

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك / 92 يونيو 2020

❖ من مواضع العدد 92 : يونيو 2020 :

- حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي.
- العلاقة بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي.
- عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي.
- البنية غير الشرعية وأثارها بين القانون والقضاء.
- التجربة المغربية بخصوص النوافذ الإسلامية.
- المسؤولية المدنية لمستخدمي الدولة والبلديات.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

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

بسم الله الرحمن الرحيم

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

المسؤول الرئيسي

اللجنة الاستشارية

أهداف المجلة

أخبار المجلة

المؤلفين

المدير المسؤول

شروط النشر

مقالات قديمة

مقالات قديمة

مقالات بلقرنية

حوارات علمية

تقارير جامعية

المساهمون بالمجلة

أعداد المجلة

اشترائه بالمجلة

العدد الثاني والتسعون : يونيو 2020

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

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكداك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري : أستاذ بكلية الحقوق السويدي 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 الثاني والتسعون : لشهر يونيو 2020

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 92 لشهر يونيو 2020 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكداك.....03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي : الدكتور محمد كمال صابر السوسي ، أستاذ الفقه المقارن المساعد

الكلية الجامعية للعلوم التطبيقية ، غزة - فلسطين.....06

3. العلاقة بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي : الدكتور العمري بلاعة ، أستاذ محاضر بجامعة المسيلة

الجزائر.....32

4. إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية : الدكتور أبوبكر أحمد عثمان النعيمي

، جامعة الشارقة - الإمارات العربية المتحدة.....48

5. البنية غير الشرعية وأثارها بين النص القانوني وواقع العمل القضائي : الدكتور جمال الخمار، أستاذ باحث

بالكلية المتعددة التخصصات بتازة - المغرب.....75

6. تقييم التجربة المغربية بخصوص النوافذ الإسلامية : من إعداد: الأستاذ عادل محفوظي ، قاضي بالحكمة الابتدائية

بمراكش - المملكة المغربية.....94

7. المسؤولية المدنية لمستخدمي الدولة والبلديات : " قراءة في أحكام الفصل 80 من ق ل ع م " : أمين الخنتوري

باحث بسلك الدكتوراه في تخصص القانون الخاص بجامعة سيدي محمد بن عبد الله - فاس - المملكة

المغربية.....102

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد الثاني والتسعين لشهر يونيو 2020



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكدالك

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد الثاني والتسعين لشهر يونيو 2020 من مجلة الفقه والقانون الدولية ، وقد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات والأبحاث الهامة من عدة هيئات و جامعات وكليات ومراكز ومعاهد بحث عربية عريفة ونخص بالذكر :

- الكلية الجامعية للعلوم التطبيقية ، غزة- فلسطين.
- جامعة المسيلة- الجزائر.
- جامعة الشارقة- الإمارات العربية المتحدة.
- الكلية المتعددة التخصصات بتازة- المملكة المغربية.
- المحكمة الابتدائية بمراكش- المملكة المغربية.
- جامعة سيدي محمد بن عبد الله- فاس- المملكة المغربية.

بشكرا لجميع الباحثين بالعالم الذين أكرمونا بتوجيهاتهم و بحوثهم ودراساتهم الأكاديمية القيمة الرصينة، وساهموا في مزيد من التفارب والتواصل والتعاقل بين الباحثين في العلوم الشرعية والفانونية.

ومى بين المواضيع القيمة التى نافشها العدد الجديد ما يلى :

- حجية الكتابة الإللكترونية فى الإثبات الشرعى.
- العلفة بين التشريع الإسلامى والتشريع الوضعى.
- إبرام عفوء تعويض المرفى العام فى التشريع العرنسى والتشريعات العربية.
- البنولة غير الشرعية وأثارها بين النص الفانونى وواقع العمل الفضاىى.
- تفهيم التجربة المغربية بخصوص النوافذ الإسلامية.
- المسؤولة المدنية لمستخدمى الدولة والبلديات : فراهة فى أحكام العصل 80 من ق ل ع م.

ختاما لا تنسونا من دعائكم وتوجيهاتكم , وجعلنا العلى الفخير مثل البنيان المرصوص يشد بعضه بعضا.

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.be.ma

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي



الدكتور: محمد كمال صابر السوسي

أستاذ الفقه المقارن المساعد، الكلية

الجامعية للعلوم التطبيقية - غزة

• ملخص البحث :

يتعرض هذا البحث بالدراسة المعمقة لبيان حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي، ولتحقيق هذا الغرض بدأ الباحث ببيان مفهوم الكتابة الإلكترونية وشروطها، ثم توضيح الفرق بين السند العادي والسند الإلكتروني، ثم ختم الباحث بيان حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي من خلال إبراز التأصيل الشرعي للكتابة الإلكترونية.

• أهداف البحث :

يُمكنُ بيانُ أهدافِ البحثِ في النقاط الآتية :

- 1- إبرازُ الدورِ الإيجابيِّ للتقنية الحديثة في مجال الإثباتِ الشرعي.
- 2- بيانُ قدرةِ الفقه الإسلاميِّ على مُواكبةِ المُستجدَّاتِ القضائية، خاصَّةً بعدَ مقارنةِ المسائلِ المُستجدَّةِ مع القوانينِ الوضعية.
- 3- تسليطُ الضَّوءِ على الجهودِ المبذولةِ للارتقاءِ بالمنظومةِ القضائية.
- 4- إبرازُ أهميةِ البحثِ في موضوع القضاء من خلالِ رَبطِ موضوعه بالواقع المعاصر.

• إشكالية البحث :

تتلخص اشكالية هذا البحث في الاجابة على سؤال هام وهو: ما حقيقة الكتابة الإلكترونية، وما شروطها؟ وما ضوابط الكتابة الإلكترونية؟ وهل الكتابة الإلكترونية حجة في الإثبات الشرعي؟

وذلك من خلال بيان مفهوم الكتابة الإلكترونية وشروطها، وما هي ضوابط الكتابة الإلكترونية وهل الكتابة الإلكترونية حجية في الإثبات الشرعي.

• الدراسات السابقة :

بعد الدراسة والتحري، تبين أن هذا الموضوع من المواضيع الحديثة، ولم يتطرق إليه الباحثون بمثل هذا التصنيف، وذلك حسب علم الباحث وإطلاعه، إلا أن الباحث وجد فيما بعد، بعض الرسائل الجزئية التي تناولت جزءاً من موضوعات هذا البحث وهي :

- 1- الوسائل العلمية في ميزان الإثبات الشرعي: منصور أحمد منصور، مطبعة الأمانة، القاهرة (1991م)، حيث تحدث الباحث عن العديد من الوسائل العلمية ولم يتطرق إلى الكتابة الإلكترونية وحجيتها في الإثبات الشرعي.
- 2- أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي: هشام عبدالملك آل الشيخ، الطبعة الرابعة، مكتبة الرشد، بيروت، (1431هـ - 2010م)، وهي رسالة علمية مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، وقد تحدث فيها الباحث عن العديد من المسائل الفقهية، وأثر التقنية فيها، ولم أجد تطرق لموضوع الكتابة الإلكترونية وحجيتها في الإثبات الشرعي البتة.
- 3- الحجية القانونية لوسائل التقدّم العلمي في الإثبات المدني: عباس العبودي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (2002م)، وقد تحدث الباحث في هذا الكتاب عن المحررات الإلكترونية، وحجيتها في الإثبات المدني، ولم يتكلم عن حجيتها في الفقه الإسلامي.
- 4- القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني: د. عيسى غسان ربضي، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة، (2008م)، وقد تحدث الكاتب عن حجية التوقيع الإلكتروني، والكتابة الإلكترونية في قانون البينات، ولم يتحدث عن حجيتها في الفقه الإسلامي.
- 5- التوقيع الإلكتروني، وقانون التجارة الإلكترونية: د. عمر حسن المومني، الطبعة الأولى، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع (2003م)، حيث فصل الحديث عن التوقيع الإلكتروني فيما يخص قانون التجارة الإلكترونية، وهذا ليس مجال بحثنا.
- 6- حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات: يوسف أحمد النوافلة، دار وائل - عمان (2007م)، حيث تحدث الكاتب عن المحررات الإلكترونية، وأنواعها، والتوقيع الإلكتروني، والحجية القانونية لهما، ولم يتحدث عن حجيتها في الإثبات الشرعي.
- 7- التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة): سمير حامد عبدالعزيز الجمال، الطبعة الثانية، القاهرة، دار النهضة العربية (2006م)، وقد تكلم الباحث عن تقنيات، ووسائل الاتصال الحديثة، وحجيتها في الإثبات القانوني، ولم يتطرق لحجيتها في الإثبات الشرعي.

• منهج الباحث :

اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي الوصفي، حيث قُمتُ بعرض المسألة الفقهية، وذكر آراء العلماء فيها، وعرض الأدلة، والترجيح ما أمكن، وذلك باعتماد الأسلوب العلمي في الكتابة من خلال الآتي :

- 1- جمع الآيات القرآنية المتعلقة بموضوع الدراسة، وعزوها إلى سورها.

- 2- الاكتفاء بشرح التعريفات الواردة في المباحث، وذلك لكثرة التعريفات الواردة في هذه الدراسة.
- 3- الاستدلال بالأحاديث الشريفة، ومحاولة تخريجها ما استطاع الباحث إلى ذلك سبيلاً.
- 4- بخصوص المسائل الفقهية، فسوف أعرضُ آراءَ وأقوالَ العلماءِ المتعلقة بموضوعِ البحث، من مصادرها الأصلية، وذلك بتحرير محل النزاع، وسببه إن دعت الحاجة، ثم بيان أقوال الفقهاء فيها مع أدلتهم ومناقشتها، ثم بيان الرأي الرَّاجح، وسبب الترجيح ما أمكن.
- 5- الاستعانة بأخر الأبحاث العلمية التي تناولت دراسة التّقنيات الحديثة في مجال الإثبات الشرعي، والقانوني.
- 6- العملُ على إرجاع المعلومات إلى قائلها، وتوثيقها؛ وذلك من باب الأمانة العلمية.
- 7- اعتماد القانون الفلسطيني (الشرعي والمدني) فيما يخص تعريفات الدراسة، وفي بعض الأحيان كنتُ أرجعُ إلى قانون اليونسترال فيما يخص الكتابة الإلكترونية.

• خُطّة البحث :

يتكوّن البحث من ثلاثة مباحثٍ، وخاتمة.

المبحث الأول : حقيقة الكتابة الإلكترونية.

المبحث الثاني : شروط الكتابة الإلكترونية.

المبحث الثاني : حُجّة الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي.

تمهيد :

لقد ظلَّ السندُ التقليدي على مدى طويل من الزمن يعتلي قمة الهرم بين أدلة الإثبات كافة، حيث إنَّ التشريعات كانت تُعامل السندَ التقليدي على أساس أنه أقوى أدلة الإثبات التي يمكن أن تُقدّم للقاضي؛ لإثبات الواقعة مصدر الحق، وعند توافر الدليل الورقي كان القاضي يُصدرُ حكمه دون أن يراوده شكٌّ في الحكم الذي ينطقُ به⁽¹⁾.

ولو تصفّحنا قوانين الإثبات العربية، والأجنبية لتبيّن لنا، أنَّ القسمَ الأكبر من موادّ هذه القوانين مُخصّصٌ للسندات الرسمية، والسندات العادية (العرفية)، والدفاتر التجارية، والدفاتر الخاصة، والأوراق غير الموقع عليها، والبرقيات، والرسائل.

وفي ظلّ هذه المُستجدّات، والتطورات على مستوى الاتصالات، والإنترنت⁽²⁾، والتجارة الإلكترونية⁽³⁾، فإنَّ المستند التقليدي لم يعد له مكان بين هذه الأدوات جميعاً، فلا يمكن إثبات عقدٍ تجاري يتمّ عبر الإنترنت من خلال مُستند ورقي، أو عملية سحب نقود من جهاز الصراف الآلي، أو باستخدام الفيزا بواسطة السند العادي.

(1) انظر: حُجبة المحررات الإلكترونية في الإثبات: يوسف أحمد النوافلة، داروائل- عمان، (2007م)، (ص9).

(2) الإنترنت: هو شبكة متداخلة ومتشعبة، تربط بين آلاف الشبكات، تُتيح الاتصال على شكل تبادل المعلومات الرقمية في اطار بروتوكول يضمن الاتصال بين الحواسيب، والشبكات الموجودة في جميع أنحاء العالم والتي تعمل بلغات متنوعة، انظر: التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة): سمير حامد عبدالعزيز الجمال، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، (2006م)، (ص 48).

(3) التجارة الإلكترونية في صورتها العامة، طلبات بضاعة، أو خدمات يكون فيها الطالب في مكان غير المكان المطلوب منه الخدمة، أو البضاعة، وتتم الإجابة بشأن توفر الخدمة، أو الطلب على الخط، وبالتالي يمثل الموقع المعلوماتي على الشبكة وسيلة عرض ومحدد لمحل التعاقد، وثمنه، انظر: المركز القانوني للكمبيوتر (الحاسب) في التعاقد الإلكتروني: صابر راشدي، الطبعة الثالثة، العدد التاسع، معارف، المركز الجامعي بالبويرة، (2010م)، (ص12).

وتميّز هذا العصرُ بانتشار التكنولوجيا، فأصبح الكمبيوتر في كلِّ بيتٍ، وشركة، ومؤسسة ومستشفى حكومي، أو غير حكومي في معظم دول العالم، وأصبح من غير الممكن إتمام المعاملات، أو معظم المعاملات دون استخدامه، ناهيك عن استخدام شبكة الإنترنت، والبريد الإلكتروني في معظم هذه المؤسسات، لما تتمتع به من السهولة، والسرعة في إنجاز العمل.

ومع هذا التّطور ظهر السند، والتوقيع الإلكتروني اللذان يُعتبران أدواتٍ لإثبات المعاملات الإلكترونية، التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة بمختلف أشكالها⁽¹⁾.

إلا أنّ العالم شهد منذ النصف الثاني من القرن الماضي، وأوائل القرن الحالي، تطوراً مُذهلاً في التّقنيات العلمية، وخاصةً في مجال الاتصال الفوري الذي أصبح استخدامه يتزايد بشكل كبير في إنجاز مختلف أنواع المعاملات، وإبرام الصفقات، فكثيرٌ من العقود، والصفقات الكبيرة أصبحت تتم في الوقت الحاضر عن طريق هذه الوسائل⁽²⁾.

ووسائلُ الاتّصال الفوري، أجهزة حديثة متطورة لنقل الرسائل والمعلومات بين عدة أشخاص، أو جهاتٍ سواءً داخل البلد، أو خارجه، وهي إمّا سمعية كما في الهاتف، والهاتف النقال (الخلوي)⁽³⁾، أو مكتوبة كما في التلّكس⁽⁴⁾، أو مُستنسخة الأصل كما في أجهزة نقل الصورة بالهاتف (الفاكس)، وفي ظلّ التكنولوجيا الحديثة، وظهور الحاسب الآلي الذي دخل جميع مناحي الحياة اليومية في مختلف دول العالم، وهذه الثورة التكنولوجية قلبت الموازين، وأصبح في ظلّها من الممكن لأشخاصٍ من مختلف أنحاء العالم التواصل، وإبرام العقود دون أن يلتقوا معاً، وذلك عبر وسائل الاتّصال الحديثة، وتطوّر الأمر أكثر فأكثر بعد انتشار الشبكة العنكبوتية (الانترنت)، فظهرت التجارة الإلكترونية، وأصبح التواصل بين البشر سهلاً وميسوراً، فأضحى العالم بمثابة قرية صغيرة تجمع أشخاصاً من مختلف أنحاء وجنسيات العالم، بالرغم من آلاف الأميال التي تفصل بينهم.

أو كما يتمّ الاتصال عن طريق الانترنت، وهي شبكة تضم عشرات الألوف من الحواسيب، مرتبطة مع بعضها في عشرات الدول، على امتداد الكرة الأرضية، باستخدام بروتوكول النقل، أو السيطرة، وبروتوكول الإنترنت لتأمين الاتصالات الشبكية⁽⁵⁾.

وأصبح استخدام هذه التّقنيات العلمية الحديثة في إبرام العقد، يُثير جملةً مشاكل، وتحديات قانونية، ومنها تهيئة دليل إثبات على العقد، ينسجم مع تلك التّقنيات، فالتعاقد عبر الإنترنت يتم في ظل غياب الدعامات المادية الخطية، فهو

(1) انظر: حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات: يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، (ص 20).

(2) انظر: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الأنبات- دراسة مقارنة- عباس العبودي، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، (1997م)، (ص 13).

(3) الهاتف النقال: هو جهاز اتصال لاسلكي طُوّر عن الهاتف الثابت، وأُضيف عليه عدة تحسينات؛ لئلاّئم احتياجات المشتركين؛ ليتمكن المستخدم عن طريقه من نقل الصوت، ونقل الصورة الثابتة والمتحركة، فهو عبارة عن جهاز صوتي فيديوي، وهو تعديل على الجوال حيث زود بكاميرا ثابتة وميكروفون ومُكبر للصوت مما مكن من نقل الصوت والصورة عبر القمر الصناعي مباشرة بين المتصلين، انظر: أحكام إجراء الشهادات بالوسائل الحديثة: محمد طلال العسلي، بحث غير منشور (رسالة ماجستير) الجامعة الإسلامية بغزة، (ص 42).

(4) التلّكس: هو عبارة عن جهاز يقوم يربط المشتركين معاً، مثل نظام الهاتف، ولكنه كتابي وليس صوتي، فيقوم المرسل بكتابة برقية على جهازه، إرسالها إلى جهاز المستقبل دون وسيط، حيث يُمكن للمشارك الاتصال بجميع أنحاء العالم، انظر: أحكام إجراء الشهادات بالوسائل الحديثة: محمد طلال العسلي، مرجع سابق، (2001م)، (ص 45).

(5) انظر: انترنت شبكة المعلومات المحسوبة: عامر إبراهيم قندلجي، مجلة الموقف الثقافي العدد (112) لسنة (1998م)، (ص 48)، وانظر: الانترنت شبكة معلومات العال: ترجمة وأعداد ناطق خلوصي، الموسوعة الصغيرة، بغداد، (1999م)، (ص 425).

يتم عن طريق وسائل معلوماتية في صورة بياناتٍ تظهر على شاشات الحواسيب الآلية، ويتم تبادل الرضاء بين المرسل والمستقبل، ويتحدّد موضوع المعاملة، وكيفية تنفيذها، دون دعامة مادية مكتوبة، وفي مجال الإثبات، تنحصر مشاكل التجارة الإلكترونية في الكتابة، والتوقيع، والسند الإلكتروني⁽¹⁾.

ومع اتساع التعاقد عن طريق الإنترنت فرّضت السندات الإلكترونية المستخرجة من هذا الطريق، نفسها في التعامل بين الافراد، والأمر المهم فيها أنّ وسائل إثبات التعاقد الذي يتم عن طريقها لا تنسجم بسهولة مع القواعد التقليدية في الإثبات، لاسيّما من حيث توفر أركان الدليل الكتابي⁽²⁾.

وقد كان لهذا التطور الهائل في مجال المعلوماتية، والأخذ بالمفهوم الواسع للكتابة، وعدم اقتصرها على دعامة ورقية، حيث أصبح من المقبول أن تتم الكتابة على أي شيء آخر غير الورق، كالدعامة الإلكترونية⁽³⁾ مثلاً، فنشأ ما يُسمى بالسند الإلكتروني، ولا يوجد فرق بين السند الإلكتروني، والسند العادي (الكتابي) في اشتراط الكتابة والتوقيع، كشرط لازمة لإنشاء السند عموماً، سوى أنّه في السند الإلكتروني تكون الكتابة الإلكترونية ليست على الورق، وكذلك التوقيع يكون إلكترونياً، إضافةً إلى بعض الشروط الخاصة بالسند الإلكتروني، كإمكانية حفظه، واسترجاعه كما سأليناه لاحقاً عند حديثي عن الفرق بين السند العادي، والسند الإلكتروني.

المبحث الأول : حقيقة الكتابة الإلكترونية⁽⁴⁾ :

لقد عرّفَت الكتابة الإلكترونية بتعريفات كثيرة، منها :

تعريف الدكتور يوسف النوافل : (الكتابة الإلكترونية هي: كلُّ حروفٍ، أو أرقامٍ، أو رموزٍ أو أيّ علاماتٍ أخرى تثبت على دعامة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو آية وسيلةٍ أخرى مُستحدثة، وتعطي دلالةً قابلةً للإدراك)⁽⁵⁾.

(1) انظر: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية: صالح المنزلاوي، دار النهضة العربية، القاهرة، (2005م)، (361-357).

(2) انظر: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية: محمد مرسي زهرة، بحث مؤتمر الكومبيوتر والقانون المنعقد في القاهرة، (1994م)، (ص50).

(3) يُقصد بالدعامة هنا: الأداة التي يُكتب عليها الوثيقة مثل الورق في السند الورقي.

(4) تُعتبر كلمة الإلكترونية كلمةً حديثة، حيث لم تكن معروفة من قبل، وهي من الكلمات المُعربة عن أصل انجليزي وهي: (Electronic) والتي تعني: التحكم في تدفق الشحنات الكهربائية في بعض الأجهزة الكهربائية، انظر: المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، الطبعة الثانية، مكتبة الشروق الدولية، أنيس مادة (ألك)، (24/1)، وقيل إلكترون: "عبارة عن شحنات كهربائية دقيقة جداً دائمة الحركة حول جسم هو النواة، الذي هو جزء من الذرة"، انظر: إلكترون وأثره في حياتنا: لجين نيدك، دار المعارف، مصر، (1975م)، (ص9)، وقد استُخدمت الإلكترونيات في التصنيع، ودخلت في كثير من المجالات فظهر الراديو الذي يستقبل هذه الموجات الإلكترونية، ثم ظهر التلفزيون، والتلکس، والتلفون، والفاكس والحاسب الآلي، وغيرها من الأجهزة التي تعمل عن طريق الإلكترونيات، انظر موسوعة الإلكترونيات: محمد المتنبى (الجزء الأول) طبعة دار صادر، وقيل أيضاً: "يُطلق مصطلح إلكترونية على تقنية استخدام وسائل مغناطيسية، أو آية وسائل مُشابهة في تبادل المعلومات، أو تسجيلها، أو حفظها، وقد ابتكر مصطلح "التجارة الإلكترونية من قِبَل شركة "IBM"، ونَشَرْتُهُ، وعمَّمت استخدامه مجموعة جارتر "Gartner"، وأصبح يعني التعظيم المتواصل للنشاطات التجارية من خلال التكنولوجيا الرقمية انظر: التسويق الإلكتروني: محمد طاهر نصير، الطبعة الثانية، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، (2005م)، (ص30).

(5) انظر: حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات: القاضي يوسف أحمد النوافل، مرجع سابق، (ص 15).

تعريف الدكتور عيسى ربضي : (الكتابة الإلكترونية هي: مجموعة من الأحرف، أو الأرقام، أو حتى الكلمات، أو الرموز، تُعبّر عن معنى مُحدّد، ودقيق أيّاً كانت ركيّزتها، وأيّاً كان شكلها، أو وسيلة نقلها حتى ولو لم تظهر بصورة مادية محسوسة، أو مُجرّدة للقارئ دون الاستعانة بوسائط أخرى)⁽¹⁾.

فالكتابة هي الأصل في المحرر الورقي كما هو معروف، بالإضافة إلى التوقيع من الشخص المنسوب إليه، هذا هو الشائع المعروف، ولكن تطوّر أساليب الكتابة، والتطور التكنولوجي الذي تحدثنا عنه سابقاً أدى إلى ظهور الكتابة ليس فقط على الأوراق، إنّما على الحاسوب (دعامات غير عادية)، وهذه الكتابة تنصب على دعامة الجهاز مما يُحوّل مثل هذه الدعامات إلى محررات، والكتابة على هذه الدعامات تكون بواسطة رموز، أو أرقام مُتفق عليها، ومعلومة مُسبقاً للجميع، بحيث يتسنى للشخص قراءتها على جهاز الحاسوب، أو الميكروفيلم.

"ولم يعد مفهوم الكتابة، بعد انتشار التقنيات العلمية، واستخدامها في إبرام العقود، ينصرف إلى الكتابات التي يتم وضعها وتدوينها على الورق عادةً، أو ما يشابهه، والوسائل المعروفة للكتابة سواء بخط اليد، أو بالآلات طباعة وغيرها.

وإنما أصبح للكتابة مفهوم واسع، وحديث ليشمل الكتابات المُستخرجة من الوسائل التقنية الحديثة، وخاصة من الحواسيب المرتبطة بشبكة المعلومات العالمية؛ لذلك شاع استعمال تعبير (الكتابة الإلكترونية)، فالتقدم العلمي أدى إلى تطوّر فكرة الكتابة، بظهور وسائل التعاقد المُستحدثة، وبذلك لم يعد يربط الكتابة بالورقة التقليدية، بل أصبح الفكر القانوني ينادي بالكتابة الإلكترونية المُستخرجة من أجهزة الحاسوب، والإنترنت مادام بالإمكان التأكد من مضمونها، لإثبات المعاملات بين المتعاقدين"⁽²⁾.

مما سبق يتضح أنّ أسلوب الكتابة التقليدية قد تغيّر، وتطوّر بفعل تطوّر أساليب التكنولوجيا الحديثة، وذلك في ظلّ الحاجة، والسرعة، واختصار الإجراءات، وترشيد النفقات، فظهر السند الإلكتروني، وهو الكتابة بواسطة رموز معينة على رقائق الكمبيوتر، والدعامات بحيث يُمكن الأطراف من قراءة هذه المعلومات التي تمّ الاتفاق عليها فيما بينهم، بالرجوع إلى الحاسوب، ودون حاجة لتبادل الأوراق.

ويتضح أيضاً أنّ هذه الكتابة يجب أن تكون مكتوبة بطريقة تسمح بحفظ بيانات السند، وإمكانية الرجوع إليه بشكل مستمر، ويُمكن تقديمه للاطلاع عليه، والاحتجاج به، كذلك يمكن تدوين البيانات على الدعامة، أو الرقاقة بشكل غير قابل للتغيير، أو التبديل⁽³⁾، وأن يكون المحرر الإلكتروني موقّعا من الأطراف، وذلك بالطرق الإلكترونية باستخدام التوقيع الإلكتروني، كما أنّ الكتابة الإلكترونية لا يُمكن قبولها إلّا إذا انطوت على ذات الخصائص المُتعلقة بالكتابة الخطية، كالتعبير عن سلطان الإرادة، والكشف عن هوية الأطراف المتعاقدة⁽⁴⁾.

(1) انظر: القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني: د. عيسى غسان ربضي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، (2008م)، (ص 167).

(2) انظر: الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الاتصال الحديثة: ابراهيم الدسوقي أبو الليل، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، بالتعاون مع مركز الامارات للبحوث الاستراتيجية ومركز تقنية المعلومات، جامعة الامارات العربية، (2000م)، (ص 27).

(3) إنبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت: حسن عبدالباسط جميعي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، (2000م) (ص 25).

(4) انظر: التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية: د. عمر حسن المومني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع عمان، (2003م)، (ص 102).

- المحرر الإلكتروني :

لقد أطلق البعض على الكتابة الإلكترونية مُسمى (المحرر الإلكتروني)، حيث جاء في تعريفه أنه: (كل رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ، أو تُدمج، أو تُخزّن، أو تُرسل، أو تُستقبل سواء كلياً، أو جزئياً بوسيلة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو أية وسيلة أخرى مشابهة)⁽¹⁾.

وقيل هو: (مجموعة من الحروف، أو الأرقام، أو الرموز، أو الأصوات، أو أية علامات أخرى يُمكن أن تُثبت على دعامة إلكترونية تُؤمن قراءتها، وتضمن عدم العبث بمحتواها، وحفظ المعلومات الخاصة بمصدرها، وتاريخ، ومكان إرسالها وتسلمها، والاحتفاظ بكافة المعلومات الأخرى على نحو يتيح الرجوع إليها)⁽²⁾.

فكل من الكتابة الإلكترونية، والمحرر الإلكتروني، تشترك في وضعها على دعامة إلكترونية بحيث تُؤمن قراءتها، وعدم العبث بمحتوياتها.

- تعريف قانون اليونسترال⁽³⁾ للكتابة الإلكترونية⁽⁴⁾ :

لقد عرفت قواعد اليونسترال النموذجية بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عام 1996م الكتابة الإلكترونية وعبرت عنها برسالة البيانات بأنها "المعلومات التي يتم إنشاؤها، أو إرسالها، أو استلامها، أو تخزينها بوسائل إلكترونية، أو ضوئية، أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال؛ تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ الورقي"، كما أوضح القانون أن المقصود بتبادل البيانات الإلكترونية نقل البيانات إلكترونياً من حاسوب إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه؛ لتكوين المعلومات"⁽⁵⁾.

ويرى البعض أن السندات الإلكترونية هي "عبارة عن المعلومات، أو البيانات التي يتم إنشاؤها، ومعالجتها، وإرسالها، أو تخزينها، واسترجاعها بوسائل إلكترونية، أو يتم إنشاؤها بوسائل مشابهة.

