفقه بالنسبة إليه ، فيقال (صاحب البيان) وقد استغرق في تأليفه لكتاب (البيان) ست سنوات إلا قليلاً، فقد ابتداءً - رحمه الله - تصنيفه في سنة 528 هـ - 1133 م، وفرغ منه سنة 533 هـ - 1138 م⁽⁴⁾. وهو بمثابة الأساس والعمود الفقري لمصنفات الإمام العمراني الفقهية، ويشمل ويضم جميع ما صنفه الإمام العمراني على كتاب المذهب للشيرازي كما يضم بعض مصنفات الإمام العمراني الأخرى. قال الحموي: صنّف العمراني كتاب البيان للفقه . جمع فيه بين المذهب ، والزوائد ، ومسائل الدور ، ومذاهب المخالفين ، وشرح فيه ما أشكل من مسائل المذهب ، وحذا فيه حذو المذهب⁽⁵⁾.

(1) النووي تهذيب الأسماء واللغات 2/ 553 ، عصام الفقي، اليمن في ظل الإسلام ص 66 ، أيمن فؤاد سيد، تاريخ المذاهب الدينية في بلاد اليمن ص: 66 .

(2) السبكي طبقات الشافعية الكبرى 337/7.

(3) السبكي طبقات الشافعية الكبرى 7 / 338 ، الزركلي، الأعلام، 8 / 146 ، أيمن فؤاد سيد، تاريخ المذاهب الدينية في بلاد اليمن ص: 66 ، كارل بروكلمان، تاريخ الأدب العربي 7 / 48، ابن سمرة الجعدي، طبقات فقهاء اليمن ص : 185.

(4) السبكي، طبقات الشافعية الكبرى للسبكي 337/7، وأيمن فؤاد، تاريخ المذاهب الدينية، ص 68 .

(5) ياقوت الحموي، معجم البلدان 3/ 296.

المطلب الثاني : منهج الإمام العمراني في كتاب " البيان " .

- كان الإمام العمراني - رحمه الله - يفتح الأبواب بالتعريف ثم ذكر الأدلة مبتدأ بالكتاب ثم السنة ثم الإجماع , ثم القياس , ذاكراً وجه الاستدلال.

- فيعرض الإمام العمراني للمسائل والفروع الفقهية يذكر جميع الأقوال والأوجه، فالإمام العمراني لم يجعل كتابه قاصراً على المذهب الشافعي، بل كان بعد ذكره للمذهب الشافعي مفصلاً في المسألة يتعرض لذكر آراء فقهاء المذاهب الأخرى، وغالباً ينص على آراء فقهاء الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وقد يتعرض لفقهاء الشيعة أحياناً، والظاهرية، وكثير من أصحاب المذاهب التي اندثرت مذاهبهم، فكتاب البيان بحق موسوعة فقهية مقارنة.

- ثم بعد ذكره لهذه الآراء، نجد مرجحاً لمذهبه الشافعي، قارناً ترجيحه بالأدلة التي تدل على رجحان مذهب الشافعية، كما تدل على ضعف الآراء الأخرى، وعدم قوتها في مواجهة المذهب الشافعي ومناقضته. وله في ذلك أسلوب الأدب الرفيع مع المخالفين للشافعية، وعدم التجريح أو التعنيف لهم. وهذا أيضاً مسلكه وأسلوبه مع بعض فقهاء الشافعية ممن كان له في بعض الأحيان وجوهاً ضعيفة أو غريبة في المذهب، فنجده يعقب عليه بقوله وليس بشيء أو ليس بمشهور، وفي بعض الأحيان كان يشدد في بيان غرابة هذا الوجه وفساده، فيقول: وهو ظاهر الفساد، أو وهو خطأ بين، أو هذا أضعف الوجوه.

- ومسلك الفقه المقارن الذي سلكه الإمام العمراني في كتابه البيان مسلكاً معهوداً عند أكابر فقهاء الشافعية قبل الإمام العمراني وبعده، فمن نهج هذا النهج قبل عصر الإمام العمراني الإمام أبو الحسن الماوردي، المتوفى سنة 450 هـ في كتابه الحاوي الكبير، والإمام أبو حامد الغزالي، المتوفى سنة 505 هـ في كتابيه الوسيط والوجيز، ومن نهجه بعده الإمام الرافعي المتوفى سنة 623 هـ في كتابه العزيز شرح الوجيز، والإمام النووي، المتوفى سنة 676 هـ في كتابه المجموع، فيعتبر الإمام العمراني بحق واسطة عقد بين جهايزة أكابر، من أمثال الإمام الغزالي ومن في عصره إلى الإمام النووي ومن في عصره، وحسبك به من واسطة، ولقد كان لهذا المنهج المعروف بالدراسة الفقهية المقارنة للمسائل الذي اتبعه الإمام العمراني في كتابه دوره الكبير في السمو بهذا الكتاب ورفعته، حتى أصبح كتاباً حافلاً مرتباً مفيداً، ممتنعاً سهلاً، جامعاً، مبيناً لمذهب الشافعي والأئمة المعترين (1).

- في بعض الفروع التي لم يعلم فيها نصاً عن سبقه، كان - رحمه الله - يجتهد في إعطائها حكمها على نحو ما تقتضيه قواعد المذهب، فكان يقول: والذي تقتضيه قواعد المذهب هو...، أو الذي يقتضيه القياس هو... .

(1) قاسم النوري مقدمة البيان 10/1-150.

وفي شأن ذلك قال الإمام النووي - رحمه الله - : كان صاحب البيان يقول: والذي يقتضيه القياس، وهذه عادته فيما لم يجد فيه نقلاً⁽¹⁾.

المبحث الثاني : القيمة الفقهية لكتاب " البيان " في الفقه الشافعي.

المطلب الأول : ثناء العلماء على كتاب " البيان " .

عرف العلماء مكانة كتاب البيان للعمرائي ، وقدروا منزلته ، فكثروا مدحهم له ، وثناؤهم عليه، واعترفوا بالفضل لمصنعه ، قال ابن سمره الجعدي: فأيد الله بهذا الشيخ الإمام يحيى بن أبي الخير الإسلام والدين ، ونفع الله تعالى به المسلمين ، فكان كتابه (البيان) كاسمه بياناً ، وللعلماء هدى وتبياناً ، وأنبأ به - رحمه الله - البعداء ، وانتشر علمه في الأجانب والقرباء ، وأجاب فيه عن العضلات ، وأوضح المشكلات وقسم الأوصاف والاحتراقات، لأنه - رحمه الله - انتحل الشروح الكثيرة ، والدلائل المشهورة ، والمسائل المفيدة ، والأقيسة السديدة، وضمنه النكت الحسنة ، والمعاني المتقنة ، جمع فيه بين تحقيق البغداديين ، وتدقيق الخراسانيين، فإذا تأمله الحاذق الناظر ، وكد في جواهره الخاطر ، وسعه وكفاه واستغنى به عما سواه ، فرحم اللهم ثوابه وبل ثراه⁽²⁾

وقال أبو محمد عبد الله اليافعي اليمني : واشتهر من تصانيفه المذكورات كتاب البيان ، وانتفع به ، وشاع ذكره في البلدان ، وعد من الكتب الستة المشهورة المفيدة المبسوطة في الفقه المشكورة⁽³⁾

قال أبو الحسن الأصبهاني : ما أشكلت على مسألة وفتشت لها البيان إلا وجدت بيانها. ولما قدم به بغداد جعل في أطباق الذهب ، وظيف به مرفوعاً ، وكان بخط علوان⁽⁴⁾ وكان خطاطاً بارعاً ، فقال أهل بغداد ما كنا نظن في اليمن إنساناً حتى رأينا البيان بخط علوان⁽⁵⁾

وقال صارم الدين داود بن أحمد الهمداني مادحاً الإمام العمرائي وكتابه البيان :

إن البيان بيان للعلوم وقد *** خص المذاهب ما قالوا وما سطوروا

جمع الإمام تقي الدين صنفه *** لله يحيى فأحيا كل ما ذكروا

وقلد الشافعي واختار مذهبه *** لما رأى قوله يعلوا إذا افتخروا

(1) النووي، المجموع شرح المذهب، 315/3.

(2) الجعدي، طبقات فقهاء اليمن، 181-182.

(3) اليافعي، مرآة الجنان 323/3.

(4) علوان: هو كاتب الملك المسعود بن الكامل سكن المعافر، وهو والد الشيخ الصالح أحمد بن علوان، توفي في سفره مع الملك المسعود إلى مكة، سقط عليه كسف من جبل وهو راكب بغلة، (الأهدل، تحفة الزمن في تاريخ اليمن، ص: 243).

(5) عبد الرحمن الأهدل، تحفة الزمن في تاريخ اليمن، ص 243.

قولاً سديداً بحبل الله معتصماً***وزانه النص والإجماع والأثر
وقالفيختمه قولاً فصار به***بالركب يمثل والبدو والحضر (1).

المطلب الثاني : المصنفات الفقهية التي اعتمد عليها الإمام العمراني في تصنيف كتاب البيان :

اعتمد الإمام العمراني في تصنيفه لكتاب البيان على كثير من أمهات كتب الشافعية وهذا مما يوضح القيمة الفقهية لهذا الكتاب؛ لاحتوائه على معظم أقوال الإمام الشافعي ووجوه الأصحاب وآرائهم وتخريجاتهم في المسائل الفقهية، والتي جمعها الإمام العمراني من أهم مصنفات الشافعية . ومن أبرز هذه المصنفات التي اعتمد عليها الإمام العمراني ، ونقل منها :

- 1- كتاب الأم للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس .
- 2- مختصر البويطي لأبي يعقوب يوسف بن يحيى البويطي المصري ,صاحب الإمام الشافعي, وخليفته على أصحابه .
- 3- مختصر المزني : لإسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن إسحاق المزني ,صاحب الإمام الشافعي. وهو أحد الكتب الخمسة المشهورة المتداولة بين أئمة الشافعية .
- 4- كتاب التلخيص : لأبي العباس أحمد بن أبي احمد القاص الطبري.
- 5- كتابا العدة , والإفصاح : لأبي على الحسن بن القاسم الطبري .
- 6- كتاب الفروع : لأبي بكر محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر بن الحداد المصري
- 7- كتاب الإيضاح : لأبي القاسم عبد الواحد بن الحسين ابن محمد الصيمري.
- 8- كتاب التقريب : لأبي الحسن القاسم بن محمد بن على القفال الشاشي.
- 9- شرح التلخيص : لأبي على الحسين بن شعيب بن محمد السنجي.
- 10 - كتابا المجرد , وشرح المولدات : للقاضي طاهر بن عبد الله أبو الطيب الطبري
- 11- كتاب الإبانة : لأبي القاسم عبد الرحمن بن محمد بن أحمد الفوراني المروزي.
- 12- كتاب الشامل لأبي نصر عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الصباغ.

(1) عبدالرحمن الأهمل، تحفة الزمن في تاريخ اليمن، ص 243، 244.

ومصنفات أخرى متعددة هي من أجود كتب الشافعية وأعظمها اعتمدها الإمام العمراني، ونقل عنها في كتاب البيان، حتى أصبح أثر ذلك واضحاً في كتابه من حيث شموله لآراء فقهاء الشافعية في المسائل الفقهية ولم يكن الإمام العمراني - رحمه الله - بالنسبة لهؤلاء مجرد حاك أو ناقل، ولكنه كان محققاً ومدققاً ومرجحاً.

ويتبين من خلال الاطلاع على كتاب البيان أن الإمام العمراني قد اطلع على العديد من المؤلفات في مذهبه إطلاع المجتهد المحقق المرجح، وذلك لكثرة تلميحاته وإشاراتِهِ إلى العديد من شيوخ وفقهاء المذهب بالموافقة أحياناً، وبالمخالفة حيناً، وبالتنبيه على فروق بين المسائل الفقهية تارة، وبالتعقب لبعض علماء المذهب والاستدراك عليهم تارة أخرى.

المطلب الثالث: اعتماد معظم المصنفين في الفقه الشافعي بعد الإمام العمراني على كتاب البيان.

كتاب البيان من التصانيف المباركة النافعة، رضيهِ الفقهاء المحققون، وانتفع به الطلبة والمدرسون، ونقل عنه المصنفون⁽¹⁾.

فإن معظم الفقهاء الذين صنفوا في الفقه الشافعي بعد عصر الإمام العمراني قد اعتمدوا على كتاب البيان في كتبهم، ونقلوا عنه، وجعلوه مرجعاً أساسياً ينهلون منه، فكان لهم معيناً صافياً، وزاداً وفيراً، ومن هؤلاء المصنفين:

1- الإمام عبد الكريم الرافعي، المتوفى سنة 623هـ فقد اعتمد على كتاب البيان للعمراني ونقل عنه الكثير من المسائل في كتابه "العزیز شرح الوجيز"⁽²⁾.

قال ابن قاضي شهبه: نقل الرافعي عن العمراني في أول النجاسات، ثم في الوضوء، ثم في الاستنجاء ثم في نواقض الوضوء، ثم في الحيض ثم كرر النقل عنه⁽³⁾. ويلاحظ أن نقل الإمام الرافعي عن البيان لم يكن مقتصرًا على نقل كلام فقهاء الشافعية وحدهم، بل مما يؤكد ثقة الإمام الرافعي في كتاب البيان واعترافه بسعة علم مؤلفه أنه كان ينقل عن البيان أحياناً آراء فقهاء الحنفية والمالكية⁽⁴⁾.

2- واعتمد عليه الإمام أبو عمرو عثمان بن الصلاح الشهرزوري المتوفى سنة 643هـ، ونقل عنه عدة مسائل، وتكرر اسمه في فتاويه⁽⁵⁾.

(1) الأهدل اليمني، تحفة الزمن في تاريخ اليمن، ص: 243، 244.

(2) انظر: الرافعي، العزیز شرح الوجيز: 1/414، 2/213، 2/262، وغير ذلك.

(3) ابن قاضي شهبه، طبقات الشافعية 1/328.

(4) نقل الإمام الرافعي عن البيان بعض آراء الإمام أبي حنيفة والإمام مالك، كما في العزیز شرح الوجيز: 1/103، 2/235-289-585.

(5) انظر: ابن الصلاح، الفتاوى، 1/122، 2/469-533.

- 3- واعتمد عليه الإمام النووي المتوفى سنة 676هـ في معظم كتبه، وتردد اسم العمراني، وكتابه "البيان" كثيراً في كتبه وخاصة المجموع⁽¹⁾، والروضة⁽²⁾. والتنقيح شرح الوسيط⁽³⁾.
- 4- واعتمد عليه الإمام تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة 756هـ في تكملته للمجموع شرح المهذب⁽⁴⁾.
- 5- واعتمد عيه الإمام بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، المتوفى سنة 749 في كتابه "خبايا الزوايا"⁽⁵⁾.
- 6- واعتمد عليه الإمام جمال الدين عبد الرحيم الاسنوي، المتوفى سنة 772، ونقل عنه بعض المسائل في كتابه "التمهيد في تخريج الفروع على الأصول"⁽⁶⁾.
- 7- واعتمد عليه الإمام جلال الدين المحلي المتوفى سنة 864 في كتابه "كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين"⁽⁷⁾.
- 8- ونقل عنه الإمام جلال الدين السيوطي المتوفى سنة 911 عدة مسائل في كتابه "الأشبه والنظائر"⁽⁸⁾.
- 9- واعتمد عليه الشيخ زكريا الأنصاري، المتوفى سنة 928 في كتابه "فتح الوهاب"⁽⁹⁾.
- 10- واعتمد عليه العلامة ابن حجر الهيتمي، المتوفى سنة 974 في كتابه "الفتاوى الكبرى الفقهية"⁽¹⁰⁾.
- 11- والشيخ محمد بن محمد الشربيني الخطيب المتوفى سنة 977 في كتابه "مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج"⁽¹¹⁾.

(1) انظر: النووي، المجموع: 1/133-161-173، 2/357-423-518.

(2) انظر: النووي، روضة الطالبين: 1/95-109-400، 11/64.

(3) انظر: النووي، التنقيح شرح الوسيط، 1/154-176، 2/147.

(4) انظر: السبكي، تكملة المجموع 11/56-59-66-104-111.

(5) انظر: الزركشي، خبايا الزوايا، مسألة رقم 144، 237.

(6) انظر: الإسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، ص 131، 256.

(7) انظر: جلال الدين المحلي، كنز الراغبين، 1/346.

(8) انظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 27-222-338.

(9) انظر: زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، 1/90، 2/66.

(10) انظر: ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية 1/147.

(11) انظر: الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 1/99، 7/6.

وكثير غير هؤلاء من مصنفي الشافعية فلا يوجد كتاب إلا وغالباً نجد فيه تكراراً لاسم العمراني وكتابه البيان. وهذا إنما يدل على ثقة هؤلاء الأئمة بكتاب البيان، واعترافهم بالمكانة العالية لمصنفه، مما جعلهم يعتمدون عليه، ويجعلوه مرجعاً أساسياً يرجعون إليه في تدوين كتبهم.

المطلب الرابع: شمولية كتاب البيان للدفاع عن الإمام الشافعي:

في بعض الأحيان كان يعترض على الإمام الشافعي معترض، ويجاهر بأن الشافعي قد أخطأ في المسألة، أو تستشكل عليه مقالة الشافعي، وفي مثل هذه المسائل نجد الإمام العمراني في كتابه "البيان" يتصدى لذلك مبيناً صحة ما قاله الإمام الشافعي أو دافعاً الاستشكال، وقد يكون هذا في مسألة فقهية، أو في ألفاظ لغوية.

وأذكر طرفاً من الأمثلة على ذلك من كتاب "البيان":

(1) قال في البيان: قال الشافعي: (وإن كان فيها فحول نخل بعد أن تؤبر الإناث ... فثمرتها للبائع) فاعترض معترض على قول الشافعي: فحول، وقال: لا يقال في اللغة فحل، ولا فحول، وإنما يقال للواحد فحال، وللجمع: فحليل. فأجاب عليه العمراني، قائلاً: الجواب: إن الشافعي من أهل اللغة فقوله حجة، وأن ذلك قد ورد في لغة العرب، قال الشاعر: تأبرى يا خيرة الفسيل ** تأبرى من حنذ فشولى** إذ ضن أهل النخل بالفحول. (1)

(2) قال في البيان: قال الشافعي: وأحب له أن يقتصر على واحدة وإن أبيع له أكثر، لقوله تعالى: (فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا) (2) فاعترض معترض على الشافعي، وقال: لِمَ قال الاقتصار على واحدة أفضل، والنبى صلى الله عليه وسلم جمع بين زوجات كثيرة، ولا يفعل إلا الأفضل. ولأنه قال (تناكحوا تكثروا) (3)

(1) العمراني، البيان 5/240، والأبيات المذكورة في لسان العرب لابن منظور، مادة: أبر 1/5، ومادة: حنذ 2/1022 ومادة: فحل 5/3358، وقائل الأبيات / أحبحة بن الجلاح.

(2) سورة النساء، من الآية رقم 3.

(3) أخرجه عبد الرزاق الصنعاني في المصنف، حديث رقم 10391، وتمام الحديث: (تناكحوا تكثروا فإنني أباهي بكم الأمم يوم القيامة، ينكح الرجل الشابة الوضيئة من أهل الذمة فإذا كبرت طلقها. الله الله في النساء وأن من حق المرأة علي زوجها أن يطعمها ويكسوها، فإذا أتت بفاحشة فليضربها ضرباً غير مبرح 6/173.

فأجاب الإمام العمراني عن ذلك قائلاً: الجواب: إن غير النبي صلى الله عليه وسلم إنما كان الأفضل في حقه الاقتصار على واحدة خوفاً من أن لا يعدل، فأما النبي صلى الله عليه وسلم فإنه كان يؤمن ذلك في حقه، وأما قوله صلى الله عليه وسلم: (تناكحوا تكثروا) فإنما هو نذب النكاح لا إلى العدد⁽¹⁾

(3) جاء في البيان: بعد أن ذكر الشروط التي يشترط توافرها في القاضي والمفتي، وهى اشتراط كونهما من أهل الاجتهاد، بأن يتوافر فيهما العلم بالكتاب، والسنة، والإجماع، والاختلاف، ولسان العرب، والقياس. وبعد أن بين الإمام العمراني المقصود من اشتراط هذه الشروط ذكر أن بعض أهل العلم طعن في اشتراط الإمام الشافعي لهذه الشروط، واتهم الشافعي بالتشدد فيها إلى الدرجة التي يترتب عليها انعدام القضاة؛ لأن هذه الشروط من شأنها ألا توجد إلا في الأنبياء، كما ذكر أن بعض الأصحاب من الشافعية أنفسهم كان لهم أيضاً هذا الاعتراض، قائلين: شرط الشافعي شرطاً في الحاكم والمفتي تمنع أن يكون أحداً بعده حاكماً أو مفتياً.

ولكن إمامنا العمراني لم يرتضي هذا الكلام، فحكم بعدم صحته، قائلاً:

(2) وهذا ليس بصحيح، وما اشترط الشافعي علمه في القاضي والمفتي يسهل تعلمه؛ لأنه قد دون وجمع.

ودفاع العمراني عن إمامنا الشافعي قد وقع موقعه؛ إذ أن ولاية القضاء والإفتاء مما يتعلق بها مصالح الأمة، فلا بد أن يكون من يتولى أي منهما أهلاً لها بالعلم والاجتهاد والورع.

(4) بعد توضيح الإمام العمراني لمسألة: ما يقال عقب الوضوء، قال: ولما فرغ الإمام الشافعي - رضى الله عنه - من ذكر الوضوء، قال: (وذلك أكمل الوضوء إن شاء الله).

فلما وجد الإمام العمراني أن كلام الشافعي ربما اعترض عليه معترض استشكل عليه ظاهر الكلام، فبادر بذكره مع ذكر الجواب عنه، قائلاً:

فإن قيل: أفتراه كان شاكاً فيما ذكر؟ والمشية تكون في المستقبل لا في الماضي فلا يقول الرجل: قمت إن شاء الله، وإنما يقول أقوم إن شاء الله.

فعن ذلك جوابات: الأول: قيل: أى ذلك أكمل الوضوء بمشيئة الله تعالى؛ أي: إن شاء الله أن يكون هذا أكمل الوضوء.

(1) العمراني، البيان، 11/189، 190.

(2) العمراني، البيان، 13/17، 19.

والثاني: قيل: هذه الجملة مشتملة على المفروضات والمسنونات، وليس يُقطع على الله بصحة جميعها، ولا أنه على يقين من سائرهما، فلهذا حسن أن يقول: إن شاء الله.

والثالث: قيل: لأن من الناس من خالفه في أكمل الوضوء؛ لأن بعضهم يري أن يجعل شيئاً من الماء فيما يلي حلقه ومؤخر الرأس، وكان ابن عمر يدخل الماء في عينيه.

والرابع: قيل: ليس يعود إلى الأكمل، لكن تقدير الكلام: وذلك أكمل الوضوء الذي من فعله حاز الفضل، ورجا الثواب من الله إن شاء الله تعالى.

والخامس: قيل: معناه المستقبل لا الماضي، أي: الذي وصفته هو الكمال فتوضئوا كذلك إن شاء الله. (1)

فكان اعتناء الإمام العمراني بدفع ما أُحْدِثَ على الإمام الشافعي من استشكل، ورده اعتراض المعترضين عليه، بالجوابات الجازمة، والتوضيحات الحاسمة الشافية، سواء كان ذلك من كلامه، أو بنقله عن غيره كما في المسألة الأخيرة، فإن هذابلاً شك يعد من أبرز آثار هذا الإمام، ومما يبين القيمة الفقهية لكتابه "البيان".

المطلب الخامس: شمولية كتاب البيان للنقد والتعقب لعلماء المذهب:

نظراً لتعدد الأقوال والأوجه في المذهب الشافعي في المسألة الواحدة أحياناً، فإن الإمام العمراني في كتابه "البيان" كان يُعمل عقله وفكره في دراسة هذه الآراء، وتحليلها، لمعرفة هل تتوافق مع قواعد المذهب وأصوله أم لا؟ ولذا فإننا نجد كثيراً ما يعقب على بعض هذه الآراء بقوله: وهذا على خلاف ما تقتضيه قواعد المذهب. أو يقول: وهذا الوجه خطأ بئس، أو وهذا أضعف الوجوه، أو ليس بشيء، ونحو ذلك. وهذا بلا شك من أبرز آثار كتاب البيان، فهو موسوعة فقهية تقف من خلاله على قوة الآراء في المذهب أو ضعفها، بأسلوب عذب ليس فيه انتقاص لغيره أو تجريح لمن سبقه.

وأذكر هنا بعض النماذج لمسائل من "البيان" فيها استدراك على السابقين، يتضح بها المقال:

1- قال الإمام العمراني: كان أبو علي الطبري يقول: إن المائع الطاهر إذا خلط بماء يكفي للطهارة، ولم يغير صفة الماء، وكان الماء أكثر.. تصح الطهارة به، وإن كان الماء لا يكفي للطهارة إلا بالذي خالطه من المائعات الطاهرات لم تصح الطهارة به.

ويستدرك الإمام العمراني على أبي علي الطبري قائلاً:

ويأتي على قول أبي علي: لو احتاج في الغسل عن الجنابة إلى عشرة أرطال ماء، وليس معه إلا تسعة أرطال ماء، فطرح فيها رطلاً من ماء ورد انقطعت رائحته، ولم يتغير به الماء فإن اغتسل به جميعه عن الجنابة..

(1) العمراني، البيان 1/139 وما بعدها.

لم يصح. وإن توضحاً بجميعه عن الحدث .. صح . وهذا ظاهر الفساد ، ولذا فإن غيره من أصحابنا قالوا : لا فرق بينهما ، فقالوا : بصحة الطهارة به ، وقاسوا ما لا يكفي للطهارة إلا بالمائع على ما يكفي بنفسه للطهارة⁽¹⁾

فوجد أن استدراك الإمام العمراني على الإمام أبي علي الطبري في هذه المسألة ، وحكمه بفساد مقالته صحيح ، ووقع موقعه ؛ لأن أبا علي الطبري أعطي للماء حكيمين متناقضين :

الأول : عدم صلاحية هذا الماء لرفع الجنابة .

والثاني : صلاحية هذا الماء نفسه للوضوء به .

ولا نجد أحداً من أهل العلم قال ذلك غيره ، لأن الماء إما أن يكون طاهراً مطهراً يصح الوضوء ورفع الجنابة به ، وإلا فلا يصح به وضوء ولا غسل .

2- قال الإمام العمراني : إن أراد الجد أن يزوج ابن ابنه الصغير بابنة ابن له آخر ففيه وجهان : أحدهما : لا يصح ، وهو اختيار ابن القاص ، والثاني : يصح ، وهو اختيار ابن الحداد والقاضي وأبي الطيب ، لأنه يملك طرفي العقد من غير توليه ، فجاز أن يتولاه ها هنا ، كبيع مال الصغير من نفسه .

فعلي هذا لا تصح الولاية إلا بثلاثة شروط :

أحدها : إذا كان أبوهما ميتين ، أو فاسقين ، أو أحدهما ميتاً والآخر فاسقاً ؛ لأنه لا ولاية للجد الرشيد عليهما مع ثبوت ولاية الأبوين عليهما .

الشرط الثاني : أن يكون ابن الابن صغيراً أو مجنوناً .

الشرط الثالث : أن تكون الابنة بكرًا ، فإن كانت ثيباً فلا يملك تزويجها بحال إلا بإذنها .

وقد اشترط ابن الحداد أن تكون صغيرة .

فاستدرك الإمام العمراني على كلام ابن الحداد وشرطه قائلاً :

ما اشترطه ابن الحداد من اشتراط كونها صغيرة ليس بصحيح ؛ لأن الجد يملك إجبارها على النكاح إذا كانت بكرًا بكل حال⁽²⁾ .

(1) العمراني، البيان، 20/1 ، 21 .

(2) العمراني، البيان، 9/ 190 .

3- قال الإمام العمراني: إن تزوج وثنى وثنية ودخل بها، ثم أسلم وأقامت على الشرك، فتزوج أختها أو أربعاً سواها في حال عدتها... لم يصح. وقال المزنى: يكون نكاح أختها أو الأربع موقوفاً، فإن أسلمت قبل انقضاء عدتها تبينا أن نكاح أختها أو الأربع سواها لا يصح، وإن لم تسلم حتى انقضت عدتها صح نكاح أختها أو الأربع سواها؛ لأنه لما جاز وقف نكاحها جاز وقف نكاح أختها أو الأربع سواها؛ ولأن عقد النكاح على المرتابة بالحمل يصح وإن كان موقوفاً، فكذا هذا مثله.

فاستدرك الإمام العمراني على كلام المزنى قائلاً: هذا ليس بصحيح؛ لأن المشاركة جارية إلى بينونة، فلم يصح العقد على أختها ولا على أربع سواها، كالرجعية والمرتدة، ولأنه عقد نكاح على من يمكن الاستمتاع بها، فإذا لم يعقبه استباحة استمتع لم يصح، كنكاح المعتدة والمرتدة، وأما المرتابة: فالأصل عدم الحمل (1).

4- قال العمراني في باب الوليمة والنثر: إن نثر السكر واللوز والجوز والزبيب والدرهم والدنانير وغير ذلك لا يستحب، بل يكره. وقال القاضي أبو القاسم الصيمري: يكره التقاطه، وأما النثر نفسه فمستحب، وقد جرت العادة للسلف به. والأول هو المشهور، والدليل عليه: أن النثر يؤخذ نهية ويزاحم عليه، وربما أخذه من يكرهه صاحبه، وفي ذلك دناءة وسقوط مروءة.

ثم استدرك العمراني على قول الصيمري قائلاً: وما ذكره الصيمري غير صحيح؛ لأنه لا فائدة في نثر إذا كان يكره التقاطه (2)، وقد ثبتت عدة أحاديث في النهي عن أخذ الشيء نهية، منها: ما رواه أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من انتهب فليس منا) (3) وهو يقتضي تحريم كل انتهاب، ومن جملة ذلك إنتهاب النثر (وهو ما ينتثر في النكاح وغيره) إذ لم يأتي ما يصلح لتخصيصه (4).

5- قال الإمام العمراني: ولا يجوز نصب إمامين (الكلام في الخلافة) وقال الجويني: يجوز عقد الإمامة لإمامين في صقعين (5) متباعدين. فاستدرك الإمام العمراني على كلام الجويني قائلاً: وهذا خطأ؛ لإجماع الأمة

(1) العمراني، البيان، 9/247.

(2) العمراني، البيان، 9/493، 494.

(3) سنن الترمذي حديث رقم 1601، وأحمد في المسند، 3/140،

(4) الشوكاني، نيل الأوطار، 6/217.

(5) صقعين: مثنى صقع، وهو بالضم بمعنى: الناحية (مختار الصحاح 178).

: أن ذلك لا يجوز⁽¹⁾. قال الشيخ المطيعي في تكملة للمجموع: قال أبو المعالي الجويني: يجوز عقد الإمامة لإمامين في صقعين متباعدين، وقد خطأه العمراني⁽²⁾.

6- قال الإمام العمراني: (في حد الزنى): فأما المملوك فلا يجب عليه الرجم، سواء كان بكرًا أو ثيبًا، وقال أبو ثور: يجب عليه الرجم إذا زنى بعد أن صار ثيبًا: لقوله صلى الله عليه وسلم: "الثيب بالثيب جلد مئة والرجم"⁽³⁾ ولم يفرق بين الحر والمملوك؛ ولأنه حد لا يتبعص فاستوى فيه الحر والمملوك، كالقطع في السرقة.

ولكن الإمام العمراني يستدرك على أبي ثور ويحكم بخطئه قائلاً:

وهذا خطأ؛ لقوله تعالى: (فَإِذَا أَحْصَيْنَ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ)⁽⁴⁾ فجعل على الأمة مع إحصانها نصف ما على المحصنات من العذاب، والرجم لا ينتصف. ولأن الحد بنى على التفضيل، فإذا لم يتبعص سقط فيه المملوك كالشهادة والميراث، ومعنى: بنى على التفضيل: أى أن حد المملوك في الجلد على النصف من حد الحر؛ لأن الحر أفضل، وحد الثيب أغلظ من حد البكر؛ لأن الثيب أفضل؛ ونساء النبي صلى الله عليه وسلم يضاعف عليهن العذاب لو أتين بفاحشة؛ لأنهن أفضل. وفيه احتراز من القطع في السرقة؛ لأنه لم يبين على المفاضلة، بل يستوي فيه الجميع⁽⁵⁾.

7- قال الإمام العمراني: وإن قذف رجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة، فلم يجد القاذف حتى زنى المقذوف، أو وطئ وطناً حراماً سقط به إحصانه.. سقط حد القذف عن القاذف. وقال المزني وأبو ثور: لا يسقط عنه حد القذف؛ لأن الاعتبار بالحدود في حال الوجوب لا فيما يؤول إليه الحال، كما لو قذف مسلماً وقبل أن يقام عليه الحد ارتد المقذوف، وكما لو زنى عبد وقبل أن يقام عليه الحد عتق، أو زنى بكر وقبل أن يقام عليه الحد صار ثيباً.

واستدرك الإمام على هذين العالمين الكبيرين، حاكماً بخطأ قولهما، قائلاً: وهذا خطأ؛ لأن العفة عن الزنى لا يعلمها الحاكم من المقذوف إلا بغلبة الظن، فإذا زنى المقذوف قبل إقامة الحد على القاذف.. احتمال أن يكون الزنى حادثاً بعد القذف، فلم يسقط إحصانه حال القذف، واحتمل أن يكون هذا الزنى كاشفاً لزنى كان

(1) العمراني، البيان، 10/12.

(2) المطيعي، تكملة المجموع، 28/21.

(3) أخرجه الإمام مسلم عن عبادة بن الصامت، كتاب: الحدود، باب: حد الزنى، رقم 1690، 1316/2.

(4) سورة النساء من آية رقم (25).

(5) العمراني، البيان، 351,350/12. باختصار.

لزنى كان يستتر به ؛ لأن العادة أن الإنسان يظهر الطاعات ويستر المعاصى ، فإذا أكثر من المعاصى .. أظهرها الله عليه ، ولهذا روى : أن عمر - رضى الله عنه - كان يجلد رجلاً في الزنى فقال: والله يا أمير المؤمنين ما زنت قبل هذا . فقال عمر : (كذبت ؛ إن الله تعالى أكرم من أن يهتك عبده في أول دفعة)⁽¹⁾ ، وإذا كان الأمر كذلك .. صار إحصانه مشكوكاً فيه حال القذف ، وذلك شبهة ، فيسقط به الحد عند القاذف . وأما استدلالهما بردة المقذوف قبل إقامة الحد .. فإن فيها وجهين : أحدهما : يسقط إحصانه كالزنى ، والثاني : لا يسقط إحصانه . والفرق بينها وبين الزنى : أن الردة طريقها الديانات ، ولم تجر العادة أن الإنسان يخفى دينه بل يظهره ؛ ولهذا يبذل أهل الكتاب الجزية لإظهار دينهم ، فلم تكن ردته قاذحة في إسلامه المتقدم قبل القذف ، وليس كذلك الزنى فإن العادة كتمانها .. فإذا ظهر دل على تقدم مثله ، وأما استدلالها بجرية الزانى وثبوته قبل إقامة الحد عليه : فلا يشبهه مسألتنا ؛ لأن هذا تغير حال من يقام عليه الحد ، وفي مسألتنا : لو تغير حال من يقام عليه الحد لم يتغير الحد ، وإنما كلامنا فيما إذا تغير حال من يقام الحد لأجله⁽²⁾

بعد ذكر هذه النماذج من المسائل التي استدرك فيها العمراني في البيان على بعض علماء المذهب، وبين أن الصواب قد جانبهم. يتضح لنا القيمة الفقهية لكتاب البيان ومكانة مؤلفه في المذهب ، وإحاطته بنصوصه وقواعده وأصوله ، فلم يكن يسلم بجميع ما ينقل عن الأئمة السابقين إلا بعد دراسته وتحليله ليعلم هل يوافق قواعد المذهب وأصوله أم يخالفه ؟ وهذا يعد من أهم مميزات مجتهد الفتوى والترجيح، حيث يتمكن من تحرير المسائل وتقريرها ، وترجيح بعض الأقوال على بعضها الآخر ، وتزييف الضعيف منها⁽³⁾. وقد قام الإمام العمراني بذلك خير قيام .

المطلب السادس : اهتمام الإمام العمراني في كتاب "البيان" على التنبيه على الفروق بين المسائل الفقهية المتشابهة ظاهراً :

من المعلوم لدي الدارسين للفقه الإسلامى أن بعض المسائل الفقهية ربما تشابهت في الظاهر، مع أنها في حقيقة الأمر مختلفة، مما يوهم غير المتخصصين أن الحكم في هذه المسائل واحد، وأن كلاً من هاتين المسألتين تأخذ نفس حكم الأخرى، ولكن الأمر يكون بخلاف ذلك، والحكم يكون مختلفاً في كل منهما عن الأخرى، نظراً لما بينهما من الفروق الفقهية، والعلل المختلفة التي لا تجمع بينهما في حكم شرعى واحد. وقد تصدى أئمتنا الأعلام ، وفقهاؤنا الأجلاء لأمثال هذه المسائل والفروع، فبينوا حكم كل مسألة ثم ذكروا السبب

(1) البيهقي في السنن الكبرى 276/8، باب : ما جاء في الإقرار بالسرقة والرجوع عنه، وفيه: (كذبت ما كان الله ليسلم عبده عند أول ذنبه) .