وسواء كانت هذه المعلومات المستخدمة لغوية، أو غير لغوية، مقروءة، أو مسموعة، أو منظورة اشتملت على عقد، أو وعد، أو عهد، أو إعلام، أو التزام، أو اتفاق، أو غير ذلك سواء تم تبادلها على شكل رقمي، أو تماثلي"⁽⁶⁾.

لذلك يتكوّن السند الإلكتروني من أية معلومات، أو بيانات، تكون على شكل رسائل، أو سجلات يتم إنشاؤها، ومعالجتها، وتخزينها، أو استرجاعها، واستخراجها، أو نقلها، أو نسخها، أو إبلاغها، أو استلامها، بوسيلة إلكترونية على وسيط ملموس، أو على أي وسيط آخر.

(1) انظر: حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات: القاضي يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، (ص 17).

(2) التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة - دراسة مقارنة: د. سمير حامد عبدالعزيز الجمال، مرجع سابق، (ص 67).

(3) أنشأت الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة اليونسترال في 1996/12/16م، بناءً على تقرير اللجنة السادس (A/51/628)، واليونسترال مصطلح مأخوذ من كلمة إنجليزية "Uncitral" مختصر United Nations commission on International trade law: وتدعى باللغة الفرنسية: CNUDCI

(4) قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية: د. عبد الله الفراء، مرجع سابق، (ص 60).

(5) راجع تفاصيل الموضوع عبر موقع اليونسترال <https://www.uncitral.org>

(6) القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية: د. حسين المهدي: بحث منشور بمجلة البحوث القضائية، المكتب الفني لمحكمة العليا، العدد (7)، صنعاء، (2007م)،

- تعريف الكتابة الإلكترونية في قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني :
وعرّف قانون المعاملات الإلكترونية رقم (6) لسنة 2013م الفلسطيني⁽¹⁾، المطبق في قطاع غزة، الكتابة الإلكترونية، وعبر عنها بلفظ السجلات الإلكترونية، أنها "مجموعة المعلومات، أو البيانات التي تُشكّلُ بمجملها وصفًا لحالةٍ تتعلقُ بشخصٍ، أو شيءٍ ما، والتي يتمُّ إنشاؤها، أو إرسالها، أو تسليمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية".

كما عرّف المعاملات الإلكترونية بأنها "أي تعامل، أو عقد، أو اتفاقية يتمُّ إبرامها، أو تنفيذها بشكل جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية، أمّا تبادلُ البيانات فعرفها بأنّها "نقلُ البيانات بوسائل إلكترونية من شخصٍ إلى آخر، أو من منظومة إلكترونية إلى منظومة إلكترونية أخرى".

كما عرف قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني رقم (6) لسنة 2013م التوقيع الإلكتروني - وهو نفس القانون الذي عرّف الكتابة الإلكترونية - أنه "علامة شخصية تتخذُ شكلَ حروفٍ، أو أرقامٍ، أو رموزٍ، أو أصواتٍ، أو غيرها تكونُ ملحقةً، أو مرتبطةً بمعاملة إلكترونية، ولها طابعٌ يسمحُ بتحديد هوية الشخص الذي وقعها، ويميّزه عن غيره، ويكونُ معتمدًا من جهة التصديق"⁽²⁾.

وشهادة التصديق هي شهادة مصادقة إلكترونية تُصدرها وزارة الاتصالات، أو الجهة المفوضة من قبلها؛ لإثبات العلاقة، والارتباط بين الموقع، وبيانات التوقيع الإلكتروني.

وبهذا يتميّز التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي بأن التوقيع الإلكتروني يتمُّ عبر اعتماد دعائم إلكترونية، ولا يقتصر التوقيع الإلكتروني على الإمضاء، أو الختم، أو البصمة، بل قد يكون كذلك في صورة حروفٍ، أو أرقامٍ، أو رموزٍ، أو إشاراتٍ، أو غيرها، كما أنّ التوقيع الإلكتروني تكمنُ أهميته بأنه يمنحُ للكتابة الإلكترونية صفة السند الإلكتروني، ويجعلُ منه دليلًا كاملًا في الإثبات.

-التعريف المختار للكتابة الإلكترونية :

بعد هذا العرض السريع لتعريفات الكتابة الإلكترونية سواءً في الفقه، أو القانون، يُمكن تعريفُ الكتابة الإلكترونية أنّها : (مجموعة الأحرف، أو الكلمات، أو الأرقام والرموز، أو أية علامات أخرى، تُثبتُ على دعامة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو أيّة وسيلة أخرى أيًا كانت ركيزتها، أو كان شكلها، على أن تُعبّر عن معنى دقيق، وتُعطي دلالة قابلة للإدراك).

- شرحُ التعريف :

مجموعة الأحرف، أو الكلمات، أو الأرقام والرموز، أو أيّة علاماتٍ أخرى :

حسبَ هذا التعريف تتشكلُ الكتابة الإلكترونية من تسلسل الأحرف الأبجدية، أو الأرقام، أمّا المقصود بالرموز فهي الطرق كافة غير الرموز الموجودة على القرص المغنط (CD)⁽³⁾.

(1) انظر: قانون المعاملات الإلكترونية رقم (6) لسنة 2013م الفلسطيني، منشور في جريدة الوقائع الفلسطينية العدد الثالث لسنة 2013م، الصادرة عن ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني.

(2) انظر: قانون المعاملات الإلكترونية رقم (6) لسنة (2013م)، مرجع سابق.

(3) القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني: د. غسان عسان ربيضي، مرجع سابق، (ص 166).

فالكتابة الإلكترونية تتشكل في تسلسل الأحرف الأبجدية، أو الأرقام، أما الرموز، والعلامات الأخرى، فهي الطرق غير الأبجدية التي تُعبّر عن الفكر، كالإشارات المستخدمة في ذاكرة الحاسب الآلي، أو الرموز في القرص الممغنط (C.D)، فمفهوم الكتابة يستقل عن طبيعة الإشارات المؤلفة منها، وتُعطي هذه الأحرف، أو الأرقام، أو الرموز دلالة قابلة للإدراك، فهي كتابة ذات معنى يفهمها العقل البشري⁽¹⁾.

- تُثبت على دعامة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو أيّة وسيلة أخرى أيّا كانت ركيّزتها، أو كان شكلها :

فالكتابة الإلكترونية على عكس الكتابة التقليدية الورقية، فهي مرئية الشكل لا مادية الوجود تُوصف بأنها رقمية حتى وإن كانت تُأخذ على شاشة الجهاز، الصورة التقليدية للكتابة⁽²⁾.

والدعامة الإلكترونية هي الوسيط الذي يتم من خلاله كتابة أي مستند إلكتروني، وهذا يعني أن الكتابة لا يُعتدّ بها إلا إذا كانت تلك الحروف، أو الكلمات، أو الأرقام مثبتة على دعامة إلكترونية، أو رقمية، أو أية وسيلة أخرى.

على أن تُعبّر عن معنى دقيق، وتُعطي دلالة قابلة للإدراك :

وهذا شرط في التعريف، أي : أن هذه الأحرف، أو الكلمات، أو الأرقام يجب أن يكون لها مدلول، ويُقصد بذلك أن تتشكل الأحرف، أو الأرقام، أو الرموز كتابة ذات معنى يفهمها العقل البشري، فصفة الكتابة لا تتوافر دائماً في الكتابة القائمة على أحد أشكال الدعامة الإلكترونية؛ لذلك يجب أن تكون الكتابة الإلكترونية ذات فحوى ومدلول، فإذا حققت الكتابة الإلكترونية هذه الوظيفة، فإنها تُمنح قوة ثبوتية مساوية للقوة الثبوتية المقررة للكتابة الخطية⁽³⁾.

المبحث الثاني : شروط الكتابة الإلكترونية :

إنّ العقبة التي تعترض طريق الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات تتمثل في أمرين :

1- إمكانية الدخول على الوسيط المادي، وتعديل الوثائق التي يتم التوقيع عليها إلكترونياً، بحيث يثور الشك في مدى الارتباط بين التوقيع، وبين الوثيقة التي يتم استخراجها من الحاسوب.

2- الطعن المقدم من صاحب التوقيع الإلكتروني في صحة هذا التوقيع، الذي لم يكتب بخط اليد، وكذا الطعن المقدم منه، أو من الطرف الآخر في صحّة بعض محتويات الوثيقة الإلكترونية، وادعاء أنها عدلت بزيادة أو نقصان⁽⁴⁾.

فالسند الكتابي الورقي مهما بُذلت جهود في تعديله، أو تحويره، أو الاضافة إليه، أو الحذف منه، فلا بُدّ أن يُكتشف، وللمحكمة سلطة تقدير ما يترتب على هذه العيوب من إسقاط لقيمة السند في الإثبات، أو إنقاص هذه القيمة، على أن تُدلل على صحة وجود العيب في قرارها بشكل مباشر.

(1) انظر: الدليل الكتابي في الأثبات المدني - دراسة مقارنة-: د. علاء حسين مطلق التميمي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، (2010م)، (ص 52-53).

(2) انظر: العقد الإلكتروني: د. جابر عبدالعزيز جابر سلامة، دون ناشر، القاهرة (2005م)، (ص 69).

(3) انظر: العقد الإلكتروني: د. جابر عبدالعزيز جابر سلامة، مرجع سابق، (ص 166-168).

(4) انظر: إثبات التعاقد الإلكتروني: د. محمد جبر الألفي، <http://www.alukah.net/sharia>

في حين أنَّ السندَ الإلكترونيَّ يَتميِّزُ بقدرةِ أطرافِ العقدِ على تعديله بالإضافة، أو إلغائه بعض مضمونه أو إعادة تنسيقه دونَ وجودِ علامةٍ تدلُّ على الإلغاء، أو الإضافة بحيث يُمكن اكتشافها بسهولة⁽¹⁾.

وقد بُذِلتْ محاولاتٌ جادَةٌ لتدليل هذه الصعوبات، ساعدَ على إنجاحها تطوُّرٌ غير مسبوق، وعلى درجةٍ عاليةٍ منَ التقدم في وسائط الاتصالات، منها: التوصلُ إلى برامج حاسوبٍ تسمحُ بتحويل النصِّ القابل للتعديل إلى صورة ثابتة لا يُمكن تعديلها إلَّا بإتلافها، ومنها: حفظ المحررات الإلكترونية في صيغتها النهائية، وبشكل لا يقبلُ التعديل في صناديق إلكترونية لا يمكن فتحها إلَّا بمفتاح خاص، تُهيمنُ عليه جهات معتمدة.

أمَّا التوقيع الإلكتروني، فقد أمكن توثيقه، وضبطه عن طريق نقل التوقيع المحرَّر بخطِّ اليد، إلى الوثيقة الإلكترونية بعد تصويره بالماسح الضوئي (سكانر)، أو عن طريق استخدام البطاقات الممغنطة، والرقم السري، أو عن طريق الضغط على زرٍّ مُعين في لوحة الحاسوب، يُفيد الموافقة على التعاقد، أو اعتماد التوقيع بالخواص الذاتية (بيومتري) مثل بصمة الإصبع، أو بصمة شبكية العين، أو البصمة الصوتية، أو بصمة الشفَّة، ونحو ذلك، وأخيرًا تمَّ التوصلُ إلى ما يُسمَّى بالتوقيع الرقمي، الذي يُمكن إعداده من خلال معادلات رياضية، لا يُمكن لأحدٍ أن يُعيدها إلى الصيغة المقرَّوة إلَّا من لديه (المفتاح)⁽²⁾.

من أجل ذلك: نصَّ القانون النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية، والذي أصدرته اللجنة التابعة للأمم المتحدة، على أن: (التصرفات المبرمة عبر شبكة الإنترنت لا يُمكن الطعن في صحتها مجرد أنها تمت عبر الإنترنت؛ إذ إنَّ الوثيقة الإلكترونية كالورقة المكتوبة العادية في مجال إبرام العقود الإلكترونية، بشرط أن يكون من السهل الوصول إلى هذه الوثيقة الإلكترونية فيما بعد)⁽³⁾.

لذلك يُشترطُ في الكتابة الإلكترونية، لتقوم بوظيفتها في الإثباتِ عدَّةُ شروطٍ أهمها:

1- أن تكون كتابة السند الإلكتروني غير قابلة للتعديل:

فقد أدَّى التطور التكنولوجي إلى ابتداء استخدام برامج حاسب آلي تسمحُ بتحويل النص الذي يُمكن التعويل عليه إلى صورة ثابتة لا يُمكن التدخل فيها أو تعديلها، ويُعرف هذا النظام بـ (Document image processing)، وقد أمكن حفظ السندات الإلكترونية في صيغتها النهائية، وبشكل لا يقبلُ التبديل، أو التعديل من خلال حفظها في صناديق إلكترونية، فلا يُمكن فتح هذه الصناديق إلَّا بمفتاح خاصٍ تهيمن عليه جهات معتمدة من الدولة، بحيث تُؤدِّي محاولة أطراف التعامل تعديل السند الإلكتروني إلى إتلافه، أو محوه تمامًا⁽⁴⁾.

(1) انظر: دور التقينيات العلمية في الأثبات- دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، رقم (78)، (لسنة 2012م): د. عصمت

عبدالمجيد بكر ومنشور على الرابط الآتي: <http://www.adelamer.com/vb/showthread.php>

(2) انظر: إثبات التعاقد الإلكتروني: د. محمد جبر الألفي، <http://www.alukah.net/sharia>

(3) انظر: إثبات التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق <http://www.alukah.net/sharia>

(4) انظر: إثبات التصرفات القانونية التي يتم أبرامها عن طريق الإنترنت: د. حسن عبدالباسط جمعي، دار النهضة العربية، القاهرة، (2000م)، (ص2) وما بعدها.

2- قابلية السند الإلكتروني للاحتفاظ به :

إنَّ مِنْ شُرُوطِ السَّنَدِ الإلكتروني، قابليته للاحتفاظ به، وهذا ما نصَّتْ عليه الفقرة (1) من المادة (2) من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية بقولها: (يراد بمصطلح، رسالة بيانات، المعلومات التي يتم... أو تخزينها...) كما نصَّتْ القوانينُ الخاصة بالمعاملات، والتجارة الإلكترونية على ذلك⁽¹⁾.

فمن الضروري إمكانية الاحتفاظ واسترجاع السند (المحرَّر) الإلكتروني ليعتبر دليلاً كاملاً في الإثبات، كما يجب أن يكون قابلاً للاحتفاظ بشكله الأصلي الذي نشأ به، والمتفق عليه بين طرفي العلاقة⁽²⁾.

3- أن تكون الكتابة الإلكترونية مقروءة، وواضحة، ومفهومة :

بُغْيَةُ الاعتدادِ بالسند الإلكتروني في مواجهة الغير، لا بدُّ أن تكون الكتابة الإلكترونية الواردة فيه مقروءةً، وواضحةً، ومفهومةً، فتكون الحروف، والرموز مفهومة؛ لأنَّ مِنْ شُرُوطِ استيفاء السند الإلكتروني، أن يكون بالإمكان قراءة السند، وفهمه مادامت اللغة التي تظهر الكتابة بها على شاشة جهاز الحاسوب لغة مفهومة، ومقروءة لأطراف العقد⁽³⁾.

4- أن تكون كتابة السند الإلكتروني متَّصِفَةً بالديمومية، والاستمرارية :

للاعتداد بالوثيقة الإلكترونية كوسيلة إثبات متساوية في القيمة القانونية مع الوثيقة الكتابية العادية، كان لا بدُّ لها وأن تكون ثابتة، ومستمرة في مضمونها، وبمعنى آخر أن تكون الكتابة الإلكترونية على دعامة تضمن ثبات هذه الدعامة بشكل مستمر، حتى يمكن الرجوع إليها كلما لزم الأمر.

والحقيقة أن طبيعة الدعامة التي تُحمَلُ عليها الكتابة الإلكترونية، تجعل مضمون الوثيقة معرضاً للتلف لأسباب تقنية خارجة عن إرادة المستعمل، فقد تؤدي الأعطاب التقنية، أو سوء الاستعمال إلى تدمير الوثيقة الإلكترونية، مما يستحيل معه اللجوء إليها مرة ثانية لأي غرض كان.

وهذا يتوجب تدوين الكتابة على وسيط يتيح ثبات الكتابة عليه، واستمرارها، بحيث يمكن مراجعة شروط، وفقرات العقد أو عرضيه على القضاء في حالة نشوب خلاف بين الأطراف.

وهذا ما نصَّتْ عليه المادة (1/10) من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على أن من بين شروط الاعتداد بالسند الإلكتروني، (الاحتفاظ برسائل البيانات: عندما يقضي القانون بالاحتفاظ بمسندات، أو سجلات، أو معلومات بعينها، يستحق الوفاء بهذا المقتضى إذا تم الاحتفاظ برسائل البيانات، شريطة تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً⁽⁴⁾).

(1) انظر: التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية: هادي مسلم يونس قاسم البشكاني، بحث غير منشور (رسالة دكتوراه)، كلية القانون، جامعة الموصل، (2002م)، (ص 273-274).

(2) انظر: الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة: د. محمد فواز المطالقة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، (2008م)، (ص 212).

(3) انظر: دور التقينيات العلمية في الأثبات- دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، رقم (78)، (لسنة 2012م): د. عصمت عبدالمجيد بكر ومنشور على الرابط الآتي: <http://www.adelamer.com/vb/showthread.php>

(4) انظر: دور التقينيات العلمية في الأثبات- دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، رقم (78)، (لسنة 2012م): د. عصمت عبدالمجيد بكر ومنشور على الرابط الآتي: <http://www.adelamer.com/vb/showthread.php>

لكن يُمكن القولُ أنّ التطور التكنولوجي الحاصل الآن من حيث طرق تخزين، وكذا حجم تخزين البيانات الإلكترونية، يؤكدُ تقلص نسبة تعرض الدليل الكتابي الإلكترونية للتلف، أو الضياع، حيث ظهرت إمكانياتُ التحفيظ، والتخزين في ذاكراتٍ مختلفة داخل الدعامات الإلكترونية الواحدة، وبشكل أصبحت معه الوثيقة الإلكترونية تُحقق شرط الاستمرار، والثبات اللازمين لقبول الدليل الكتابي في الإثبات⁽¹⁾.

5- الإثبات :

من شروط الكتابة التقليدية، أن تكون خالية من أي عيب يؤثر في صحتها إذ يجب أن تكون خالية من الكشط، والحو، والتحشية، والاضافة، وأن لا يبعث المظهر الخارجي على الشك، إذ لا يُعمل بالسند إلا إذا كان سالماً من شبهة التزوير والتصنيع.

وهذا ما نصت عليه المادة (10/1ب) من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية بصدد شروط الاستناد إلى المستند الإلكتروني، الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت، أو أرسلت، أو استلمت به، أو بشكل يُمكن إثبات أنه يمثل دقة المعلومات التي أنشئت، أو أرسلت واستلمت، ونصت القوانين الخاصة بالمعاملات، والتجارة الإلكترونية على ذلك⁽²⁾.

وبعد بيان شروط الكتابة الإلكترونية، كان لزاماً على الباحث توضيح الفرق بين السند الإلكتروني، والسند العادي، ويُمكن التعرف على ذلك في الفرع الآتي :

الفرق بين السند العادي، والسند الإلكتروني⁽³⁾ :

هناك بعض الفوارق بين السند الإلكتروني، والسند العادي تمثل الآتي :

1- لا يوجد للسند الإلكتروني كياناً ماديّ ملموس، بعكس السند الكتابي العادي، حيث إن السند العادي يُمكن الاطلاع عليه مباشرة بدون وسيط إلكتروني؛ بينما السند الإلكتروني لا يُمكن الاطلاع عليه إلا باستعمال الوسيط الإلكتروني القادر على ترجمة البيانات التّقنيّة المحفوظة، إلى كتابة مفهومة من الإنسان، تظهر على شاشة الكمبيوتر، أو تُطبع على الورق.

2- السند العادي لا تُحيط به أية وسائط إلكترونية، ويُعتبر ثابتاً بشكل نهائيّ يمنع التلاعب فيه، بالحو، أو الكشط، بعكس السند الإلكتروني الذي لا يتمتع بصفة الدوام والثبات، حيث يُمكن تعديله، أو التلاعب فيه من أصحاب الاختصاص دون ترك أي أثر؛ وذلك لأن بعض الوسائط الإلكترونية التي تُستعمل لحفظ المعلومات يكون لها عمر افتراضي معين، إضافة إلى أن البرامج التّقنيّة قابلة للتغيير، والتطور، ما يتطلب القيام بنقل المعلومات المخزنة إلكترونياً، أو إعادة تخزينها بشكل جديد، ما قد يتيح التلاعب أثناء هذه العملية، مما يستلزم إجراءات تقنية معقدة للمحافظة على سلامة السند الإلكتروني بعكس السند العادي.

(1) حجية المستخرجات الإلكترونية في الإثبات: حفيظ علوي قادي، منشور على الانترنت، <http://droitdemaroc.blogspot.com>

(2) انظر: دور التّقنيات العلمية في الأثبات- دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، رقم(78)، (لسنة 2012م): د. عصمت عبدالمجيد بكر ومنشور على الرابط الآتي: <http://www.adelamer.com/vb/showthread.php>

(3) قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية: د. عبد الله الفرا، الطبعة الرابعة، مكتبة الطالب الجامعي، غزة، (2013م) (ص55).

3- إنَّ السند الإلكتروني يعتمدُ على ما يُسمَّى بـ (الدعامة الإلكترونية)، وهي تستوعبُ كمياتٍ هائلةٍ من المعلومات، بعكس الدعامة الورقية التي يُكتب عليها السند العادي؛ لذلك فإنَّ كتابة معلوماتٍ على دعامةٍ مُخزَّنةٍ إلكترونيًا، لا يحتاجُ سوى ضغطة مفتاح إن صحَّ التعبير؛ لذلك بدأتُ جميعُ الدول تعتمدُ على أرشفةٍ معلوماتها إلكترونيًا، وليس ورقياً، إضافةً إلى ما يُوفِّره التعامل الإلكتروني من الجهد، والوقت، والنفقات. يتَّضحُ مما سبق أنَّ هناك فوارقٌ بين السند العادي، والسند الإلكتروني، هذه الفوارقُ منها ما هو إيجابي مثل السرعة، والدقة، وتوفير الجهد، والوقت، والنفقات، ومنها ما هو سلبي مثل إمكانية التلاعب، والتحليل، والسرقة؛ لذا يُمكن القولُ أنَّ السند الإلكتروني يجب أن يَتِمَّ حمايته من السرقة، والتغيير، والتشفير.

المبحث الثالث : حُجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي :

بعد الحديث عن حقيقة الكتابة الإلكترونية وشروطها، بقي الاجابة عن التساؤلات الآتية :

- ما هو التأصيل الفقهي للكتابة الإلكترونية؟
- هل هناك ضوابط للعمل بالكتابة الإلكترونية في الفقه الإسلامي؟
- هل الكتابة الإلكترونية حجة في الإثبات الشرعي؟
- هل الشريعة الإسلامية تستوعب بمرونتها مثل هذه المستجدات؟

يمكن الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال النقاط الآتية :

أولاً : التأصيل الفقهي للكتابة الإلكترونية :

العصر الذي نعيش فيه يُسمَّى بعصر التَّقْنِيَّة كما سبق وأن بيَّنا، وأصبحت التعاملات الإدارية، والتنظيمية تتم إلكترونياً باستخدام أجهزة التقنية، كالحاسب الآلي، والإنترنت، وتُوجد صعوبة في إثبات التعاملات الإلكترونية، مما استدعى كثيراً من الدول؛ لإيجاد التشريعات المنظمة لذلك⁽¹⁾.

وحيث أن طرق اثبات الحق، أو الواقعة يتمُّ إثباتها أمام القاضي بوسائل، وطرق كثيرة، أهمُّها: الإثبات بالشهادة، والإثبات بالإقرار، والإثبات باليمين، والإثبات بالكتابة، والإثبات بالقرائن، والإثبات بعلم القاضي، والإثبات بالمعينة والخبرة⁽²⁾.

وبالنظر في الطرق والوسائل السابقة فإن الكتابة الإلكترونية غير مدرجة كونها من الوسائل الحديثة في الإثبات، فالسؤال الذي يطرح نفسه، هل طرق الإثبات في الفقه الإسلامي محصورة ومقيدة بعدد معين؟ أم هي مطلقة؟ بحيث يستوعب كل ما هو جديد من الطرق؟ للإجابة عن هذا التساؤل نقول : -

(1) انظر: توثيق التعاملات الإلكترونية، مجلة بحوث المعاملات المصرفية، المجلد الخامس، كلية الشريعة والقانون، الإمارات، (2003م)، (ص 1847).

(2) انظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: د. محمد الزحيلي، مرجع سابق، (ص 140).

اختلف العلماء في حصر طرق الإثبات، وإطلاقها إلى فريقين :

-القول الأول :

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن طرق الإثبات محصورة في عدد معين مع اختلافهم في العدد، وهو مذهب جمهور العلماء منهم الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة⁽¹⁾.

-القول الثاني :

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن طرق الإثبات ليست محصورة في عدد معين، بل تشمل كل ما يبين الحق، ويظهره مما يمكن جعله مستنداً لبناء الأحكام؛ وللخصوم أن يقدموا الوسائل التي تثبت الحق، وتُقنع المحكمة، وللقاضي أن يقبل من الأدلة ما ثبت منها لديه بعد وزن البيئات المقدمة في الدعوى، وقد قال به ابن تيمية⁽²⁾ وتلميذه ابن القيم⁽³⁾ وابن فرحون⁽⁴⁾ والشوكاني⁽⁵⁾.

-سبب الاختلاف :

يرجع سبب الاختلاف في هذه المسألة إلى أن آيات الكتاب، وأحاديث السنة بيّنت، وحصرت طرق الإثبات في عدد معين، ومن ذلك: (الشهادة، والإقرار، واليمين ونحوه)، فهل هذه الوسائل التي حُصرت في أدلة الأحكام، هي وحدها التي يمكن الاعتماد عليها، أم يمكن إضافة أدلة، وطرق أخرى للإثبات؟ ولكل فريق أدلته، وأوردتها على النحو الآتي:

-أدلة القول الأول :

استدلوا بأدلة من القرآن والسنة والمعقول ومن هذه الأدلة :

-الدليل من القرآن والسنة :

ما نصت عليه آيات الكتاب وأحاديث السنة، وبيّنته من طرق إثبات، ومن ذلك : آيات الشهادة مثل قوله تعالى: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ)⁽⁶⁾، وأيضاً على مَنْ أقرَّ عنده بالزنا بناءً على إقراره⁽⁷⁾، ومن ذلك أيضاً قوله ﷺ : " شَاهِدَاكَ، أَوْ يَمِينُهُ"⁽⁸⁾ فهذه النصوص، وغيرها

(1) انظر: حاشية رد المحتار: ابن عابدين، مرجع سابق، (354/5). والفروق: للقرافي، مرجع سابق، (83/4)، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن الرشد، ت 595هـ، تحقيق: عبدالحليم محمد بن عبدالحليم، الطبعة الثانية، مصر، دار الكتب الإسلامية (1403هـ)، (462/2)، والطرق الحكمية: ابن القيم، مرجع سابق، (ص83).

(2) انظر: مجموع الفتاوى، ابن تيمية، مرجع سابق، (394/35).

(3) انظر: إعلام الموقعين: ابن القيم، مرجع سابق، (71/1)، وله الطرق الحكمية، مرجع سابق، (ص9) وما بعدها.

(4) انظر: تبصرة الحكام: ابن فرحون، مرجع سابق، (172/1).

(5) انظر: نيل الأوطار: للشوكاني، مرجع سابق، (332/8).

(6) (سورة البقرة: جزء من الآية 282).

(7) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، (ص1318).

(8) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب القسامة، (8/9)، حديث رقم (6897).

بيّنت لنا طرق الحكم ووسائله، فكأنهم يقولون بوجوب الاقتصار عليها في بناء الأحكام لما فيها من كفاية وسد حاجة، فلا يجوز استحداث أخرى غيرها مما أنتجت عقول البشر ولم يأت به نص من قبل الشارع الحكيم.

- يُجَابُ على هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : عدم وجود نص يُحدِّد طرق الإثبات، ويحصرها في عدد معين، وفي ذلك يقول ابن القيم: "وقد ذكر الله ﷻ نصاب الشهادة في القرآن في خمسة مواضع، فذكر (نصاب شهادة الزنا أربعة في سورة النساء، وسورة النور، وأمّا في غير الزنا فذكر شهادة الرجلين والرجل والمرأتين في الأموال... فهذا في التحمل، والوثيقة التي يحفظ بها صاحب المال حقه لا في طرق الحكم، وما يحكم به الحاكم، فإنّ هذا شيء، وهذا شيء (1)).