(2) العمراني، البيان، 402، 401/12.

(3) محمد حسن هيتو، الاجتهاد وطبقات مجتهدى الشافعية، ص 48 .

الداعي لاختلاف الحكم فيهما، وكان للإمام العمراني في كتابه البيان في هذا الشأن نصيب وافر يدل على سعة علمه، ودقة نظرته، ومكانة كتابه البيان بين كتب الفقه عامة.

ويلاحظ أن هذا المسلك في دراسة المسائل الفقهية كانت له مصنفات مستقلة، ويسمي بفن الفروق، أو بعلم الجوامع والفوارق، وهو يعد من ضمن فروع القواعد الفقهية وفروعها المتناظرة ظاهراً وباطناً وتدخّل فيها، والمتناظرة ظاهراً من جهة والمختلفة من جهة أخرى ولا تدخّل فيها، ولذا فهو جليل الأثر عظيم الفائدة⁽¹⁾، وكان للإمام العمراني سهم ونصيب في هذا المسلك الرائع في ثنانيا كتابه: وذلك بنصه على كثير من هذه المسائل المتشابهة ظاهراً والمختلفة في حقيقة الأمر، مما يجعل القارئ لكتابه إذا مر بمثل هذه المسائل اتضح له الأمر، ولا يقع في اللبس، ولا يحصل عنده وهم واستشكال بهذا التشابه الظاهري، وهذا مما يعلى شأن كتابه الجامع للأحكام والقواعد، ويبرز مكانة الإمام العمراني بين المصنفين وسائر العلماء.

وأذكر هنا طائفة من النماذج التي توضح ذلك من كتاب " البيان " :

1- قال الإمام العمراني: إذا أحرم بنسك معين، ثم شك بماذا أحرم؟ ففيه قولان: أحدهما: إنه يتحرى، ويبنى على ما يغلب على ظنه أنه أحرم به؛ لأنه اشتبه في شرط من شرائط العبادة، فكان له الاجتهاد فيه كالإناءين والقبلة. والثاني: يلزمه أن يقرن، وهو الصحيح؛ لأنه شك لحقه في فعله بعد التلبس بالعبادة، فلم يكن له الاجتهاد وإنما يلزمه اليقين، كمن شك في عدد الركعات.

فرجح الإمام العمراني القول الثاني؛ نظراً لقوة دليله، فقال وهو الصحيح. ولما كان القول الأول قد بُني على القياس على الشك في الإناءين والقبلة، إذ أنه يجب الاجتهاد عند الشك فيهما، وفيهما شبه ظاهر بهذه المسألة. فنبه العمراني على أنه يوجد بين هذه المسألة التي نحن بصدها وبين الشك في الإناءين والقبلة فارقاً واختلافاً.. يمنع إتحاد الحكم فيهما. فقال: وهذا يخالف الإناءين والقبلة؛ لأن له على ذلك هناك أمارات يرجع إليها عند الاشتباه، وها هنا لا أمارة له على نفسه يرجع إليها، فاستلزم اختلاف حكم كل منهما عن الأخرى⁽²⁾.

2- قال الإمام العمراني: إذا باع عسل النحل بعبه بعضه ببعض، وفيهما، أو في أحدهما شمع لم يصح البيع؛ لأن ذلك يؤدي إلى التفاضل بين العسلين فلم يصح، فإن قيل: كيف جوزتم بيع التمر بالتمر وفيهما النوى؟. فلما كانت المسألتان في الظاهر متشابهتين، مما يوهم بأن الحكم فيهما واحد، فقد نص الإمام العمراني على بيان أن المسألتين مختلفتان في حقيقة الأمر، وأن بينهما فارقاً يترتب عليه اختلاف حكم كل منهما. فقال - رحمه الله - : الفرق بينهما: أن بقاء النوى في التمر من مصلحته، فلم يكلف إزالته، فصح بيعه فيه بخلاف الشمع، فإنه لا

(1) نصر فريد واصل، القواعد الفقهية وتطبيقاتها العملية في الأحكام الشرعية، ص 28 وما بعدها.

(2) العمراني، البيان 4 / 135.

مصلحة للعسل في بقائه فيه، بل ربما كانسبياً لنقصه، ولأن الشمع مقصود مع العسل، ولا يجوز بيع ما فيه الربا بجنسه، ومعهما أو مع أحدهما شيء مقصود، بخلاف النوى فإنه غير مقصود (1).

3- قال الإمام العمراني: إن باع اللحم بعضه ببعض، وفيهما، أو في أحدهما رطوبة يسيرة لم يجز.

ولما كانت هذه المسألة في ظاهرها تستشكل مع مسألة أخرى تشبهها في الظاهر والحكم فيها بالجواز، وهى مسألة بيع التمر ببعضه ببعض، وإن كان فيهما، أو في أحدهما رطوبة وهذا جائز. فنص الإمام العمراني على ما يندفع به هذا الإشكال ويزول؛ وذلك ببيان أن بين المسألتين فارقاً نتج عنه اختلاف الحكم في كل منهما. فقال - رحمه الله - : الفرق بينهما: إن اللحم لا يباع بعضه ببعض إلا وزناً، وقليل الرطوبة يؤثر في الوزن، بخلاف التمر، فإنه لا يباع بعضه ببعض إلا كيلاً، والرطوبة اليسيرة فيه لا تؤثر في الكيل، ولأن الرطوبة اليسيرة في التمر لا تفسده، والرطوبة اليسيرة في اللحم تفسده في حال الادخار (2).

4- قال العمراني في كتاب القراض: لو دفع إنسان إلى آخر شبكة، وقال اصطد بها، وما رزق الله من صيد كان بيننا، أو دفع إلى رجل بهيمة، وقال أكرها، وما حصل من ذلك كان بيننا، لم يصح القراض في الصورتين؛ وذلك لأن مقتضى القراض أن يتصرف العامل في رقبة رأس المال، وإنما يتصرف ها هنا في منفعته، فإن اصطاد العامل صيداً.. كان الصيد ملكاً له؛ لأنه حصل بفعله، وعليه أجره مثل الشبكة لملكها، وإن أكرى العامل البهيمة، كان الكراء لملك البهيمة، وعلى مالك البهيمة أجره مثل العامل. ولما كانت الصورتان في الظاهر لهما شبهةً واحداً واختلف حكم كل منهما، فمن ثم أوضح العمراني الفرق بين الصورتين قائلاً: إن عمل العامل على البهيمة تابع لعمل البهيمة، فكانت أجرتها لملكها، والعمل على الشبكة للعامل، والشبكة تبع للعامل (3).

5- قال العمراني: لو أن شافعياً تزوج امرأة من نفسها بغير ولي، ثم وطئها وهو معتقد تحريمه.. فهل يجب عليه الحد؟ فيه وجهان: الأول: قال أبو بكر الصيرفي: يجب عليه الحد؛ لأن أكثر ما فيه: حصول الاختلاف في إباحته، وذلك لا يوجب إسقاط الحد فيه، كشرب النبيذ، والثاني: أنه لا حد عليه، وهو قول عامة الأصحاب، وهو المذهب.

ثم وضع الإمام العمراني أن هناك فارقاً بين هذه المسألة وبين شرب النبيذ وليس كالثاني الواحد كما توهمه أبو بكر الصيرفي. فقال العمراني عن الفرق بين المسألتين: إن هذا الوطء يتردد بين الزنا والوطء في نكاح

(1) العمراني، البيان، 5 / 199.

(2) العمراني، البيان، 5 / 203.

(3) البيان للعمراني 7 / 187، 188 بتصرف.

صحيح، وشبهه في الوطاء في النكاح الصحيح أكثر بدليل أنه يجب فيه المهر، والعدة، ويلحق به النسب، ويشبه الزنا بتحريم الوطاء لا غير، فكان إلحاقه بالوطء في النكاح الصحيح في إسقاط الحد أولى، والنبذ ليس له إلا أصل واحد يشبهه وهو الخمر؛ لأنه شراب فيه شدة مطربة، وليس في الأشرطة ما يشبه الخمر غيره، فألحقناه به (1).

6- قال الإمام العمراني: إن أراد السيد أن يزوج أمته بمجنون، أو مجذوم، أو أبرص، أو محبوب، أو خصى، لم يكن له ذلك؛ لأن الضرر الذي يلحق الحرة في ذلك يلحق الأمة فلم يجوز. فإن قيل: أليس لو باع أمته من مجذوم، أو أبرص، أو محبوب، أو خصى صح البيع؟ فلما كان ظاهر المسألتين يوهم باتحاد الحكم فيها، مما ينتج عنه استشكل باختلاف الحكم فيهما، نص الإمام العمراني على ذكر ما يندفع به هذه الإشكال: ببيان أن المسألتين بينهما فارقاً واختلافاً في حقيقة الأمر. فقال: الفرق بينهما: أن المقصود من النكاح الاستمتاع؛ بدليل: أنه لا يصح تزويجها ممن لا يحل له الاستمتاع بها. والمقصود بالبيع: المال؛ ولهذا يصح بيعها ممن لا يحل له الاستمتاع بها (2).

كانت هذه بعض المسائل المتشابهة ظاهراً، المختلفة باطناً، التي نص الإمام العمراني على علة اختلاف الحكم فيها، ووجه الفرق بينها، حتى لا يحدث استشكل على أحد فيها، ولا يغتر أحد بالتشابه الظاهري فيجعلهما كمسألة واحدة، ولا يخفى علينا فائدة هذا العلم العظيم وثمرته، وهذا مما يبرز مكانة كتاب "البيان" الفقهية، ويعلى قدره.

الخاتمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبعد هذه الرحلة الشيقة مع البحث فهذه أهم النتائج:

- 1- كتاب "البيان" في مذهب الإمام الشافعي للإمام يحيى بن أبي الخير العمراني اليميني المتوفي 558هـ، هو أحد الكتب المعتبرة في الفقه الشافعي خاصة والفقه الإسلامي المقارن عامة.
- 2- كان للإمام العمراني دور بارز في نشر المذهب الشافعي في بلاد اليمن في عصره.
- 3- نهج الإمام العمراني في كتاب البيان مسالك حسنة متعددة، رفعت قيمته الفقهية وجعلته زاداً وقيماً لكل دارس للفقه الإسلامي.
- 4- يشتمل كتاب البيان على الاستدراك والتعقيب لبعض الأئمة السابقين، مصححاً لهم بأسلوب الأدب الرفيع.

(1) البيان للعمراني 158/9، 159.

(2) العمراني، البيان، 9 / 215، 216.

5- يشتمل كتاب البيان على مواضع للدفاع عن إمام المذهب من طعون وجهت إليه بلا دليل ولا أساس من الصحة.

6- يشتمل كتاب البيان على فن الأشباه والنظائر، وفن الفروق، مما جعله بحق موسوعة فقهية شاملة ومرجعاً أصيلاً في الفقه الإسلامي.

التوصيات :

أوصي أخواني من الباحثين وطلبة العلم بالاهتمام بكتب التراث، ففيها الخير والعلم النافع، وذلك بالعكوف على قراءتها والعمل على خدمتها بالتنقيح والتحقيق ففيها النفع الجزيل.

• فهرس المصادر والمراجع :

- صحيح البخاري لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، المتوفى سنة 256 هـ، مطبوع مع كشف المشكل للإمام ابن الجوزي. بتحقيق: د/ مصطفى الذهبي. طبعة دار الحديث بالقاهرة. الطبعة الأولى، 1420 - 2000.
- صحيح مسلم لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المتوفى سنة 261 هـ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة: دار إحياء التراث العربي. بيروت. لبنان. الطبعة الأولى 1375 - 1955.
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، للشيخ محمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة 1250 هـ. طبعة: مكتبة الإيمان بالمنصورة، الطبعة الأولى: 1420 - 1999.
- البيان في مذهب الإمام الشافعي للإمام يحيى بن أبي الخير العمراني المتوفى 558 هـ، تحقيق: قاسم محمد النوري، طبعة: دار المنهاج. بيروت. لبنان. الطبعة الثانية 1424 - 2003.
- العزيز شرح الوجيز للإمام عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني، المتوفى سنة 623 هـ. طبعة: دار الكتب العلمية. بيروت. الطبعة الأولى 1417 هـ - 1997.
- المجموع شرح المذهب للإمام محيي الدين يحيى بن شرف النووي بتحقيق الشيخ محمد نجيب المطيعي. طبعة: مكتبة الإرشاد جدة. السعودية (دط).
- تكملة المجموع للشيخ / محمد نجيب المطيعي طبعة: مكتبة الإرشاد جدة. السعودية (دط).
- الاجتهاد وطبقات مجتهدي الشافعية، للدكتور / محمد حسن هيتو، طبعة: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 1409 - 1988.
- الأعلام لخير الدين الزركلي، طبعة: دار العلم للملايين، الطبعة التاسعة: 1990.
- اليمن في ظل الإسلام، للدكتور: عصام الدين عبد الرؤوف الفقي. طبعة: دار الفكر العربي، الطبعة الأولى 1982.

- تاريخ المذاهب الدينية في بلاد اليمن، د/ أيمن فؤاد السيد، طبعة: الدار المصرية اللبنانية. الطبعة الأولى 1408 – 1988.
- تهذيب الأسماء واللغات للإمام محيي الدين يحيى بن شرف النووي. المتوفى سنة 676هـ. طبعة: دار الفكر. الطبعة الأولى: 1416 هـ - 1996م.
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد الحنبلي المتوفى سنة 1339هـ طبعة: دار الآفاق الجديدة بيروت. تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي بدار الآفاق (دط).
- طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي السبكي المتوفى 771 هـ تحقيق محمد محمد الطناحي، وعبد الفتاح محمد الحلو. طبعة: دار إحياء الكتب العربية (دط)
- طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة، المتوفى سنة 851 هـ. تعليق د/ الحافظ عبد العليم خان. طبعة: عالم الكتب، الطبعة الأولى 1407 هـ - 1987 م.
- مرآة الجنان وعبرة اليقظان فيما يعتبر من حوادث الزمان، لأبي محمد عبد الله اليافعي اليماني. المتوفى 768 هـ. طبعة دار الكتاب الإسلامي. القاهرة. الطبعة الثانية 1413 - 1993.
- معجم البلدان، للشيخ أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. المتوفى سنة 626 هـ. طبعة: دار إحياء التراث العربي. بيروت (دط).

نحو قانون جنائي يعكس في لغته، ومضامينه واقع التطور التكنولوجي



انس برزجو باحث في سلك الدكتوراه

بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

مقدمة :

شاع القول طويلا بأن التكنولوجيا محايدة لا تأثير لها على القانون، وبأن العكس هو الصحيح. لكن الموضوعية تقتضي منا الاعتراف بالأثر المتبادل بين الحقلين. على الأقل، بملاحظة قيام فرع قانوني جديد إثر كل تطور مهم للعلوم والتكنولوجيا، غاية تنظيم استعمالاتها والحد من مخاطرها في كل المجالات¹.

ولما كان القانون الجنائي هو احد هذه الفروع الذي يعمل على تنظيم مجالات استعمال التكنولوجيا، فإنه لم يكن في منأى عن هذا التطور التكنولوجي، خاصة وأن وظيفته تكمن في توفير الحماية الجنائية اللازمة من سوء الاستعمال غير المشروع للوسائل التكنولوجية، وذلك من خلال تحديد الأفعال و العقوبات المقررة لها. لأن سوء استغلال الموارد الرقمية يعد أحد مظاهر سيادة الدولة على إقليمها. ومن هنا يتضح لنا حق الدولة في توقيع العقاب على كل من يخالف قوانينها الجنائية.

كما أن أولى العوائق التي تعترض القانون الجنائي وتحول دون بلوغه الأهداف المرسومة له، هو التطور التكنولوجي، وما صحبه من انعكاس على تطور في الوسائل العلمية والتقنية الحديثة. وما واكبه من ظهور لما يسمى "بالجرائم المعاصرة" مما يتعين القول معه بأن الإجرام المرتبط بالتكنولوجيا، قد أحدث ثورة في فلسفة التجريم والعقاب، والإجراءات الجنائية.

كما يعتبر هذا التطور، من بين أكثر المجالات تحديا للنص الجنائي، إذ بقدر ما تتطور التكنولوجيا و بقدر ما تنتشر و تتعدد منافعها، بقدر ما تتطور صورا لإجرام المعاصر، و تزداد تفريعاته و درجات خطورته.

¹ - محمد الإدريسي المشيشي العلمي: "لهث القانون وراء تهافت العلم والتكنولوجيا"، مقال منشورة بمجلة المحاكم المغربية عدد 156 سنة 2017، ص 20.

ومن المسلم به، أن التركيبة النظامية التي كانت تتفاعل فيها آليات إصدار القواعد بمصادرها واليات تطبيقها، وتفسيرها التي أفضت تاريخيا إلى وجود القاعدة القانونية بصفة عامة، والقانون الجنائي بصفة خاصة. كظاهرة اجتماعية والتي تكون ما يعرف "بصناعة التشريع"، أو "صياغة التشريع". لم تعد الفاعل و المؤثر الوحيد في صياغة، وتحين، وملائمة نصوص القانون الجنائي. بل هناك عوامل أضحت من بين المحركات الرئيسة التي تساعد على بلورة وتطوير القانون الجنائي، سواء في شقه الموضوعي، أو الإجرائي، ولعل من أبرزها ظهور نمط مستحدث من الجرائم الناتجة عن التطور التكنولوجي الذي فرض نفسه على المجتمعات عموما والمشرعين خصوصا.

ومن هذا المنطلق، لا يمكن إلا الاعتراف بالأثر المتبادل بين التطور التكنولوجي والقانون الجنائي – أي ان هناك علاقة تأثير وتأثر.

فالتطور التكنولوجي ساهم بشكل كبير في تطوير نمط السلوك الإجرامي عن طريق تسخير هذه الثورة المعلوماتية من جهة، ومن جهة أخرى شكل فرصة لتطوير قواعد القانون الجنائي عن طريق مجموعة من النصوص القانونية التي حددها المشرع المغربي من اجل مكافحة هذا النوع من الإجرام.

ومما لا يمكن الجزم به، هو أن هذا التطور كانت إيجابياته الكثيرة مقتصرة فقط على قواعد القانون الجنائي، حيث يمكن أن تكون له آثار سلبية خصوصا على مستوى صياغة نصوص القانون الجنائي، سواء في شقه الموضوعي المتعلق بتحديد الأفعال الإجرامية، وكذلك العقوبات المقررة لها، أو على المستوى الإجرائي المرتبط بالبحث، والتحري، والمتابعة، وكذلك الإثبات. وحجتنا في ذلك، هو " أن القانون الجنائي على الرغم من تموقعه و تغلغله في صلب الحقول العلمية و التكنولوجية، يجب ألا يفقده طبيعته العميقة وماهيته و جوهره ومبادئه العامة التي بنيا عليها منذ تاريخ طويل، بل يجب أن نتجه نحو قانون جنائي يعكس في لغته ومضامينه وبنائه الهندسي الواقع الرقمي و التطور التكنولوجي".

وفي خضم هذا النقاش الحاد حول العلاقة الاضطرارية بين القانون الجنائي، والتكنولوجيات الحديثة كأحد تجليات تطور نظريات القانون الجنائي. يصبح التساؤل مشروعا حول ما إذ كانت التكنولوجيا حقيقة حتمية، وفرصة لتطوير القانون الجنائي، أم أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد سبب أبان عن قصور القواعد الكلاسيكية للقانون الجنائي في ملاحقة مرتكبي الجرائم المعاصرة؟ وما هي انعكاسات التطور التكنولوجي على مبادئ القانون الجنائي؟ وهل تأثيرها على القانون الجنائي أدى إلى ميلاد سياسة جنائية معاصرة تستجيب لواقع الجريمة المعاصرة، والتي يمكن أن نسميها ب"السياسة الجنائية الالكترونية" أم إن الأمر يقتصر فقط على مجرد عصرنة وتحديث السياسة الجنائية الكلاسيكية؟

وإذا كان المقام لا يسمح بالحسم والجزم في هذا النقاش الفلسفي، عن طريق إعطاء إجابات شافية لكل هذه الإشكالات المطروحة، والتي كانت محط النقاش القانوني والفلسفي الذي لا يمكن سوى وصفه بالقديم و الجدد.

إلا أن هذا لا يمنعنا من إبداء وجهة نظرنا في هذا الموضوع، ومحاولة تسليط الضوء ولو بنظرة موجزة عن "اثر التطور التكنولوجي على القانون الجنائي" في شقه الموضوعي. ومحاولة تسليطنا الضوء على هذه الإشكالات نقترح مقارنته من زاويتين، الأولى، ونحدث فيها عن اثر التطور التكنولوجي على القواعد الموضوعية، وذلك من خلال البحث في آخر التعديلات التي لحقت القانون الجنائي حتى يتسنى لنا معرفة مدى مواكبة القانون الجنائي للتطور التكنولوجي (المحور الأول).

ومن زاوية ثانية، الانتقال إلى محاولة تحديد انعكاسات التطور التكنولوجي على مبادئ القانون الجنائي على مستوى صياغة النصوص، ثم على مستوى سياسة التجريم (المحور الثاني).

المحور الأول : مدى مواكبة القانون الجنائي في شقه الموضوعي لتطور التكنولوجي :

تحدد معالم السياسة الجنائية في الخطوط العريضة للتشريع الجنائي وتطبيقاته. وعليه يمكننا القول بأن حدود تدخل القانون الجنائي قد اتسعت بحكم التطور الحاصل في مختلف مرافق الحياة، وما صاحب هذا التطور من اضطرابات داخل المجتمع¹ خصوصا مع ما أصبح يعرفه هذا الأخير من تطور في الوسائل العلمية والتقنية الحديثة. وخير مثال على ذلك، ظهور الشبكة المعلوماتية، والإعلام السمعي البصري، والاتصالات بكل حواملها الناتجة عن التطور التكنولوجي.

و قد انعكس هذا التطور الذي عرفه المجتمع المغربي في المجال العلمي والتقني بشكل مباشر على الجريمة، فلم نعد نتحدث عن الجريمة بمفهومها العادي والتقليدي، وأصبحنا أمام ما يعرف بالجرائم المعاصرة² وهي الجرائم الناجمة عن التطور التكنولوجي. وخاصة ما يعرف منها بالجرائم المعلوماتية، وجرائم غسيل الأموال عبر الشبكة المعلوماتية، والجرائم المرتبطة بالحياة الخاصة، وجرائم ترويج الأخبار الزائفة، وكذلك ظهور لما يسمى بالإرهاب الإلكتروني... فالتطور التكنولوجي على الرغم من آثاره الإيجابية، إلا أن له العديد من السلبيات التي تهدد أمن واستقرار المجتمع، ليس في المغرب فقط، بل في العالم بأسره، فالتطور التكنولوجي أدى إلى ظهور مهن ومهارات جديدة يترتب عليها حدوث اضطرابات في أنساق العمل القديمة، وتهديد للمهن القائمة، الأمر الذي يترتب عليه حدوث مشكلات اجتماعية.

¹ - عبد الحميد المليحي " أزمة السياسة الجنائية بالمغرب وسؤال الإصلاح: نحو البحث عن البدائل الممكنة"، مجلة المغربية للقانون الجنائي والعلوم الجنائية، العدد المزدوج 4-5، 2017، ص224.

² - منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، "السياسة الجنائية بالمغرب واقع وأفاق"، المجلد الاول الأعمال التحضيرية للمناظرة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل بمكناس أيام 9.10.11 دجنبر، الطبعة الثانية، 2004، ص209.

وهذا ما دفع تدخل المشرع من خلال القانون الجنائي ليساعد على تنظيم وحماية هذه المصالح الجديدة التي تستقر في المجتمع، ومحاولة كبح جماح سوء الاستعمال التكنولوجي.

تبعاً لذلك، عرفت الترسانة القانونية الزجرية بالمغرب تجديداً مستمرا على مستوى القانون الجنائي الموضوعي، حيث أن القانون الجنائي المغربي منذ صدوره سنة 1962 إلى يومنا هذا عرف مجموعة من التعديلات المواكبة للتغيرات والظواهر الاجتماعية، والاقتصادية، والإجرامية التي يعرفها المجتمع المغربي.¹ وقد بلغ عدد التعديلات المدخلة على القانون الجنائي 29 تعديلاً، سنقتصر فقط على ذكر أهمها والتي لها علاقة بموضوع دراستنا:

أولاً: قانون 03.03² المتعلق بمكافحة الإرهاب:

يعتبر القانون 03.03 المتعلق بمكافحة الإرهاب من أهم النصوص القانونية التي بلورتها السياسة الجنائية ببلادنا، نظراً للصبغة الاستثنائية التي تتميز بها هذه الجريمة عن باقي الجرائم الأخرى، ويترتب عن ذلك احتمال وجود خصوصيات تفترضها طبيعة هذه الجريمة، ولعل من بين أهم ما أفرزته هذه الأشياء، هو تجريم الفعل الإرهابي بنص خاص. وعدم إمكانية تصور خضوع الفعل لأسباب التبرير أو الإباحة.³

ومن خلال استقراء نصوص هذا القانون يتضح لنا جلياً أن المشرع قد حدد مجموعة من صور الجرائم الإرهابية منها ما يتعلق بالجرائم الماسة بالأشخاص، و الجرائم الماسة بالثقة العامة، و الجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات... مما يتعين معه القول أن التطور التكنولوجي كان له أثر مباشر على قانون مكافحة الإرهاب، وهذا ما نلمسه من خلال الفقرة 7 من الفصل 1-218 للجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات عندما ترتكب عمداً في إطار مشروع فردي، أو جماعي يهدف إلى المس الخاطر بالنظام العام، جريمة إرهابية.

هذا وتعتبر جرائم نظام المعالجة الآلية للمعطيات من بين أهم الجرائم المستحدثة، والملحقة بالقانون الجنائي نظراً لخطورتها الشديدة عندما ترتكب بغرض الإرهاب، وقد ترتب عن التطور الحاصل في مجال المعلومات⁴، بروز نوع مستحدث من الجرائم وازدادت هذه الثورة الكبرى، والطفرة الهائلة للتقدم التكنولوجي، وهو ما اصطلح عليه الفقه المعاصر "بالإرهاب الإلكتروني".

¹ - عبد الحميد المليحي، مرجع سابق، ص 224.

² - ظهير شريف رقم 140-03-140 صادر في 26 من ربيع الأول 1424 (28 ماي 2003) بتنفيذ القانون رقم 03-03 المتعلق بمكافحة الإرهاب، والذي تم تنميته بقانون رقم 86.65 يقضي بتغيير وتنظيم بعض أحكام مجموعة القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية المتعلقة بمكافحة الإرهاب.

³ - يونس بوعلال "السياسة الجنائية الموضوعية للمشرع المغربي في مواجهة جرائم الإرهاب" مقالة منشورة في مجلة القانون وأعمال ص 10 بتاريخ 29-05-2017.

⁴ - عبد الله بن عبد العزيز بن فهد العجلان "الإرهاب الإلكتروني في عصر المعلومات" بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الأول حول "حماية أمن المعلومات والخصوصية في قانون الإنترنت"، والمنعقد بالقاهرة في المدة من 2-4 يونيو 2008م ص 66.

إن خطورة الإرهاب الإلكتروني تزداد في الدول المتقدمة، والتي تدار بنيتها التحتية بالحواسب الآلية، والشبكات المعلوماتية، مما يجعلها هدفاً سهل المنال، فبدلاً من استخدام المتفجرات، تستطيع الجماعات والمنظمات الإرهابية من خلال الضغط على لوحة المفاتيح تدمير البنية المعلوماتية، وتحقيق آثار تدميرية تفوق مثيلاتها التي تستخدم فيها المتفجرات، فيمكن شن هجوم إرهابي مدمر لإغلاق المواقع الحيوية وإلحاق الشلل بأنظمة القيادة والسيطرة والاتصالات. أو قطع شبكات الاتصال بين الوحدات والقيادات المركزية، أو تعطيل أنظمة الدفاع الجوي، أو إخراج الصواريخ عن مسارها، أو التحكم في خطوط الملاحة الجوية والبرية والبحرية، أو شل محطات إمداد الطاقة والماء، أو اختراق النظام المصرفي وإلحاق الضرر بأعمال البنوك وأسواق المال العالمية¹.

وتأسيساً على ما سبق يمكننا القول بأن الإرهاب الإلكتروني هو إرهاب المستقبل، وهو الخطر القادم؛ نظراً لتعدد أشكاله، وتنوع أساليبه، واتساع مجال الأهداف التي يمكن من خلال وسائل الاتصالات وتقنية المعلومات مهاجمتها في جو مريح وهادئ، بعيداً عن الإزعاج والفوضى، مع توفير قدر كبير من السلامة والأمان للإرهابيين.

كما أن اعتماد الدول على وسائل الاتصالات وشبكات المعلومات، سيكون عاملاً فاعلاً في فتح المجال أمام الإرهابيين لتحقيق أهدافهم، وتدمير المنتجات التقنية الحديثة. والتي تخدم الإنسانية وتسهل التواصل المعرفي، والعلمي والثقافي، إذن المعلومات في هذا القرن، أصبحت عرضة لكافة المخاطر المحتملة من هذا النمط المتجدد من الإرهاب المعاصر. فالإرهاب الإلكتروني يهدف إلى تدمير البنية التحتية المعلوماتية، وتعرض المجتمعات العالمية إلى مخاطر غير محتملة و غير متوقعة².

ووعياً من المشرع المغربي بخصوصية الإجرام المعلوماتي، وانعكاسه على أمن المجتمع المغربي، قام من خلال القانون 03.03 المتعلق بمكافحة الإرهاب، وتحديد في الفصل 1-218 الذي ينص على انه " تعتبر الجرائم الآتية أفعال إرهابية...7- الجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات " ويعتبر القانون 03.03 أول قانون يتضمن إشارة صريحة للإجرام المعلوماتي كوسيلة للقيام بأفعال إرهابية تهدف إلى المساس الخطير بالنظام العام بواسطة التخويف.

ثانياً : قانون 43.05³ المتعلق بمكافحة غسل الأموال :

إن غسل الأموال هو عبارة عن إخفاء حقيقتها المستمدة من طريق غير مشروع؛ عن طريق القيام بتصديرها أو إيداعها في مصارف دول أخرى، ثم نقلها واستثمارها في أنشطة مشروعة للإفلات بها من

¹ علي عسيري، "الإرهاب والإنترنت" الطبعة الأولى، الرياض جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية 2006 ص 5 كتاب منشور بموقع الإلكتروني المهمل تاريخ الإطلاع عليه 2017-12-28

² أسماء الحسين، "أسباب الإرهاب والعنف والتطرف دراسة تحليلية"، السجل العلمي لمؤتمر موقف الإسلام من الإرهاب، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، الرياض جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية 2004

³ - ظهير شريف رقم 1.07.79 صادر في 28 من ربيع الأول 1428 (17 أبريل 2007) بتنفيذ القانون رقم 43.05 المتعلق بمكافحة غسل الأموال

الضبط والمصادرة، وإظهارها كما لو كانت متحصلة من مصادر مشروعة¹، وتعتبر هذه الجريمة من بين الجرائم المعاصر التي تهدد الاقتصاد الوطني.

لكن ما يزيد الأمر تعقيدا في هذه الجريمة، هو لجوء الجناة إلى وسائل جد متطورة ومعقدة، من أجل غسل أموالهم خصوصا أمام التقدم التكنولوجي، وما عرفه من ظهور وسائل مستحدثة تزيد من تطوير هذه الأساليب وتعقيدها وجعل مهمة مكافحتها صعبة. ولعل أهم هذه الطرق المستحدثة؛ غسل الأموال باستخدام شبكة الإنترنت² وذلك من خلال النقود الإلكترونية (الرقمية).

كما ان التكنولوجيا الحديثة ساعدت في إحداث ثورة في الممارسات، والنظم المصرفية الحالية. ومع نجاح استخدام هذه التكنولوجيا ازدادت فرص نجاح مبيضى الأموال في القيام بعملياتهم المشبوهة؛ إذ يتم التعامل بالنقود الإلكترونية دون الحاجة إلى ظهور الهوية الحقيقية للمتعاملين، مما يخلق فرصة المبيضين لاستخدامها في جرائمهم. كما أن طابع السرية الذي تتميز به هذه النقود، يجعل مهمة السلطات المختصة بمراقبة الجريمة مهمة صعبة، لصعوبة مراقبة السجلات والعمليات المالية التي تتم باستخدامها³.

إذ تعد النقود الإلكترونية وسيلة مثالية لاختزان القيمة النقدية لأموال متحصلة من مصدر غير مشروع تمهيدا لتبييضها، وهنا يبرز الجانب السلبي لهذه الوسيلة المتطورة من وسائل الدفع؛ بحيث تتحول إلى وسيلة لارتكاب الجريمة، على اعتبار أن مراقبتها في غاية الصعوبة، فهي ليست مادية محسوسة يمكن مراقبة حركتها، ولا تظهر الهوية الحقيقية للمتعاملين بها، وبهذه الطريقة يستطيع المجرم القيام بما يشاء من العمليات المالية للوصول إلى غايته الحقيقية في إخفاء حقيقة أمواله غير المشروعة، إذن توجد إمكانية كبيرة لتبييض الأموال باستخدام النقد الرقوى من خلال مرحلتى الإيداع والدمج؛ ففي المرحلة الأولى، يبدأ حائز المال المراد تبييضه بتدويره عن طريق إيداعه في المؤسسة المالية⁴ سواء في العالم المادي أو الافتراضى بطريقة الإيداع الرقوى. وبذلك يتفادى قيود المحاسبة الورقية. وفي مرحلة الدمج، يقوم الحائز بإجراء تحويلات رقمية إلى دول خالية من عمليات تبييض الأموال، ثم يعيد تحويلها إلى أماكن أخرى وإدخالها في حركة الاقتصاد العالمى دون أن تتعرض لخطر كشف مصدرها الحقيقى .

وهكذا نجد أن النقود الإلكترونية هى وسيلة من الوسائل التي أفرزتها التكنولوجيا الحديثة من أجل تسوية المعاملات التجارية والمالية دون الحاجة لوجود النقود السائلة التقليدية، لتمتعها بعدد من الميزات التي تمكن أصحاب الأموال غير المشروعة من استخدامها كوسيلة لارتكاب جريمة تبييض الأموال. وهنا يظهر خطر

¹ -يوسف أمين شاكر، عمر محمد بن يونس، غسل الأموال عبر الأنترنت (موقف السياسة الجنائية)، الطبعة الأولى، دون دار النشر، القاهرة ، 2004،

ص 28

² - عبد الفتاح بيومي حجازي ، جريمة غسل الأموال بين الوسائط الإلكترونية ونصوص التشريع، الطبعة الأولى القاهرة، ص 65

³ -عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 70

⁴ - جلال وفاء محمدين، دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 34

استخدام هذه النقود بشكل غير مشروع؛ بقصد ارتكاب هذه الجريمة خلافا للغاية الحقيقية التي وجدت من أجلها.

ثالثا: قانون 07.03 المتعلق المتعلق بالمس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات :

بعد مصادقة المغرب على اتفاقية بودابست المتعلقة بمكافحة الجريمة المعلوماتية، كان من لزاما على المغرب أن يلائم تشريعاته مع المعايير الدولية. ولسد فراغ التشريع كذلك، خصوصا وأن المغرب عرف مجموعة من الجرائم المعلوماتية. ونظرا لغياب نص قانوني يجرم هذه الأفعال، كان القضاء المغربي في كثير من الحالات يعتمد على القواعد والقوانين التقليدية في معاقبة الجناة، وأمام التطور التكنولوجي المتزايد، ظهرت الحاجة الملحة لمثل هذه القوانين؛ فقام المشرع المغربي بإصداره سنة 2003 من خلال القانون 07.03 المتعلق بالمس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات، الذي تمت إضافته إلى المجموعة الجنائية المغربية في الباب العاشر من الجزء الأول، الكتاب الثالث¹.

ووعيا من المشرع المغربي بخطورة الجريمة، قام بوضع القانون 07.03 المتعلق بالمس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات من الفصول 3-607 إلى 11-607 من ق.ج وبالتالي وضع الإطار القانوني لهذه الجريمة. إلا أنه في هذا القانون، لم يورد المشرع أي تعريف للجريمة الإلكترونية وذلك راجع لطبيعة وخاصة هذه الأخيرة. فقام بمحصر مجموعة من الصور التي يمكن أن تتخذها الجريمة الإلكترونية، والتي يمكن أن نذكر منها: الدخول الاحتيالي إلى مجموع أو بعض نظام المعالجة الآلية للمعطيات، البقاء في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات بعد الدخول خطأ فيه، حذف أو تغيير المعطيات المدرجة في نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو التسبب في اضطراب في سيره².