الثاني : أنّ ثبوت الحق في الواقع ونفس الأمر غير مُتَحَقِّق في الغالب، حتى فيما اتَّفَقَ عليه من أدلة، وإنما هو ترجيح لجانب الصدق على جانب الكذب فيها، ولو تُرِكَ الحكم بما تراءى لنا صدِّقُه وجزمنا به مع قيام الاحتمال -الذي لا دليل عليه في الظاهر - لكان ذلك إقراراً للظلم، وإطالة لأمده، وهو مُحَرَّم كما الظلم.

-الدليل الثاني من المعقول :

قالوا : "إنّ في إطلاق الإثبات، وعدم تقييده بطائفة مُعَيَّنة تعريضاً لحقوق الناس، وأموالهم، وأبدانهم للضياع والتفريط، فيجعلها عرضة للطامعين، وضِعَاف النفوس من الحكام والمحكومين؛ لأنّ حاكماً ظلماً لا يَعِدُّم أن يقول ثبت عندي كذا بأمانة كذا، وعليه وجب حصر طرق الإثبات، وعدم التوسُّع فيها" (2).

ويُجَابُ على هذا الاستدلال : أنّ تعريض حقوق الناس للضياع، والابتذال قد يكون في الحصر لا في الإطلاق، ومع قيام الاحتمال يبطل الاستدلال (3).

3- وقالوا : أنّ هذه الطرق هي التي ورد فيها نص شرعي صراحة، أو دلالة، فلا يُقْبَل غيرها في إثبات الدعوى، ولا يجوز للقاضي أن يحكم إلّا بناءً عليها، والذي دفعهم لذلك التَّحَوُّط في حفظ الحقوق، وعدم فتح الباب أمام الظلمة؛ للتسلط على أموال الناس، وحقوقهم بطرق واهية ضعيفة لا أساس لها من الشرع.

قال ابن نجيم الحنفي : "الحجة : بيّنة عادلة، أو إقرار، أو نكول عن يمين، أو يمين، أو قسامة، أو علم القاضي بعد توليته، أو قرينة قاطعة" (4).

وقال ابن رشد المالكي : "القضاء يكون بأربع : الشهادة، واليمين، والنكول، والإقرار" (5).

(1) انظر: إعلام الموقعين، ابن القيم، مرجع سابق، (1/1).

(2) انظر: طرق الاثبات لشرعية: أحمد إبراهيم بك وآخرون، الطبعة الرابعة، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، (ص41).

(3) انظر: التعبير شرح التحرير: علاء الدين أبو الحسن المرادوي الحنبلي، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، السعودية، (1421هـ)، (2388/5)، وكتاب أصول الفقه:

محمد بن المفلح الحنبلي، الطبعة الأولى، مكتبة العبيكان، (1420هـ)، (802/2).

(4) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم، مرجع سابق، (ص247).

(5) انظر: بداية المجتهد: ابن رشد، مرجع سابق، (462/2).

- أدلة القول الثاني :

إنَّ جملة ما استدل به هذا الفريق: أنَّ هدف القضاء وغايته العدل، والبُعد عن الجور والظلم، فبأي طريق أمكن تحقيق ذلك فثم شرع الله ودينه، وقد يكون ما رفضوه أكثرُ بياناً، وأبلغ إظهاراً للحق، وأسطق حجة من غيره مما قالوا به، فلا يجوز عندئذ رفضه، أو ترجيح غيره عليه ما دام مساوياً له في القوة، أو زائداً عليه.

وقد أفاض ابن القيم الحديث في هذه المسألة في كتابيه: إعلام الموقعين، والطرق الحكمية، ومما قاله في كتابه الطرق الحكمية: "فإن الله سبحانه أرسل رسله، وأنزل كتبه؛ ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فإذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأيّ طريق كان فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل، وأماراته، وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالةً، وأبين أمارة، فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها، وقياماً بموجبها، بل بين سبحانه بما شرّعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له"⁽¹⁾.

-الرأي الراجح :

بعد عرض أدلة الفريقين يُمكن ترجيح القول الثاني، القائلين بعدم حصر وسائل وطرق الإثبات في عدد معين، وذلك للأسباب الآتية:

إنَّ القرآن الكريم والسنة النبوية يؤيدان هذا القول، فالشريعة تسعى إلى حفظ الحقوق وصونها، وهذا مقصود القضاء وهدفه، فبأي طريق تحقق ذلك فثم شرع الله، وليس من الإنصاف قصر الإثبات على طرق دون أخرى بغير دليل يشهد لذلك، خاصة إذا كان ما تركناه منها أكثر إثباتاً، وأسطق بياناً، وأقوى حجةً مما أخذنا به، أو مثله على أقل تقدير، وقد علمنا أن ما جاءت به النصوص هو ذكر لبعض طرق الإثبات، ولا يعني هذا بحال حصر الإثبات في ذلك العدد.

فحاجتنا إلى تعدد طرق الحكم تحملنا على أن نجعل ما ثبت منها أساساً نسير عليه في قبول غيرها من البيّنات، والعمل به، أو رفضه، فما عاد لها، أو كان فوقها قوة وإظهاراً للحق قبلناه، وما كان دونها رددناه، فروح الشريعة تأبى أن نرفض حقاً ثبت بما سطعت به الأدلة وأبانت حقه بياناً وقوة.

كما أنَّ القضاء يقوم على تغليب جانب الصدق على جانب الكذب بناءً على ما توفّر لدى القاضي من أمارات، سواء في ذلك ما كان منها موطن اتفاق بين الفقهاء من شهادة، وإقرار، ويمين، أو غيره، فهو قضاء بغالب الظن، وبما تراءى للحاكم أنه الحق والعدل، وليس هو قطعاً بالصدق والعدل، ولو انتظرنا ظهور أمارات قاطعة وأدلة دامغة في كل مرة احتجنا فيها حكماً لتعطل القضاء، وطالت المنازعات، ولما استقرَّ حكمٌ أبداً.

(1) انظر: الطرق الحكمية: ابن القيم، مرجع سابق، (ص9).

كما أن أدلة القول الثاني القائلين بعدم حصر طرق الإثبات أقوى من أدلة مخالفيهم، وفي ذلك يقول د. الزحيلي: "يظهر مما سبق أن الجمهور لا حجة لهم من القرآن الكريم، ولا دليل من السنة الصحيحة على حصر طرق الإثبات..."⁽¹⁾.

ومن هنا، فإن تحقيق مبدأ العدل الذي هو أساس القضاء يقتضي الحكم بكل بينة شكلت قناعة قضائية بصدقها، فكل بينة بلغت قوة وإثبات ما اتفق عليه من طرق إثبات وجب قبولها والحكم بها، وما كان منها فوق ذلك كان أولى قبولاً.

فالأصل في الخصوم أن يُقدِّموا الوسائل التي تُثبت الحق، وتُفنع الحكمة، وللقاضي أن يقبل من الأدلة ما ثبت منها لديه بعد وزن البينات المُقدَّمة في الدعوى، وعلى هذا الأصل يتخرج السجل، أو الحرر الإلكتروني، وكذلك الكتابة الإلكترونية، كوسيلة معاصرة في إثبات الحقوق لدى القضاء.

وقد تبين لنا دقة وصحة ما ذهب إليه المحققون من الفقهاء، كابن تيمية، وابن فرحون، وابن القيم، أن البينة تشمل كل ما يُثبت الحق وبينه؛ وهذا أمر مُؤَصَّلٌ في أدلة كثيرة من القرآن والسنة نصَّ عليها هذا الفريق في كتبهم المتخصصة في القضاء، والسياسة الشرعية، وبناءً على ذلك نستطيع القول إنَّ الفقه الإسلامي يستوعب كل ما يتوصل إليه علماء العصر من تَقْنِيَّةٍ في مجال إثبات الحقوق، ومنع الجرائم ما دامت قاطعة في الحقوق التي لا تثبت إلَّا بأدلة قطعية، أو ظنية في الحقوق التي تثبت بأدلة ظنية، أمَّا الأدلة التي تُفيدُ الشكَّ، والوهم، والتردد شرعاً، وعقلاً، وواقعاً، فلا يُبنى عليها حكمٌ، أو قرار.

إذا ثبت هذا: فإنَّ الكتابة الإلكترونية، تأخذ حكم البينات الخطية بنوعيتها الرسمي، والعادي، كلُّ وفق موضوعه، وجهة اختصاصه، ويُعطي الفقه الإسلامي السلطة التقديرية المقيدة بالمصلحة، والعدل إلى القضاء، وفيما يلي بيان ذلك⁽²⁾:

- 1- الكتابة دليل من أدلة الإثبات، سواءً كانت عادية، أم إلكترونية، رسمية، أم عُرْفِيَّة.
- 2- السندات الرسمية هي التي ينظمها الموظفون الذين من اختصاصهم تنظيمها طبقاً للأوضاع القانونية، ويُحكمُ بها دون أن يُكلِّفَ مُبرزها إثبات ما نص عليه فيها، ويُعمل بها ما لم يثبت تزويرها، أي: حُجَّة قاطعة فيما نُظِّمَت لأجله، ولا تقبل الطعن إلَّا بالتزوير، وهذا يشمل الوثائق التي تصدر عن الحكومات الإلكترونية.
- 3- السند العادي: هو الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه، أو على خاتمه، أو بصمة إصبعه، وليست له صفة السند الرسمي، ومن احتج عليه بسند عادي، وكان لا يريد أن يعترف به، وجب عليه أن يُنكرَ صراحةً ما هو منسوب إليه من خط، أو توقيع، أو خاتم، أو بصمة إصبع، وإلا فهو حُجَّة عليه بما فيه.
- 4- تكون للرسائل قوة الإسناد العادية من حيث الإثبات، ما لم يُثبت موقَّعها أنه لم يرسلها ولم يكلفَ أحداً بإرسالها، وتكون للبرقيات هذه القوة أيضاً إذا كان أصلها المودع في دائرة البريد موقَّعاً عليه من مُرسلها، وتكون لرسائل الفاكس، والتلكس، والبريد الإلكتروني قوة السندات العادية في الإثبات، وتكون رسائل التلكس بالرقم السري

(1) انظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: د. محمد مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، (ص 612).

(2) انظر: الطلاق الإلكتروني في الفقه الإسلامي: د. علي بن عبدالأحمد أبو البصل، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والأنظمة بجامعة الطائف، (1433هـ

المتفق عليه بين المرسل، والمرسل اليه حجة على كل منهما، وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة، أو الموقعة قوة الإسناد العادية من حيث الإثبات، ما لم يُثبِتْ مَنْ نُسِبَتْ إِلَيْهِ أَنْهَ لَمْ يَسْتَخْرِجْهَا، أو لَمْ يُكَلِّفْ أَحَدًا بِاسْتِخْرَاجِهَا.

ثانياً : ضوابط الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي :

ويُشترط في الكتابة الإلكترونية حتى تُعتبر حجة في الإثبات الشرعي الضوابط الآتية :

- إمكانية القراءة، أي: أن تكون الرسالة مُعبّرة عن محتواها.
 - القدرة على الاحتفاظ بالمعلومات؛ لإمكان الرجوع إليها عند الحاجة.
 - عدم القابلية للتعديل، أي عدم قابلية المحرر الإلكتروني للتعديل والتغيير، ويهدف هذا الشرط إلى إضفاء عنصر الثقة والأمان على المحرر الإلكتروني؛ حتى يُمكن الاعتماد عليه ومنحه الحجة الشرعية والقضائية.
- وإذا استوفت الكتابة الإلكترونية الشروط السابقة أصبحت حجة، كالدليل الكتابي الذي يتمتع بالحجية في الإثبات الشرعي.

ثالثاً : ضوابط الكتابة الإلكترونية ومدى انسجامها مع المُعتمد لدى الفقهاء :

لقد فصلنا القول في هذه الشروط، عند حديثنا عن شروط الكتابة الإلكترونية في قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني، ولكن الذي يعيننا في هذا المقام، أن نربط بين هذه الشروط، وما هو مُعتمد عند فقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك للرد على التساؤل الآتي: هل الفقه الإسلامي يستوعب هذه المستجدات؟، وهل يُمكن أن تُعتمد شروط الكتابة الإلكترونية سابقة الذكر كشروط للكتابة الإلكترونية في الفقه الإسلامي؟

يرى الباحث أنه بالرجوع إلى الكتب الفقهية يُلاحظُ أن شرط التوثيق مُدرجٌ ضمن شروط الكتابة التقليدية في الفقه الإسلامي، والتي من الممكن أن نعتمد عليها في اعتماد السند الإلكتروني حجةً في الإثبات ويتضح ذلك في النقاط الآتية :

1- توثيق الكتابة وحفظها من التزوير والتصنيع :

إنّ الكتابة في الفقه الإسلامي تسير التقدم، وتواكب المدنية، والرقي، وتُعتبر مرحلة عالية في نهضة الأمم في وسيلة التعلم، ونقل العلوم، وتسجيل الأفكار، وهي أسلوب التنظيم والضبط، وهي طريقة الحفظ، والتثبيت للحقوق، والمعلومات.

وقد استُعْمِلَت الكتابة أيضاً في توثيق الحقوق، وكتابة المعاملات، وفي نقل الشهادات، والأحكام بين القضاة، وفي إثبات الحق أمام القاضي، واستمرت كذلك حتى فشا الفساد، وانتشر التزوير، وضعفت الأخلاق، فضعف شأنُ الكتابة، وقُلَّ الاعتمادُ عليها في الإثبات احتياطاً، وتورّعاً، وجاء العصر الحديث، وتطوّر الزمن، وعادت الكتابة أدراجها في الاستعمال، وأصبحت أهمُّ وسيلةً في الإثبات، وجرى العرف على ذلك، واحتاطوا في دفع كل ريب، أو شك أو تزوير فيها، وتقدمت وسائل كشف التزوير ومضاهاة الخطوط حتى أصبحت فناً قائماً بذاته، فإذا ثبتت الكتابة وجب الحق لصاحبه، وإن تبين التزوير عُوقب صاحبه عقاباً شديداً⁽¹⁾.

(1) انظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: د. محمد الزحيلي، مرجع سابق، (412/1).

فالتزوير في الكتابة لا يقل عن شهادة الزور، وقد بينَ ﷺ حرمة الزور بشكل مباشر حيث قال تعالى: (فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ)⁽¹⁾.

والأصل في التزوير أنه مُحَرَّمٌ شرعاً بكل صُورِهِ، وأشكاله، سواءً أكان ذلك بالقول، كشهادة الزور، أم بالفعل كتزوير الوثائق، أو المستندات، أو التواريخ.. الخ، بل هو من أكبر الكبائر، وأشدَّ المحرمات⁽²⁾.

وقد اتفق فقهاء المذاهب كلها على تحريم التزوير، واعتباره من الكبائر، بل تشددوا في هذه القضية، فجعلوه من أكبر الكبائر؛ لاقتران التزوير، وشهادة الزور بالإشراك بالله، وعبادة الأوثان، وهذا لا يكون إلا في أعظم الكبائر التي نهى ﷺ عنها في كتابه العزيز، حيث أنَّ الله ﷻ يغفرُ أي ذنب إلا الإشراك بالله، وإذا اقترن شيء بالإشراك بالله أخذ حكمه⁽³⁾، قال تعالى: (إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ وَمَنْ يُشْرِكْ بِاللَّهِ فَقَدْ افْتَرَىٰ إِثْمًا عَظِيمًا)⁽⁴⁾.

فهذه الآية الكريمة من أكثر الآيات التي اعتمد عليها الفقهاء في تحريم التزوير، بل إنهم عدَّوه من الكبائر؛ ذلك أنَّ الله ﷻ قرَنَ بين التزوير، وعبادة الأوثان التي هي من الكبائر، فانسحب حكمها على التزوير؛ ولأنَّ المشرك يزعمُ أنَّ الوثن يُحقق له ما يُريد من خلال تحسينه للباطل المزعوم للناس حتى ظنوه حقاً، فالخرف، وحرفَ غيره عن الحق المستبين، وكذلك التزوير حسن الباطل؛ حتى يظهر أنه حق، فيصل الظالم لمتبغاه⁽⁵⁾.

فالكتابة التي تُعتبر مداراً للحكم عند النزاع، يجب أن تخلو من شائبة التصنيع والتزوير، وإنَّ الإثبات بالكتابة يقتضي التأكد من صحتها، وسلامتها، أنها خالية من التزوير والتغيير، وهذا أمرٌ مُسلَّمٌ به، لا يُشكُّ في اعتباره، والتسليم به⁽⁶⁾.

وقد تطوَّر العلمُ، وأصبح بالإمكان كشفُ تزوير الوثائق المطعون فيها، وذلك بوضعها تحت الميكروسكوب، واكتشاف النقط الدقيقة التي تُؤيد، أو تنفي التزوير، وقد يجدُ إضافة كلمات، أو حروف أضيفت بمهارة، أو يجدُ أنَّ الحروف، والكلمات تنقصها الخواص المميزة لكتابة الكاتب المشهور، كما يُستخدم التصوير بالأشعة فوق البنفسجية؛ لإظهار التغييرات، والكشف في الصكوك المالية، والوصايا، وأوراق البنوك، وغيرها، وأصبحت دراسة المستندات علماً يحتاج إلى مهارة، وتخصص فائزين، فالخبير في كشفه عن التزوير لا يكتفي بمقارنة الخواص العامة للكتابة؛ ولكنه يبحث في نوع الورق، وأصناف الحبر...، فأنواع الورق كثيرة، ويختلف باللون، والسُّمك، وفي الصفات، والعمر⁽⁷⁾.

(1) (سورة الحج: من الآية 30).

(2) انظر: أحكام جرائم التزوير في الفقه الإسلامي: سامر برهان محمود حسن، بحث غير منشور، (رسالة ماجستير)، جامعة النجاح، فلسطين، (2010م)، (ص 22).

(3) انظر: المبسوط: للسرخسي، مرجع سابق، (154/3)، الفواكه الداني، مرجع سابق، (64/16)، الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، (319/16)، المغني: لابن قدامة، مرجع سابق، (223/10)، المحلى: ابن حزم، مرجع سابق، (178/6).

(4) (سورة النساء: الآية 48).

(5) انظر: الكشف عن حقائق التنزيل وعبود الأقاويل في وجوه التأويل: أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي، (تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث، (155/3).

(6) انظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: د. محمد الزحيلي، مرجع سابق، (ص 440).

(7) انظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: د. محمد الزحيلي، مرجع سابق، (ص 440).

كل ذلك ينطبق على كشف التزوير والتصنيع في المستندات الورقية، ولكننا اليوم أمام مستندات ومُحررات إلكترونية، لا تُوجد فيها خصائص المستندات الورقية، ومن السهل التزوير والتصنيع، والتحريف فيها، كما أنّ المُحررات الإلكترونية مثبتة على دعوات إلكترونية، من السهل السيطرة عليها، والتزوير فيها؛ لأجل ذلك كان لا بدّ من وجود ضمانات تقي السند الإلكتروني من التحريف، والتزوير، والتصنيع، سنتعرّف عليها عند حديثنا عن ضوابط التحريف، والتزوير في الكتابة الإلكترونية.

2- حفظ الكتابة والإشهاد عليها :

لم يقتصر الأمر في الفقه الإسلامي على التوثيق، والتثبت في الكتابة؛ لحمايتها من التزوير، والتصنيع، بل تعدّى الأمر إلى أكبر من ذلك، حيث أنّ الفقه الإسلامي أكدّ على ضرورة حفظ الكتابة، والإشهاد عليها حتى من صاحب الخط نفسه.

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة، وكان منشأ الخلاف أنّ الخط هل هو للتذكر؟ أم هو للضبط والحفظ؟ والمسألة نُوقشت من قبل، ويُمكن مراجعتها من مظاهرها⁽¹⁾.

3- إمكانية الاحتفاظ بالسند الإلكتروني في شكله الأصلي للرجوع إليه عند الحاجة :

هذا ما أكدّ عليه الفقه الإسلامي سابقاً، حيث اشترط الفقهاء في السند الكتابي، وخاصةً الرسمي أن يُحفظ في ملفات، وسجلات رسمية؛ ليتمّ الرجوع إليه عند الحاجة إليه، وأن يُؤمّن من التزوير في الخطوط⁽²⁾، ومن هنا نشأت الأرشفة للسجلات والدواوين، والتي سنفصل القول فيها عند حديثنا عن أثر التّقنيات الحديثة في أرشفة سجلات المحاكم.

رابعاً: ضوابط التحريف والتزوير في الكتابة الإلكترونية :

لو تقدم شخص بدعوى للقضاء يتهم أحداً بسرقة مشروع، أو بحثه أو كتابه مثلاً، وأثبت دعواه بأوراق مُقتبسة من رسائل البريد الإلكتروني أو الفاكس، تَبُتْ دعواه، أو اتهم شخص آخر بالتّصل من اتّفاق مُعين، وأثبت دعواه بورقة يُقر فيها المدعى عليه، ولكن هذه الورقة هي سند إلكتروني، فهل يُعتبر هذا السند، أو الرسالة حُجة يُمكن أن يعتمد عليها القاضي؟ أم لا؟

للإجابة على هذا الاستفسار يُمكن القول أنّ الأوراق، والسندات الإلكترونية تُعتبر حُجة في الإثبات الشرعي إذا ما توافرت فيها الضوابط الآتية :

4- الاستعانة بخبراء الكشّف عن التزييف والتزوير:

وذلك بأن يتمّ الاستعانة بالخبراء؛ لإجراء -عمليات الكشّف، والتّثبت من محتوي الوثائق الإلكترونية، ومن ثمّ تقديم التقرير الذي يُعدّ هو البيّنة والدليل، وليس الوثائق الإلكترونية؛ لكنّه مسلك تأباه- ترفضه- بعض النُظم

(1) للتوسع في هذه المسألة انظر: بدائع الصنائع: في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ت 587هـ، تحقيق: محمد عدنان بن ياسين درويش، الطبعة الأولى، بيروت، دار إحياء التراث العربي (1417هـ)، (273/7)، والبحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، (72/7)، والأم: للشافعي، مرجع سابق، (140/7)، والمغني: ابن قدامة، مرجع سابق، (136/6)، ونهاية المحتاج: للرملي، مرجع سابق، (247/8)، والطرف الحكمية: ابن القيم، مرجع سابق، (ص 214)، وتبصرة الحكام: لابن فرحون، مرجع سابق، (365/1)، ووسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: د. محمد الزحيلي، مرجع سابق، (468/1).

(2) للتوسع في موضوع إثبات صحة أوراق الإثبات انظر: القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية: د. محمود هاشم، الطبعة الأولى، عمادة شؤون المكتبات - جامعة الملك سعود، الرياض، (1408هـ-1988م)، (ص 251-265).

القانونية عوضاً عن معارضته؛ لأسس، وأغراض إجراء الخبرة، وطبيعتها، كهيئة تخضع للمناقشة، والاعتراض، والرفض، والقبول⁽¹⁾.

5- أن تخضع الكتابة الإلكترونية لإجراءات أكثر أمناً :

فكما قلنا سابقاً أنه تمّ التوصلُ إلى برامج حاسوبٍ تسمحُ بتحويل النص القابل للتعديل إلى صورة ثابتة لا يمكن تعديلها إلا بإتلافها، ومنها: حفظ المحررات الإلكترونية في صيغتها النهائية، وبشكل لا يقبل التعديل في صناديق إلكترونية لا يمكن فتحها إلا بمفتاح خاص، تُهيمُنُ عليه جهات معتمد، هذا على صعيد المحرر، والسند الإلكتروني.

أما التوقيع الإلكتروني، فقد أمكن توثيقه وضبطه عن طريق نقل التوقيع المحرر بخط اليد إلى الوثيقة الإلكترونية بعد تصويره بالماسح الضوئي (سكانر)، أو عن طريق استخدام البطاقات الممغنطة، والرقم السري، أو عن طريق الضغط على زر معين في لوحة الحاسوب يُفيد الموافقة على التعاقد، أو اعتماد التوقيع بالخواص الذاتية (بيومتري) مثل بصمة الإصبع، أو بصمة شبكية العين، أو البصمة الصوتية، أو بصمة الشفة، ونحو ذلك، وأخيراً تمّ التوصلُ إلى ما يُسمى بالتوقيع الرقمي، الذي يمكن إعداده من خلال معادلات رياضية، لا يمكن لأحدٍ أن يُعيدها إلى الصيغة المقروءة إلا من لديه (المفتاح).

6- أن تشفع الكتابة الإلكترونية، أو السند الإلكتروني بالسند الورقي من باب الاحتياط :

إضافة إلى الضوابط السابقة، فإنه ينبغي على القاضي أن يكون مُتفهمًا لفحوى التقدّم التقنيّ، وأن يكون قريباً من هذه التطورات، فيكون مُلمّاً بها إماماً جيداً؛ لأن مثل هذه القضايا ستُعرضُ عليه؛ وحتى لا تكون غريبة عليه، ومجهولة بالنسبة إليه.

لذا يقترح الباحث : (أن تشتمل المناهج الدراسية للمتأهلين للقضاء على مساقات تُعنى بالتكنولوجيا الحديثة مثل مساق (الرخصة الدولية لقيادة الحاسوب ICDL) - أو أن يتم تنظيم دورة للقضاة بواسطة المعهد العالي للقضاء لإعطاء هذه الرخصة مثلاً).

كما يقترح الباحث: (سن قوانين وتشريعات رادعة للمزورين: وفرض عقوبات على الجرائم الإلكترونية والتي من أخطرها التزوير، والتصنيع في المستندات الرسمية وغير الرسمية).

فإذا ثبت ذلك فإنه يتعين علينا بيان حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي ونتعرف على ذلك من خلال الآتي :

(1) انظر: التدابير التشريعية العربية لحماية المعلومات والمصنفات الرقمية: د. يونس عرب، ورقة عمل مقدمة أمام الندوة العلمية الخامسة حول دور التوثيق والمعلومات في بناء المجتمع العربي - النادي العربي للمعلومات - دمشق.

خامساً: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي :

مع تطور أساليب الكتابة عموماً وتنوعها بفضل التقدم العلمي في مختلف المجالات، وظهور أساليب لم تكن معروفة، فُتِحَتْ أفاقٌ واسعة أمام الباحث، والقاضي، والحامي، وتساءل الجميع عن مدى حجية هذه الوسائل الحديثة، بعدما اعتاد الجميع على طُرُق تكاد تكون واضحة، ومحددة للإثبات، وهي إما بواسطة السندات العادية أو الرسمية.

وقد استمر العمل بهذه السندات التقليدية سنوات طويلة بحيث استقرت الاجتهادات، والأحكام القضائية، والفقهية حولها وأصبحت لا يكاد يختلف عليها اثنان.

وبفعل التقدم العلمي، والتكنولوجي، وظهور التعاقد والتواصل عبر الإنترنت، استُحْدِثَتْ أدواتُ إثبات، ووسائل لم تكن معروفة في السابق، فقد ظهر السند الإلكتروني، والرسالة الإلكترونية، والدعامة، كما ظهر الفاكس، والتلكس، والبريد الإلكتروني، وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة، فكانت الحاجة ماسةً للحديث عن مدى حجية هذه الوسيلة في الإثبات الشرعي.

كما يُمكن القول بأنَّ حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات لا يأبها الفقه الإسلامي؛ بشرط تحقق الشروط السابقة للكتابة الإلكترونية، حيث إن قواعد الكتابة الإلكترونية التي تحدتت عنها الأنظمة الدولية، وقانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني تتفق مع مبادئ الإثبات في الشريعة الإسلامية، ويتضح ذلك من خلال النقاط الآتية:

إنَّ القضاء الإسلامي بتشريعاته الخالدة صالح لكل زمان ومكان، حتى يرث الله الأرض ومنَّ عليها، ولما كانت الكتابة الإلكترونية من الوسائل المعاصرة لإثبات الحقوق، أخذ بها التشريع الإسلامي شريطة الدقة، والصحة، والعدالة الكاملة في إصدار الحكم؛ وذلك لأنَّ القضاء الإسلامي شرَّع من أجل الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، ونصرة المظلوم، وإيصال الحق إلى مستحقه، ومنع استبداد القوي بالضعيف، والضرب على أيدي أهل الفساد، وصيانة الأعراض والأموال والأرواح؛ حتى يتحقق للإنسان الطمأنينة النفسية⁽¹⁾.

كافة وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية تهدف إلى إظهار الحق، وتحقيق العدل بين المتخاصمين، وبالتالي يجوز اللجوء لأية وسيلة مشروعة تُثبت الحق، وتُظهره سواء كانت كتابية أو إلكترونية.

لا يُشترطُ الإثباتُ في الفقه الإسلامي بالكتابة على ورق مُحدِّدٍ أو مواد مُعينة؛ بل يجوز الكتابة على الحجر، والورق، والشجر وبالتالي يقبلُ الفقه الإسلامي الإثبات بالفاكس، والتلكس.

يُحقق التوقيع الإلكتروني كل الوظائف التي يقوم بها التوقيع العادي، ويحافظ على مستوى الأمن، والخصوصية، بل ويضفي نوعاً من الثقة في المعاملات.

فالكتابة الإلكترونية كما سبق وأن قلنا لم تكن معروفة في الماضي، بل هي نتاج التقدم العلمي الحديث، ومُؤاكبة لما هو جديد، حيث لم يتحدث الفقهاء عن هذه الطريقة من طرق الإثبات من قبل، وعليه فإنه يجوز استخدام هذا النوع من الإثبات طالما أنه يساعد القاضي في إحقاق الحق والعدل.