العرقلة العمدية لسير نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو إحداث خلل فيه³، إدخال معطيات في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو إتلافها أو حذفها منه أو تغيير المعطيات المدرجة فيه، أو تغيير طريقة معالجتها أو طريقة إرسالها بشكل احتيالي، التزوير أو التزييف لوثائق المعلومات أيا كان شكلها إذ كان من شأن التزوير أو التزييف إلحاق الضرر بالغير.

¹ - خالد عثمان "مكافحة الجريمة الإلكترونية في ضوء التشريع المغربي" مجلة العلوم الجنائية العدد الأول 2014، ص 39.

² - ينص الفصل 3-607 ق.ج على ما يلي " يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبالغرامة من 2000 إلى 10000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من دخل إلى مجموع أو بعض نظام المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال.

ويعاقب بنفس العقوبة من بقي في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو في جزء منه، كان قد دخله عن طريق الخطأ وهو غير مخول له حق دخوله. تضاعف العقوبة إذا نتج عن ذلك حذف أو تغيير المعطيات المدرجة في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات، أو اضطراب في سيره"

³ - الفصل 5-607 ق.جفينص على ما يلي:

"يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من 10000 إلى 200000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من عرقل عمداً سير نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو أحدث فيه إخلالا"

استعمال وثائق معلومات مزورة أو مزيفة، صنع تجهيزات أو أدوات أو إعداد برامج للمعلومات، أو أية معطيات أعدت أو اعتمدت خصيصا لأجل ارتكاب هذه الجرائم، أو تملكها أو حيازتها، أو التخلي عنها للغير، أو عرضها رهن إشارة الغير، المشاركة في عصابة أو اتفاق لأجل الإعداد لهذه الجرائم.

ولقد وضع المشرع المغربي في القانون 07.03 مجموعة من العقوبات الجزئية لكل جريمة، وبالتالي يكون المشرع قد سد نوعا ما الفراغ التشريعي الذي كان يحدثه هذا النوع من الإجرام. إلا أن الجرم المعلوماتي عرف مجموعة من الصور الأخرى راجع إلى موضوع الجريمة و الوسيلة التي ارتكبت به.

غير أن المشرع المغربي عند سنه للقانون 07.03 قد أغفل بعض الأفعال ولم يضمها ضمن دائرة التجريم. وكذلك فيما يخص القواعد الإجرائية التي يتم إعمالها في هذا النوع الخاص من الجرائم، والتي سوف نتطرق إليها في النقطة الثانية عند حديثنا عن انعكاسات التطور التكنولوجي على مبادئ القانون الجنائي.

رابعا: قانون 103.13 المتعلق بالعنف ضد النساء :

نظرا للتقدم العلمي السريع، واتساع استخدام أجهزة الاتصال الحديثة على نطاق واسع، تعرضت الحياة الخاصة لانتهاكات متعددة، مما دفع معظم التشريعات إلى بسط حماية أكبر للحق في الخصوصية، كأحد الحقوق الفردية المعبرة عن الحرية الشخصية، وإن اختلفت هذه التشريعات في وضع مفهوم محدد للحق في الحياة الخاصة¹.

وأمام هذه التحديات الراهنة للتكنولوجية وسرعة انتقال وانتشار الصور والمعطيات التي لحقت ضررا مباشرا بجرمة الحياة الخاصة، فقد كان إلزاما على المشرع الجنائي المغربي أن يبسط حمايته القانونية على الحق في الحياة الخاصة، بعدما طالته انتهاكات كثيرة، مستجيبا لمبدأ الشرعية - الجنائية " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني" الذي كان يمنع ملاحقة بعض الأفعال المستحدثة²، وهو ما تجسد فعلا من خلال التعديلات المدخلة على القانون الجنائي عن طريق قانون محاربة العنف ضد النساء رقم 103.13 الذي دخل حيز التنفيذ في 12 شتنبر 2018 المتم والمعدل لبعض مقتضيات القانون الجنائي؛ والذي جرم من خلاله المشرع ضمن الفصول 1- 447 و 2-447 و 44703، مجموعة من الأفعال اعتبرها اعتداء على حرمة الحياة الخاصة، خصوصا المرتكبة بوسائل معلوماتية حديثة، أهمها :

- التقاط أو تسجيل، أو بث، أو توزيع أقوال ومعلومات صادرة بشكل خاص او سري، دون موافقة أصحابها.
- تثبيث أو تسجيل، أو بث، أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص، دون موافقته.

¹ إن الفقه عرفها من زاوية الحق في الحياة الأسرية والشخصية والداخلية والروحية للشخص، عندما يعيش وراء باب المغلق، وقد قيل ان الحق في الحياة الخاصة هو حق الفرد في استبعاد الآخرين من نطاق حياته الخاصة، والحق في احترام ذاتيته الشخصية، ويعني أيضا حق الشخص في أن يحتفظ بأسرار من المتعذر على العامة معرفتها إلا بإرادة صاحب الشأن، والتي تتعلق بصفة أساسية بحقوقه الشخصية

² ياسين الكعيوش " العناصر التكوينية لجريمة انتهاك الحق في الصورة "مقالة منشورة بموقع الالكتروني للمجلة الالكترونية مغرب القانون

• بث أو توزيع تركيبة مكونة من أقوال شخص، أو صورته دون موافقته، أو القيام ببث وتوزيع ادعاءات، أو وقائع كاذبة، بقصد المس بالحياة الخاصة للأشخاص أو التشهير بهم.

ومن البديهي أن يتفطن المشرع الجنائي إلى تجريم تلك الأفعال الماسة بالحق في الحياة الخاصة، نتيجة الانتهاكات التي مست الفرد في ذاته وجوهره وسمعته، بعدما أصبحت نعمة التكنولوجيا الحديثة ووسائل التواصل الاجتماعي، نقمة على حياة البعض الذي يفضل كتمان أموره الخاصة.

وقد سبق للمشرع المغربي أن جرم التدخل في الحياة الخاصة للأشخاص، وكذلك المس بالحق في الصورة، وذلك بموجب قانون الصحافة والنشر رقم 88.13 الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 15 غشت 2016. حيث اعتبر هذا القانون كل تعريض لشخص يمكن التعرف عليه، وذلك عن طريق اختلاق ادعاءات أو إفشاء وقائع، أو صور فوتوغرافية، أو أفلام حميمة لأشخاص تتعلق بحياتهم الخاصة. ما لم تكن لها علاقة وثيقة بالحياة العامة، أو الرأي العام، جريمة يعاقب عليها. والملاحظ أن المشرع جرم فعل التدخل في الحياة الخاصة، حالة النشر دون موافقة الشخص المعني بالأمر، أو إذا كان ما تم نشره من معلومات يقصد منه المس بالحياة الخاصة للأشخاص والتشهير بهم.

لكن ما دامت هذه المقتضيات جاء التنصيص عليها ضمن قانون الصحافة والنشر، وهو قانون خاص تبقى مقتضياته قاصرة على فئة الصحفيين والصحافيات، والمؤسسات الصحافية حسب المادة الأولى منه؛ فمن هنا طرحت إشكالات واقعية تتعلق بارتكاب هذه الأفعال من طرف أشخاص عاديين على مواقع التواصل الاجتماعي أو المواقع الإلكترونية؛ حيث كان التعويض فقط في إطار المسؤولية التقصيرية طبقاً للفصل 77 ق ل ع م الذي ينص " على كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار من غير أن يسمح له به القانون فحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا أثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر، وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر".

والملاحظ أن التطورات السريعة في عالم المعلومات والأجهزة الرقمية مست جانباً من حياة الأشخاص، نظراً لسهولة وسرعة انتقال الصور الشخصية، وتداولها في العالم الافتراضي. مما جعل القانون الجنائي في صيغته الماضية، في موضع لا يحسد عليه؛ إذ بات غير قادر على ملاحقة بعض الأفعال المستحدثة الماسة بصورة الشخص، والتي كانت نتاج الجانب السلبي للنظام المعلوماتي، ومن ثمة تفاعل المشرع الجنائي بإضافة مقتضيات جديدة لسد الفراغ التشريعي، حيث حدد السلوك المراد تجريمه وعقوبته، معتبراً إياه انتهاكاً لحق الشخص في صورته.

وفي ختام هذه الفقرة التي حاولنا من خلالها دراسة مدى مواكبة القانون الجنائي للتطور التكنولوجي، وذلك من خلال دراسة لبعض النصوص القانونية التي لها ارتباط بالموضوع. يمكننا القول إن الثورة التكنولوجية قد فرضت على المشرع المغربي تحديات كبيرة ومتجددة، حيث وجد هذا الأخير نفسه ملزماً بالتدخل من أجل إصدار وتأهيل عدة نصوص قانونية مرتبطة بالجانب الزجري مستجيبة في ذلك لمتطلبات مواكبة التطور التكنولوجي،

وتقنين استعمال النظم المعلوماتية، لتكون التكنولوجية بذلك هي حقيقة حتمية، وفرصة جعلت المشرع المغربي يعمل على تطوير القانون الجنائي، ليصبح بذلك مواكبا نوعا ما للتطور التكنولوجي، وملائما كذلك للمعايير الدولية.

المحور الثاني: انعكاسات التطور التكنولوجي على مبادئ القانون الجنائي

إن أولى الخصائص التي يقوم عليها القانون الجنائي؛ هي أن يكون مبنيا على الواقع، ويكون مطابقا له، فلا يملك المشرع أن يستعمل الافتراض في سن القاعدة الجزائية.

فمطابقة القانون الجنائي للواقع هو ما نعبر عنه بالنموذج القانوني للجزائية¹، كما أن طبيعة القانون الجنائي لا تقف فقط عند فكرة النموذج القانوني للجزائية، وإنما يضيف الفقه كذلك خاصية التحديد الدقيق لنصوصه، فبما أن القواعد الجنائية تتصدى للركائز الأساسية للحياة، فلا بد أن تتوفر في صياغتها الوضوح، والبساطة، والدقة، وتحديد المفاهيم. لما قد ينتج عنه من آثار تنعكس سلبا على الشرعية الجنائية²، كما أن هذه الخصائص من شأنها أن تبعد القانون الجنائي من ميدان التفسير وتجنبه مغبة التأويل التي لا تنسجم مع مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، ومن هذا المنطلق يصبح التساؤل مشروعا حول ما إذا كانت التكنولوجية قد آثرت فعلا على صياغة قواعد القانون الجنائي؟ وهل فعلا حافظت على مبدأ الشرعية الجنائية وما يترتب عنها من مبادئ أخرى؟

أولا : على مستوى صياغة النصوص :

من المسلم به أنه لتطبيق القاعدة الجنائية تطبيقا صحيحا، لا بد من الوقوف على مفاهيمها وتحديد المراد منها، فإذا كانت هذه القاعدة واضحة فإنها لا تثير أي إشكال في تطبيقها، لكن إذا اكتنفها غموض، أو اعترتها نقص فإنها تحتاج إلى تفسير للوصول إلى المعنى الذي أراده المشرع لها، ومن المعلوم أن هذا التفسير يجب أن يحترم مبدأ التفسير الضيق لنصوص القانون الجنائي وعدم تفسيره تفسيراً عاماً.

ومن المعلوم أيضا أن هذا التطور الذي باث يعرفه المجتمع اليوم ساعد على تطور السلوك الإجرامي، وبالتالي ظهور الجرائم المعاصرة، كالجرائم المعلوماتية. كل هذا فرض على المشرع المغربي أن يستعمل بعض المصطلحات و المفاهيم التقنية و المرتبطة أساسا بالتطور التكنولوجي. وعلى سبيل المثال، إذا عدنا إلى بنية النص القانوني المنظم للجرائم المعلوماتية نجده يستعمل بعض المصطلحات، والصيغ العامة ومنها ما هو وارد في الفصل 3-607 ق.ج حيث أن صيغة النص جاءت عامة فيما يتعلق بالركن المادي للجريمة المتمثل في الدخول إلى نظام المعالجة، والذي يتحقق بأي صورة من صور التعدي، وبغض النظر عن الوسيلة المستعملة. ونفس الشيء نجده

¹ - عبد السلام بن حدو، "الوجيز في القانون الجنائي المغربي - المقدمة والنظرية"، الطبعة الثالثة، مطبعة اسبارطيل، طنجة، 2008، ص 8.

² - نفس المرجع سابق، ص 10.

في الفصل 5-607 ق.ج،¹ المتعلق بعرقلة سير النظام حيث جاءت هي الأخرى عامة؛ فالمرجع لم يشترط أي وسيلة معينة لحصول العرقلة، وبخصوص الفصل 6-607 ق.ج المتعلق بالاحتيايل المعلوماتي فقد نص أيضا على الركن المادي للجريمة والمتمثل في الإدخال، الحذف، التغيير، لكنه لم ينص على الركن المعنوي في الفصل السابق، كذلك لم يعطي تعريفا محمدا لهذه المصطلحات (المعطيات، المعلومات، نظام المعالجة الآلي...) كذلك فيما يخص جريمة التزوير المعلوماتي المنصوص عليها في الفصل 7-607 لم يحدد عناصر التزوير، ولا الوسيلة التي يمكن التزوير بواسطتها. مما يطرح إشكال إمكانية تطبيق الفصول 357-359 من ق.ج.²

ثانيا : على مستوى سياسة التجريم :

قلبت الجرائم المرتبطة بالتطور التكنولوجي العديد من المفاهيم القانونية السائدة، خصوصا على مستوى القانون الموضوعي، من حيث التجريم، والعقاب. بفعل ازدواجية طبيعتها بين جريمة إلكترونية محضة، تستهدف الأنظمة و البيانات الإلكترونية في حد ذاتها. أو كجريمة عادية مرتكبة بواسطة تقنية المعلومات، كآلية من أجل التواصل والتخطيط لتنفيذ المشاريع الإجرامية، مما يتعين القول معه بأن الإجمام المعلوماتي قد أحدث ثورة في فلسفة التجريم و العقاب، والإجراءات الجنائية. فعلى الرغم من وعي المشرع المغربي بخطورة الجريمة المعلوماتية، إلا أنه لم يتعامل بشمولية مع خطورة هذه الجرائم، وما تفرضه من تحديات تهدد الاستقرار المادي والشخصي للإنسان.

حيث أنه لم ينص على مجمل الجرائم الإلكترونية، واكتفى ببعضها، و هو ما جعل النص القانوني المطبق محل غموض على الكثير من الأفعال التي يعتبرها الفقه الجنائي جرائم معلوماتية. لاسيما وأن هذا القانون الجنائي محكوم بمبادئ لا مناص منها، كمبدأ الشرعية طبقا لمبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، وأيضا محكوم بمبدئين مترتبين عن المبدأ الأول، وهما عدم جواز التفسير الواسع، و أيضا انعدام القياس، فلا يجوز بناء على هذه المبادئ، وعلى هذا المنطق القانوني، أن تتم متابعة مقترفي أفعال تشكل جرائم معلوماتية بحسب الفقه، ولكنها غير منصوص عليها في القانون. وهذا الفراغ الأكيد سيستفيد منه الكثير من مقترفي هذه الجرائم، وسيهدد الحياة الشخصية والمالية للعديد من الأشخاص الذين يتعرضون لاعتداءات أو تهديدات ذات طابع إلكتروني. ومن بين صور هذه الجرائم التي تقع خارج دائرة التجريم والعقاب؛ عدم التجريم، الاعتراض غير المشروع، أو ما يعرف تقنية التقاط البيانات المعلوماتية عن طريق دبدبات الحقل المغناطيسي.

لقد نصت الاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات المقارنة على تقنية التقاط البيانات المعلوماتية باعتبارها جريمة مستقلة عن باقي أنواع الجرائم المعلوماتية، فبالرجوع إلى اتفاقية بودابست المتعلقة بالإجمام المعلوماتي³ يتضح أنها بعد أن نصت في مادتها الثانية على إلزام الدول الأطراف في الاتفاقية بتجريم الدخول غير

¹ - رشيد وظيفي " الإطار القانوني للجريمة الإلكترونية في التشريع المغربي " سلسلة ندوات محكمة الإستئناف بالرباط، العدد السابع 2014 مطبعة الأمنية- الرباط ص 30

² -رشيد وظيفي، مرجع سابق، ص 32-36

³ -الاتفاقية الأوروبية الموقعة ببودابست في 23 نونبر 2001.

المشروع لأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، نصت في المادة الثالثة على ضرورة قيام الدول الأطراف بتجريم الاعتراض غير المشروع، وذلك بتضمين تشريعاتها الوطنية نصوصاً تقضي بأنه تعتبر جرائم العمليات التي ترتكب عن عمد بغية اعتراض خط سير البيانات دون وجه حق، وذلك اعتماداً على الوسائل التقنية بما في ذلك ما يتعلق بما ينبعث من منظومة الكمبيوتر من موجات كهرومغناطيسية¹.

وعلى مستوى التشريع المغربي نجد المادة 115 من قانون المسطرة الجنائية قد نصت على ذلك، وإذا كان هذا النص قد جرم عملية الالتقاط صراحة، إلا أنه ربط هذه العملية بالمراسلات أو الاتصالات المنجزة، أو المرسله بواسطة وسائل الاتصال عن بعد، حسب ما يستنتج من ربط النص للالتقاط بهذا النوع من المراسلات. ومن تنصيصه أن التجريم والعقاب في هذه الحالة متوقف على إنجاز الالتقاط خلافاً للمقتضيات المشار إليها في المواد السابقة على المادة 115 المذكورة، علماً أن المواد المذكورة تنظم مسطرة التقاط المكالمات والاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد تحت مراقبة السلطات القضائية المختصة وبأمر منها كما يدل على ذلك عنوان الباب الخامس من قانون المسطرة الجنائية. وهو ما يعني أن المادة 115 السالفة الذكر تقدم حلاً جزئياً يهتم حالة التقاط المراسلات المنجزة بواسطة وسائل الاتصال عن بعد. أما حالة التقاط بيانات الحاسوب عن طريق دبدبات الحقل المغناطيسي فإنها تتحقق حتى ولو كان الحاسوب غير مرتبط بشبكة الانترنت، وحتى لو كانت البيانات موضوع الالتقاط بيانات مخزنة في ذاكرة الحاسوب أو غير مرسله أو معدة للإرسال. الشيء الذي يقتضي تدخل المشرع لتجريم هذه الصورة واعتبارها من صور الإجرام المعلوماتي، بنص صريح ومستقل، وفق ما تنص عليه الاتفاقيات الدولية في هذا الباب².

ومن الجرائم الأخرى التي لم يجرمها المشرع المغربي نجد فيروس البريد الإلكتروني الذي يصيب البيانات المعلوماتية، ويتضح من خلال طريقة اشتغاله، أنه من التقنيات التي لا يمكن أن تدخل تحت مظلة جرائم الولوج إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصلين 3-607 و4-607 من القانون الجنائي. وإنما يمكن اعتبارها من جرائم عرقلة سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات المنصوص عليها في الفصل 5-607 من القانون السالف الذكر³.

ومما يحول دون أعمال أحكام الفصل 5-607 بشأن فيروس البريد الإلكتروني، هو أن المشرع يعاقب على عرقلة سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات ككل. بينما تتميز تقنية فيروس البريد الإلكتروني بكونها تعطل جزء من هذا النظام فقط، فالمشرع عند معاقبته على الولوج دون وجه حق لنظام المعالجة الآلية للمعطيات، نص على معاقبة الولوج سواء كان كلياً أو جزئياً. لكن عندما نظم أفعال عرقلة سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات، تحدث

¹ عبد الرحمان المتوني "الإجرام المعلوماتي بين ثبات النص وتطور الجريمة" سلسلة ندوات محكمة الإستئناف بالرباط، العدد السابع 2014 مطبوعة الأمنية-الرباط ص 63.

² عبد الرحمان المتوني، مرجع سابق ص 66.

³ عبد الرحمان المتوني، مرجع سابق ص 67.

النظام ككل و لم يدرج عبارة "عرقلة النظام جزئيا" على نحو يمكن القول معه أن الدفع بالشرعية الجنائية وما تفرضه من تفسير ضيق للنص و تحريم للقياس، من شأنه أن يخرج الاعتداءات التي تتم بواسطة فيروس البريد الالكتروني من نطاق التجريم و العقاب، و يلحقها بلائحة الاعتداءات الخطيرة التي تتم بواسطة تكنولوجيا المعلومات، دون أن تطالها يد العدالة الجنائية¹.

وانطلاقا مما سبق يمكننا الآن الجزم بأن جميع الجرائم الكلاسيكية المنصوص عليها في مجموعة نصوص القانون الجنائي، يمكن أن ترتكب بواسطة تكنولوجيا المعلومات، و هو ما يعني أن ملائمة جميع الجرائم الكلاسيكية مع مستجدات و تفرعات الإجرام المعلوماتي، قد تفضي في نهاية المطاف إلى خلق قانون جنائي معلوماتي بموازاة القانون الجنائي الكلاسيكي، كما هو الحال في جريمة السرقة وما تثيره من إشكالات حول المفهوم المادي للأموال...²

خاتمة :

وختام ما تم التطرق له سابقاً، يمكننا الإشارة إلى ما يلي :

- لقد أصبح رهان التشريعات الجنائية الحديثة، متوقفا على مدى قدرتها في احتواء حركية الواقع بوتيرته المتسارعة. بحيث لم يعد اليوم مقبولا ولا حتى مستساغا، التكرار للفائدة القصوى التي يحوزها موضوع " تحديث نظريات القانون الجنائي " باعتباره نتيجة طبيعة ومنطقية لتصحيح الأسس التي يقوم عليها القانون الجنائي .
- كما أن التركيبة النظامية التي كانت تتفاعل فيها آليات إصدار القواعد بمصادرها واليات تطبيقها وتفسيرها لم تعد الفاعل و المؤثر الوحيد في صياغة وتحيين وملائمة نصوص القانون الجنائي، بل هناك عوامل أضحت من بين المحركات الرئيسة التي تساعد على بلورة وتطوير القانون الجنائي سواء في شقه الموضوعي، أو الإجرائي، ولعل من أبرزها ظهور نمط مستحدث من الجرائم الناتج عن التطور التكنولوجي الذي فرض نفسه على المجتمعات عموما والمشرعين خصوصا.
- يتعين على القانون الجنائي أن يرفع التحديات الناتجة عن التغيرات التكنولوجية، بتقديم أجوبة مناسبة، نسبيا قارة وفي الوقت الملائم، ويرتبط الأمر بنوع رد الفعل الجنائي، ومدى واقعيته، وقدرته على إدماج المعطيات التقنية المتطورة الجديدة.
- أن القانون الجنائي وعلى الرغم من تموقعه وتغلغله في صلب الحقول العلمية والتكنولوجية، يجب ألا يفقده ذلك طبيعته العميقة وماهيته وجوهره ومبادئه العامة التي بني عليها منذ تاريخ طويل. بل يجب ان نتجه نحو قانون جنائي يعكس في لغته ومضامينه وبناءه الهندسي الواقع الرقمي و التطور التكنولوجي.

¹ عبد الرحمان المتوني، مرجع سابق ص68

² للمزيد من التوضيح راجع عبد الرحمان المتوني، مرجع سابق ص 51-60.

• لائحة المراجع المعتمدة :

الكتب :

- علي عسيري، "الإرهاب والإنترنت" الطبعة الأولى، الرياض جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية 2006 .
 - أسماء الحسين، " أسباب الإرهاب والعنف والتطرف دراسة تحليلية"، السجل العلمي لمؤتمر موقف الإسلام من الإرهاب، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، الرياض جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية 2004
 - يوسف أمين شاكر، عمر محمد بن يونس، غسل الأموال عبر الأنترنت (موقف السياسة الجنائية)، الطبعة الأولى، دون دار النشر، القاهرة، 2004.
 - عبد الفتاح بيومي حجازي، جريمة غسل الأموال بين الوسائط الإلكترونية ونصوص التشريع، الطبعة الأولى القاهرة.
 - جلال وفاء محمدين، دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
 - عبد السلام بن حدو، " الوجيز في القانون الجنائي المغربي - المقدمة و النظرية "، الطبعة الثالثة، مطبعة اسبارطيل، طنجة، 2008.
- مجلات و الدراسات :

- محمد الإدريسي المشيشي العلمي: " لهث القانون وراء تهافت العلم والتكنولوجيا"، مقال منشورة بمجلة المحاكم المغربية عدد 156 سنة 2017.
- عبد الحميد المليحي " أزمة السياسة الجنائية بالمغرب وسؤال الإصلاح: نحو البحث عن البدائل الممكنة"، مجلة المغربية للقانون الجنائي و العلوم الجنائية، العدد المزدوج 4-5، 2017.
- منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية و القضائية، "السياسة الجنائية بالمغرب واقع وأفاق"، المجلد الأول الأعمال التحضيرية للمناظرة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل بمكناس أيام 9.10.11 دجنبر، الطبعة الثانية، 2004.
- يونس بوعلال " السياسة الجنائية الموضوعية للمشروع المغربي في مواجهة جرائم الإرهاب" مقالة منشورة في مجلة القانون وأعمال ص 10 بتاريخ 29-05-2017.
- عبد الله بن عبد العزيز بن فهد العجلان " الإرهاب الإلكتروني في عصر المعلومات" بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الأول حول " حماية أمن المعلومات والخصوصية في قانون الإنترنت"، والمنعقد بالقاهرة في المدة من 2 - 4 يونيو 2008م.
- خالد عثمانى " مكافحة الجريمة الإلكترونية في ضوء التشريع المغربي" مجلة العلوم الجنائية العدد الأول 2014.

- ياسين الكعيوش " العناصر التكوينية لجريمة انتهاك الحق في الصورة "مقالة منشورة بموقع الالكتروني للمجلة الالكترونية مغرب القانون www.maroclaw.com.
- رشيد وظيفي " الإطار القانوني للجريمة الإلكترونية في التشريع المغربي " سلسلة ندوات محكمة الإستئناف بالرباط، العدد السابع 2014 مطبعة الأمنية-الرباط.
- عبد الرحمان المتوني " الإجرام المعلوماتي بين ثبات النص وتطور الجريمة " سلسلة ندوات محكمة الإستئناف بالرباط، العدد السابع 2014 مطبعة الأمنية-الرباط.

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

La lutte contre le blanchiment de capitaux au Maroc



**EL HAJI Hamid : Professeur chercheur
à la Faculté de droit d'Oujda - maroc**

Introduction :

Avant la montée de l'importance de lutter contre les diverses formes de blanchiment de capitaux, la communauté internationale avait adoptée plusieurs mesures et instruments dans ce sens. Ainsi, dès 1931, les Etats-Unis d'Amérique avaient déclenché la poursuite contre les revenus illicites notamment le chef du délit d'évasion fiscale. Or, à partir de 1980 la communauté internationale a entamé une nouvelle phase dans la concertation sur le plan international pour limiter les dangers néfastes de l'emploi de l'argent illégal, une phase marquée d'abord par l'adoption des dispositions du Conseil de l'Europe du 27 juin 1980, qui constituent un des tout premiers outils de lutte contre le blanchiment des capitaux, ensuite par l'adoption de la Convention de Vienne du 20 décembre 1988. Ce texte élaboré par les Nations-Unies a contribué à enrichir le volet normatif international dans ce sens, en procédant notamment à la définition et

l'incrimination du blanchiment de capitaux provenant du trafic de stupéfiants et en encourageant la coopération internationale pour les enquêtes judiciaires¹.

En 1989 et suite à un congrès du G7², le Groupe d'Action Financière Internationale «GAFI» a vu le jour. Ce Groupe est un organisme intergouvernemental qui a pour objectif de concevoir et de promouvoir une réponse internationale de lutte contre le blanchiment de capitaux. Ainsi, le GAFI a eu le mérite de publier le premier guide d'activités constituant une infraction de blanchiment de capitaux connu sous le nom des Quarante recommandations constituant par la suite un cadre complet de toute stratégie de lutte contre le blanchiment de capitaux (LBC) et qui ont été conçues pour s'appliquer universellement³. Ces recommandations, bien qu'elles n'aient pas force de loi, elles ont été largement approuvées par la communauté internationale et les organisations compétentes comme étant la norme internationale dans le domaine de lutte contre le blanchiment de capitaux⁴.

La prise de conscience sur la gravité et le caractère tangible du blanchiment de capitaux a poussé le Maroc, à adopter des législations dans ce domaine. Ainsi, le Maroc a adopté la loi n° 43-05 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux, promulguée par le Dahir n° 1.07.79 du 17 avril 2007. Cette loi a été modifiée et complétée par la loi 13-10 du 24 janvier 2011 et la loi n° 145-12 du 02 mai 2013 modifiant et complétant le Code pénal.

Il est à souligner que le Maroc a actualisé son dispositif juridique en prenant en considération les nouvelles conjonctures internationales et en se conformant aux normes et aux standards du Groupe d'action financière internationale (GAFI).

¹ Hafid EZZAIDI, *Moyen et mécanismes de lutte contre le Blanchiment de capitaux*, première éditions : 2009, p. 15-17 ; David G. HOTTE, Virginie HEEM, *La lutte contre le blanchiment des capitaux*, L.G.D.J, 2004, pp. 12-22 ; La Banque Mondiale, Le Fonds Monétaire International, *Guide de référence sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme*, Deuxième édition et supplément sur la Recommandation Spéciale IX, 2008, pp. 22-23.

² Les pays du G7 sont l'Allemagne, le Canada, les États-Unis, la France, l'Italie, le Japon et le Royaume-Uni

³ Hafid EZZAIDI., op. cit., p. 17 ; La Banque Mondiale, Le Fonds Monétaire International, op. cit., pp. 27-28.

⁴ La Banque Mondiale, Le Fonds Monétaire International, op. cit., p. 28.

Dans cet article, nous avons choisi de limiter notre recherche à une étude d'un seul cas, à savoir le Maroc en visant de faire le point sur les efforts déployés concrètement par ce pays pour lutter contre le blanchiment de capitaux.

Dans la première partie nous allons essayer de mettre en lumière les efforts du Maroc dans le domaine de lutte contre le blanchiment de capitaux en se focalisant sur la définition et l'incrimination de ces infractions et les mesures préventives pour les contrecarrer **(I)**. Dans la seconde partie, nous allons nous pencher sur le rôle des structures institutionnelles, en l'occurrence les organismes de renseignements financiers instaurés pour lutter contre le blanchiment d'argent ; ainsi que sur les efforts de coopération, dans ce domaine, menés par le Maroc sur le plan national et international **(II)**.

I) Définition, incrimination et mesure préventives contre le blanchiment de capitaux :

Le Maroc a adopté des législations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux. Ces lois ont défini le blanchiment de capitaux ; ainsi elles ont incriminé ces infractions **(A)**. De même, elles ont instauré des mesures préventives contre le blanchiment de capitaux **(B)**.

A. Définition et incrimination du blanchiment de capitaux :

Il convient d'abord de définir le blanchiment de capitaux **(1)**. Puis, étudier les dispositions relatives à son incrimination par le législateur marocain **(2)**.

1. Définition légale du blanchiment de capitaux :

*Concernant la définition du blanchiment de capitaux, il importe de souligner au préalable qu'en pratique, le blanchiment de capitaux est le fait de dissimuler la source principale des fonds illégitime en leur conférant une assise juridique fiable afin qu'ils apparaissent *in fine* comme ayant été collectés de façon légale et qu'ils ne soient pas soumis aux lois incriminant les revenus provenant des activités frauduleuses.*

L'article trois de la loi 13-10 de 2011 modifiant l'article 574-1 de loi 45-05 de 2007 pour le Maroc a mis l'accent essentiellement sur les points suivants :

- le fait d'acquérir, de détenir, d'utiliser, de convertir et de transférer des biens dont celui qui s'y livre sait qu'ils proviennent de l'une des infractions, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne impliquée dans la commission de l'une de ces infractions à échapper aux conséquences juridiques de ses actes ;

- la dissimulation ou le déguisement de la nature véritable, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété des biens ou dont l'auteur sait qu'ils sont le produit d'une infraction ;

La particularité de cette définition est que le blanchiment de capitaux se définit par rapport à une infraction préalable. L'article trois de la loi n° 13-10 modifiant l'article 574-2 du code pénal a fixé une liste de ses infractions. Il s'agit notamment du trafic de stupéfiants, d'êtres humains, d'immigrés, d'armes et de munitions, corruption et détournement de biens publics ou privés etc.

Il importe de noter que la loi marocaine¹ a introduit dans la définition du blanchiment de capitaux l'élément du concours ou d'assistance, en considérant l'acte perpétré comme étant un blanchiment d'argent lorsqu'il s'agit de porter concours ou assistance à une action pour commettre l'infraction liée au blanchiment de capitaux. De plus, la loi marocaine a considéré la tentative de commettre les actes ou les infractions liés au blanchiment de capitaux comme constituant un blanchiment de capitaux au sens de la loi afférente².

2. Incrimination et sanction du blanchiment de capitaux :

Les lois adoptées par le Maroc ont incriminé et sanctionné pénalement le blanchiment de capitaux, que ces crimes soient commis par des personnes physiques ou morales.

L'article 574-3 du code pénal punit les personnes physiques commettant le blanchiment des capitaux d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende allant de 20.000 à 100.000 dirhams.

¹ Loi n° 13-10 (2011), article 3.

² Ibid., article 3.

Quant aux personnes morales ayant commis le blanchiment d'argent, ledit article les sanctionne d'une amende allant de 500.000 à 3.000.000 de dirhams, et ceci sans préjudice des peines qui pourraient être prononcées à l'encontre de leurs dirigeants et agents impliqués dans les infractions.

De même, l'article 574-4 du code pénal prévoit que les peines d'emprisonnement et les amendes sont portées au double lorsque l'infraction a été commise en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle, lorsque la personne se livre de façon habituelle aux opérations de blanchiment de capitaux ; lorsque l'infraction a été commise dans le cadre d'une organisation criminelle ; ou encore en cas de récidive. Ledit article précise que la personne est considérée en état de récidive quand elle commet les faits dans les cinq ans suivant une décision ayant acquis la force de la chose jugée.

Outre cela, l'article 574-4 du code pénal marocain prévoit des peines complémentaires pour les personnes coupables de blanchiment de capitaux, il s'agit de :

- la confiscation partielle ou totale des biens ayant servi à commettre l'infraction et des produits générés par ces biens, sous réserve des droits des tiers de bonne foi.

- la dissolution de la personne morale ;

- la publication des décisions de condamnation ayant acquis la force de la chose jugée et ce, aux frais du condamné.

B. Les mesures préventives :

Les mesures préventives de lutte contre le blanchiment de capitaux se manifestent par trois obligations que les personnes assujetties doivent remplir. Il convient avant d'étudier ces trois obligations, de définir les personnes assujetties.

On entend par personnes assujetties, les personnes physiques ou morales qui dans l'exercice de leur mission ou de leur profession réalisent, contrôlent ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux susceptibles de constituer des infractions prévues et réprimées par la loi.

Le terme « assujetties » englobe plusieurs catégories de personnes, il s'agit notamment des établissements de crédit (banques et sociétés de financement), les personnes membres d'une profession juridique indépendante (notaire, les agents immobiliers etc.).

Notons que dans la mise en œuvre des mesures préventives de lutte contre le blanchiment de capitaux, les personnes assujetties ont trois obligations. La première est l'obligation de vigilance (1). La deuxième est l'obligation de la déclaration de soupçon (2). Puis, la troisième est l'obligation de veille interne (3).

1. Obligation de vigilance :

Le dispositif préventif est fondé principalement sur l'obligation de vigilance. Les lois adoptées par le Maroc ont mis largement l'accent sur cette obligation.

Les mesures préventives constituent un apport principal de la loi n° 43-05 de 2007. Ces mesures ont été complétées et renforcées par la loi n° 13-10 de 2011. L'article 3 de la loi n° 13-10 met à la charge des personnes assujetties l'obligation de déterminer et de vérifier l'identité de leur clientèle habituelle ou occasionnelle et des bénéficiaires effectifs.

L'article 5 de la loi n° 13-10 est modifié de manière à étendre les obligations de vigilance à l'ensemble des personnes assujetties et à les renforcer afin de prévenir tout risque de blanchiment de capitaux. Selon ledit article, les personnes assujetties doivent notamment assurer une vigilance particulière et une connaissance appropriée de leurs clients (vérification de l'identité) et prêter une attention particulière aux opérations effectuées (surtout les opérations réalisées en liaison avec un pays présentant un risque élevé). Ladite loi oblige aussi les personnes assujetties à mettre en place un dispositif de gestion des risques¹.

Notons que l'article 5 de la loi n° 13-10, prévoient que les personnes assujetties doivent veiller à ce que leurs filiales à l'étranger appliquent l'obligation de vigilance dans le respect de la législation du pays hôte.

¹ Ibid., article 5.

2. Déclaration de soupçon :

L'obligation de déclaration de soupçon est au cœur du dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent. D'ailleurs, cette obligation a été considérée par la Cour européenne des droits de l'homme comme s'inscrivant «dans un ensemble d'instruments internationaux dont l'objectif commun est la prévention d'activités constitutives d'une grande menace pour la démocratie»¹. Ainsi, le Groupe d'action financière internationale (GAFI) a consacré à cette déclaration la vingtième recommandation en stipulant que «lorsqu'une institution financière suspecte, ou a des motifs raisonnables de suspecter, que des fonds sont le produit d'une activité criminelle ou ont un rapport avec le financement du terrorisme, elle devrait être obligée en vertu de la loi de faire immédiatement une déclaration d'opération suspecte à la cellule de renseignements financiers (CRF)»².