(1) انظر: مدى حجية وسائل الإثبات المعاصرة في القضاء الإسلامي د. فخري خليل أبو صفية، بحث منشور في مجلة جامعة اليرموك إربد- الأردن، (ص 5).

يقول ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين: "فإذا ظهرت أمارات الحق، وقامت أدلة العقل، وأسفر صبحه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه ورضاه وأمره، والله تعالى لم يَحْصُرْ طرق العدل، وأدلته وأمارته في نوع واحد، وأبطل غيره، فأبي طريق استُخْرِجَ بها الحق، ومعرفة العدل، وَجَبَ الحكم بموجبها ومقتضاها، والطرق أسباب، ووسائل لا تُراد لذواتها، وإنما المراد غاياتها التي هي المقاصد"⁽¹⁾.

يُفْهَمُ مِنْ كَلَامِهِ - رحمه الله - النَّصُّ الصَّرِيحُ عَلَى عَدَمِ التَّقِيدِ بِطَرِيقٍ مُحَدَّدٍ لِلإِثْبَاتِ، فَأَيُّ سَبِيلٍ يَبِينُ بِهِ وَجْهَ الْحَقِّ يَكُونُ دَلِيلًا مُعْتَبَرًا مَا دَامَ قَدْ كَشَفَ لِلْقَاضِي وَجْهَ الدَّعْوَى.

وبناء على هذا القول الذي يقضي بعدم حصر أدلة الثبوت عنده، فقد ذكر في كتابه الطرق الحكمية كثيرًا من طرق القضاء التي يخالفه فيها كثير من الفقهاء كالقرعة، وشهادة الكفار، والفراسة، وغيرها.

الخلاصة:

يُسْتَخْلَصُ مِمَّا سَبَقَ أَنَّ الإِثْبَاتَ بِوَسْطَةِ الْكِتَابَةِ الإِلِكْتَرُونِيَّةِ، وَاسْتِخْدَامِ التَّوْقِيعِ الإِلِكْتَرُونِيِّ هُوَ وَسِيلَةٌ تُوَاطِبُ التَّطَوُّرَ، وَلَا يُوْجَدُ مَشْكَلَةٌ فِي الْإِعْتِمَادِ عَلَيْهَا فِي الإِثْبَاتِ الشَّرْعِيِّ، عَلَى أَنْ تَأْخُذَ حُكْمَ الْبَيِّنَاتِ الْخَطِيئةِ بِنَوْعِيَّهَا الرَّسْمِيِّ، وَالْعَادِيِّ، كُلٌّ وَفَوْقَ مَوْضُوعِهِ، وَجِهَةٌ اِخْتِصَاصِهِ، وَيُعْطَى الْفَقْهُ الْإِسْلَامِي السُّلْطَةَ التَّقْدِيرِيَّةَ الْمُقَيَّدَةَ بِالْمَصْلَحَةِ، وَالْعَدْلَ إِلَى الْقَضَاءِ، مَعَ التَّكْيِيدِ عَلَى أَهْمِيَّةِ أَنْ تَشْفَعُ هَذِهِ الْوَسَائِلُ الْحَدِيثِيَّةُ بِالسَّنَدِ الْكِتَابِيِّ مِنْ بَابِ الْإِحْتِيَاظِ.

النتائج والتوصيات:

لقد خلص الباحث إلى جملة من النتائج والتوصيات وهي على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

يمكن إبراز أهم النتائج التي توصلت إليها في الأمور الآتية:

- 1- الكتابة الإلكترونية هي: (مجموعة الأحرف، أو الكلمات، أو الأرقام والرموز، أو أية علامات أخرى، تُثَبِّتُ عَلَى دَعَامَةٍ إِلِكْتَرُونِيَّةِ، أَوْ رَقْمِيَّةِ، أَوْ ضَوْئِيَّةِ، أَوْ أَيْةٍ وَسَبِيلَةٍ أُخْرَى أَيًّا كَانَتْ رَكِيزَتَهَا، أَوْ كَانَتْ شَكْلَهَا، عَلَى أَنْ تُعْبَرَ عَنْ مَعْنَى دَقِيقٍ، وَتُعْطَى دَلَالَةً قَابِلَةً لِلإِدْرَاكِ).
- 2- ظهر من خلال هذا البحث أن أسلوب الكتابة التقليدية قد تَغَيَّرَ وَتَطَوَّرَ بِفَعْلٍ تَطَوَّرَ أَسَالِيبُ التَّكْنُولُوجِيَا الْحَدِيثِيَّةِ، وَذَلِكَ فِي ظِلِّ الْحَاجَةِ، وَالسَّرْعَةِ، وَاسْتِخْصَارِ الْإِجْرَاءَاتِ، وَتَرْشِيدِ النِّفَقَاتِ، فَظَهَرَ السَّنَدُ الإِلِكْتَرُونِيُّ، وَهُوَ الْكِتَابَةُ بِوَسْطَةِ رَمُوزٍ مُعَيَّنَةٍ عَلَى رَقَائِقِ الْكَمْبِيُوتَرِ، وَالِدَّعَامَاتِ بِحَيْثُ يُمْكِنُ الْأَطْرَافُ مِنْ قِرَاءَةِ هَذِهِ الْمَعْلُومَاتِ الَّتِي تَمَّ الْإِتْفَاقُ عَلَيْهَا فِيمَا بَيْنَهُمْ بِالرَّجُوعِ إِلَى الْحَاسُوبِ وَدُونَ حَاجَةِ لِتَبَادُلِ الْأَوْرَاقِ.
- 3- اتَّضَحَ مِنْ خِلَالِ هَذَا الْبَحْثِ أَنَّ هُنَاكَ فَوَارِقَ بَيْنَ السَّنَدِ الْعَادِيِّ وَالسَّنَدِ الإِلِكْتَرُونِيِّ، وَهَذِهِ الْفَوَارِقُ مِنْهَا مَا هُوَ إِجْبَابِي مِثْلَ السَّرْعَةِ، وَالِدَّقَّةِ، وَتَوْفِيرِ الْجُهْدِ، وَالْوَقْتِ، وَالنِّفَقَاتِ، وَمِنْهَا مَا هُوَ سَلْبِي مِثْلَ إِمْكَانِيَّةِ التَّلَاعِبِ، وَالتَّحَايِلِ وَالسَّرْقَةِ؛ لِذَا يُمْكِنُ الْقَوْلُ بِأَنَّ السَّنَدَ الإِلِكْتَرُونِيَّ يَجِبُ أَنْ يَتَمَّ حِمَايَتُهُ مِنَ السَّرْقَةِ وَالتَّغْيِيرِ وَالتَّشْفِيرِ.

⁽¹⁾ إعلام الموقعين: ابن القيم، مرجع سابق، (373/4).

- 4- إنَّ السَّنَدَات الإلكترونية سواء كانت رسمية، أو عرفية تتمتع بنفس الحجية التي تثبت للسندات الرسمية، والعرفية في مجال الإثبات، طالما توافرت فيها شروط وضوابط معينة، أما إذا لم يتوافر للسند الإلكتروني هذه الشروط والضوابط، فليس له إلا حجية مبدأ الثبوت بالكتابة، وللقاضي عندئذ أن يُعمل سلطته التقديرية بشأنها، وله في ذلك أن يُعززها بشهادة الشهود أو بتوجيه اليمين المتممة وغير ذلك من الأدلة.
 - 5- لا يُشترطُ الإثبات في الفقه الإسلامي بالكتابة على ورق محدد، أو مواد معينة؛ بل يجوز الكتابة على الحجر، والورق، والشجر، وبالتالي يقبل الفقه الإسلامي الإثبات بالفاكس، والتلكس، وغيرها من وسائل التواصل والاتصال الحديثة.
 - 6- الكتابة الإلكترونية لم تكن معروفة في الماضي، بل هي نتاج التقدم العلمي الحديث، ومُؤاكلة لما هو جديد، حيث لم يتحدَّث الفقهاء عن هذه الطريقة من طرق الإثبات من قبل، وعليه فإنه يجوز استخدام هذا النوع من الإثبات طالما أنه يساعد القاضي في إحقاق الحق والعدل.
 - 7- تبيَّن من خلال البحث أن الأوراق، والسندات الإلكترونية تُعتبر حُجَّةً في الإثبات الشرعي إذا ما توافرت فيها الضوابط الآتية: (الاستعانة بخبراء الكشف عن التزييف والتزوير، وأن تخضع الكتابة الإلكترونية لإجراءات أكثر أمنًا، وأن تشفع الكتابة الإلكترونية، أو السند الإلكتروني بالسند الورقي من باب الاحتياط).
- ثانيًا: التوصيات :

- 1- عقد المزيد من المؤتمرات والندوات وورش العمل لبيان دور التقنية الحديثة في الإثبات الشرعي.
 - 2- يوصي الباحث الدول الإسلامية العمل على مراجعة قوانينها والعمل على تطويرها ومواكبتها للمستجدات الفقهية.
 - 3- تعميق الدراسات التي تتعلَّق بموضوع التَّقْنِيَّات الحديثة، والتي لها علاقة مباشرة بالأحكام القضائية.
- ✓ المصادر والمراجع :

القرآن الكريم.

- إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت : حسن عبدالباسط جميعي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، (2000م).
- إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت: د. حسن عبدالباسط جميعي، دار النهضة العربية، القاهرة، (2000م).
- إثبات التعاقد الإلكتروني : د. محمد جبر الألفي، <http://www.alukah.net/sharia>
- أحكام إجراء الشهادات بالوسائل الحديثة: محمد طلال العسلي، بحث غير منشور (رسالة ماجستير) الجامعة الإسلامية بغزة.
- أحكام جرائم التزوير في الفقه الإسلامي : سامر برهان محمود حسن، بحث غير منشور، (رسالة ماجستير)، جامعة النجاح، فلسطين، (2010م).
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية : أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الدمشقي، تحقيق: الشيخ عبدالرحمن الوكيل، مكتبة ابن تيممة، القاهرة (1409هـ).
- انترنت شبكة المعلومات الحاسوبية : عامر إبراهيم قندلجي، مجلة الموقف الثقافي العدد (112) لسنة (1998م)،
- الانترنت شبكة معلومات العال : ترجمة وأعداد ناطق خلوصي، الموسوعة الصغيرة، بغداد، (1999م).

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد : أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن الرشد، ت 595هـ، تحقيق: عبدالحليم محمد بن عبدالحليم، الطبعة الثانية، مصر، دار الكتب الإسلامية (1403هـ).
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: لابن فرحون اليعمري، تحقيق: جمال مرعشلي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، (1416هـ).
- التحرير شرح التحرير: علاء الدين أبو الحسن المرادوي الحنبلي، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، السعودية، (1421هـ).
- التدابير التشريعية العربية لحماية المعلومات والمصنفات الرقمية : د. يونس عرب، ورقة عمل مقدمة أمام الندوة العلمية الخامسة حول دور التوثيق والمعلومات في بناء المجتمع العربي - النادي العربي للمعلومات - دمشق.
- التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة): سمير حامد عبدالعزيز الجمال، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، (2006م).
- التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الأثبات - دراسة مقارنة:- عباس العبودي، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، (1997م).
- التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية: هادي مسلم يونس قاسم البشكاني، بحث غير منشور (رسالة دكتوراه)، كلية القانون، جامعة الموصل، (2002م).
- توثيق التعاملات الإلكترونية، مجلة بحوث المعاملات المصرفية، المجلد الخامس، كلية الشريعة والقانون، الإمارات، (2003م).
- التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية: د. عمر حسن المومني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع عمان، (2003م).
- الجامع الصحيح لسنن الترمذي، الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، المتوفى سنة 279هـ، تحقيق: الشيخ أحمد شاکر، دار الحديث، القاهرة.
- الجامع الصحيح، أبي عبد الله البخاري، المتوفى سنة 256هـ، المطبعة الأميرية، مصر، (1314هـ).
- الجامع الصحيح، للإمام مسلم بن الحجاج، المتوفى سنة 261هـ (مع شرح النووي عليه).
- الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الاتصال الحديثة: ابراهيم الدسوقي أبو الليل، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، بالتعاون مع مركز الامارات للبحوث الاستراتيجية ومركز تقنية المعلومات، جامعة الامارات العربية، (2000م).
- حُجية المحررات الإلكترونية في الإثبات: يوسف أحمد النوافلة، دار وائل - عمان، (2007م).
- الدليل الكتابي في الأثبات المدني - دراسة مقارنة-: د. علاء حسين مطلق التميمي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، (2010م).
- دور التَّقْنِيَّات العلمية في الأثبات - دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، رقم (78)، (لسنة 2012م) : د. عصمت عبدالمجيد بكر ومنشور على الرابط الآتي :
- طرق الاثبات لاشريعة: أحمد إبراهيم بك وآخرون، الطبعة الرابعة، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة.
- الطلاق الإلكتروني في الفقه الإسلامي: د. علي بن عبدالأحمد أبو البصل، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والأنظمة بجامعة الطائف، (1433هـ 2012م).

- العقد الإلكتروني: د. جابر عبدالعزيز جابر سلامة، دون ناشر، القاهرة (2005م).
- قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية: د. عبد الله الفراء، الطبعة الرابعة، مكتبة الطالب الجامعي، غزة، (2013م).
- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية: صالح المنزلاوي، دار النهضة العربية، القاهرة، (2005م).
- القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية: د. محمود هاشم، الطبعة الأولى، عمادة شؤون المكتبات - جامعة الملك سعود، الرياض، (1408هـ - 1988م).
- القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني: د. عيسى غسان ربضي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، (2008م).
- القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية: د. حسين المهدي: بحث منشور بمجلة البحوث القضائية، المكتب الفني لمحكمة العليا، العدد (7)، صنعاء، (2007م).
- كتاب أصول الفقه: محمد بن المفلح الحنبلي، الطبعة الأولى، مكتبة العبيكان، (1420هـ).
- الكشف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل: أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث.
- مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية: محمد مرسي زهرة، بحث مؤتمر الكومبيوتر والقانون المنعقد في القاهرة، (1994م).
- مدى حجية وسائل الإثبات المعاصرة في القضاء الإسلامي: د. فخري خليل أبو صافية، بحث منشور في مجلة جامعة اليرموك إربد- الأردن.
- المركز القانوني للكمبيوتر (الحاسب) في التعاقد الإلكتروني: صابر راشدي، الطبعة الثالثة، العدد التاسع، معارف، المركز الجامعي بالبويرة، (2010م).
- موقع اليونسترال [/https://www.uncitral.org](https://www.uncitral.org)
- الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة-: د. محمد فواز المطالقة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، (2008م).
- وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، الزحيلي: محمد مصطفى، الطبعة الثانية، مكتبة دار البيان، دمشق، (1402هـ-1982م).

العلاقة بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي



من إعداد الدكتور : العمري بلاعدة
أستاذ محاضر بجامعة المسيلة- الجزائر

الملخص :

يتناول هذا البحث العلاقة بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي، وذلك من خلال إجراء مقارنة عامة بين التشريعين. وقد بينت الدراسة تفوق الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية وسبقها إلى تقرير كل المبادئ الإنسانية والنظريات العلمية، وبالتالي فإن الشريعة الإسلامية تختلف عن القوانين الوضعية اختلافات أساسية، وتتميز عنها بمميزات جوهرية. ولكن مع هذا فإن ما أنجزه العقل البشري من خلال تجاربه وخبراته، ويؤدي إلى مصالح إنسانية، فهذا لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، وبالتالي فهو محل تقدير واعتبار، لأن المصلحة أينما توجد فثم شرع الله تعالى. الكلمات المفتاحية: التشريع الإسلامي، التشريع الوضعي، الشريعة، الفقه، القانون، أوجه الاختلاف.

Summary :

This paper deals with the relationship between Islamic legislation and positive legislation, through a general comparison between the two legislations. The study showed the superiority of Islamic legislation on positive legislation, as well as the previous report on all humanitarian principles and scientific theories. Thus, Islamic legislation differs fundamentally from positive legislation and has substantial advantages. However, what the human mind has achieved through its experiences and experiences leads to human interests. This is not contrary to Islamic law, but it is appreciated and considered, because the interest wherever there is is God's law.

Keywords: Islamic legislation, positive legislation, Sharia, jurisprudence, law, differences similarities.

عاش المسلمون حيناً من الدهر في ظل حكم الشريعة الإسلامية في جميع مناحي الحياة إلى أن جاء الاستعمار الأوروبي وغزا البلاد العربية والإسلامية، وكان من أهدافه الأساسية فك الصلة بين المجتمع وشريعته وعزله عنها. ومن جهة أخرى حاول هذا الاستعمار تصدير القوانين الأوروبية إلى العالم الإسلامي لتكون هي الحكم، وهي المصدر الرئيس الذي تستمد منه الأوامر والنواهي.

ولكن مع هذا فإن الدول الإسلامية اليوم تتبنى في دساتيرها القانونية مرجعية الشريعة الإسلامية، إما بالنص على أن الإسلام دين الدولة، أو كون الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع.

ولذلك يطرح التساؤل الآتي: هل كل ما يأتي من الشرق أو الغرب لا يصلح؟ أم أن ما أنجزه العقل البشري من خلال تجاربه وخبراته، ويؤدي إلى مصالح إنسانية لا بد أن يكون محل تقدير.

ولهذا وجب البحث في العلاقة بين هذه الثنائية، بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي.

وللوقوف على هذه العلاقة لا بد من التمييز بين المصطلحات الثلاث الشريعة والفقه والقانون.

ومن ثم فإن دراسة هذا الموضوع يقتضي التطرق إلى الجوانب الآتية :

- مفهوم الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي والعلاقة بينهما.

- خصائص الفقه الإسلامي ومبادئه.

- مفهوم القانون الوضعي وخصائصه.

- موازنة عامة بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي.

أولاً : مفهوم الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي والعلاقة بينهما :

1- تعريف الشريعة الإسلامية : أي مفهوم له معنى لغوي، ومعنى اصطلاحى، وبالتالي لا بد من ضبطه لغوياً، ثم ضبطه اصطلاحياً. ولكن قبل ذلك فإن هذا المصطلح مركب من كلمتين : الشريعة والإسلامية. وبالتالي لبيان مفهوم هذا المصطلح لا بد من تعريفه باعتبار مفرديه، ثم باعتباره مركباً.

أ- تعريف الشريعة لغة (1) : الشريعة في اللغة لها معنيان:

- الشريعة بمعنى الطريقة المستقيمة، ومن هذا المعنى قوله تعالى : ﴿ تَمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ الجاثية (18). ومثلها في ذلك الشريعة، قال تعالى : ﴿ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرعةً وَمِنْهَا جَاءَ ﴾ المائدة (48). أي طريقة مستقيمة لا اعوجاج فيها ولا التواء.

(1) - انظر: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت: 1986. مادة شرع ص141. مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مطبعة دار التأليف: 1382هـ-1962م. مصر. ص15.

- الشريعة تطلق على مورد الماء الجاري الذي يقصد للشرب، حيث تقول العرب شرعت الإبل إذا وردت شريعة الماء لتشرب، وشبّهت بمورد الماء، لأن الشريعة الإسلامية تحي النفوس كما يحي الماء الجسم. فهي مصدر كل الخير والرخاء والسعادة في الدنيا والآخرة، قال تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ لِمَا يُحْيِيكُمْ وَعَلِمُوا أَنَّ اللَّهَ يَحُولُ بَيْنَ الْمَرْءِ وَقَلْبِهِ وَأَنَّهُ إِلَيْهِ تُحْشَرُونَ ﴾ [الأفال (24)].

وعليه فالشريعة تطلق في اللغة على مورد الماء ومنبعه ومصدره، كما تطلق على الدين والطريقة والمنهاج والسنة.

ب- تعريف الشريعة اصطلاحاً: هي ما شرعه الله تعالى للناس من قواعد الدين كافة، سواء ما تعلق بالعقيدة الدينية، أو بالأخلاق، أو بأفعال المكلفين من عبادات ومعاملات⁽¹⁾.

إذن الشريعة هي مجموع الأحكام التي أنزلها الله تعالى على عباده، وهي تشمل ثلاث دوائر أساسية:

- دائرة العقائد: وهي ما يسمى بعلم الكلام أو أصول الدين أو علم العقيدة، وهذه الدائرة تتعلق بالإيمان بالغيبات والسمعيات والنبوءات.

- دائرة الأخلاق: وهي ما يسمى بعلم الأخلاق.

- دائرة الأحكام العملية من عبادات ومعاملات: وهي ما يسمى بعلم الفقه.

والإسلامية: نسبة إلى الإسلام.

والإسلام لغة مصدر أسلم، وهو يستعمل في الاصطلاح الشرعي بمعنى الخضوع والانقياد لأمر الله والتسليم لقضائه وأحكامه والرضا بها. ومنه قوله تعالى: ﴿ إِذِ قَالَ لَهُ رَبُّهُ أَسْلِمُ ۖ قَالَ أَسْلَمْتُ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ ﴾ [البقرة (131)].

كما يستعمل في العقائد الأصلية والأسس والمبادئ للعقيدة الإسلامية التي جاء بها الأنبياء والرسل عليهم الصلاة والسلام⁽²⁾، ولذلك صح وصفهم بأنهم مسلمون قال تعالى: ﴿ حَكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا ﴾ [المائدة (44)].

وعليه فالشريعة والدين والملة بمعنى واحد.

واشتهر استعمال الإسلام بمعنى الدين الذي بعث الله به محمد صلى الله عليه وسلم، ومنه قال تعالى: ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾ [المائدة (03)]. قال تعالى ﴿ وَمَنْ يَتَّبِعْ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ ﴾ [آل عمران (85)]. قال تعالى: ﴿ إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ ۗ وَمَا اخْتَلَفَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْعِلْمُ بَغْيًا بَيْنَهُمْ ۗ وَمَنْ يَكْفُرْ بِآيَاتِ اللَّهِ فَإِنَّ اللَّهَ سَرِيعُ الْحِسَابِ ﴾ [آل عمران (19)]. وهو بهذا المعنى الأخير مرادف للشريعة الإسلامية فيشمل كل ما جاء به رسول الله من عقائد وتعاليم خلقية وأحكام تشريعية⁽³⁾.

(1) - انظر: سمير عاليه وهيثم سمير عاليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة، مجد المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان. الطبعة الأولى: 1431هـ-2010م. ص 43.

(2) - وهذا يعني أن الشريعة الإسلامية تلتقي مع الشرائع السماوية السابقة في المصدر، وهو الله تعالى. بينما تفرق علمياً في أن الشريعة الإسلامية تحتوي على أحكام عملية منظمة للعلاقات المختلفة. مع العلم أن الشريعة الإسلامية باعتبارها خاتمة الشرائع فهي ناسخة لما سبقها، وهي وحدها دون غيرها واجبة الإتيان.

(3) - انظر: مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مطبعة دار التأليف: 1382هـ-1962م. مصر. ص 15-16.

وعلى هذا فالشريعة الإسلامية في الاصطلاح الشرعي هي الأحكام التي شرّعها الله لعباده، سواء أكان تشريع هذه الأحكام بالقرآن أم بسنة النبي محمد صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير.

فالشريعة الإسلامية إذن في الاصطلاح ليست إلا هذه الأحكام الموجودة في القرآن الكريم وفي السنة النبوية، والتي هي وحي من الله إلى نبيه محمد ﷺ ليلبغها إلى الناس⁽¹⁾.

وبهذا المعنى فإن الشريعة الإسلامية تتصف بوصفين :

-الأول : أنها أحكام معصومة ومنزهة عن الخطأ والوهم والنقص، لأنها صادرة من الله تعالى الموصوف بصفات الكمال.

-الثاني : أنها أحكام خالدة وصالحة لكل زمان ومكان، لأن نصوصها عامة ومجردة بإمكانها إمداد المجتهدين والمكلفين بثروة من الأحكام الفقهية لكل الوقائع والتصرفات، ووفق كل الظروف والملاسات.

وبهذين الوصفين تتمايز الشريعة الإسلامية عن الفقه الذي يعني مفاهيم المجتهدين لنصوص الشريعة.

ومن ثم فإن التشريع الإسلامي من حيث المصدر نوعان:

-الأول : تشريع إسلامي محض، وهو يشمل القواعد التشريعية المستمدة من النصوص الثابتة بالوحي المتمثل في القرآن والسنة، فهي لا تتحمل التغيير والتبديل، فهي أحكام قطعية.

-الثاني : تشريع إسلامي وضعي، وهو الآراء الفقهية الاجتماعية التي تتعلق بمعاملات الناس، والتي أوردتها الفقهاء المجتهدون، وهي طبعا مستمدة من الكتاب والسنة.

ومن مصطلح الشريعة أو الشرع اشتقت كلمة شرع بمعنى أنشأ وسنّ، فيقال شرع الدين يشرعه شرعا إذا سنّ القواعد وبينّ النظم وأوضح الأحكام.

والتشريع مصدر شرّع، ويعني أو إصدار القوانين أو بيان الأحكام والقواعد، قال تعالى ﴿ شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَىٰ ۚ أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ ﴾ الشورى(13).

والشريعة الإسلامية تعني مجموعة القواعد والنظم والأحكام التي شرّعها الله لعباده.

وهذه القواعد تسمى شرعا أو شريعة على أساس استقامتها.

وتسمى دينا باعتبار الخضوع لها كعبادة.

وتسمى ملة باعتبار أنها أمليت وكتبت على الناس لتنظيم حياتهم وشؤونهم⁽²⁾.

(1) - انظر: عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية: 2001م، ص 39.

(2) - انظر: سمير عاليه وهيثم سمير عاليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة، مجد المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان الطبعة الأولى: 1431هـ-2010م، ص 44.

2- تعريف الفقه الإسلامي :

بيان حقيقة الفقه يقتضي تعريف الفقه في اللغة والاصطلاح.

أ- تعريف الفقه لغة: معنى الفقه في لغة العرب يدور حول الفهم والفتنة والإدراك والعلم، وهذا المعنى دلّت عليه المعاجم العربية⁽¹⁾. ولكن بصورة أدق فإن معنى الفقه في اللغة له معنيان :

-الأول : الفهم المطلق للشيء، يقال فلان يفقه الخير أو الشر، أي يفهمه.

-الثاني : الفهم الخاص لغرض المتكلم من كلامه، ولذلك قال ابن القيم : "الفقه أخص من الفهم، لأن الفقه فهم مراد المتكلم من كلامه، وهو قدر زائد على مجرد فهم اللفظ في اللغة"⁽²⁾. ويشهد لهذا المعنى قوله تعالى ﴿وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي يَفْقَهُوا قَوْلِي﴾ طه (27-28). أي يفهموه. وقوله تعالى : ﴿قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ﴾ هود (91). أي لا نفهمه.

وتقول العرب : أوتي فلان فقها في الدين، أي فهما له. قال تعالى ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ﴾ التوبة (122). أي ليكونوا علماء به.

وقد دعا النبي ﷺ لعبد الله بن عباس فقال : "اللهم فقهه في الدين، وعلمه التأويل"⁽³⁾. أي فهمه. وقد استجاب الله دعاءه فكان ابن عباس أعلم الناس في زمانه بالقرآن الكريم.

ب- تعريف الفقه اصطلاحا: أطلق الفقه في بداية الأمر، وفي صدر الأول للإسلام على علم الدين دون غيره من العلوم، وهذا لشرفه، حيث يقول النبي ﷺ : "من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين"⁽⁴⁾.

وعليه أطلق لفظ الفقه في الاصطلاح الشرعي على جميع الأحكام الدينية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، سواء أكانت هذه الأحكام متعلقة بمسائل العقيدة أو الأخلاق أو العبادات أو المعاملات.

وبهذا المعنى الاصطلاحي للفقه جاء تعريف الإمام أبي حنيفة للفقه الإسلامي بقوله: "هو معرفة النفس ما لها وما عليها"⁽⁵⁾.

والمقصود بذلك ما يجوز لها وما يجب عليها.

(1) - انظر: ابن منظور، لسان العرب. دار المعارف، القاهرة، جمهورية مصر العربية. مادة (فقه)، مج 5، ج 38، ص 3450.

(2) - ابن القيم: إعلام الموقعين. ج 2، ص 264.

(3) - أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب الوضوء، باب: وضع الماء عند الخلاء. ومسلم في صحيحه، في كتاب فضائل ابن عباس.

(4) - أخرجه البخاري في صحيحه (27/1)، في كتاب العلم، باب: من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين. رقم (71). وأخرجه مسلم (362)، في كتاب الزكاة، باب: النهي عن المسألة. رقم (1039).

(5) - الشوكاني، إرشاد الفحول. دار الفكر. ص 3.

ثم طرأ تغيير على مفهوم الفقه في الاصطلاح فصار يطلق على العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة كالوجوب والحظر والندب والكره والإباحة، وكون العقد صحيحاً أو فاسداً أو باطلاً، وكون العبادة أداءً أو قضاءً⁽¹⁾.

واشترطوا أن يكون العلم بهذه الأحكام عن طريق النظر والاجتهاد في الأدلة الشرعية. ولهذا عرفه الإمام الشافعي بقوله: "هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"⁽²⁾.

وهذا التعريف هو الراجح عند كثير من العلماء⁽³⁾.

وبهذا المعنى الاصطلاحي الجديد لكلمة الفقه خرجت من مفهومه الأحكام الاعتقادية والأخلاقية، وصار مدلوله قاصراً على الأحكام العملية (العبادات والمعاملات) فقط.

ج- تقسيمات الفقه: الفقه الإسلامي نظام شامل ينظم علاقة الإنسان بربه، والعلاقات بين الأفراد والجماعات، والدول الإسلامية وغيرها من الدول في السلم والحرب، ولهذا قسمه الفقهاء إلى قسمين رئيسيين، عبادات وعادات، وهذا التقسيم مبناه اختلاف المقصود الأصلي منهما، فما كان الغرض الأول منه التقرب إلى الله وشكره وابتغاء الثواب في الآخرة، فهو من قسم العبادات، كالصلاة والصيام والزكاة والحج والجهاد والنذر في القربات.

وما كان المقصود منه تحقيق مصلحة دنيوية، أو تنظيم علاقة بين فردين أو جماعتين، وما شاكل ذلك فهو من قسم العادات كالبيع والإجارة والمزارعة والشركة والحوالة والكفالة والرهن وغيرها.

وهناك فرق آخر بين النوعين متفرع عن الفرق السابق، وهو أن الأصل في العبادات أنها غير معقولة المعنى، جاءت بها النصوص أمرة أو ناهية، لا يعلم حقيقتها إلا الله تعالى، وكل ما نعرفه من حكمها وعللها مما ورد به النص، أو عرف بالاستنباط لا أثر له في قياس ولا إباحة ولا إلغاء.

وأما العادات فالأصل فيها أنها معقولة المعنى، يدرك العقل كثيراً من أسرارها، وأسلوب التشريع فيها لم يعتمد إلى التفاصيل، بل جاء بالأصول الكلية والقواعد العامة، ثم أكثر من التعليل ليكون ذلك عوناً للفقهاء على التطبيق مهما تغير الزمن واختلفت البيئات.

والفقهاء قسموا العادات إلى مجموعات، ولكن لم يذهبوا طويلاً في الفصل بين هذه المجموعات كما فعل رجال القانون الوضعي، لانعدام الفائدة المترتبة على هذا الفصل في نظرهم، حيث لم يكن عندهم قضاء متنوع يختص كل نوع منه بالفصل في دعاوى خاصة، ولم يكن هناك إجراءات مختلفة في إثبات الحقوق. فالقضاء موحد، والإجراءات تكاد تكون واحدة، والقاضي يحكم في كل نزاع يرفع إليه لا فرق في ذلك بين ما يتعلق بالأموال، وما يتعلق بالدماء والأعراض وغيرها.

ومع ذلك نجد الفقه الإسلامي جاء بجمع فروع القانون الوضعي الحديث، العام منه والخاص.

(1) - انظر: عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: 62-63.

(2) - انظر: الشوكاني، إرشاد الفحول. دار الفكر. ص3.

(3) - انظر: الشوكاني، إرشاد الفحول. دار الفكر. ص3. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتها، دار الفكر، دمشق، ط: 1412هـ - 1991م. ج1 ص16.

فالقانون الدولي العام بمجته الفقهاء في المسائل المتعلقة بالحروب وأسبابها ونتائجها، وعلاقة الأمة الإسلامية بغيرها. وأما القانون العام الداخلي بأنواعه الأربعة، الدستوري والإداري والمالي والجنائي، فقد مجته الفقهاء ما بين موسع ومضيق.

فلجنائي مجته الفقهاء في باب الجنایات والحدود والتعزیرات وغيرها. والقانون المالي مجته الفقهاء في مواضع متفرقة من كتب الفقه عند الكلام على الزكاة والعشر والخراج والجزية والركاز وغيرها، وبوجه عام فإنه يبحث في تنظيم بين المال (خزانة الدولة) ببيان موارده والأموال التي توضع فيه، والوجوه التي تصرف فيها هذه الأموال.

أما القانون الدستوري الذي يحدد شكل الحكم في الدولة، ويبين السلطات العامة فيها، ويوزع الاختصاصات بينها. ويحدد علاقات التعاون والرقابة بين هذه السلطات، ويبين الحريات العامة، وحقوق الأفراد قبل الدولة. وكذا القانون الإداري الذي ينظم نشاط السلطة التنفيذية في أداء وظيفتها، وقيامها على أمر المرافق العامة، فقد مجته الفقهاء فيما يعرف بالسياسة الشرعية أو الأحكام السلطانية.

وأما القانون الخاص وفروعه، كالقانون المدني المنظم للأحوال العينية أو الشخصية، فقد مجته الفقهاء في قسم من المعاملات في الفقه الإسلامي. وأما القانون التجاري فمجته الفقهاء في أبواب الشركات والمضاربة والتفليس وغيرها. وأما قانون المرافعات فقد مجته الفقهاء في أبواب الدعوى والقضاء والشهادة وغيرها. وهكذا نجد الفقه الإسلامي يحكم كل التصرفات الفردية والجماعية والدولية⁽¹⁾.

3- صلة الفقه بالشرعية :

إذا أخذنا مفهوم الفقه الإسلامي ما كان مصطلحا عليه في بداية التشريع (في الصدر الأول للإسلام) باعتباره يتناول الدين كله بعقائده وأحكامه وآدابه، فهو بهذا المدلول يطابق مفهوم الشريعة الإسلامية التي تعني كل ما شرعه الله تعالى من قواعد الدين كافة، سواء ما تعلق بالعقيدة أو الأخلاق أو عبادات ومعاملات.

أما إذا أخذنا الفقه الإسلامي بمعناه الاصطلاحي عند المتأخرين، الذي يشمل الأحكام العملية من عبادات ومعاملات، وقارناه بالشريعة بمعناها الاصطلاحي العام، فإننا نجد الفروق الآتية :

- الفقه أخص من الشريعة⁽²⁾، لأن الفقه لا يشتمل إلا على الأحكام العملية المتعلقة بالعبادات والمعاملات فقط، في حين أن الشريعة تشتمل على جميع الأحكام المتعلقة بالعقيدة والأخلاق والعبادات والمعاملات.

- الشريعة أساس بناء الفقه، حيث أن الفقه يعتمد على أصول الشريعة من قرآن وسنة وبقية المصادر التي أقرت لها الشريعة بالحجية والاعتبار كالتقياس والإجماع وغيرها من المصادر الاجتهادية.

(1) - انظر: مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي: 20-25.

(2) - أي بين الفقه والشريعة عموم وخصوص، فيجتمع الفقه والشريعة في الأحكام التي أصاب المجتهد فيها حكم الله تعالى. ويفترق الفقه عن الشريعة في الأحكام التي أخطأ فيها المجتهد. وتفرق الشريعة عن الفقه في الأحكام التي تتعلق بالناحية الاعتقادية والأخلاقية. انظر: عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ص 15.

- الفقه أقل مرتبة من الشريعة من حيث إلزاميته، فهو وإن استند إلى أصول الشريعة إلا أن للرأي والاجتهاد مجالاً واسعاً فيه، ولذلك تتفاوت القوة الملزمة لقواعد الفقه بتفاوت نصيب الرأي والاجتهاد فيه، فما قلّ فيه جانب الاجتهاد وجاء متقيداً بقواعد القرآن والسنة اعتبر جزءاً من الشريعة وامتنعت مخالفتها. وأما ما يغلب فيه جانب الرأي والاجتهاد جازت مخالفتها بشرط أن تكون المخالفة على دليل شرعي أقوى أو على اجتهاد أقرب إلى روح النصوص الشرعية⁽¹⁾.

والفقه الذي هو استنباط المجتهد قد يعالج مشكلات المجتمع في زمن أو مكان بعلاج يمكن ألا يصلح لمشكلات زمان أو مكان آخر، بخلاف الشريعة الشاملة زماناً ومكاناً⁽²⁾.

4- خصائص الفقه الإسلامي :

تميّز الفقه الإسلامي عن غيره من الأحكام والآراء والقوانين البشرية بمميزات فريدة وأصيلة، مما جعله يهيمن عليها، وتكون له السيادة والريادة في إيجاد الحل الأمثل لكل ما تحتاجه البشرية في جميع أمورها الدينية والدنيوية، وأهم هذه المميزات تتمثل فيما يلي⁽³⁾ :

- الفقه الإسلامي فقه إلهي سماوي، أي مصدره الوحي المتمثل في القرآن والسنة، لأنه صادر من الله تعالى الذي يعلم ما يصلح لعباده في دنياهم وأخراهم، ولذلك جاء متوافقاً مع الطباع البشرية، وخادماً لمصلحتهم العامة والخاصة، ومراعياً أحوالهم.

- الفقه الإسلامي شامل لكل متطلبات الحياة، حيث تناول علاقات الإنسان الثلاث (علاقة الإنسان بربه، علاقة الإنسان بنفسه، علاقة الإنسان بمجتمعه)، لأنه للدين والدنيا معاً. وهو عام للبشرية جمعاء، وهو أيضاً خالد إلى يوم القيامة.

- الفقه الإسلامي صالح لكل زمان ومكان ولكل أمة، وذلك لأن النبي ﷺ هو خاتم الأنبياء والمرسلين، قال تعالى : ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَئِن كَثَرَ النَّاسُ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ سبأ(28).

وعليه فإن فقه المبادئ لا يتغير كالتراضي في العقود، وضمان الضرر، وقمع الإجرام، وحماية الحقوق. وأما الفقه المبني على القياس ومراعاة المصالح والأعراف فيقبل التغير والتطور بحسب الحاجات الزمنية وخير البشرية، والبيئة المختلفة زماناً ومكاناً، مادام الحكم في نطاق الشريعة وأصولها الصحيحة، وذلك في دائرة المعاملات دون دائرة العقائد والعبادات.

(1) - تقتضي الدقة في الاصطلاح عدم إطلاق اسم الشريعة على الآراء الفقهية المحضة، وإنما يحتفظ لهذه الآراء بتسمية الفقه فقط، لأن الشريعة من عند الله، وهي مستقرة ثابتة لا يمكن تبديلها أو تغييرها.

(2) - انظر: سمير عاليه وهيثم سمير عاليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة: 51-52. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: 65-66. عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي: 14-16.

(3) - انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته: ج1 ص17. سليمان أبا خليل، المدخل إلى علم الفقه. فهرسة مكتبة فهد الوطنية، السعودية. ط1: 1427هـ-2006. ص24.

- الفقه الإسلامي مرتبط بالأخلاق، حيث يحرص الفقه على رعاية الفضيلة والمثل العليا في تشريعاته، فقد شرّعت العبادات من أجل تطهير النفس وتزكيتها، وحرّم الربا بقصد بثّ روح التعاون وحماية المحتاجين والضعفاء من جشع أصحاب الأموال، وهكذا.

- الجزء في الفقه الإسلامي على المخالفة دنيوي بخلاف القانون الذي يقرر جزاء دنيويا فقط، بل إن الفقه لديه نوعان من الجزاء على المخالفات. الجزء الدنيوي من عقوبات مقدرة (وهي الحدود)، وغير مقدرة (وهي التعازير) على الأعمال الظاهرة للناس، والجزء الأخروي على أعمال القلوب غير الظاهرة للناس كالحسد مثلا. ومن ناحية أخرى فإن الجزاء في الفقه الإسلامي إيجابي وسليبي، فالإيجابي لأنّ فيه ثوابا على طاعة الأوامر وامثالها، وسليبي لأنه يقرر ثوابا على اجتناب النواهي.

أما القانون فيقتصر على تقرير جزاءات سلبية على مخالفة أحكامه دون تقرير ثواب على حالة امتثال قواعده.

- النزعة في الفقه الإسلامي جماعية، بحيث تراعى فيه مصلحة الفرد والجماعة دون أن تطغى واحدة على أخرى، ومع ذلك تقدّم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد عند تعارض المصلحتين مثل تحريم الاحتكار.

- الفقه الإسلامي قائم على التيسير ورفع الحرج والمشقة مصداقا لقوله تعالى ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ البقرة (185). وقوله تعالى ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَا يَكُنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيَتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ المائدة (06).

*- الفقه الإسلامي يتصف بصفة الدينية حلا وحرمة، حيث أن كل فعل أو تصرف مدني في المعاملات يتصف بوجود فكرة الحلال والحرام فيه خلافا للقانون.

5- مفهوم القانون الوضعي :

أ- تعريف القانون لغة: القانون كلمة يونانية الأصل، تلفظ كما هي (Kanun) وانتقلت من اليونانية إلى اللغات الأخرى وهي تعني العصا المستقيمة أو المسطرة، ثم انتقلت إلى الفارسية بنفس اللفظ (كانون) بمعنى أصل كل شيء وقياسه، ثم عرّبت عن الفارسية بمعنى الأصل، ودرج استخدامها بمعنى أصل الشيء الذي يسير عليه.

وصارت لفظة القانون تنصرف إلى كل قاعدة مطردة مستقرة، فيقال في معرض الأبحاث الطبيعية قانون الجاذبية، ويقال في معرض الأبحاث الاقتصادية قانون العرض والطلب... وهكذا⁽¹⁾.

ب- تعريف القانون اصطلاحا : أما مفهوم القانون في مجال الدراسات القانونية فإن له معنيين، أحدهما واسع وآخر ضيق.

(1) - انظر: ابن منظور لسان العرب، ج 3 ص 177 ، طبع دار لسان العرب، بيروت. محمد كمال عبد العزيز، الوجيز في نظرية القانون ، مكتبة وهبة بالقاهرة: 1962م. ص4. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون). دار هومة، الجزائر. ط3: 1998م. ص13. سمير عاليه وهيثم سمير عاليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة: 29-32.

فالقانون بالمعنى الاصطلاحي الضيق يراد به مجموعة معينة من النصوص القانونية التشريعية المدونة، الخاصة بأمر معين. فيقال مثلا قانون الموظفين، وهو الذي ينظم شؤون الموظفين تعيينا وترقية وعزلا وإحالة إلى التقاعد. ويقال أيضا قانون الجامعات، وقانون المحاماة، وقانون المرور، وقانون الصحة...وهكذا.

وهذا يعني أن القانون بالمعنى الضيق ينصرف فقط إلى التشريع أو التقنين المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية.

أما القانون بالمعنى الاصطلاحي الواسع هو عبارة عن مجموعة من القواعد الوضعية الملزمة التي تنظم ظاهر سلوك ومعاملات الأفراد في المجتمع بصورة عامة ومجردة، وتوقع الدولة جزاء على من يخالفها. وعليه فالقانون يحكم علاقات الناس ومعاملاتهم مع بعضهم البعض دون أن يحيط بكل جوانب حياة الإنسان. وبالتالي فهو يشمل مساحة أقل من المساحة التي يشملها الفقه، ومن ثم المساحة التي تؤطرها الشريعة⁽¹⁾.

6- خصائص القانون الوضعي :

يتميز القانون الوضعي بخصائص أربع، وهي كالآتي⁽²⁾ :

- قواعد القانون الوضعي تطبق في دولة معينة، ذات مجتمع متجانس، له سيادته وحياته الخاصة. ومن ثم يكون لكل دولة قانونها الوضعي الخاص بها.

- قواعد القانون الوضعي تطبق في زمن معين، أي كما يتخصص القانون بمكان معين فهو أيضا يتخصص بالزمان.

- قواعد القانون الوضعي ملزمة الإلتباع من طرف الأفراد، ولذلك لا تعتبر من القوانين الوضعية العبادات الدينية المتروك للناس أمر إلتباعها.

- قواعد القانون الوضعي ملزمة أيا كان شكلها أو مصدرها، فلكل دولة قانونها الوضعي بما تشتمل عليه أشكال وقاعده من تشريع مكتوب، أو عرف غير مدون، أو أحكام القضاء، أو شروحات علماء القانون.

والحقيقة أن التشريع الوضعي بصفة عامة له ثلاث وظائف كبرى في الأمة : العلاج، والوقاية، والتوجيه.

- فهو علاج للعلل الاجتماعية والمشكلات الاقتصادية الواقعة.

- وهو وقاية من العلل والمشكلات المتوقعة.

- وهو توجيه وتمهيد لاستمرار التكامل حتى يبلغ تنظيم الحقوق والالتزامات والمصالح مستواه الأكمل.

ولكي تتحقق هذه الوظائف الثلاث في التشريع يجب أن يكون إلزاميا. ثم لكي تضمن له الطاعة في العمل والتطبيق يحتاج إلى نوع إضافي من الأحكام التشريعية، وهي إما زواج مدنية كبطلان العقود المخالفة للنظام، وإما عقوبات تأديبية كالسجن والغرامات على الجرائم العدوانية لكي يضطر المكلف إلى التزام حدود الطاعة⁽³⁾.

(1) - انظر: سمير عاليه وهيثم سمير عاليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة: 32-33.

(2) - انظر: المرجع نفسه. ص 34-35.

(3) - انظر: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام. دار القلم، دمشق. ط1: 1418هـ - 1998م. ج1، ص46.

ثالثاً: أوجه الاختلاف والانسجام بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي :

أ- أوجه الاختلاف الأساسية بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي :

يختلف التشريع الإسلامي عن التشريع الوضعي من الوجوه الآتية (1) :

1- أن القانون من صنع البشر، أما الشريعة فمن عند الله، وكلا الشريعة والقانون يتمثل فيها بجلاء صفات صانعه، فالقانون من صنع البشر ويتمثل فيه نقص البشر وعجزهم وضعفهم وقلة حيلتهم، ومن ثم كان القانون عرضة للتغيير والتبديل.

أما الشريعة فصانعه هو الله تعالى العليم الخبير، الذي أحاط بكل شيء علماً. وأمر سبحانه وتعالى في قوله تعالى : ﴿لَا تَبْدِيلَ لِكَلِمَاتِ اللَّهِ﴾ يونس(64)، لأنها ليست في حاجة للتغيير والتبديل مهما تغيرت الأوطان والأزمان وتطور الإنسان.

2- أن القانون عبارة عن قواعد مؤقتة تضعها الجماعة لتنظيم شؤونها وسد حاجاتها، فهي قواعد متأخرة عن الجماعة، أو هي في مستوى الجماعة اليوم، ومتخلفة عن الجماعة غداً، لأن القوانين لا تتغير بسرعة تطور الجماعة، وهي قواعد مؤقتة تتفق مع حال الجماعة المؤقتة، وتستوجب التغيير كلما تغيرت حال الجماعة.

أما الشريعة فقواعد وضعها الله تعالى على سبيل الدوام لتنظيم شؤون الجماعة. فالشريعة تتفق مع القانون في أن كليهما وضع لتنظيم الجماعة، ولكن الشريعة تختلف عن القانون في أن قواعدها دائمة لا تقبل التغيير والتبديل. ولهذا كانت قواعد الشريعة ونصوصها تمتاز بالرونة والعموم، بحيث تتسع لحاجات الناس مهما تنوعت وتعددت، ومهما تغيرت الأزمنة والأمكنة.

3- أن الجماعة هي التي تصنع القانون وتلونه بعاداتها وتقاليدها وتاريخها، والأصل في القانون أنه يوضع لتنظيم شؤون الجماعة، ولا يوضع لتوجيه الجماعة، ومن ثم كان القانون متأخراً عن الجماعة وتابعا لتطورها، وكان القانون من صنع الجماعة، ولم تكن الجماعة من صنع القانون.

أما الشريعة الإسلامية فقد سبق القول أنها ليست من صنع الجماعة، وأنها لم تكن نتيجة لتطور الجماعة وتفاعلها كما هو الحال في القانون الوضعي، وإنما هي من صنع العليم الخبير الذي أحاط علمه بكل شيء. وبالتالي فالشريعة لم توضع لتنظيم شؤون الجماعة فقط كما هو الغرض من القانون الوضعي، وإنما المقصود من الشريعة قبل كل شيء إيجاد أفراد صالحين في مجتمع صالح في دولة صالحة في عالم مثالي. ومن أجل ذلك جاءت نصوص الشريعة أرفع من مستوى العالم كله وقت نزولها، ولا تزال كذلك إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها. ومن ثم فقد جاء فيها من المبادئ السامية والمثل العليا ما لم يتهيأ هذا للعالم غير الإسلامي معرفته أو الوصول إليه.

4- يمتاز التشريع الإسلامي عن التشريع الوضعي بأن أحكامه الشرعية لها مظهران، مظهر ديني، وآخر قضائي. ويتمثل المظهر الديني في الجزاء يوم القيامة عند الله تعالى، ويراد بالمظهر القضائي في اقتضاء حقوق العباد في الدنيا. أما

(1) - انظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي. دار الكتاب العربي، بيروت. ص 17-22.

الأحكام القانونية الوضعية فليس لها إلا مظهر واحد وهو المظهر القضائي ولا وجود للمظهر الديني بتاتا. ولا شك أن مراعاة الجانب الديني في الأحكام الشرعية يجعل المسلم يراقب تصرفاته دائما.

ويتبين من خلال هذه الفروق الأساسية أن الشريعة تمتاز عن القوانين الوضعية بثلاث مميزات أساسية وهي :

- أن الشريعة الإسلامية تمتاز بالكمال، وذلك بما تضمنته من قواعد ومبادئ ونظريات.
- أن الشريعة الإسلامية تمتاز بالسمو، أي أن قواعدها ومبادئها أسمى دائما من مستوى الجماعة.
- أن الشريعة الإسلامية تمتاز بالدوام، أي بالثبات والاستقرار، فنصوصها لا تقبل التغيير والتبديل مهما تغير الزمان والمكان.

ولهذه المميزات وغيرها التي امتاز بها التشريع الإسلامي عن غيره من القوانين الوضعية، فقد تنبه علماء القانون في الغرب لعظمة هذه الشريعة وأنها قادرة على تلبية حاجات المجتمعات، ولذلك توالى كتاباتهم للإشادة بالتشريع الإسلامي، وأصبح الفقه الإسلامي موضع اهتمام في الدول المتحضرة غير الإسلامية، حيث تم الاعتراف بالشريعة الإسلامية كمصدر عالمي للتشريع والقانون في عدد من المؤتمرات الدولية العلمية منذ سنة 1932م، منها (1) :

- المؤتمر الدولي للقانون المقارن في مدينة لاهاي سنة 1932م.
 - مؤتمر لاهاي المنعقد في عام 1937م.
 - مؤتمر القانون المقارن في لاهاي 1938م.
 - المؤتمر الدولي عام 1945م بواشنطن.
 - شعبة الحقوق بالمجمع الدولي للقانون المقارن سنة 1951م بباريس.
- وقد صدرت عن هذه المؤتمرات قرارات هامة، وهي :
- أ- اعتبار التشريع الإسلامي مصدراً من مصادر التشريع العام.
 - ب- اعتبار الشريعة الإسلامية قائمة بذاتها وليست مأخوذة من غيرها، وبالتالي فهي لا تمت إلى القانون الروماني أو إلى أي شريعة أخرى.
 - ج- اعتبار الشريعة الإسلامية حية وصالحة لكل زمان ومكان.
 - د- تمثيل الشريعة الإسلامية في القضاء الدولي ومحكمة العدل الدولية.

هذا على الصعيد الدولي، أما على الصعيد العربي فقد انعقدت عدة مؤتمرات وندوات، وتصدر عن هذه اللقاءات مقررات وتوصيات بشأن التشريع الإسلامي، منها على وجه الخصوص التوصيات التي صدرت عن الندوة الأولى لعمداء كليات الحقوق بالجامعة العربية التي انعقدت في شهر أفريل سنة 1973م في جامعة بيروت العربية، وقد صدر عن هذه الندوة ما يلي :

- وجوب العناية بالدراسة المقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام القوانين الوضعية باعتبارها من أهم أسس التوحيد القانوني بين البلاد العربية.

(1) - انظر: محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، القاهرة. ط2: 1996م. ص24-25.

- قررت أن من مهمة كليات الحقوق بالجامعات العربية أن تدرس الشريعة الإسلامية بوصفها مصدرا رسميا للقانون في معظم البلاد العربية، ومصدرا تاريخيا للقانون في جميع هذه البلاد، كما أصبح على المشرع العربي في معظم البلاد العربية أن يجعل من الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا يستمد منه عند وضع التشريع، وهذا كله فضلا عن كون الشريعة الإسلامية تراثا قوميا يجدر بنا أن نقلني عليه الضوء عند دراسة القانون الوضعي.

ثم صدرت عن الندوة الثانية لعمداء كليات الحقوق في العالم العربي التي انعقدت في بغداد سنة 1974م توصيات هامة، وقد جاء في تلك التوصيات دعوة صريحة بالاعتماد على الشريعة الإسلامية كمصدر أصيل للقوانين العربية، لأن وحدة المصدر الأساسي هو الطريق الوحيد لتوحيد الأحكام والمصطلحات القانونية.

ولعل من أهم تلك التوصيات الصادرة عن هذا المؤتمر ما يلي :

- العناية التامة بدراسة الفقه الإسلامي، لأن استكمال الشخصية العربية تقتضي الرجوع إلى الشريعة الإسلامية والاعتماد عليها كمصدر أساسي للقانون العربي الموحد.

- تدعو الندوة الحكومات التي تنص في دساتيرها على أن الفقه الإسلامي هو المصدر الرئيسي للتشريع، إلى وضع هذا النص موضع التنفيذ عن طريق الالتزام بالأحكام القطعية، والاجتهاد في المسائل الاجتهادية بما يلائم روح العصر.

- إنشاء مجمع للشريعة الإسلامية والقانون على مستوى العالم العربي، ويختص هذا المجمع بإعداد دراسات شرعية وقانونية يفيد منها المشرع الوضعي، وإبداء الرأي فيما تطلبه الحكومات العربية والهيئات الرسمية وتقديم المشورة إليها، والتنسيق بين عمل المجمع والهيئات المعنية بالشريعة الإسلامية في البلاد العربية⁽¹⁾.

ب - أوجه التشابه بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي :

بقي أن نشير هنا إلى أن القوانين التي تستمد من الشريعة الإسلامية هي قوانين شرعية مرجعيتها إسلامية تحكم مجتمعا إسلاميا. وأما القوانين التي تتعارض مع الشريعة فتعتمد على العقل الإنساني البحث فهي قوانين وضعية بحتة، لأنها من الممكن أن تفرز في بعض الأحيان أحكاما تلزم بها الناس باعتبارها أوامر ونواهي، وتبيح لهم تصرفات وأفعال مناقضة للشريعة، بل مناقضة أيضا حتى للفترة السليمة، كما هو الحال في بعض القوانين الأوروبية التي تبيح الزواج المثلي، كزواج الرجل من الرجل، وزواج المرأة من المرأة، ونحو ذلك.

ولكن هذه القوانين الوضعية إذا جاءت متفقة مع نصوص الشريعة الإسلامية أو متماشية مع مبادئها العامة وروحها التشريعية وجبت الطاعة لها، وحقت العقوبة على من خالفها.

ولذلك جعل الشارع الحكيم لأولي الأمر من باب التنظيم وحماية الجماعة وسد حاجاتها الحق في إصدار تشريعات تنظيمية على أساس مبادئ الشريعة العامة، وهذه التشريعات لا تكون إلا فيما لا نص فيه، أي ما ليس فيه دليل شرعي نقلي من كتاب أو سنة صحيحة، فهذا المجال يمثل منطقة حرة متروكة قصدا من الله عفوا وتوسعة على عباده، ورحمة بهم من غير نسيان منه.

(1) - انظر: عبد السلام السليماني، الاجتهاد في الفقه الإسلامي ضوابطه ومستقبله. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية. ط: 1417هـ - 1996م.

هذه المنطقة الحرة متروكة لاجتهاد العقل الإسلامي، يشرع لها ما يناسب زمانه ومكانه في ضوء النصوص ومقاصد الشريعة العامة⁽¹⁾.

وعليه فإنه من يتأمل الأحكام الشرعية والأحكام القانونية يجد تشابها في ظاهر بعضها إلا أن هذا التشابه الظاهري لا يعني التوافق من كل وجه.

فمصادر التشريع في كل منهما مختلفة، إذ هي في الشريعة أدلة الشرع المستندة للكتاب والسنة. أما القانون فمصدره وضع البشر ونظرياتهم.

ومن أوجه التشابه بين الشريعة والقانون ما يلي :

- العرف معتبر شرعا وقانونا، حيث أن للعرف أهمية كبيرة في مختلف التشريعات، وعند كل الأمم. ولذا يعتبر القانون الوضعي العرف أحد مصادر التشريع، بل إن كثيرا من نصوص القانون وأحكامه الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام إنما هي مترجمة عن العرف الشائع في البلاد.

أما في الإسلام فإن العرف هو أحد المصادر التشريعية التبعية، لأنه مبني في الغالب على مراعاة الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، أو دفع الحرج والمشقة والتيسير في التكاليف الشرعية.

ونطاق تأثير العرف عند الفقهاء كما يقول الزحيلي يتحدد في أنه حجة في تفسير النصوص التشريعية، وقد يراعى في تشريع وتوليد وتعديل الأحكام، وبيان وتحديد أنواع الالتزامات في العقود والتصرفات والأفعال العادية حيث لا دليل سواه⁽²⁾.