La déclaration d'opérations suspectes permet de signaler aux autorités la possibilité qu'une transaction particulière puisse être liée au blanchiment d'argent et par conséquent le devoir d'enquêter sur ladite transaction suspecte. En outre, l'obligation de déclaration de soupçon est étroitement liée à l'obligation de vigilance. En effet, si les mesures préventives ont suscité des soupçons, la personne assujettie devra informer l'Unité ou l'organe chargé du Traitement des Renseignements Financiers³.

En conséquence, les personnes assujetties sont soumises à une obligation de déclaration à un organisme financier spécialisé créé à cet effet. Celui-ci reçoit la déclaration et prend les mesures nécessaires qui peuvent même arriver à transmettre le dossier au Procureur si les faits indiquent l'existence d'une infraction.

L'article 9 de la loi n° 13-10, prévoit que les personnes assujetties doivent faire une déclaration de soupçon à l'Unité de Traitement du Renseignement

¹ Cour européenne des droits de l'homme, *arrêt Michaud c. France* du 6 décembre 2012, § 123.

² GAFI, recommandation n° 20.

³ Mme Djazira Mehdi, *Mme Djazira Mehdi, Les instruments de lutte contre le blanchiment d'argent en Algérie*, Thèse soutenue le 15 décembre 2015, Université Nice Sophia Antipolis, Faculté de Droit, Ecole Doctorale « DESPEG », pp. 194-195, in <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01252005/document> (Consulté le 26/12/2020).

Financier (UTRF). Ladite déclaration concerne toute opération dont l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire est douteuse ou toutes sommes, opérations ou tentatives de réalisation d'opérations soupçonnées d'être liées à une ou plusieurs infractions de blanchiment d'argent mentionnées aux articles 574-1 et 574-2 du code pénal.

En plus, l'article 8 de la loi n° 13-10 exige que toute opération non réglementé par l'article 9 et qui se présente dans des conditions inhabituelles ou complexes et sans justification économique nécessitent un examen particulier de la part de la personne assujettie¹.

Il importe de noter que l'article 13, alinéa 3 de la loi n° 43-05 du 17 avril 2007, observe que le secret professionnel ne peut être invoqué par les assujetties pour refuser de donner les informations nécessaires aux organismes financiers spécialisés. Ceci a pour conséquence :

- les dépositaires desdits secrets ne peuvent être poursuivis du chef de leur divulgation ;
- le secret professionnel ou le secret bancaire ne sont pas opposables aux dits organismes de renseignement financier ;
- le secret professionnel ne peut être opposé aux autorités de supervision et de contrôle habilité par l'organe financier spécialisé.

3. Obligation de veille interne :

Concernant la mise en œuvre de l'obligation de veille interne, les personnes assujetties doivent, avant d'ouvrir un compte, s'assurer de l'identité des dirigeants et agents habilités à effectuer des déclarations de soupçon et à assurer la liaison avec l'Unité ainsi qu'un descriptif de leur dispositif interne de vigilance.

L'article 12 de la loi 43-05 modifié par la loi 13-10 prévoit que les personnes assujetties sont tenues de mettre en place un dispositif interne de vigilance, de

¹ Loi n° 13-10 (2011), article 8.

détection, de surveillance et de gestion des risques liés au blanchiment de capitaux¹.

En plus de la veille interne, l'article 13 de la loi 13-10 impose aux personnes assujetties une obligation de communication, consistant à communiquer à l'Unité de Traitement du Renseignement Financier (UTRF) et aux autorités de supervision et de contrôle, tous documents et renseignements nécessaires à l'accomplissement de leurs missions prévues par la loi 13-10. Dans ce cadre, le secret professionnel ne peut être opposé par les personnes assujetties à l'Unité et aux autorités de supervision et de contrôle.

II) Structures institutionnelles et formes de coopération de lutte contre le blanchiment de capitaux :

Il convient d'abord d'étudier les structures institutionnelles mises en place par le Maroc pour lutter contre le blanchiment de capitaux (A). Ensuite, s'atteler sur les manifestations de la coopération dans ce cadre, au niveau national et international (B).

A. Structures institutionnelles :

Sur le plan institutionnel, le Maroc a pris des mesures importantes pour lutter contre le blanchiment de capitaux. Ces mesures ont été dictées par l'urgence de se conformer d'abord au paragraphe 4 de la résolution 1373, adoptée en 2001 par le Conseil de sécurité des Nations Unies, qui souligne la nécessité de renforcer la coordination aux échelons national, régional et international pour une action mondiale face à la grande menace provenant d'actes terroristes. Puis, à la recommandation 26 du Groupe d'action financière internationale (GAFI) qui prévoit que les pays devraient mettre en place une cellule de renseignement financier qui serve de centre national pour recueillir, analyser et transmettre les déclarations d'opérations suspectes et d'autres informations relatives au blanchiment de capitaux².

¹ Article 12 de la loi 43-05 tel que modifié par la loi 13-10.

² Recommandation 26 du GAFI.

Dans ce cadre, il convient d'abord de mettre le point sur les organismes de renseignement financiers spécialisés instaurés par le Maroc, ainsi que sur leurs attributions (1). Puis, sur les activités opérationnelles des dits organismes concernant la lutte contre le blanchiment de capitaux (2).

1. Instauration et attributions d'organismes de renseignement financier spécialisé :

La principale institution de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme au Maroc est l'Unité de Traitement du Renseignement Financier (UTRF).

L'article 14 de la loi n° 43-05 de 2007 a prévu la création de l'Unité de Traitement du Renseignement Financier (UTRF) qui est la cellule marocaine de lutte contre le blanchiment de capitaux. Selon le même article, cette Unité est rattachée à la Primature. Elle a été créée par le décret n° 2-08-572 du 24 décembre 2008 et installée par le Premier Ministre le 10 avril 2009. Cette unité est dotée de large pouvoirs et conçue être l'outil principal du dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux.

Soulignons que les Etats ont toute la liberté pour confier la compétence de l'unité à une cellule de type administratif (France, Belgique, Espagne), de type policier (Allemagne, Autriche, Royaume Uni), de type judiciaire (Luxembourg et Chypre) ou de type hybride (Danemark, Norvège). Pour le cas du Maroc, il a choisi une cellule de renseignement financier (CRF) de type administratif. Cette unité a été créée par le Royaume afin d'honorer ses engagements internationaux, concrétiser la bonne gouvernance et contribuer à l'assainissement des milieux par lesquels transitent beaucoup de flux financiers. Ceci est dans le but de rationaliser l'action publique.

L'UTRF a pour mission principale de protéger l'intégrité de l'économie et du système financier marocain à travers la lutte contre le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme et les réseaux financiers clandestins.

Concernant les attributions de l'Unité de Traitement du Renseignement Financier, il est judicieux de souligner que cet organisme a des attributions principales dites attributions opérationnelles, et aussi des attributions générales et d'orientation.

Les attributions générales et d'orientation de l'Unité, consistent notamment :

- à collaborer avec les organismes concernés à l'étude de la stratégie à mettre en œuvre pour lutter contre le blanchiment de capitaux¹;

- à proposer au gouvernement les réformes législatives, réglementaires ou administratives qui lui paraissent nécessaires pour lutter contre le blanchiment de capitaux²;

Pour ce qui est des attributions opérationnelles, l'Unité est chargée notamment de:

- recueillir, traiter et demander les renseignements relatifs aux actes suspectés d'être liés au blanchiment de capitaux et de décider de la suite à réserver aux affaires dont elle est saisie ³ ;

- exercer le droit d'opposition à l'exécution de transactions suspectes, à travers le report de l'opération pour une durée n'excédant pas deux jours ouvrables à partir de la date de réception par l'Unité de ladite déclaration⁴ ;

- transmettre au parquet les cas pour lesquels les renseignements recueillis mettent en évidence des faits susceptibles de constituer une infraction⁵ ;

- ordonner le gel des biens pour infractions de terrorisme, en application des demandes émanant des instances internationales ⁶ ;

- exercer le droit de communication auprès des personnes assujetties, des administrations, des établissements publics et d'autres personnes morales de droit public ou de droit privé. Ces dernières sont tenues d'informer l'UTRF des

¹ Loi n° 13-10 (2011), article 15, al. 3.

² Ibid., article 15, al. 6.

³ Ibid., article 15, al. 1.

⁴ Ibid., article 17.

⁵ Ibid., article 18.

⁶ Ibid., article 37.

infractions aux dispositions de la loi relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux, qu'elles ont relevées à l'occasion de l'exercice de leurs missions¹.

2. Activités opérationnelles des organismes de renseignement financier :

Il importe de noter que la lutte contre le blanchiment de capitaux a reçu une attention particulière par le Maroc. Ainsi, l'Unité de Traitement du Renseignement Financier joue un rôle primordial à ce sujet à travers l'analyse des déclarations de soupçons qui lui sont transmises par les personnes assujetties, notamment par les banques, et qui visent à vérifier toute opération financière ou tout mouvement d'argent suspect.

L'année 2018 a été exceptionnelle en termes de nombre de déclarations de soupçon reçues, puisque pour la première fois, le seuil du millier a été dépassé. En effet, le nombre de déclarations de soupçons liées au blanchiment de capitaux reçues par l'Unité a atteint 1056².

Il importe de noter que durant la période 2014-2018, l'Unité a reçu 2765 déclarations de soupçon liées au blanchiment de capitaux, soit 300 pour l'année 2014, 302 pour l'année 2015, 421 pour l'année 2016, 686 pour l'année 2017 et 1056 pour l'année 2018³.

Il convient de préciser qu'en 2018, les déclarations de soupçon liées au blanchiment de capitaux émanent de plusieurs personnes assujetties: banques, établissements de paiement, entreprise d'assurance et de réassurance, sociétés de crédit à la consommation, une société de gestion de moyens de paiement, une association de micro crédit et une société de bourse⁴.

B. Coopération internationale contre le blanchiment de capitaux :

Il convient d'analyser d'abord la coopération entre les organismes nationaux de renseignement financier et leurs homologues étrangers des renseignements liés au blanchiment de capitaux (1). Puis, étudier l'évolution et la répartition des échanges de renseignements entre ces organismes (2).

¹ Ibid., article 22.

² Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2018, p. 41.

³ Ibid., p. 42.

⁴ Ibid.

1. Coopération entre l'Unité et ces homologues étrangers :

Il convient ici de mettre le point sur la coopération des organismes financiers nationaux avec les autorités étrangères ayant une compétence similaire, c'est-à-dire une compétence dans le domaine du traitement des renseignements qui concerne la lutte contre le blanchiment de capitaux.

L'article 24 de la loi n° 43-05 du 17 avril 2007 prévoit que l'Unité de Traitement du Renseignement Financier peut, dans le cadre des conventions internationales auxquelles le Royaume du Maroc a adhéré ou en application du principe de la réciprocité, échanger, dans le respect de la loi en vigueur, les renseignements financiers liés au blanchiment de capitaux, avec les autorités étrangères ayant une compétence similaire.

D'après ledit article ainsi que l'article 34 de la loi 13-10, l'Unité peut donc échanger avec ses homologues étrangers des renseignements liés au blanchiment d'argent. Notons à cet égard, que les échanges de renseignement ne peuvent être effectués que sur la base du respect du principe de réciprocité ou à travers des protocoles d'entente¹.

Soulignons que, dans le cadre de la coopération internationale, l'Unité réserve aux demandes de renseignement recueillis auprès des cellules étrangères un traitement identique aux déclarations de soupçon émanant des personnes assujetties, en terme d'analyse, d'enrichissement et d'éventuelle transmission au Parquet et ceci après avoir reçu l'autorisation de dissémination auprès de la Cellule de renseignement financier (CRF) homologue émettrice, conformément aux principes du Groupe Egmont², auquel l'Unité a adhéré en 2011 et qui caractérisent les standards internationaux en matière de coopération internationale opérationnelle entre les cellules de renseignement financier (CRF)³.

¹ Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2016-2017, p. 14 ; Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2014, p. 15.

² Le Groupe Egmont (ainsi nommé à cause du lieu de leur première réunion, le Palais d'Egmont-Arenberg, à Bruxelles) est une confédération ou un échange informel de plusieurs « cellules de renseignement financier » (CRF) nationales, qui ont été créées pour faire face au crime financier ; Voir Michel DION (S/dr.), La criminalité financière Prévention, gouvernance et influences culturelles, de boeck, 2011, p. 123.

³ Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2016-2017, p. 14 ; Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2018, p. 48.

2. Evolution et répartition des échanges de renseignements :

Concernant l'évolution et la répartition des demandes de renseignements échangées entre l'Unité et les cellules de renseignement financier homologues, il est significatif de noter que le nombre d'échanges de ces renseignements a atteint entre 2009 et 2018 le nombre de 2067, soit 100 demandes de renseignements émises ; 779 demandes de renseignements reçues par l'Unité et 1188 communications spontanées reçues¹.

Au cours de la période 2014 et 2018, le nombre de demandes de renseignements en provenance des cellules de renseignement financier homologues (demandes reçus) a atteint 513, soit 77 en 2014, 132 en 2015, 113 en 2016, 97 en 2017 et 94 en 2018 (le nombre enregistré en 2018 a connu une diminution de 3% par rapport à l'année 2017)².

En plus, les opérations d'échanges de renseignements ont été effectuées surtout avec des cellules spécialisées européennes avec un taux de 94% en 2018 contre 81% en 2017, 78% en 2016, 87% en 2015, 86% en 2014 et 91% en 2013.

Concernant les facteurs qui expliquent la prédominance des échanges avec les cellules de renseignement financier européennes, il s'agit notamment de la proximité de l'Europe, le nombre important des marocains résidant à l'étranger installés dans ce continent, le nombre de ressortissants européens au Maroc. Ceci montre clairement que l'Unité marocaine du traitement de renseignement financier est ouverte sur ces homologues exerçant dans différents pays et provenant d'autres continents³.

Par ailleurs, les années 2016 et 2017 ont été marquées par la coordination et l'ouverture sur de nouvelles cellules de renseignement financier. Ainsi, durant la même période, le cercle des partenaires internationaux de l'Unité s'est enrichi de 24 cellules de renseignement financier homologues, représentant diverses régions

¹ Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2016-2017, p. 15.

² Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2018, p. 48 ; Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2016-2017, p. 15.

³ Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2018, p. 48 ; Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2016-2017, p. 15 ; Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2014, p. 16.

du monde et qui ont adressé pour la première fois leurs demandes de renseignements à l'Unité¹.

Concernant les demandes de renseignements émises, il importe de noter qu'en 2018, l'Unité a envoyé 13 demandes de renseignement à certaines cellules de renseignement financier homologues, contre 5 demandes émises en 2017 et 4 demandes en 2016².

Pour ce qui est des communications spontanées reçues, leur nombre a continué à croître en passant de 424 en 2015 à 505 en 2016 avant d'enregistrer une baisse significative en 2017 avec 197 communications spontanées et en 2018 avec 52 communications spontanées³.

Pour ce qui est de la suite judiciaire donnée aux faits soupçonnés d'être liés au blanchiment de capitaux, il importe de noter qu'une fois les renseignements recueillis des personnes assujetties et des autres partenaires nationaux et internationaux, l'Unité procède à des transmissions au Procureur du Roi près le tribunal de Première instance de Rabat quand il s'agit des opérations soupçonnées d'être liées au blanchiment d'argent⁴. D'ailleurs, c'est dans ce cadre que l'Unité a réalisé, depuis sa création jusqu'à fin 2017, un total de 92 transmissions au Procureur du Roi près le tribunal de Première instance de Rabat, parmi eux 16 effectuées en 2014, 18 en 2015, 19 en 2016 et 14 en 2017⁵.

Conclusion

L'adoption par le Maroc d'un cadre réglementaire important en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux est un signal fort de l'engagement de ce pays dans l'effort déployé par la communauté internationale dans ce domaine.

Effectivement, la réponse positive du Maroc s'est concrétisée d'abord par l'adoption d'un dispositif législatif et réglementaire conforme aux recommandations du Groupe d'action financière internationale (GAFI) et aux

¹ Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2016-2017, pp. 15-16.

² Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2018, p. 49 ; Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2016-2017, p. 15.

³ Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2016-2017, p. 15.

⁴ Loi n° 13-10 (2011), article 18.

⁵ Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2016-2017, p. 17.

standards internationaux dans le domaine. Ensuite, par l'incrimination et la sanction de l'infraction du blanchiment de capitaux, par la création d'organismes financiers spécialisés qui constituent la clé de voute de tout dispositif juridique de lutte contre cette infraction et enfin par le développement de la coopération de renseignement entre les organismes nationaux et leurs homologues étrangers.

Enfin, il est important de souligner que le Gouvernement marocain travaille actuellement sur un nouveau cadre juridique de lutte contre le blanchiment de capitaux. Il s'agit du projet de loi n° 12-18 modifiant et complétant le Code pénal et la loi n° 43-05. Ce projet va permettre en particulier de rechercher et de saisir les fonds illicites en vue de leur éventuelle confiscation, d'adapter la loi marocaine en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux aux normes internationales adoptées par le GAFI, de renforcer les mesures de vigilance et de remédier aux carences contenues dans les textes actuels.

BIBLIOGRAPHIE :

OUVRAGES :

- David G. HOTTE, Virginie HEEM, La lutte contre le blanchiment des capitaux, L.G.D.J, 2004.
- Hafid EZZAIDI, Moyen et mécanismes de lutte contre le Blanchiment de capitaux, première édition, 2009.
- Michel DION (S/dr.), La criminalité financière Prévention, gouvernance et influences culturelles, de boeck, 2011.
- Paul Allan SCHOTT, Guide de référence sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme, Deuxième édition et supplément sur la Recommandation Spéciale IX, 2008.

ARTICLES DE DOCTRINE :

- José Antonio F. Lopes de Lima, La perspective d'une agence européenne anti-blanchiment, Éditions A. Pédone, «Archives de politique criminelle» 2007/1 n° 29 | pp. 273-277, in <https://www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2007-1-page-271.htm>

THESES :

- Mme Djazira Mehdi, Mme Djazira Mehdi, Les instruments de lutte contre le blanchiment d'argent en Algérie, Thèse soutenue le 15 décembre 2015, Université Nice Sophia Antipolis, Faculté de Droit, Ecole Doctorale « DESPEG », *in*

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01252005/document>

TEXTES JURIDIQUES :

- La loi n° 43-05 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux, promulguée par le Dahir n° 1-07-79 du 28 rabii I 1428 (17 avril 2007), publiée au Bulletin officiel n° 5522 du jeudi 3 mai 2007.