- العقد مصدر للالتزام بما فيه بشرط عدم مخالفته للنص، سواء الكتاب والسنة، ما يستند إليهما في الشريعة، أو النظام الصادر عن السلطة في القانون، ولذلك كانت القواعد الفقهية والتي دونتها بعض القوانين أن ما يثبت بالنص يقدم على ما يجب بالشرط، كما إن من أصول القانون أن العقد شريعة المتعاقدين بشرط عدم مخالفة النظام.

- عدم تطبيق النظام بأثر رجعي، حيث لا يطبق على الحالات التي وقعت سابقة عليه في القانون، وكذا في الشريعة لقوله تعالى ﴿عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ﴾ المائدة (95). والقاعدة المعروفة أن الإسلام يجب ما قبله.

- اعتبار أن الأصل براءة المتهم حتى تثبت إدانته، ومن قواعد الفقه الشرعي أن الأصل براءة الذمة حتى يثبت شغلها⁽³⁾ بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: " المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محودا في فرية " ⁽⁴⁾.

(1) - انظر: يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1: 1421هـ - 2000م، ص65-66.

(2) - انظر: وهبة الزحيلي، العرف بين الشرع والقانون، ص2-3. مقال موجود في موقع نسيم الشام، www.naseemalsham.com

(3) - انظر: سلطان بن عثمان البصري، مسائل حول الشريعة والقانون، ص7. مقال: موقع www.saaaid.net/Doat/busairi/61.htm

(4) - رواه ابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية، باب (75)، مج10، ص641، رقم الحديث (21042). انظر: ابن أبي شيبة، المصنف، شركة دار القبلة، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1: 1427هـ - 2006م.

• نتيجة البحث :

إن الشريعة الإسلامية هي شريعة تفوق واكتمال، وهي سابقة على القوانين الوضعية إلى تقرير كل المبادئ الإنسانية والنظريات العلمية، وبالتالي فإن الشريعة الإسلامية تختلف عن القوانين الوضعية اختلافات أساسية، وتتميز عنها بسميات جوهرية. ولكن مع ذلك كله فإن ما أنجزه العقل البشري من خلال تجاربه وخبراته، ويؤدي إلى مصالح إنسانية، فهذا لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، وبالتالي فهو محل تقدير واعتبار، لأن المصلحة أينما توجد فثمَّ شرع الله تعالى.

وفي الأخير يوصي الباحث بتناول بحوث ودراسات علمية مقارنة بين التشريعين في جميع موضوعاتهما وأفكارهما وفقاً للمنهج المقارن، وذلك حتى نسهم في إضافات جديدة إلى القانون العالمي المقارن، ونقدم للعالم ما لدينا من كنوز.

✓ المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم .
- الأشقر، عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، دار البعث، قسنطينة، الجزائر.
- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت256هـ)، صحيح البخاري المسمى بالجامع الصحيح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2: 1423هـ-2002م.
- ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي (ت235هـ)، المصنف. حققه محمد عوامة، شركة دار القبلة، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1: 1427هـ - 2006م.
- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ت711هـ)، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، جمهورية مصر العربية.
- أبو خليل، سليمان بن عبد الله بن محمود، المدخل إلى علم الفقه. فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية. ط1: 1427هـ-2006م.
- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت.
- الزحيلي، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. دار الفكر، دمشق، ط1: 1412هـ-1991م.
- الزرقا، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1: 1418هـ-1998م.
- سمير عليه وهيثم سمير عليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة. مجد المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان. ط1: 1431هـ-2010م.
- شلبي، مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه. مطبعة دار التأليف، مصر: 1382هـ-1962م.
- الشوكاني، محمد بن علي الشوكاني (ت1250هـ)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الفكر.
- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية: 2001م.
- عبد السلام السليمان، الاجتهاد في الفقه الإسلامي ضوابطه ومستقبله، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية، ط: 1417هـ-1996م.
- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

- القرضاوي، يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1: 1421هـ-2000م.
- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط3: 1998م.
- محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط2: 1996م.
- محمد كمال عبد العزيز، الوجيز في نظرية القانون، مكتبة وهبة بالقاهرة: 1962م.
- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت261هـ)، صحيح مسلم المسمى بالجامع الصحيح، اعتنى بطبعه وراجعته هيثم خليفة الطعيمي، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، ط1: 1422هـ-2001م.
- موقع نسيم الشام : www.naseemalsham.com ، وهبة الزحيلي، العرف بين الشرع والقانون، مقال.
- موقع : www.saaid.net/Doat/busairi/61.htm سلطان بن عثمان البصري، مسائل حول الشريعة والقانون، مقال.

إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية



الدكتور أبو بكر أحمد عثمان النعيمي

جامعة الشارقة- الإمارات العربية المتحدة

المقدمة :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

— خطة البحث :

المبحث الأول : ماهية عقد تفويض المرفق العام.

المبحث الثاني : مراحل تطور إبرام عقد تفويض المرفق العام.

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

المبحث الرابع : إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام.

المبحث الأول : ماهية عقود تفويض المرفق العام :

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

المطلب الأول : ظهور فكرة تفويض المرفق العام :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

المطلب الثاني: تعريف عقود تفويض المرفق العام :

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

مع المستفيدين الذين تؤدي إليهم الخدمات مقابل تأديتهم لتعريفات محددة، وتقيّد صاحب التفويض بالمدة المحددة في العقد التي تعكس الاستثمارات التي يهدف إلى تغطيتها¹.

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

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

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

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

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

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

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

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

²د. وليد حيد جابر، مصدر سابق، ص 60.

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

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

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

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

المبحث الثاني: مراحل تطور إبرام عقد تفويض المرفق العام :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. إن عقد الامتياز يضع المتعاقد في تعامل مباشر مع الجمهور ومن ثم فإن شخصية الملتزم يجب أن تكون محل اعتبار من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة، لأنه فيح الة اختيار الإدارة لمتعاقد ليس أهلاً لتنفيذ هذه المهمة فإن ذلك سينعكس بصورة سلبية على إدارة المرفق العام، وهو ما سيرتب نفور جمهور المتفاعلين من الملتزم ويخل بسمعة الإدارة.

2. إن الاعتبار الشخصي ليس هدفاً بذاته وإنما هو وسيلة تتمكن بها الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق النفع العام ومصصلحة المرفق العام من دون النظر إلى إي اعتبار آخر.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. التشريعات الأوروبية التي صدرت بصدد إبرام عقود الصفقات العامة التي يمكن أن تبرمها الإدارة في دول الاتحاد الأوروبي، إذ استندت تلك التشريعات إلى فكرة المنافسة، وقد توسع المشرع الأوروبي في تعريف تلك العقود ليشمل عقود التزام الأشغال العامة والتي عدت في فرنسا على الدوام من قبل عقود تفويض مرفق عام، وقد أدى هذا التوسع إلى تطبيق مفاهيم العلانية والمنافسة والمساواة على أحد أنواع عقود تفويض المرافق العامة هو التزام الأشغال العامة في الحالات التي تتوفر فيها شروط تفويض المرفق العام باعتباره عقد امتياز مرفق عام².

2. سياسة مكافحة الفساد التي نشطت في فرنسا منذ أواخر الثمانينات من القرن الماضي، فدفعت تلك السياسة المشرع إلى التفكير جدياً في وضع إجراءات محدد لإبرام عقود تفويض المرفق العام ضمن إطار الشفافية في الحياة الاقتصادية والإدارية للبلاد التي تشكل عقود التفويض للمرفق العام عنصراً حيوياً فيها، فتوالت المحاولات لإقرار مبادئ الشفافية والعانية والمساواة ليتمخض عنها بالنهاية ولادة قانون (Sapin) سنة 1993 والذي سمي بقانون مكافحة الفساد والشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة فتضمن هذا القانون لأول مرة قواعد إجرائية خاصة تحكم إبرام عقود تفويض المرفق العام. فأصبح تبادل الإيجاب والقبول في عقود التفويض يتم في إطار إجرائي حدده القانون ولا يجوز للإدارة تجاوزه إلا أصبح تصرفها مشوباً بالبطلان، إلا أن هذا الإطار الإجرائي الجديد لم يكن مطابقاً لما هو مقرر بالنسبة لعقود الصفقات العامة، ذلك أن قانون (Sapin) اعتبر أن التقنية الوحيدة لإبرام عقود تفويض المرفق العام هي التقنية التفاوضية التي تتم ضمن علانية كاملة ومنافسة مسبقة. وبذلك حقق القانون الانسجام المطلوب بين مقتضيات الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة من جهة وبين ضرورة تمتع الإدارة بالحرية الكافية في اختيار المتعاقد معها في عقود التفويض نزولاً عند ما تطلبه فكرة الاعتبار الشخصي من جهة أخرى³.

وفي تعليقه على قانون (Sapin) أكد رئيس محكمة باريس الإدارية بأن مفهوم المنافسة الصارم الذي أتى به القانون لا يطابق مفهوم المنافسة الذي يطبق في عقود الصفقات العامة، ويكفي ان تنتج عن المنافسة في عقود التفويض للمرفق العام وجود حالة تنافس بين المرشحين على مستوى جيد لاختيار المتعاقد، ويظل مبدأ عدم جواز تنازل المفوض له عن عقده إلى الغير سارياً نزولاً عند مبدأ الاعتداد بالاعتبار الشخصي في عقد التفويض⁴.

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

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

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

³ مهند مختار نوح، مصدر سابق، ص 611.

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

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

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

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

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

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

- الالتزام بقواعد الشفافية والعلنية والمنافسة المشروعة.

- تقييم موجودات....).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

الفرع الأول: مبدأ المنافسة الحرة:

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

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

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

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

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

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

- الأسباب النظرية وتشمل:

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

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

- الأسباب العملية وتشمل⁽²⁾:

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

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

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

4. إن المنافسة تجعل الإدارة ملمة بكل معطيات السوق، مما يفسح المجال لها للاختبار الدقيق والمتنور. ونظراً لأهمية مبدأ المنافسة فقد دأبت التشريعات على التأكيد عليه. فقد تبناه المشرع الفرنسي بموجب المرسوم رقم (64-229) الصادر في 1964/7/17 والخاص بالعقود العامة، كما نصت عليه المادة (281) من المرسوم الخاص بالعقود العامة للوحدات المحلية. وعندما صدر قانون سابان نص على مبدأ المنافسة بوصفه أهم المبادئ الحاكمة لعملية اختيار المفوض اليه.

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

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

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

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

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

ثانياً- الاستثناءات التي ترد على حرية المنافسة :

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

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

والحرمان ينقسم إلى نوعين هما، الحرمان الجزائي والحرمان الوقائي.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ نواف كنعان، مصدر سابق، ص 456.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

الفرع الثاني: مبدأ المساواة :

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

أولاً- مفهوم مبدأ المساواة :

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

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

¹. نواف كنعان، مصدر سابق، ص456.

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

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

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

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

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

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

1. د. نواف كنعان، مصدر سابق، ص 453.

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

3. د. نواف كنعان، مصدر سابق، ص 453.

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

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

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

ثانياً- الاستثناءات التي ترد مبدأ المساواة :

إن مبدأ المساواة ليس بالمبدأ المطلق وإنما ترد عليه بعض الاستثناءات ومنها:
أولاً- المناقصة المحدودة: ففي هذا النوع من المناقصات يقتصر الاشتراك فيها على شركات أو أشخاص محددين بالنظر للإمكانات الفنية والمالية التي تتوفر لديهم.

ثانياً- المناقصات المحلية: وهي التي يقتصر الاشتراك فيها على الأشخاص والهيئات من داخل الوحدات المحلية.
ثالثاً- قد ينص القانون على بعض الاستثناءات لأسباب اقتصادية او اجتماعية: مثل أن ينص على تفضيل المنتجات المحلية.

الفرع الثالث : مبدأ العلانية :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مصدر سابق، ص 123.

(2) د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مصدر سابق، ص 122.

3- في حالة التأكد لضمان استمرارية المرفق العمومي.

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

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

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

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

3- حينما تكون السلعة المراد شراءها:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ مروان محي الدين القطب، مصدر سابق، ص480.

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

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

الفرع الثالث: القيد الخاص باختيار أحد أنواع عقود التفويض:

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

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

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

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

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

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

الفرع الرابع: القيد الخاص بمدة التفويض:

كان الاتجاه التقليدي يقوم على أن تكون مدة عقود التفويض، لاسيما العقد الأهم وهو امتياز المرفق العام، لفترات طويلة تصل في بعض الأحيان إلى خمسين أو تسعة وتسعون عاماً ومن دون وجود أية قيود على سلطة الجهة الإدارية بهذا الصدد، فإن التشريعات الحديثة التي صدرت سواء في فرنسا أم في دولنا العربية بخصوص عقود تفويض المرفق العام قد وضعت قيوداً على سلطة الإدارة بالنسبة لتحديد مدة عقود التفويض، ففي فرنسا الزم قانون (Sapin) الإدارة أن يتضمن عقد التفويض تحديداً لمدة تنفيذه وذلك في ضوء الأداء المطلوب من المفوض إليه على أن لا تزيد مدة العقد عن المدة المعتادة لاستهلاك الإنشاءات إذا كانت على عاتق المفوض إليه¹. وقد أكد مجلس

¹ مهند مختارنوح، مصدر سابق، ص 617.

الدولة الفرنسي على ضرورة تحديد مدة عقود تفويض المرفق العام ويؤدي عدم التحديد المدة إلى بطلان العقد برمته¹.

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

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

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

المبحث الرابع : إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام :

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

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

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

¹ مروان معي الدين القطب، مصدر سابق، ص 490.

المرحلة الأولى : الدعوة لتقديم العروض تحقيقاً لمبدأ المنافسة.

المرحلة الثانية : إعداد قائمة المرشحين المؤهلين.

المرحلة الثالثة : فتح العروض وعملية المفاوضات.

المرحلة الرابعة : اختيار المفوض اليه وإبرام العقد.

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

المطلب الأول : الإعلان عن الدعوة لتقديم العروض :

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

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

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

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

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

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

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

المطلب الثاني: إعداد قائمة المرشحين المؤهلين :

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

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

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

المطلب الثالث : فتح العروض وعملية التفاوض :

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

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

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

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

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

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

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

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

المطلب الرابع : اختيار المفوض إليه وإبرام العقد :

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

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

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

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

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

الخاتمة :

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

أولاً- النتائج :

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

¹ مهند مختارنوح، مصدر سابق، ص 615.

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

ثانياً- التوصيات :

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

• المصادر:

أولاً-الكتب :

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

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

--.ReneChapu, Dorit administrative general, Paris.

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

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

البنوة غير الشرعية وأثارها بين النص القانوني وواقع العمل القضائي¹



إعداد: الدكتور جمال الخمار، أستاذ باحث

بالكلية المتعددة التخصصات بتازة - المغرب

مقدمة :

أثار حكم قضاء الأسرة بطنجة الصادر بتاريخ 2017/01/30 في الملف رقم 2016/162/1391 حكم عدد 320 ردود أفعال متباينة ورجة في المجتمع المغربي ونقاشات وجدالات على مستوى وسائل الإتصال الحديثة وخاصة صفحات التواصل الإجتماعي.

حيث تم الاعتراف ببنوة البنت للمدعى عليه رغم انتفاء العلاقة الشرعية بين الأم والمدعى عليه، وبالعكس تمت إدانة المدعى عليه بجريمة الفساد، وقد نتج عن هذه العلاقة ولادة البنت، وبأداء المدعى عليه تعويضا لفائدة الأم عن البنت.

إن موضوع البنوة الشرعية وغير الشرعية وما يترتب عنها من أثار، من أكثر المواضيع إثارة للجدل على صعيد الفقه الإسلامي، وتباين مواقف التشريعات العربية والإسلامية، وخاصة أن البنوة تمثل النتيجة الطبيعية للتوالد التي تكون ثمرة إتصال جنسي بين ذكر و أنثى، أي بين رجل وامرأة، حيث يكون الولد في هذه الحالة إبننا طبيعيا لطرفي العلاقة التي كانت سببا في وجوده، والمقصود بالعلاقة الجنسية والتي تحتاج الى شروط محددة أخرى كي تكون شرعية.

ولذلك يلاحظ أن البنوة ترتبط بالنسب والذي نظمه المشرع المغربي في مدونة الأسرة، ونظرا لأهمية الموضوع سنتطرق لموقف الفقه الاسلامي والقانون للبنوة غير الشرعية الناتجة عن الزنا أو السفاح، وموقف القضاء من هذه البنوة (المطلب الأول)، ثم أنتقل للبحث عن موقف قسم قضاء الأسرة والمتمثل بالاعتراف بالبنوة غير الشرعية على

¹ - تعليق على حكم قضائي صادر عن قسم قضاء الأسرة بطنجة الصادر بتاريخ 2017/01/30 في الملف رقم 2016/1620/1391 حكم عدد 320 -

أساس الفصل بين النسب والبنوة رغم إدانة المدعى عليه بجنحة الفساد والحكم بتعويض المدعية عن البنت على أساس المسؤولية التقصيرية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أحكام البنوة غير الشرعية ما بين الفقه والقانون على ضوء العمل القضائي:

تكتسي مؤسسة البنوة طابع الجدة، نظرا لوجود تقاطع مع النسب، فالبنوة والنسب اهتمت بهما الشريعة الاسلامية وأخضعتهما لمبدأ يتعلق بحق الطفل في النسب مما يترتب على هذا المبدأ أنه لا يجوز التنكر لنسب إبنه، وهكذا جعل له سببا وحيدا لانتقاله وهو الاتصال الشرعي بين الرجل والمرأة لقوله تعالى " وما جعل الله أدياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل"¹، كما حث على الزواج وحرم الزنا.

أما المادة 142 من مدونة الأسرة فقد تطرقت للبنوة ونصت على أن هذه الأخيرة تتحقق بتنسل الولد من أبويه وهي شرعية وغير شرعية، فالبنوة شرعية بالنسبة للأب إذا ارتبطت بالنسب والتي عرفته المادة 150 من مدونة الأسرة بكونه " لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف الى الخلف".

وعليه هناك تقاطع واضح بين موضوع البنوة والنسب خاصة فيما يقصد وسائل إثباته ونفيه.

ولذلك سنتناول مسألة البنوة غير الشرعية وفقا للعناصر التالية:

الفقرة الاولى: موقف الشريعة الاسلامية من نظام البنوة غير الشرعية.

الفقرة الثانية: البنوة الشرعية وغير الشرعية في مدونة الأسرة.

الفقرة الثالثة: واقع البنوة غير الشرعية.

الفقرة الاولى: موقف الشريعة الاسلامية من نظام البنوة غير الشرعية:

سأقتصر الحديث عن البنوة غير الشرعية الناتجة عن الزنا، كما هو الحال في هذه النازلة والتي تصدت لها المحكمة الابتدائية قسم قضاء الاسرة بطنجة، ولذلك لن أتطرق للبنوة الناتجة عن الخطبة وتلك الناتجة عن الاغتصاب.

فقد أجمع فقهاء الأمة الاسلامية على تحريم الزنا وتجريم فاعليه، وأنه من الكبائر²، وأنه لم يجل في ملة من الملل، وإذا كان حده أشد الحدود في حق المحصن (ذكرنا كان أم أنثى)، لما فيه من الجناية على الأعراض والأنساب، ولاشك أن العقول السليمة ترفضه.

¹ - سورة الأحزاب، الآية 4.

² - محمد بن ابراهيم بن المفز: الإجماع، مطبعة دارالجنات بيروت لبنان، طبعة 1406 هـ، ص 31.

- ابن الهمام: فتح القدير، الجزء الخامس، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص 212.

- ابن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص 212.

- ابن فرحون: تبصرة الحكام، الجزء الثاني، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص 256.

- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي: روضة الطالبين، مطبعة المكتب الاسلامي دمشق، دون ذكر الطبعة، الجزء الأول، ص 86.

فالزنا رذيلة قبيحة، تنفر منه العقول الواعية، ويستقبحه العقلاء من البشر، لما فيه من مهانة لكرامة الانسان، وتحلل سافر من قيود الاخلاق، وإثم كبير، وخطأ جسيم لا يرضاه العقل السليم المستقيم، بل إنه يعده شرا عظيما وخسة ودناءة ومهانة¹.

وإذا كان رأي الاسلام في الزنا، إذ يعد كبيرة من كبائر الذنوب، ويرتب عليه عقوبات رادعة، كل ذلك ومرتكبه رجلا كان او امرأة قد حصل منه الفعل برضاه ورغبته.

وقد اختلف الفقهاء بشأن الحمل هل يثبت به الزنا أم لا؟ وبالأحرى نسب الولد الناتج عن سفاح أو زنا، وعليه فلا يصلح أن يكون دليلا يثبت به الزنا، لاحتمال أن يكون من ممارسة أخرى مع شخص آخر²، ويرى المالكية وابن القيم من الحنابلة³، أنه يثبت بالحمل جريمة الزنا على امرأة لا زواج لها سواء كانت متزوجة سابقة وطلقت، أو توفي عنها زوجها وهي غير حامل، والبكر التي لم تتزوج بعد⁴.

ومع ذلك فإنه يصعب القطع بأن هذا الحمل نتيجة الزنا، اذ ربما كان من معاشرة سابقة مع شخص آخر غير الزاني، وإذا تطرق الى الدليل الاحتمال سقط به الاستدلال كما يقول الأصوليون⁵.

وكما سبقت الاشارة الى ذلك قد اختلف فقهاء الاسلام بشأن بنوة الولد الناتج عن الزنا، وانقسموا الى اتجاهين أو مذهبين، أحدهما رافض لهذه البنوة، وثانيهما مؤيدا لها.

فالإتجاه الرافض يرى أن الولد الذي يكون ثمرة علاقة زنا بنت في نسبه شرعا، فلا ينسب الى اي أب في جميع الاحوال سواء كانت أمه متزوجة أم غير ذلك، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية⁶ والشافعية⁷ والراي الغالب في مذهب المالكية⁸ والحنابلة⁹ والظاهرية¹⁰.

وهذا معناه بأن ابن الزنا لا ينسب للأب الطبيعي مطلقا، وعدم ترتيب أي أثر عليه، وقد قال الفقيه السرخسي، أنه اذا أنه زنا بامرأة حرة وأن هذا الولد ابنه من الزنا وصدقته المرأة، فإن النسب لا يثبت من واحد منهما لقوله صلى الله عليه " الولد للفراش وللعاهر الحجر " فلا فراش للزنا، فإن شهدت القابلة ثبت بذلك نسب الولد من المرأة

¹ - صالح بن ناصر الخزيم: عقوبة الزنا وشروط تنفيذها، مطبعة دار ابن الجوزي الدمام، طبعة 1412 هـ، ص 63.

² - الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، الجزء الرابع، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص 184.

³ - ابن قيم الجوزية: اعلام الموقعين عن رب العالمين، مطبعة مكتبة ابن تيمية، القاهرة، طبعة 1400 هـ، الجزء الثالث، ص 21.

⁴ - طنطاوي جوهري: الجواهر في تفسير القران الكريم، الجزء الخامس، دون ذكر الطبعة والمطبعة،

ص 207.

⁵ - راشد ال زنان: وسائل إثبات الجريمة في الاسلام، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص 85.

- حسن ربيع: حقوق الانسان والوسائل المستخدمة في التحقيق الجنائي، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص 572.

- أحمد ضياء الدين خليل: مشروعية الدليل في المواد الجنائية، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص 80.

⁶ - علاء الدين الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، مطبعة دار الكتاب العربي بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1974، ص 242.

⁷ - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء الثاني، مطبعة دار الكتاب العلمية بيروت، الطبعة الأولى

1994، ص 159.

⁸ - أحمد بن محمد الصاوي، لغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك، الجزء الثاني، مطبعة دار المعرفة، لطبعة الأولى 1995، ص 259.

⁹ - بن قدامة: المغني، الجزء الخامس، مطبعة دار الفكر، الطبعة الاولى 1984، ص 328.

¹⁰ - ابن حزم: المحلى، الجزء العاشر، مطبعة دار الفكر، بدون ذكر الطبعة وتاريخها، ص 393.

دون الرجل، لان ثبوت النسب منها بالولادة وذلك يظهر بشهادة القابلة لأن انفصال الولد عنها معين فلهذا يثبت النسب منها¹.

ويقول الامام أبو زهرة " إن الزنا لا تثبت نسبا لقول النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر، ولأن ثبوت النسب نعمة والجريمة لا تثبت النعمة ويستحق صاحبها النعمة"².

وحجة هؤلاء الفقهاء من السنة والمعقول، فقد أورد هؤلاء مجموعة من الأحاديث النبوية أهمها :

- حديث ابن عباس، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا مساعة في الاسلام، من سعى في الجاهلية فقد لحق بعصيته ومن اعى ولدا من غير رشده فلا يرث ولا يورث"³.

- حديث ابن شعيب عن أبيه عن جده، " أن ابي صلى الله عليه وسلم قضى أن كل مستلحق استلحق بعد ابيه الذي يدعي له ادعاء ورثته، فقضى أن كل من كان من أمة يملكها يوم أصابها فقد لحق بمن استلحقه، وان كان من أمه ملكها أو من حرة عاهر بها، فانه لا يلحقه ولا يرث، وان كان الذي يدعي له هو ادعاه، فهو ولد الزانية من حرة كان أو أمة"⁴.

- حديث عائشة رضي الله عنها قالت " كان عتبة عهد الى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة، منى فاقبضه اليك، فلما كان عام الفتح أخذ سعد، فقال ابن أخي عهد الي فيه، فقام عبد الله بن زمعة فقال : أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فتساوقا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال سعد يا رسول الله ابن أخي قد كان عهد الي فيه، فقال عبد الله بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم، " هو لك يا عبد الله بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁵.

وما يستشف من هذه الأحاديث أنها كلها تستند على مبدأ " الولد للفراش"، فالرسول صلى الله عليه وسلم قيد ثبوت النسب على الفراش فلا يكون لغيره، كما قاس أصحاب هذا الاتجاه ولد الزنا على ولد الملائنة، فقالوا ولد الزنا أسوء حالا من فيأخذ حكمه، واستدلوا كذلك بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلا لاعن امراته في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة⁶.

أما أدلتهم العقلية⁷ فهي :

- أن ماء الزنا هدر، لا حر له فلا يرتب أثرا.
- وأن الزاني تعدى حدود الله تعالى في طريق المعاشرة الحلال، فلو ألحق الولد به كان ذريعة لكل متفحش لم يصل الى المرأة برضاها ورضا أهلها أن يصيبها ويكون الولد، فكان لا بد أن يعامل بنقيض قصده لأن النسب حق للأب وتكريما له، والحقوق تكتسب بالفعل المشروع وليس بالحرام.

¹- شمس الدين السرخسي: المبسوط، الجزء السابع، مطبعة دارالمعرفة بيروت، طبعة 1989، ص 155.

²- محمد أبو زهر: الأحوال الشخصية، مطبعة دارالفكر العربي بيروت، طبعة 1957، ص 388.

³- سنن أبي داود، حديث رقم 2264، صحيح سنن أبي داود، الجزء الثاني، كتاب الطلاق، باب ادعاء ولد الزنا، مطبعة مكتب التربية العربي لدول الخليج، الطبعة الأولى 1989، ص 427.

⁴- سنن أبي داود، حديث رقم 2225، صحيح سنن أبي داود، أبي المرجع السابق، ص 199.

⁵- سنن أبي داود، حديث رقم 2273، كتاب الطلاق، باب الولد للفراش، المرجع السابق ص 429.

⁶- مالك بن أنس: الموطأ، الطبعة الثانية، مطبعة مكتبة السلام الجديدة، ص 199.

⁷- ابن حزم الأندلسي: المحلى، الجزء التاسع، مطبعة دارالأفاق الجديدة بيروت، طبعة 1988، ص 302.

- تعذر إثبات النسب بالبينة، يقول محمد رشيد رضا " إن ولد الزنا لا نسب له، إذ لا يمكن إثبات نسبه بالبينة والدليل على اعتبار الحقيقة في ذلك، إذا عرفت هو اجماع الأمة أن ولد الزانية يلحقها ويرثها للعلم بأنها أمه"¹، كما أن النسب حق للأب وتكريما له، والحقوق تكتسب بالفعل المشروع وليس بالحرام.

وإذا كان جمهور الفقهاء متفقين في عدم إلحاق ابن الزنا بنسب أبيه إلا أن الفقهاء اختلفوا حول بعض آثار علاقة الأبوة وانقسموا الى رأيين :

الرأي الأول² ذهب الى عدم اللحق المطلق لابن الزنا بأبيه، فلا يترتب عن البنوة غير الشرعية أي أثر من آثار البنوة إطلاقا، ويقول ابن حزم " أن ابن الزنا لا يرثه الذي تخلق من نطفته ولا يرثه هو ولا له عليه حق الأبوة، لا في ير ولا في نفقة ولا في تحريم ولا في غير ذلك، وهو منه أجني"، وذهب أصحاب هذا الرأي الى حد السماح للأب بأن يتزوج من ابنته من الزنا، ويقول القرطبي³ " اختلف الفقهاء في نكاح الرجل بنته من الزنا، وأخته أو بنت أنه من زنا، فحرم ذلك قوم منهم ابن القاسم وهو قول ابي حنيفة وأصحابه، وأجاز ذلك آخرون منهم عبد الملك ابن الماجشون وهو قول الشافعية".

أما الرأي الثاني فيرى أنه بالرغم نفي النسب فإنه يترتب بعض الآثار عن البنوة غير الشرعية ومنها حرمة الزواج، وذهب القرطبي الى القول بثبوت أحكام البنوة ولا يستثنى منها إلا ماوقع الاجماع على استثنائه، حيث قال "فإن قيل فيلزم على هذا أن تجري أحكام البنوة والأبوة من التوارث والولايات وغير ذلك، وقد اتفق المسلمون على أنه لا توارث بينهما فلم تصح تلك النسبة، فالجواب أن ذلك موجب ما ذكرناه، وما انعقد عليه الاجماع من الأحكام استثنائه وبقي الباقي على أصل الدليل"⁴.

أما الاتجاه الثاني فهو يرى عكس ماذهب اليه الجمهور، حيث إن هذا الرأي يرى أن الابن الناشئ عن علاقة زنا، يثبت نسبه الى الزاني إذا لم يكن مولودا على فراش يدعيه صاحبه، وهو مذهب إسحاق بن راهويه والحسن البصري، وعروة بن الزبير وسليمان بن بياز وابن تيمية.

وهكذا استدلل اسحاق بن راهويه الى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش " على انه حكم بذلك عند تنازع الزاني وصاحب الفراش، وذهب عروة بن الزبير وسليمان بن يسار، أنهما قالا " أيما رجل أتى الى غلام يزعم أنه ابن له وأنه زنى بأمه ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو له"⁵.

كما روى إسحاق باسناد الحسن البصري أنه قال " في رجل زنى بامرأة فولدت ولدا فادعى ولدها يجلد ويلزم الولد"⁶.

¹ - محمد رشيد رضا: تفسير المنار، الجزء الرابع، مطبعة مكتبة القاهرة، طبعة 1950، ص 467.

² - ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة دارالمعرفة بيروت، الطبعة الثالثة، ص 34.

³ - أبو أحمد عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: تفسير القرطبي، الجزء الخامس، مطبعة دار التراث العربي، دون ذكر الطبعة وتاريخها، ص 115.

⁴ - أبو أحمد عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: تفسير القرطبي، المرجع السابق، ص 120.

⁵ - ابن حجر الهيتمي: الفتاوى الفقهية الكبرى، الجزء الثاني عشر، دار الثقافة بيروت، دون ذكر الطبعة والمطبعة والتاريخ، ص 40.

⁶ - ابن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدى خير العباد، الجزء الخامس، مطبعة دارالمعرفة بيروت لبنان، الطبعة الثالثة بتاريخ 2001، ص 319.

واستند سليمان بن يبار الى واقعة في عهد عمر بن الخطاب، حيث إن هذا الاخير كان يليط (أي يلحق) أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الاسلام¹.

فيما ذهب ابن تيمية الى القول بلحوق ولد الزنا بالزاني واشترط لذلك ألا يكون هناك فراش يعارضه، إذ جاء في الفتاوي الكبرى كتاب اللعان، باب ما يلحق من النسب " وان استلحق ولدا من الزنا ولا فراش لحقه"²، وقد وافق محمد رشيد رضا ابن تيمية فقال " الظاهر أنه يجب على الرجل استلحاق ولده من الزنا مع العلم بأنه ولده"، وهو أيضا مذهب الشيعة³.

وقد استند هؤلاء أيضا بأحاديث نبوية وبالمعقول، فمن السنة، استدلوا بحديث عائشة عائشة رضي الله عنها⁴ في قصة عتبة قالت " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاشر الحجر"، ثم قال عليه الصلاة والسلام لسودة بنت زمعة " احتجني منه يا سودة، لما رأى الشبه بعتبة فما رأها حتى لقي الله تعالى"، وكذلك حديث ابن عباس في المتلاعنين الذي جاء فيه " أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لما رأى تلك المرأة قبل إتمام اليمين، الخامسة " أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الألتين خدلج الساقين فهو لشريك ابن سمحاء، فجاءت به كذلك، فقال النبي صلى الله عليه وسلم " لولا ما ضمن من كتاب الله لكان لي ولها شأن"⁵.

ووجه الدلالة في هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم احتكم لصاحب الشبه وهو صاحب الماء⁶.

أما أدلتهم من المعقول فهي :

- قياس ماء الزنا على ماء النكاح لعموم الحديث " الولد للفراش"، حيث قاس ابن قيم الجوزية نسب الابن الى أبيه (الزاني) على نسبه الى أمه (الزانية) فقال " والقياس الصحيح يقتضيه، فإن الأب أحد الزانيين، وهو إذا كان يلحق بأمه وينسب إليها، وترثه ويرثها ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونه زنت به، وقد وجد الولد من ماء الزانيين، وقد اشترك فيه واتفق على أنه ابنهما فما المانع من لحوقه بالأب اذا لم يدعيه غيره؟ فهذا محض قياس"⁷.
- قياس ماء الزنا على ماء الشبهة، فقد أجمع الفقهاء على أن الوطاء بشبهة يثبت به النسب، ثم إن تنسب الولد لصاحب الماء أفضل له من أن يترك بدون نسب للأب⁸، وقد أيد هذا القياس الفقيه أحمد الخليلي، حيث قال " أن حجج القائلين بنفي النسب لا تصمد للمناقشة، فحديث " الولد للفراش"، يتعلق بحالة وجود فراش الزوجية، وفي هذه الحالة لا يقول أحد بنسبة الولد للزاني ونفيه عن صاحب الفراش، وإنما

¹ - ابن القيم الجوزية: المرجع السابق، ص 312.

² - ابن تيمية: الفتاوي الكبرى، الجزء الرابع، مطبعة دارالمعرفة بيروت لبنان، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبعة، ص 585.

³ - محمد جواد مغنية: فقه الإمام جعفر الصادق، عرض واستدلال، الجزء الخامس، مطبعة دارالعلم للملايين بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1978، ص 135.

⁴ - محمد رشيد رضا، المرجع السابق، ص 506.

⁵ - النسائي: سنن النسائي في شرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الامام السندي، الجزء السادس، كتاب الطلاق، باب بدء اللعان، مطبعة دار الفكر بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1930، ص 172.

⁶ - عبد الحكيم أهوشي: وضعية البنوة غير الشرعية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المقارن، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2006-2007، ص 127.

⁷ - ابن قيم الجوزية: المرجع السابق، ص 319.

⁸ - ابن قيم الجوزية: المرجع نفسه، ص 319.

الكلام قاصر على المرأة غير المتزوجة وعبارة" وللعاهر الحجر"، لا تعني عدم اجتماع الحد مع النسب لأن الزانية أيضا الحجر ومع ذلك ينسب إليها الولد¹.

كما ذهب أحدهم² الى أنه "إذا ما اتبعنا حكمة الرسول صلى الله عليه وسلم من هذا الحديث، أي حديث " الولد للفراش وللعاهر الحجر" نستطيع جيدا أن ننسب طفلا ناشئا من أم عازبة للأب الذي يعترف بأبوته في غياب أي نزاع حول هذه الأبوة"، في حين ذهب الآخر³ بأن النسب في القران الكريم ثابت برابطة الدم فقط، وإنما كان الزواج أو التسري شرط لحل العلاقة حتى لا يعتدي أحد على عرض أحد قال الله تعالى " وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا"⁴.

وهكذا نخلص بان الشريعة الإسلامية لم تقطع في الحقيقة نسب ابن الزنا، وإنما هو حكم قرره الفقهاء نزولا عند مقتضى الحال، فقد كان قصدهم حماية الأنساب من الاختلاط وضمن وجود النسب للطفل غير الشرعي في نفس الوقت، مادام التعرف على الأب لم يكن ميسرا ولا متاحا، فقد تقرر أن ينسب الولد للطرف الذي ولده فعليا وهو الام، ولكن في عصرنا الحالي وأمام التطور الهائل في علم الجينات وقراءة البصمة الوراثية ADN، أصبح بالإمكان التعرف على الأب الحقيقي للابن، وخاصة أن الشرع متشوف للحقوق النسب، فهل يمكن الاستفادة من هذه التكنولوجيا وإنقاذ الأبناء الذين لا يتحملون أية مسؤولية ولا ذنب لهم سوى أنهم ولدوا خارج الفراش؟

الفقرة الثانية: البنية الشرعية وغير الشرعية في مدونة الأسرة:

لقد نظم المشرع المغربي أحكام البنية والنسب ضمن الباب الأول من الكتاب الثالث من مدونة الأسرة، وميز في ذلك بين النسب والبنوة من جهة، فيما ميز بين البنية الشرعية وغير الشرعية من جهة ثانية، ومن جهة ثالثة ميز بين بنوة الأب وبنوة الأم.

وباستقراء النصوص القانونية لمدونة الأسرة، يتضح بأن المشرع المغربي حاول التمييز بين النسب والبنوة، فقد عرفت النسب في المادة 150 من مدونة الأسرة على أن" النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف الى الخلف"، أما بالنسبة للبنوة فقد نص في المادة 142 من مدونة الأسرة على أنه "تتحقق البنية بتنسل الولد من أبويه وهي شرعية وغير شرعية".

وهكذا يتضح بأن المشرع المغربي قد قيد النسب على الأب فقط وحصره في البنية الشرعية، حتى تنتج الآثار المترتبة عنه شرعا طبقا للمادة 192 من مدونة الأسرة، وهذا بالعكس الأم، بحيث تستوي في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقات شرعية أو غير شرعية طبقا للمادة 146 من مدونة الأسرة، فالبنوة الشرعية للأم تتحقق في حالات ازدياد الولد من علاقة زوجية، او تكون الأم على حسن النية (الشبهة) أو اقرارها بالولد، وبناء على ذلك تكون البنية غير شرعية في غير تلك الحالات وبالأخص في حالة ازدياد الولد من علاقة غير شرعية كالزنا مع انتفاء حسن النية الأم وفي حالة قيام قرائن على عدم صدق الام في اقرارها وعجزها عن اثبات ما تدعيه من شرعية العلاقة

¹ - أحمد الخليلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، مطبعة المعارف الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1998، ص 132.

² - Nadia aitzai: L'Enfant illégitime dans la société musulmane, Revue algérienne des sciences juridiques et politiques, N 2 juin 1999, P 232.

³ - سعد الدين مسعد الهلالي، المرجع السابق، ص 377.

⁴ - سورة الفرقان، الآية 54.

التي جاء منها الولد، وقد أضاف الفقيه أحمد الخمليشي حالة ثالثة وهي ادعاء الأم العلاقة الزوجية وصدور الحكم بعدم ثبوتها¹.

وعليه فإن البنوة تعتبر غير شرعية بالنسبة للأب في حالة نشوء الولد خارج إطار الزواج ودون أن تكون للأب شبهة تلحق الولد به، وهي الحالات المستشفة ضمنا من نصوص مدونة الأسرة:

- البنوة الناتجة عن الزواج الباطل مع ثبوت سوء نية الأب طبقا للمادة 57 من مدونة الأسرة.
- البنوة الناتجة خارج أمد الحمل طبقا للمادة 154 من مدونة الأسرة.
- البنوة الناتجة عن العلاقة الجنسية بين رجل وامرأة يعلمان انعدام رابطة الزواج بينهما كعلاقة سفاح أو زنا.

وإذا كان المشرع المغربي قد ميز بين النسب والبنوة، ذلك عندما عرف كل منهما بنص خاص كما سبقت الإشارة الى ذلك، غير أن ما أعطاه باليد اليمنى سحبه باليد اليسرى عندما نص المشرع على أن البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب لا تنتج أي أثر من آثار البنوة الشرعية والتي قصد منها النسب حسب المادة 144 من مدونة الأسرة والتي نصت على أنه " تكون البنوة شرعية بالنسبة للأب في حالات قيام سبب من أسباب النسب وتنتج عنها جميع الآثار المترتبة على النسب شرعا"، وبهذا يكون المشرع المغربي قد جعل البنوة الشرعية مرادفة للنسب والتي لا يمكن فصلها بعضها عن البعض، والتي حددت المادة 152 من مدونة الأسرة أسبابه على سبيل الحصر وهي " 1- الفراه، 2- الإقرار، 3- الشبهة".

وبهذا يكون المشرع المغربي أخذ برأي جمهور الفقهاء القائل بانتفاء نسب الولد المزداد من علاقة زنا أو سفاح طبقا للمادة 148 من مدونة الأسرة، والتي نصت على أنه " لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية".

أما بالنسبة للتشريع البلجيكي، فإنه يأخذ بمبدأ المساواة بين الطفل الطبيعي والطفل الشرعي، حسب المادة 312 من القانون المدني البلجيكي جاء الحديث عن البنوة بصورة مطلقة دون تمييز بين البنوة الشرعية وغير الشرعية، فالبنوة هي تلك الرابطة القانونية التي تجمع الطفل بأبيه وأمه، ولذلك فإنه لم يعد من الممكن التمييز بين الطفل المزداد من زواج والطفل المزداد خارجه².

ولذلك فإن النسب يثبت إزاء الأب والأم في التشريع البلجيكي، أما في مدونة الأسرة المغربية فإن النسب لا يثبت إلا إزاء الأب، أما البنوة الطبيعية فقد اعترفت بها المدونة لصالح الأم فقط كما سبقت الإشارة الى ذلك سالفا.

وعليه فإن القانون المغربي لا يعترف بدعوى البحث عن الأبوة، أما المادة 315 من القانون المدني البلجيكي فقد ميزت بين حالة زواج الأم وازدياد الطفل أثناء الزواج أو بعد 300 يوم من انتهاء الرابطة الزوجية، ففي هذه الحالة

¹ - أحمد الخمليشي: المرجع السابق، ص 13.

² - Rainer Frank, l'établissement et les conséquences de la filiation maternelle et paternelle en droit européen, RIDC, Année 1999, Vol 5, N 1, P31.

يعتبر الطفل ابن زوج الأم بقوة القانون، أما في حالة عدم زواجها فإن البنية تثبت إما عن طريق الاعتراف أو بحكم قضائي¹.

وهكذا يتضح أن المشرع البلجيكي لم يميز ما بين الطفل الشرعي وغير الشرعي، إذ الطفل يحتاج الى الرعاية والحماية في جميع الأحوال سواء فيما يتعلق بالنفقة أو النسب أو الارث أو الحضانة أو غيرها.

الفقرة الثالثة: موقف القضاء من البنية غير الشرعية:

المقرر شرعا وقانونا بأن الابن الشرعي يتبع أباه في دينه ونسبه، ويبني عليها الميراث وينتج عنها موانع الزواج ويترتب عليها حقوق وواجبات أبوية، أما البنية غير الشرعية فاعتبرها القانون والشرع في حكم العدم في حق الغير، فلا يترتب عليها شيء اطلاقاً²، أما إذا ثبت نسب شخص الى آخر، فإنه يثبت جميع الحقوق بينهما حسبما هو مقرر في نصوص مدونة الأسرة، باستثناء حق الارث الذي هو من الحقوق المالية وقد ينفصل عن النسب³، وبما أن الحقوق المالية تثبت بوسائل أخرى بالإضافة الى الوسائل التي تثبت بها الحقوق غير المالية، فلذلك يمكن أن يستحق الشخص الارث من غير أن يثبت نسبه الى المورث، وذلك عن طريق الادلاء بوسيلة من الوسائل التي تثبت بها الحقوق المالية⁴، فالمقرر أن الابن الشرعي يرث في أباه، ولكن اذا كان أبوه مسلماً وأمه غير مسلم، فإنه لا يرث إلا من أبيه، أما أمه فلا يرث عنها شيء استناداً الى القاعدة الفقهية التي تنص على انه "لا توارث بين مسلم وغير مسلم"⁵.

والقضاء المغربي عند بته في النزاعات التي تثار أمامه بشأن النسب تحكمه في ذلك قاعدة "الولد للفراش"، وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى على أن "الولد للفراش متى ولد لستة اشهر من عقد الزواج وهي أدنى مدة الحمل وإن أمكن الاتصال إلا فلا يلحق نسبه"⁶، ولذلك فالولد المزداد خارج اطار الزواج ابن الزنا، ولم يعترف له بالنسب حتى ولو تقارر الأبوين على هذه البنية وحتى اذا ما أراد الأب استلحاق ابنه الطبيعي.

كما نفى المجلس الأعلى لحق نسب الطفل الناتج خارج الزواج الشرعي، وان تزوج الزاني بالزني بها، حيث جاء في قرار له ماييلي "وحيث تبين مما ذكر أن العقد كان على المدعية وهي في حالة استبراء، فقد سئل الامام الوزيري عمّن زنى بامرأة ثم تزوجها فنكاحها مفسوخ أبدا لا طلاقا فيه ولا ميراث والولد لاحق له إن حملت به بعد حيض وأتت به لستة أشهر، وإلا فولد زنا لا يلحق"⁷.

¹ جمال الخمار: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية المقيمة ببلجيكا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2007-2008، ص 160.

² عبد الرحمان اللمتوني: إثبات النسب بشبهة خلال مرحلة الخطوبة، قراء في المادة 154 من مدونة الأسرة، مجلة القضاء والقانون، العدد 152، ص 116.

³ جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى على أنه "لا ينفي النسب بالارث المنجزة من الغير"، قرار عدد 598 المؤرخ في 14 دجنبر 2005، ملف شرعي عدد 2005/1/2/41، منشور بمجلة المناهج، العدد المزدوج 9-10 بتاريخ 2006، ص 233.

⁴ نعيمة البالي: ملانمة التشريع المغربي للاتفاقيات حقوق الطفل، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2002-2003، ص 373.

⁵ جمال الخمار: أحكام الميراث في الزواج المختلط - مقارنة تشريعية قضائية فقهية-، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2011-2012، ص 156.

⁶ قرار عدد 1303 صادر بتاريخ 2 أكتوبر 1991، أورده عبد الحكيم أهوشي، المرجع السابق، ص 134.

⁷ قرار عدد 1303 صادر بتاريخ 22 أكتوبر 1991، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 46، ص 165.

وقد ذهب المجلس الأعلى في أحد قراراته والذي حدد أجل سنة شمسية كأقصى مدة الحمل وجاء فيه " لما اعتبرت المحكمة أن الزوجية انفصمت عراها بالطلاق، ورفضت اعتبار الحجة التي أدلت بها لإثبات أن الزوج قد استرجعها، فلا يحق لها مع ذلك أن تلحق بالمطلق نسب الولد الذي وضع بعد سنة من تاريخ الطلاق"¹.

وفي قرار آخر ذهب فيه على أنه " لا يلحق نسب البنت المولودة قبل عقد النكاح فإن أقر الزواج ببنتها لأنها بنت زنا وابن الزنا لا يصح الإقرار ببنته ولا استلحاقه لقول خليل " إنما يستلحق الابن مجهول النسب قال الزرقاني لا مقطوعه كولد الزنا لأن الشرع قطع نسبه"².

في حين على خلاف هذا القرار صدر حكم اخر جاء فيه " وحيث إنه وبمقتضى المادتين 160 و 162 من مدونة الأسرة، نجد أن الشرع خول للأب إمكانية ثبوت المقر به بالشروط التي حددها الفصل 160 المذكور، وفي حالة توافر تلك الشروط فإنه ينبغي أن يكون إقرار الأب بإشهاد رسمي أو يخط بيده الذي لا يشك فيه ووجب، وحيث تبين للمحكمة من خلال اطلاعها على وثائق الملف أن الابن المراد إلحاق نسبه بالمدعي ازداد في أقل مدة وهي ستة أشهر من إبرام عقد الزواج، وأن الطرفان أكد مجلسه البحث أنهما كان متزوجين قبل ذلك، إلا أنهما تأخرا في توثيق عقد زواجهما بسبب تأخر حصول المدعي على رخصة للزواج باعتباره دركي، وأن المدعي يقر بكون الابن من صلبه ومن علاقة شرعية مع زوجته السيدة التي لم تعترض على أقوال السيد، وحيث انه وبناء على ما ذكر أعلاه تكون شروط المادتين 160 و 161 متوفرة في نازلة الحالة ويتعين معه التصريح بإلحاق نسب الابن بأبيه"³.

وعلى خلاف قرار المجلس الأعلى السالف الذكر، ذهب هذا الحكم في منحى جديد فرضته متغيرات عديدة على مستوى التطور الاجتماعي المغربي.

فالرأي فيما أرى بأن هذا الحكم قد اعترف بنسب غير شرعي لزيادة الطفل لمدة أقل من ستة أشهر، وهذا الحكم شبيه لحكم طنجة إلا أن ظروف كل منهما مختلفة، ففي هذا الحكم يوجد تراخي الزوجين على بنوة إبنهما الطبيعي وأن ظروف استثنائية حالت دون توثيق عقد الزواج في وقته، ورغم ذلك فإن شروط الإقرار غير متوفرة في هذه القضية، فطبقا للمادة 160 من مدونة الأسرة تشترط ألا يكون الولد المقر به معلوم النسب، فالولد المقر به معلوم النسب لأن المدعي يعترف بأنه إبنه، وأنه ازداد في أقل مدة الحمل لوجود ظرف استثنائي وهو عدم حصوله على الرخصة لكونه دركي.

وقد ذهب المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا بأن النسب ينتفي بغير لعان متى أتت الزوجة بالولد خارج أمد الحمل ولا يتأبد تحريمها إن كان الولد من زنا الزوج، وجاء فيه " الوضع لأقل من ستة أشهر ينفي النسب بغير لعان ويفسخ النكاح، ولا يتأبد تحريمها إن كان من زناه وفي المعيار الجديد من تزوج امرأة فأتت بولد غر سقط لأقل من ستة أشهر من يوم العقد عليها ينتفي عنه ذلك الولد بغير لعان لقيام المانع الشرعي على نفيه، ويفسخ النكاح ويتأبد تحريمها على الراجح إن كان من زنا غيره، وإلا إن كان من زناه فالمشهور عدم التأييد"⁴، رغم أن أغلب قرارات المجلس

¹ - قرار عدد 36 بتاريخ 1971/12/30، أورده أحمد الغالي ومحمد زوبر: إثبات النسب بين التشريع والاجتهاد القضائي، بحث لنهاية التمرين بالمعهد الوطني للدراسات القضائية، سنة 2002، ص 16.

² - قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 30 مارس 1983، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 39، ص 160.

³ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة، حكم عدد 96، ملف عدد 668/2006، بتاريخ 2007/02/08، (غير منشور).

⁴ - قرار عدد 145 صادر بتاريخ 3 فبراير 1987، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 40، ص 147.

الأعلى سابقا لم تأخذ باللعان، حيث ذهب قرار للمجلس الأعلى على أنه " بناء على أنه من المقرر فقها أن نفي الحمل باللعان لا يكون إلا في أول العلم به في اليوم واليومين مع ادعاء الاستبراء وبالرجوع الى أوراق الملف يتبين أن المطلوب لم يدعي أنه استبرأ زوجته الطاعنة والمحكمة لما أيدت الحكم الابتدائي القاضي بتطبيق مسطرة اللعان بين الطرفين رغم عدم توفر شروطها الشرعية ومنها ادعاء المطلوب وباستبراء زوجته تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا موازيا لانعدامه"¹.

وهكذا يتضح أن القضاء المغربي لم يعترف للطفل المزداد من علاقة سفاح أو زنا بانتسابه الى أبيه البيولوجي، وإنه لم يخرج على قاعدة " الولد للفراش " الذي ظل حريصا على وجوب توفر شروطها حتى يمكن له أن يقرر ثبوت النسب وخاصة أدنى وأقصى مدة الحمل، رغم أن المحاكم تسير في اتجاه التليين من هذا المبدأ بعكس المحكمة العليا تتشدد في تطبيق هذا المبدأ.

المطلب الثاني : محكمة قسم قضاء الأسرة واعترافها بينوة البنت خارج إطار الزواج وإقرار التعويض لفائدة الأم عن البنت :

ونظرا لكون هذا الحكم الابتدائي قد عرف شهرة واسعة ولاسيما في المواقع الاجتماعية، ولذلك سأعرض لهذا الحكم في البداية (الفقرة الأولى)، ثم سأنتقل لمناقشة هذا الحكم مستعينا بمختلف الآليات القانونية الداخلية والخارجية والقواعد الفقهية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : حكم قضاء الأسرة :

حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بطنجة

عدد 321

في ملف رقم 2016/1620/1391

حكم صادر بتاريخ 2017/01/30

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستهدف الطلب الحكم بثبوت البنت المدعى عليه وبأدائه نفقتها من تاريخ الازدياد الى غاية سقوط الفرض شرعا بحسب 2000 درهم شهريا من تاريخ الازدياد الى غاية سقوط الفرض شرعا بحسب مبلغ 2000 درهم شهريا، مرفقة بعقد ازدياد البنت مع ترجمته للعربية وتقرير خبرة جينية.

حيث دفع نائب المدعى عليه بعدم ارتكاز الطلب على أساس قانوني لكون النسب لحمة شرعية بين الأب وولده ولا ينال بالمحذور، وبأن المقصود بالنسب الشرعي هو الناشئ عن زواج صحيح أو فاسد وباطل مع وجود حسن النية أو شبهة طبقا للفصل 158 من مدونة الأسرة، في حين أن البنت المراد ثبوت نسبتها ناتجة عن علاقة فساد حسب الثابت من الحكم الابتدائي عدد 4345 الصادر بتاريخ 2016/03/16 في الملف عدد 2102/16/278، كما أن

¹ - قرار عدد 544 مؤرخ في 2005/11/30، ملف شرعي 2005/01/02/169 (غير منشور).

الخبرة المنجزة من السيد قاضي التحقيق غير ملزمة للقضاء الأسري على اعتبارها غير مثبتة للنسب وإن كانت تثبت العلاقة البيولوجية بين الأب والابن، ملتصقا برفض الطلب.

وحيث ارتأت المحكمة معالجة القضية وفق ما سيأتي أدناه :

1- مفهوم البنوة لغة واصطلاحا :

البنوة لغة مشتقة من الابن، وكما جاء في لسان العرب " البنوة مصدر الابن، يقال: تباينه أي اجعيت بنوته، وتبناه اتخذه ولدا"، والبنوة في الأصل نسبة ولد لمن ولد له.

واصطلاحا فإن البنوة تدل النسبة الطبيعية للولد الذي يكون ثمرة اتصال جنسي بين ذكر وأنثى، حيث يكون الولد في هذه الحالة ابنا طبيعيا لطرفي العلاقة التي كانت سببا لوجوده.

2- البنوة فقها :

أ- الكتاب: قوله تعالى " ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم" سورة الأحزاب الآية 5، ووجه الاستدلال به أن الآية الكريمة توجب نسبة الولد لأبيه وتشرط لذلك بمجرد العلم به مطلقا، وقوله تعالى " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت"، ووجه الاستدلال به أن الله تعالى حرم المذكورات في الآية الكريمة من الأم والبنات وغيرهما على سبيل الإطلاق.

ب- السنة : عن عائشة قالت " اخصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد هذا يارسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد الى أنه ابنه، انظر الى شبهه، وقال عبد بن زمعة، هذا أخي يارسول الله ولد على فراش أبي من وليته، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى شبهه، فرأى شيئا بدا بعينيه، وقال هو لك يا عبد الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه ياسودة بنت زمعة، قالت فلم وسودة قط حتى ألقى الله"، ووجه الاستدلال به أن ادعاء سعد بن أبي وقاص بنوة الغلام لأخيه مستدلا بالشبه مع عدم انكار الرسول صلى الله عليه وسلم له دليل على جوازه، عن البخاري ومسلم.

ج- الاستصلاح : والمراد بها المصالح المرسله، وذلك أن ولد الزنا لا ذنب له فيما جناه أبواه عليه، وقد ورد عن كثير من الصحابة الحث على اكرامهم والإحسان إليهم وكان عمر يوصي بالولاد الزنا خيرا عمر" اكرموا ولد الزنا وأحسنوا إليه"، فمصلحة الطفل وإكرامه والاحسان اليه وهو البريء من جرم أبويه يقتضي أن ينسب لأبيه كما سينسب لأمه، ولا يجوز مجال أن يتحلل الأب البيولوجي لهذا الطفل من المسؤولية ويجازي بتنصله من زناه، (راجع لهذا كتاب شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته - دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة (الجزء الثالث الولادة ونتائجها) تأليف عبد الله السوسي التتاني ص 23 و 24 و 26 و 27).

3- البنوة في المدونة :

تناولت مدونة الأسرة البنوة في الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها، وقد عرفت المادة 142 البنوة على أنها تتحقق بتنسل الولد من أبويه وهي شرعية وغير شرعية، وتكون شرعية بالنسبة للأب في حالات قيام سبب من أسباب النسب وتنتج عنها جميع الآثار المترتبة على النسب شرعا المادة 144، أما بالنسبة للأم فتستوي البنوة في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة

شرعية أو غير شرعية المادة 146، كما أن البنوة غير الشرعية لا يترتب عليها أي أثر من آثار البنوة الشرعية بالنسبة للأب المادة 148.