- La loi n° 13-10 du 24 janvier 2011 modifiant et complétant le Code pénal, promulguée par le Dahir n° 1-11-02 du 15 safar 1432 (20 janvier 2011), publiée au Bulletin officiel n° 5911 bis du 19 safar 1432 (24 janvier 2011).

- La loi n° 145-12 du 02 mai 2013 modifiant et complétant le Code pénal, promulguée par le Dahir n° 1-13-54 du 21 jourmada II 1434 (2 mai 2013), publiée au Bulletin officiel du 5 regeb 1434 (16/05/2013), n° 6152, p. 1935.

- Code pénal marocain (version du 5 juillet 2018).

- Décret n° 2-08-572 du 25 hija 1429 portant création l'Unité de traitement du renseignement financier (Bulletin officiel n° 5700 du 15 janvier 2009).

RECOMMANDATION DU GAFI :

- GAFI, Recommandation n° 20.

- GAFI, Recommandation n° 26.

JURISPRUDENCES :

- Cour européenne des droits de l'homme, *arrêt Michaud c. France* du 6 décembre 2012.

RAPPORTS OFFICIELS :

- Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2014.

- Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2016-2017.

- Unité de traitement du renseignement financier, Rapport annuel 2018.

✓ نَقَارِير :

تقرير¹ حول أشغال المؤتمر الإقليمي الثالث لمبادرة الشراكة الشرق أوسطية

المنعقد لتدارس موضوع: "الإجراءات المتخذة لمكافحة العنف ضد النساء خلال جائحة كورونا"



نظمت جمعية "جسور ملتقى النساء المغربيات" يوم 16 ديسمبر 2020 بتعاون مع "مبادرة الشراكة الشرق أوسطية" مؤتمرها الإقليمي الثالث الذي انعقد مؤخرا عن بعد، لتدارس موضوع "الإجراءات المتخذة لمكافحة العنف ضد النساء خلال جائحة كورونا ببلدان المنطقة، وذلك في إطار تخليد اليوم العالمي لحقوق الانسان.

استهلّت أشغال اللقاء بكلمات افتتاحية تناولت السياق العام لتنظيم هذه المبادرة، في إطار مشروع النساء شركاء في التقدم، وهو جزء من برنامج تعزيز قيادات المرأة وسياسات النوع الاجتماعي الشاملة في منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، تضم ثماني دول عربية، وذلك بعد لقاءين سابقين جمعا قيادات نسائية من قطاعات مختلفة، من محاماة، قضاء، برلمان، أعمال، جامعة، مجتمع مدني، اعلام، في مجالي تعزيز المساواة والمواطنة ومكافحة العنف، وبناء قدرات الشباب والتواصل الرقمي، ثم مكافحة العنف ضد النساء والفتيات.

وقدم وزير العدل السيد محمد بنعبد القادر، مداخلة تناول فيها الجهود الوطنية المبذولة لمحاربة العنف ضد النساء، حيث أكد أن المغرب يعد في طليعة الدول التي تعتبر قضايا المرأة وحقوقها من الأولويات الاستراتيجية

¹- تقرير من إعداد: إبراهيم اشويعر، دكتور في الحقوق.

لسياسته، وأضاف أن "القانون المغربي يحفل بالضمانات القانونية الكفيلة بحفظ كرامة المرأة وحماية حقوقهما من أي انتهاك، منسجما في ذلك مع مقتضيات المواثيق والمعايير الدولية ذات الصلة".

وأوضح السيد وزير العدل أن "المرجعية الدستورية والضمانات القانونية ما زالت في حاجة إلى بذل مزيد من الجهود لتوفير حماية أمثل للنساء ضد العنف الذي يتعرضن له والذي تعبر عنه المعطيات الإحصائية المتوفرة"، مشيرا إلى أنه "خلال سنة 2019 سجلت محاكم المملكة 19.019 قضية تتعلق بالعنف ضد النساء، كان ضحيتها 19.617 امرأة، وتوابع في هذه القضايا ما مجموعه 20.355 شخصا، شكل الأزواج منها نسبة 56 %، أي 11.563 زوجات متابعته".

وبالنسبة لأنواع العنف المرتكب ضد النساء بمفهومه العام سنة 2019، أوضح الوزير أنه تم تسجيل: 39 قضية في القتل العمد، و62 قضية في الضرب والجرح المفضى إلى موت دون نية إحداثه، و948 قضية اغتصاب، و356 قضية في هتك العرض بالعنف، و3 قضايا في الإجهاض الناتج عنه وفاة، و71 قضية إجهاض، و295 قضية في الاختطاف والاحتجاز، و9731 قضية في العنف الجسدي، و632 قضية في الطرد من بيت الزوجية، و1709 قضايا في التهديد، و27 قضية في التحرش الجنسي في فضاء العمل، و525 قضية في التحرش الجنسي في الفضاء العام.

وقدمت السيدة فاطمة عراش رئيسة اللجنة الجهوية لحقوق الانسان بجهة درعة تافيلالت كلمة المجلس الوطني لحقوق الانسان، قالت فيها أن المجلس يضع النساء والفتيات في صلب اهتماماته، وقد أحدث لجنة دائمة مكلفة بالمنصفة وعدم التمييز والاجيال الجديدة لحقوق الانسان، من بين مهامها رصد أوضاع المساواة بين الجنسين والسياسات المتعلقة بالتمييز الإيجابي ومكافحة التمييز، وفي نفس السياق قالت السيدة السعدية وضاح رئيسة اللجنة الجهوية للدار البيضاء سطات أن الجائحة كشفت عن ارتفاع حالات العنف ضد النساء على مستوى بلدان المنطقة، مؤكدة أن قانون محاربة العنف ضد النساء ينبغي أن يصبح قوة لتغيير العقلية والممارسات، وهو ما يفرض الاهتمام بتقوية قدرات الجهات المكلفة بإنفاذ القانون ونشر الممارسات الفضلى.

من جهتها قالت السيدة أميمة عشور رئيسة جمعية جسور "نعيش في سنة صعبة يشهد فيها العالم أزمة صحية واقتصادية واجتماعية تلقى بآثارها بشكل أكبر على وضعية النساء، بحيث توسعت الفجوة بين الجنسين، وارتفعت حالات العنف الأسري"، وعرضت السيدة غزلان بنعشير نائبة رئيسة الجمعية مجموعة من الأنشطة التي نظمتها الجمعية في إطار تنزيل هذا المشروع، مؤكدة في نهاية مداخلتها على أهمية تظافر جهود كل المتدخلين لمحاربة مختلف أشكال العنف ضد النساء.

أشغال الندوة عرفت استعراض عدة تجارب إقليمية وذلك في جلسة عامة تولت تسييرها القاضية عائشة الناصري عضو المجلس الأعلى للسلطة القضائية، وفي هذا الصدد قال الدكتور أنس سعدون عضو نادي قضاة المغرب والباحث في قضايا النوع الاجتماعي أن الجائحة أكدت على "أهمية مراعاة مقاربة النوع الاجتماعي في

مختلف الإجراءات التي تتخذها السلطات، وهو ما كان غائبا خلال الفترة الأولى من الحجر الصحي في أغلب بلدان المنطقة، وقد واجهت النساء الناجيات من العنف عدة عراقيل في التبليغ عن حالات العنف ولا أدل على ذلك من تراجع معدلات الشكايات المسجلة على مستوى المحاكم، وهو ما جعل رئاسة النيابة العامة تتفاعل مع نداءات المجتمع المدني وتعمل على خلق منصات رقمية على مستوى كافة خلايا التكفل بالنساء المعنفات بالمحاكم"، مؤكدا على أهمية الاهتمام بتوفير المساعدة القانونية والقضائية للنساء والفتيات لتسهيل ولوجهن للانتصاف، ومراجعة كافة مظاهر التمييز في القانون أو الممارسة.

وقالت سامية المالكى الفاسى رئيسة منظمة قدرات بتونس أن "الجائحة كانت كالصاعقة التي لم تكن أغلب البلدان متهيئة لها، وقد اتسمت ردود أفعال الحكومات بالتخبط والارتجال، والبطء في تنفيذ الإجراءات الاقتصادية والاجتماعية"، واعتبرت راندا السنيورة المديرية العامة لمركز المرأة للإرشاد القانوني والاجتماعي بفلسطين أن "الجائحة أدت الى اذكاء الفكر الذكوري وعودة الخطاب المناهض لحقوق المرأة"، وتوقفت ليزة محمد ناشطة حقوقية من اليمن عند بعض آثار الجائحة في علاقتها بتزايد حالات الزواج القسري بما فيه حالات زواج الأطفال، كذلك تناولت زهرة لانكى خبيرة في النوع الاجتماعي في ليبيا آثار عدم الاستقرار السياسي على وضعية النساء التي تفاقمت أيضا خلال الجائحة، مما ضاعف من معاناة النساء .

من جهة أخرى سلطت ميادة أبو جابر رئيسة جمعية عالم الحروف بالأردن الضوء على آثار قرارات الاغلاق على تزايد معدلات العنف الأسري خاصة النفسي والجسدي منه خاصة في المدن الكبرى.

وقد أشارت بريجيت شليبيان رئيسة منظمة عدل بلا حدود ببلبنان أن "غالبية البلدان في تدخلاتها تركز على الدعم النفسي والاجتماعي وتغفل الاهتمام بضرورة توفير سبل الولوج الى العدالة للناجيات من العنف، مشيرة في هذا السياق الى قرار محكمة التمييز ببلبنان القاضي بالبت في طلبات الحماية المقدمة من طرف النساء المعنفات عن طريق البريد الالكتروني وعقد الجلسات عن بعد، ورغم أهمية هذه المبادرة تبقى محدودة بسبب عدم التعريف بها".

أشغال المؤتمر الإقليمي عرف أيضا تقديم مخرجات دراسة أعدتها جمعية جسور حول العنف ضد النساء خلال فترة الحجر الصحي بالمغرب، وقد أكد المشاركون في ختام هذا اللقاء على أهمية نشر الأحكام القضائية المبدئية، وتفعيل تدابير الحماية المنصوص عليها في قوانين العنف، وإيجاد مراكز الايواء، وخلق صندوق لدعم الناجيات من العنف، وتعزيز التنسيق، والتغطية الاجتماعية للنساء في جميع القطاعات، ومراجعة قوانين الشغل للأخذ بعين الاعتبار لمستجد العمل عن بعد، وأهمية اعتماد مفاهيم وأدوات عمل متناسقة وموحدة، وتثمين وتبادل الممارسات الجيدة والتجارب الناجحة، والاهتمام بالرقمنة، ووضع خطط استباقية لحماية الضحايا في أوقات الأزمات.

تقرير¹ حول أشغال مائدة مستديرة

لكرسي لالة مريم للمرأة والطفل المنعقدة لتدارس موضوع "العنف القائم على أساس النوع الاجتماعي خلال الطوارئ الصحية"



في إطار انخراطه في النقاش الدائر حول تأثير الجائحة على المجتمع عموما والنساء والأطفال على وجه الخصوص نظم الكرسي الأكاديمي لالة مريم للمرأة والطفل بكلية علوم التربية بجامعة محمد الخامس بالرباط عشية يوم الخميس 21 يناير 2021 مائدة مستديرة حول موضوع: "العنف القائم على أساس النوع الاجتماعي خلال الطوارئ الصحية: العوامل وسبل الحماية"، وهو اللقاء الذي يهدف الى محاولة تقديم أطر تحليلية لفهم أكبر لوضعية المرأة والطفل في ظل كوفيد 19، بغية تجويد الوعي الثقافي وإعادة بناء طرح لأسئلة المهمة داخل المجتمع والتفاعل معها بوعي ناضج.

أشغال هذه المائدة المستديرة تولت تسييرها القاضية أمينة أفروخي رئيسة قطب النيابة العامة المتخصصة والتعاون القضائي برئاسة النيابة العامة، وقد استهلّت بتقديم عرض من طرف السيدة زهور الحر رئيسة اللجنة الوطنية للتكفل بالنساء ضحايا العنف، أكدت فيها على وجود عدة مؤشرات تؤكد تنامي ظاهرة العنف

¹ - تقرير من إعداد : حمزة التريد ، باحث في صف الدكتوراه.

القائم على أساس النوع خلال فترة الطوارئ الصحية بسبب جائحة كوفيد 19 في العالم بأسره، نظرا لعدة عوامل، منها "عدم الاستقلال الاقتصادي للنساء"، وأن "عددا من الأزواج وجدوا أنفسهم رفقة زوجاتهم والأبناء تحت سقف واحد، في ظل ضغوط اقتصادية واجتماعية ونفسية، وقد ترجمت هذه الضغوط في شكل عنف مورس داخل فضاء الزوجية أو خارجه، وهو عنف يغذيه الموروث الثقافي المتجذر والذي يقوم على عقلية ذكورية، وعلى النظرة التشيئية للمرأة"، معتبرة أن "المعتدي قد يكون بدوره ضحية عنف أسري يرتبط بالتنشئة الاجتماعية".

وتوقفت القاضية السابقة والحامية حاليا زهور الحر عند بعض الإشكاليات التي واجهت عددا من النساء والفتيات في التبليغ عن العنف، بسبب القيود المفروضة على التنقل وصعوبة الوصول الى المحاكم، وعدم التمكن من استعمال الوسائل الحديثة في التبليغ، معتبرة أن هذا العنف أخذ أشكالا متعددة من بينها العنف الذي تعرضت له عدد من العاملات نتيجة عدم احترام بعض المشغلين للإجراءات الاحترازية في فضاء العمل، وهو ما أدى الى ظهور بؤر وبائية.

واختتمت السيدة زهور الحر مداخلتها بتسليط الضوء على الفرص التي يتيحها قانون محاربة العنف الجديد في التصدي للظاهرة سواء على مستوى الاطار المفاهيمي الحديث، أو على مستوى تجريم مجموعة من الأفعال التي كانت غير مجرمة سابقا ومن بينها الطرد من بيت الزوجية والاكراه على الزواج والتحرش الجنسي في الفضاء العام والفضاء الرقمي، فضلا عن الباب المتعلق بالوقاية من العنف، وتدابير الحماية، ولجان وآليات التكفل بالنساء ضحايا العنف، مؤكدة على الدور الذي تقوم به اللجان وخلايا التكفل بالنساء ضحايا العنف في المحاكم والمستشفيات ومراكز الشرطة في التنسيق فيما بينها قصد ضمان تكفل ناجع بالناجيات من العنف، وهو ما يتطلب التواصل والتنسيق واشراك الجمعيات النسائية التي قامت بدور كبير خلال الجائحة.

من جهته قال الدكتور أنس سعدون مستشار رئيسة المجلس الوطني لحقوق الانسان أن "العنف المبني على النوع الاجتماعي يعتبر من بين مظاهر التمييز الذي يطال النساء والفتيات ويشكل انتهاكا لحقوقهن الانسانية، وهو مؤشر على خلل في العلاقات الاجتماعية المبنية على سلطوية الرجال ودونية النساء". كما أن "الازمات والأوبئة تعد من بين العوامل التي تساهم في تفاقم مآسي ومعاناة النساء مع العنف القائم على أساس النوع بشتى أشكاله وتجلياته"، وهو ما وقع خلال جائحة كورونا، حيث تعددت المؤشرات التي تؤكد تفاقم العنف القائم على أساس النوع، والذي اتخذ عدة أشكال منها العنف الرقمي المتمثل في التحرش عبر الوسائط الالكترونية والتممر، والعنف الجسدي والنفسي الذي مورس داخل فضاء الزوجية أو داخل الفضاء الأسري، والعنف الاقتصادي المتمثل بالأساس في عدم تمكن العديد من النساء الناجيات من العنف من الوصول الى النفقة أو الدعم الذي تمنحه الدولة، او الاعتداءات التي طالت الملكية العقارية وحياسة الأراضي بسبب القيود المفروضة على التنقل.

وتوقف القاضي أنس سعدون عند الصعوبات التي تواجه النساء المعنفات في الولوج الى العدالة، خاصة ما يتعلق بإشكالية الاثبات، معتبرا أن تحميل الضحايا مسؤولية اثبات العنف الذي تعرضن له، هو بمثابة عقبة إضافية تواجههم، والحال أن المعايير الدولية تجعل عبء الاثبات ملقى على عاتق أجهزة انفاذ القانون. ولاحظ المتدخل وجود عدة عقبات تحول دون وصول النساء المعنفات الى الانتصاف، معتبرا أن "غالبية النساء المعنفات لا يلتمسن الحصول على تعويضات مدنية، وفي حالة صدور هذه التعويضات تبقى غير كافية لجبر الضرر اللاحق بهن بسبب هزالتها"، مشيرا الى أن "الوضعية الاجتماعية والاقتصادية للمحكوم عليهم في قضايا العنف ضد النساء قد تؤثر في تقدير التعويضات المحكوم بها لفائدة الضحايا، لأن في حالة العجز عن أدائها يتم تطبيق الاكراه البدني، وتبقى النساء ضحايا العنف دون أي تعويض في غياب وجود صندوق ائتماني محل المحكوم عليهم المعسرين في أداء مبالغ التعويضات المحكوم بها، مما يؤكد محدودية جبر الضرر اللاحق بالنساء الناجيات من العنف بالمغرب".

واستعرض عضو نادي القضاة أنس سعدون في ختام مداخلته نماذج للاجتهادات القضائية الحديثة المبدئية التي تم رصدها في مجال حماية النساء والفتيات الناجيات من العنف، مذكرا بأن المجلس الوطني لحقوق الانسان رحب في تقريره السنوي الأخير بالتطبيقات القضائية الحديثة لتدابير الحماية الواردة في قانون محاربة العنف ومن بينها "المنع من الاتصال أو الاقتراب بالضحايا"، والتي طبقت في عدة قضايا من بينها حالات العنف الزوجي رغم ما يفرضه عقد الزواج من التزام بالمساكنة الشرعية، مستعرضا نماذج أخرى لاجتهادات قضائية حديثة تتعلق بتجريم التحرش الجنسي في الفضاء العام والعنف النفسي، داعيا الى مزيد من نشر الأحكام القضائية كوسيلة للتعريف بمستجدات القانون الجديد.

وتجدر الإشارة الى أن كرسي لالة مريم للمرأة والطفل بادر مؤخرا الى تنظيم موائد مستديرة تعالج قضايا المرأة والطفولة في ظل جائحة كورونا، في إطار الأهمية القصوى التي يوليها الكرسي لإشعاع المعرفة العلمية، واعتباره الفاعل المحوري في هياكل التنمية المجتمعية، وبالنظر الى المشروع التكويني والتثقيفي الذي يتبناه.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.be.ma

المملكة المغربية

ردمد : 2336-0615