4- الحماية الحقوقية للطفل في المواثيق الدولية والدستور المغربي والحق في التعرف على الأبوين.

أ- الاتفاقية الدولية لحقوق طفل :

حيث يؤخذ عن الفقرة الأولى من المادة الثالثة من الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989، المصادق عليها من المغرب في 21/06/1993، أن القضاء يتوجب عليه إبطال الاعتراف الأول لمصالح الأطفال الفضلى عند النظر في النزاعات المتعلقة بهم. كما تنص المادة 7 من نفس الاتفاقية على أن الطفل يسجل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق في اكتساب جنسية ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقى رعايتها.

ب- الاتفاقية الأوروبية بشأن ممارسة حقوق الأطفال الموقعة بستراسبورغ بتاريخ 25/01/1996، المصادق عليها بظهير شريف بتاريخ 27/03/2014، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6242.

ج- الدستور المغربي :

نصت الفقرة الثالثة من الفصل 32 من دستور المملكة المغربية على أن الدولة تسعى توفر الحماية القانونية والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال بكيفية متساوية بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية.

4- مناقشة دفوع المدعى عليه :

أ- في الدفع بقاعدة لا جمع بين جد ونسب .

حيث إن تطبيق القاعدة الفقهية القاضية بعدم اجتماع الحد والنسب إنما يكون محل إثبات النسب والحال أن المدعية أسست طلبها على أحكام البنوة غير الشرعية المقررة في المواد 142 و 148 من مدونة الأسرة فالأجال معه للاستدلال بالقاعدة المذكورة أعلاه لاختلاف الأطار القانوني.

ب- في الدفع المتعلق بالأحكام المستدل بها.

حيث بإطلاع المحكمة على الأحكام المستشهد بها من طرف نائب المدعى عليه، تبين لها أنها لا تتعلق بالبنوة موضوع نازلة الحال إنما يكون محل تطبيقها في حالة ثبوت النسب الشرعي المنصوص عليه في المواد 150 الى 162 من مدونة الأسرة مما يكون معه الاستدلال بما جاء في غير إطاره القانوني السليم ويتعين رد الدفع.

ج- في الدفع المتعلق بعدم اعتماد الخبرة من طرف القضاء الأسري :

حيث يؤخذ من تقرير الخبرة الجينية عدد 1000/15 الصادر عن مختبر الشرطة العلمية بالدار البيضاء بتاريخ 01/10/2015 بموجب أمر السيد قاضي التحقيق له أنه روعي فيها الاجراءات الشكلية والموضوعية المطلوبة قانوناً مما يتعين اعتمادها ويتعين رد الدفع بهذا الخصوص.

وحيث خلص تقرير الخبرة المذكور أعلاه الى وجود علاقة بنوة بيولوجية بين الطفلة والمدعى عليه، وحيث تبعا للعلل التي تم بسطها تكون رابطة البنوة بين الطفلة المزدادة بتاريخ 27/11/2014 ووالدها المدعى عليه ثابتة في النازلة مما يكون معه الطلب مؤسسا ويتعين الاستجابة له.

5- في طلب النفقة :

وحيث إنه وتأسيسا على الحثيات المذكورة أعلاه يبقى طلب النفقة غير مرتكز على أساس قانوني ذلك أن أسباب وجوب النفقة على الغير هي الزوجية والقرابة والالتزام طبقا للمادة 187 من مدونة الأسرة، وأن البنوة غير الشرعية لا يترتب عليها بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية بصريح نص المادة 148 من نفس المدونة مما يتعين معه رفض الطلب.

6- في طلب التعويض :

حيث يؤخذ من الحكم الجنحي عدد 4345 الصادر بتاريخ 2016/03/16 في الملف عدد 2102/16/278 عن هذه المحكمة أن المدعى عليه توبع من أجل جنحة الفساد وأدين بشهر واحد موقوف التنفيذ والذي أصبح نهائي بعدما تم تأييده من طرف محكمة الاستئناف.

وحيث لما ثبتت المسؤولية الجنائية للمدعى عليه بارتكابه الفعل الجرمي المذكور، والذي نتج عنه ولادة البنت، تكون العناصر القانونية لقيام المسؤولية المدنية ثابتة في نازلة الحال وفقا لما ينص عليه الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه على أن كل فعل ارتكبه الانسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون فأحدث ضرر ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر.

وحيث ارتأت المحكمة بعد ثبوت علاقة البنوة بين البنت وللمدعى عليه، ومايستلزمه ذلك من رعايتها والقيام بشؤونها ماديا ومعنويا، والحفاظ على مصلحتها كمحضونة وما يتطلبه من مصاريف، أن تمنح المدعية تعويضا وفق ما سيعلن في منطوق هذا الحكم.

لهذه الأسباب :

حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا وحضوريا :

في الشكل : قبول الطلب

في الموضوع :

1- بثبوت بنوة البنت المزادة بتاريخ 2014/11/27 للمدعى عليه.

2- بأداء المدعى عليه لفائدة المدعية عن البنت تعويضا قدره 100000 درهم مائة ألف درهم.

وبتحميل المدعى عليه الصائر ورفض الباقي.

الفقرة الثانية : التعليق على الحكم :

رغم أن هذا الحكم جاء بمقتضيات اجتهادية مهمة في سبيل تطبيق روح الدستور المغربي الذي يضمن المساواة لجميع فئات المجتمع، رغم أن هذا الحكم لم يضيف شيئاً سوى اعترافه بالبنوة الطبيعية لصالح الأب تطبيقاً للمادة 142 من مدونة الأسرة، رغم أن المشرع قصد بالبنوة غير الشرعية تلك الناتجة عن تنسل الولد من الأم، أما البنوة بالنسبة للأب لا تكون إلا شرعية، ولذلك فإن هذا الحكم في إعتقادي تشوبه عدة نقائص على مجموعة من المستويات، سأعرض لها على الشكل التالي:

أولاً : على مستوى الفقه الاسلامي ومدونة الأسرة :

تطرقنا في المطلب الأول الى التوجه الفقهي في مسألة البنوة الناتجة عن السفاح أو الزنا، وأن رأي الجمهور يذهب الى عدم لحوق ولد الزنا بأبيه، أما الرأي الثاني فيرى أن الابن الناشئ عن علاقة زنا او سفاح يثبت نسبه الى الزاني إذا لم يكن مولودا على فراش يدعيه صاحبه.

وإذا نحن سائرنا الرأي الثاني وخاصة أمام التطور التكنولوجي في المجال الجيني، حيث بالإمكان التعرف على الأب الطبيعي بنسبة 99.99 في المائة باستخدام شفرة أ د ن، فالمشرع لم يتبنى هذا الرأي ولم يأتي بالخبرة الجينية كوسيلة لإثبات النسب وإنما نص على الخبرة الطبية والتي جاءت غامضة ولا مجال لتطبيقها في حالة تعارضها مع الفرائش، فالبصمة الوراثية حسب مدونة الأسرة لإثبات النسب بالفرائش أقل قوة من الإقرار، لذلك يبقى للأب المفترض حق نفي النسب بطريق اللعان أو الحكم القضائي، بالرغم من أن نتائج التحليل كما سبقت الإشارة إليه أظهرت صحته 99.99 في المائة، وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقاً محكمة النقض حالياً " إلا أن الخبرة الطبية لا تعمل إلا بعد استيفاء أقل مدة الحمل وهو ستة أشهر"¹.

فمدونة الأسرة أخذت برأي الجمهور في مجال البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب، رغم أن هذه الأخيرة حاولت الفصل بين النسب والبنوة، غير أن هذا الفصل تراجعت عنه، حيث لم يرتب هذا الأخير أي أثر من آثار البنوة الشرعية للولد الطبيعي الذي تنسل عن الاب الطبيعي طبقاً للمادة 144 من مدونة الأسرة وبالتالي ما أعطاه باليد اليمنى سحبه باليد اليسرى.

ومادامت البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب لا تنتج أي أثر من الآثار الشرعية ومنها النسب، وبالتالي فهي والعدم سواء، وحتى منطوق الحكم ذهب الى ثبوت بنوة البنت من دون أن يبين هل بنوة شرعية أم غير شرعية؟

فكما سبق لا يمكن الرجوع الى الفقه الإسلامي إلا في حالة عدم وجود نص قانوني فالمدونة طبقاً للمادة 400 من مدونة الأسرة والتي تنص على أنه " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الاسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف"، وأمام حالتنا

¹ - قرار 213 الصادر بتاريخ 2005/04/13، أورده عبد السلام الرفعي، الولد للفراش في فقه النوازل والاجتهاد القضائي المغربي، مطبعة افريقيا الشرق، طبعة

هذه ومع وجود نصوص قانونية في المدونة تغنينا عن الرجوع الى الفقه الإسلامي، فالأولى تطبيق النص القانوني على الفقه الاسلامي.

ثانيا : على مستوى الاتفاقيات الدولية :

إن احترام العهود والمواثيق واجب إسلامي، لما له من أثر طيب ودور كبير في المحافظة على السلام وأهمية كبرى في فض المشكلات وحل المنازعات وتسوية العلاقات.

وإذا كانت المواثيق الدولية ذات الطابع العام والخاص تنص في موادها على أنه يجب على دول الأطراف فيها اتخاذ الخطوات المناسبة لتأمين المساواة بين الابن الشرعي وغير الشرعي، وبوضع تقارير عن الإجراءات التي اتخذتها والتي من شأنها أن تؤدي إلى تأمين الحقوق المقررة فيها وعن التقدم الذي تم إحرازه في التمتع بتلك الحقوق.

فمعلوم أن المغرب قد صادق على اتفاقية حقوق الطفل سنة 1993، ورفع التحفظات على مواد الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فهل يعني إمكانية تطبيق مقتضيات بالمساواة بين الإبن الشرعي وغير الشرعي؟

القضية باختصار أننا أمام مبدأ سمو المواثيق الدولية على التشريعات الداخلية، فإلى أي حد يمكن القول أن هناك سمو للمواثيق الدولية على حساب المرجعية الإسلامية والقوانين الوطنية؟

وخاصة أن المجلس العلمي الأعلى قد أجاب بوضوح على هذه النقطة، وذلك أثناء النقاش الحاد عندما رفع المغرب التحفظات على اتفاقية الغاء جميع أشكال التمييز ضد المرأة، عندما أكد بأن الأحكام التي توجد بشأنها نصوص قطعية كالارث لا مجال للإجتهد فيها، وبالتالي لن تعرف أي تغيير رفعا للباس والغموض¹.

وذلك على أساس سمو المرجعية الاسلامية على المواثيق الدولية، ومادامت مدونة الأسرة مرجعيتها إسلامية، فهل يمكن الرجوع الى المواثيق الدولية لتكتملتها أو إضافة مقتضيات جديدة؟

لا يوجد أي نص في مدونة الأسرة يجيلنا في حالة عدم وجود نص أو رفع غموض من الرجوع الى المواثيق الدولية، كما أن الدستور المغربي لسنة 2011 لا يتضمن أي نص يقضي صراحة بسمو الاتفاقية الدولية على القانون الداخلي، إلا ماضن بالديباجة والتي جاء فيها "جعل الاتفاقيات الدولية كما صادق عليه المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة وهويتها الوطنية الراسخة تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية، والعمل على ملائمة هذه التشريعات، مع ما تتطلبه تلك المصادقة".

ثالثا : على مستوى النفقة والتعويض :

مادام منطوق الحكم قد قضى بثبوت بنوة البنت لأبيها، فهذا يعني أن البنت ستستفيد من جميع آثار البنوة من نفقة ونسب ودين وميراث، ولكن أن تحرم من النفقة فهذا أمر غير مفهوم، فالبنوة إما شرعية أو غير شرعية

¹ - محمد الروكي: المطالبة بالتسوية بين الرجل والمرأة في الإرث تمرد على الشريعة وتناول على الله، مجلة المجلس، العدد السادس بتاريخ فبراير 2009، ص 26.

بالنسبة للأب، فالبنوة غير الشرعية طبقاً للمادة 148 من مدونة الأسرة لا تنتج أي أثر من آثار البنوة الشرعية ومنها إنتساب البنت لأبيها، لأن مدونة الأسرة دجت بين آثار البنوة وأثار النسب.

أما فيما يخص طلب التعويض، فهذا الأمر غير جديد، حيث سبق للمجلس الأعلى سابقاً محكمة النقض حالياً أن تطرقت إلى هذه المسألة، رغم إختلاف الظروف والملابسات، حيث إن المجلس الأعلى في هذا القرار لم يثبت البنوة ولكن منح النفقة لأولاده الطبيعيين، بعكس هذا الحكم الذي اعترف بالبنوة ولكن حرم البنت من النفقة، حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى " أن محكمة الاستئناف ولو مع تصريحها بعدم قبول الطلب الأصلي الرامي إلى الإثبات البنوة والذي تقدمت به خليعة مسلمة مغربية ضد خليلها الفرنسي الجنسية، فإنه يجوز لها أن تصرح بقبول الطلب الفرعي الرامي إلى تقرير نفقة الأبناء، ولا يكون في ذلك التصريح أي خرق لمقتضيات الفصلين 62 و 403 من قانون الالتزامات والعقود على أن تثبت الخليعة ما ادعته في طلبها، وهو أنها كانت تعاشر المدعى عليه الفرنسي معاشرة غير شرعية لمدة 15 سنة، وإنه خلال هذه المدة كان ينفق عليها وعلى أبنائها وفي الواقع فإن قبول مثل هذا الطلب لا يرمي إلى الاعتراف بحالة غير شرعية، ولا إلى إنشاء بنوة غير شرعية، وإنما يجد أساسه في أحكام المسؤولية التقصيرية بناء على الفصلين 77 و 78 من قانون الالتزامات والعقود بسبب الضرر الذي أحدثه الأب غير الشرعي والنتيجة عن علاقة غير شرعية التي كانت تربطه بخليعته والتي ذهب ضحيتها الأبناء"¹.

ولذلك فتطبيق القواعد المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية والتي يترتب عنها تعويض في هذه النازلة لا أساس لها، وذلك لأن المحكمة أصلاً إعترفت ببنوة البنت لأبيها وبالتالي لا حق لها في التعويض وإنما الحق في الآثار القانونية للبنوة، ولا يوجد أي نص في مدونة الأسرة يحيلنا على القواعد الموضوعية الواردة في قانون الالتزامات والعقود لمنح التعويض في حالة ثبوت البنوة لمرتكب الخطأ والذي هو الواقعة الجنسية غير الشرعية، بالرغم أن الخطأ مشترك، ولا يمكن أن يتحمل له لوحده، كما أن الضرر إحتمالي، فأي إتصال جنسي ليس بالضرورة يمكن أن ينتج حملاً.

الخلاصة من خلال كل ما سبق أرى بأن هذا الحكم بالفعل نجح في إرسال رسالة قوية مفادها أن هناك مشاكل حقيقية تتعرض لها فئات مجتمعية عريضة وجب التصدي لها فقها وقانوناً وقضاء من خلال مقاربة فقهية حديثة وعصرية وبلورة إتجاه تشريعي شامل مادام القانون إنعكاس لتطور المجتمع.

• لائحة المراجع :

- محمد بن ابراهيم بن المفزر: الإجماع، مطبعة دار الجنات بيروت لبنان، طبعة 1406 هـ.
- ابن الهمام: فتح القدير، الجزء الخامس، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- ابن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- ابن فرحون: تبصرة الحكام، الجزء الثاني، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي: روضة الطالبين، مطبعة المكتب الاسلامي دمشق، دون ذكر الطبعة، الجزء الأول.

¹ - قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 13 نونبر 1962، أورده عبد الكريم الطالب، خلفيات ظهر 13 غشت 1913 بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، مجلة المحامي، العدد 49 سنة 1996، ص 288 و 289.

- صالح بن ناصر الخزيم : عقوبة الزنا وشروط تنفيذها، مطبعة دار ابن الجوزي الدمام، طبعة 1412 هـ.
- الخطيب الشربيني : مغني المحتاج، الجزء الرابع، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- ابن قيم الجوزية : اعلام الموقعين عن رب العالمين، مطبعة مكتبة ابن تيمية، القاهرة، طبعة 1400 هـ، الجزء الثالث.
- طنطاوي جوهرى : الجواهر في تفسير القرآن الكريم، الجزء الخامس، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- راشد ال زنان : وسائل إثبات الجريمة في الاسلام، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- حسن ربيع : حقوق الانسان والوسائل المستخدمة في التحقيق الجنائي، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- أحمد ضياء الدين خليل : مشروعية الدليل في المواد الجنائية، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- علاء الدين الكساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، مطبعة دار الكتاب العربي بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1974.
- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء الثاني، مطبعة دار الكتاب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1994.
- أحمد بن محمد الصاوي، لغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك، الجزء الثاني، مطبعة دار المعرفة، طبعة الأولى 1995.
- بن قدامة : المغني، الجزء الخامس، مطبعة دار الفكر، الطبعة الاولى 1984.
- ابن حزم : المحلى، الجزء العاشر، مطبعة دار الفكر، بدون ذكر الطبعة وتاريخها.
- شمس الدين السرخسي : المبسوط، الجزء السابع، مطبعة دار المعرفة بيروت، طبعة 1989.
- محمد أبو زهر: الأحوال الشخصية، مطبعة دار الفكر العربي بيروت، طبعة 1957.
- صحيح سنن أبي داود، الجزء الثاني، كتاب الطلاق، باب ادعاء ولد الزنا، مطبعة مكتب التربية العربي لدول الخليج، الطبعة الأولى 1989.
- مالك بن أنس : الموطأ، الطبعة الثانية، مطبعة مكتبة السلام الجديدة.
- ابن حزم الأندلسي : المحلى، الجزء التاسع، مطبعة دار الأفاق الجديدة بيروت، طبعة 1988.
- محمد رشيد رضا : تفسير المنار، الجزء الرابع، مطبعة مكتبة القاهرة، طبعة 1950.
- ابن رشد الحفيد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة دار المعرفة بيروت، الطبعة الثالثة.
- أبو أحمد عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي : تفسير القرطبي، الجزء الخامس، مطبعة دار التراث العربي، دون ذكر الطبعة وتاريخها.
- ابن حجر الهيتمي : الفتاوي الفقهية الكبرى، الجزء الثاني عشر، دار الثقافة بيروت، دون ذكر الطبعة والمطبعة والتاريخ.
- ابن القيم الجوزية : زاد المعاد في هدى خير العباد، الجزء الخامس، مطبعة دار المعرفة بيروت لبنان، الطبعة الثالثة بتاريخ 2001.
- ابن تيمية : الفتاوي الكبرى، الجزء الرابع، مطبعة دار المعرفة بيروت لبنان، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبعة.
- محمد جواد مغنية : فقه الإمام جعفر الصادق، عرض واستدلال، الجزء الخامس، مطبعة دار العلم للملايين بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1978.
- النسائي : سنن النسائي في شرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الامام السندي، الجزء السادس، كتاب الطلاق ، باب بدء اللعان، مطبعة دار الفكر بيروت لبنان، الطبعة الاولى 1930.

- عبد السلام الرفعي، الولد للفراش في فقه النوازل والاجتهاد القضائي المغربي، مطبعة افريقيا الشرق، طبعة 2006.
- عبد الحكيم أهوشي: وضعية البنية غير الشرعية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المقارن، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2006-2007.
- أحمد الخليلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، مطبعة المعارف الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1998.
- جمال الخمار: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية المقيمة ببلجيكا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2007-2008.
- عبد الرحمان اللمتوني: إثبات النسب بشبهة خلال مرحلة الخطوبة، قراء في المادة 154 من مدونة الأسرة، مجلة القضاء والقانون، العدد 152.
- مجلة المناهج، العدد المزدوج 9-10 بتاريخ 2006.
- نعيمة البالي: ملائمة التشريع المغربي للاتفاقيات حقوق الطفل، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2002-2003.
- جمال الخمار: أحكام الميراث في الزواج المختلط - مقارنة تشريعية قضائية فقهية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2011-2012.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 46.
- أحمد الغالي ومحمد زويير: إثبات النسب بين التشريع والاجتهاد القضائي، بحث لنهاية التمرين بالمعهد الوطني للدراسات القضائية، سنة 2002.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 39.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 40.
- محمد الروكي: المطالبة بالتسوية بين الرجل والمرأة في الإرث ترمذ على الشريعة وتناول على الله، مجلة المجلس، العدد السادس بتاريخ فبراير 2009.
- عبد الكريم الطالب، خلفيات ظهير 13 غشت 1913 بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، مجلة المحامي، العدد 49 سنة 1996.
- Nadia aitzai: L'Enfant illégitime dans la société musulmane, Revue algérienne des sciences juridiques et politiques, N 2 juin 1999.
- Rainer Frank, l'établissement et les conséquences de la filiation maternelle et paternelle en droit européen, RIDC, Année 1999, Vol 5, N 1.

تقييم التجربة المغربية بخصوص النوافذ الإسلامية



من إعداد: الأستاذ عادل محفوظي
قاضي بالمحكمة الابتدائية بمراكش

ملخص البحث :

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

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

- أهمية البحث :

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

- إشكالية البحث :

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

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

دوافع تأسيس هذا النوع من النوافذ؟
طريقة وشكل تمويل هذه النوافذ وعلاقتها بالمصرف الأم؟
وما هو الحكم الشرعي للتعامل معها؟

– الهدف من البحث :

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

– منهجية البحث :

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

– خطة البحث :

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

المبحث الأول : ماهية النوافذ الإسلامية.

المطلب الأول : تعريف النوافذ الإسلامية ونشأتها وأسباب إنشائها.

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

المبحث الثاني : واقع النوافذ الإسلامية بالمغرب.

المطلب الأول : الإطار القانوني للنوافذ الإسلامية بالمغرب.

المطلب الثاني : تقييم عمل النوافذ الإسلامية بالمغرب.

خاتمة.

مقدمة :

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

المبحث الأول : ماهية النوافذ الإسلامية.

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

المطلب الأول : تعريف النوافذ الإسلامية ونشأتها وأسباب إنشائها :

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

الفقرة الأولى : تعريف النوافذ الإسلامية.

النوافذ الإسلامية عموما هي الفروع التي تنتمي إلى مصارف ربوية وتمارس جميع الأنشطة المصرفية بعيدا عن المخالفات الشرعية، وفي تعريفها الخاص عرفت بأنها وحدات تنظيمية تديرها المصارف التقليدية، وتكون متخصصة

في تقديم الخدمات المالية الإسلامية¹، غير أن ما يجب الانتباه إليه هو التفرقة بين البنوك التقليدية التي أنشأت فروعاً مستقلة تمارس الصيرفة الإسلامية، وبين البنوك التقليدية التي أدخلت تلك المعاملات مع المعاملات التقليدية جنباً إلى جنب، وبين البنوك التقليدية التي فتحت نوافذ تقدم تلك الخدمات²، وفي المغرب تقدم البنوك التقليدية التي أدخلت هذه المعاملات لنظامها تلك المعاملات جنباً إلى جنب مع المعاملات التقليدية، باستثناء التجاري وفا بنك الذي أسس مؤسسة خاصة تقدم تلك الخدمات وأطلق عليها دار الصفاء.

الفقرة الثانية: نشأة النوافذ الإسلامية.

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

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

الفقرة الثالثة: أسباب إنشاء نوافذ مصرفية إسلامية.

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

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

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

¹ - فهد الشريف، الفروع الإسلامية التابعة للمصارف الربوية: دراسة في ضوء الاقتصاد الإسلامي، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى - مكة المكرمة محرم 1424، ص 9.

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

³ - فهد الشريف، م س، ص 10.

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

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

⁶ - لطف محمد السرحي، الفروع الإسلامية في البنوك التقليدية ضوابط التأسيس وعوامل النجاح، مؤتمر المصارف الإسلامية اليمنية الواقع وآفاق المستقبل، الجمهورية اليمنية، نادي رجال الأعمال، 20-21 مارس 2010، ص 3.

الفقرة الأولى : طريقة وشكل تمويل النوافذ الإسلامية.

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

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

الفقرة الثانية: طبيعة العلاقة بين النوافذ الإسلامية والمصرف الأم.

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

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

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

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

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

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

المبحث الثاني : واقع النوافذ الإسلامية بالمغرب.

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

¹ - فهد الشريف، م س، ص 26 إلى 28.

² - فهد الشريف، م س، ص 19.

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

المطلب الأول : الإطار القانوني للنوافذ الإسلامية بالمغرب.

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

الفقرة الأولى : الإطار القانوني للنوافذ الإسلامية بالمغرب :

أسست الدولة المغربية نظام النوافذ الإسلامية بناء على توصية بنك المغرب، بتاريخ 2007/09/13 بناء على مقتضيات القانون المتعلقة بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها وخاصة تلك المرتبطة بالمادة 19 بعد الإطلاع على رأي لجنة مؤسسات الائتمان الصادر بتاريخ 14 مارس 2007 .
وسمّتها بالخدمات المصرفية البديلة، كما أن المغرب لم يأخذ بكل المعاملات التي تعرفها الصيرفة الإسلامية، ولكنه اكتفى بصيغ الإجارة بنوعها البسيطة والمنتھية بالتمليك، والمشاركة بنوعها الثابتة والمتناقصة، وبيع المراجعة للأمر بالشراء.

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

الفقرة الثانية : الخدمات المصرفية البديلة حسب توصية بنك المغرب :

نصت توصية بنك المغرب على ثلاث صيغ للخدمات المصرفية البديلة وهي المراجعة والإجارة والمشاركة، وسنقف على تعاريف تلك الصيغ حسب التوصية دون الدخول في تفاصيل تلك الصيغ.
فبالنسبة للمراجعة فنجد المادة التاسعة من التوصية¹ الصادرة عن والي بنك المغرب نصت على أن "المراجعة هي كل عقد تقتني بموجبه مؤسسة الائتمان منقولاً أو عقاراً، بناء على طلب أحد العملاء، بهدف إعادة بيعه له بتكلفة الشراء مع زيادة ربح معلوم يتم الاتفاق عليه مسبقاً".
في حين عرفت المادة 1 من توصية بنك المغرب، السالفة الذكر، الإجارة على أنها: (كل عقد تضع بموجبه مؤسسة الائتمان عن طريق الإيجار منقولات أو عقارات معلومة ومحددة ومملوكة لها تحت تصرف أحد العملاء لاستعمال مسموح به قانوناً).

وهي نوعان {الإجارة التشغيلية} وهي عقد يتضمن إيجاراً سهلاً لا ينتهي بالتمليك.
والثاني إجارة واقتناء، وذلك عندما يكون العقد مصحوباً بالتزام قاطع يتعهد فيه المستأجر بشراء المنقول أو العقار المستأجر بعد انقضاء مدة يتم الاتفاق عليها مسبقاً².

بينما عرفت المشاركة في المادة الخامسة بأنها: (كل عقد يكون الهدف منه اشتراك مؤسسة الائتمان بمساهمة في رأس مال شركة موجودة أو قبل الإنشاء، من أجل تحقيق الربح، حسب نسب محددة مسبقاً بينها).
أما بخصوص المشاركة المتناقصة فقد عرفت توصية بنك المغرب على أنها تلك المشاركة التي تنسحب منها مؤسسة الائتمان من رأس مال الشركة تدريجياً حسب مقتضيات العقد³

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

² - - المادة 1 من توصية بنك المغرب.

³ - المادة الخامسة من توصية بنك المغرب.

المطلب الثاني : تقييم تجربة النوافذ الإسلامية في البنوك المغربية.

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

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

- اعتراف منها بالعمل المصرفي الإسلامي وجدواه.
- اعتراف بواقعية التطبيقات الإسلامية في الاقتصاد.
- إتاحة الفرصة للاستفادة من خبرة تلك المصارف التجارة في تطوير منتجات إسلامية وكوادر بشرية ينتفع بها العمل المصرفي الإسلامي بصفة عامة.
- إمكانية فرصة تحول البنك التجاري كله إلى بنك إسلامي.
- التشجيع على التعايش بين البنكين بدل الصراع والمواجهة¹.

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

الفقرة الثانية : تقييم النوافذ المغربية.

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

¹ - مصطفى إبراهيم محمد مصطفى، تقييم ظاهرة تحول البنوك التقليدية للمصرفية الإسلامية، دراسة تطبيقية عن تجربة بعض البنوك السعودية، بحث لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي، قسم الاقتصاد الإسلامي، الجامعة الأمريكية المفتوحة، مكتب القاهرة، 2006، ص 101.

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

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

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

خاتمة :

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

• المراجع :

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

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

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

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

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

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

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

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

المسؤولية المدنية لمستخدمي الدولة والبلديات¹

" قراءة في أحكام الفصل 80 من ق ل ع م "



إعداد الباحث : أمين الخنتوري

باحث بسلك الدكتوراه في تخصص القانون

الخاص جامعة سيدي محمد بن عبد الله - فاس

الملخص:

إن المستخدم أو الموظف التابع للمرفق العام في الدولة هو أدوات هذه الأخيرة في تنفيذ برامجها الإدارية وسياساتها العمومية بمختلف مجالات وشؤون الحياة، وبالنظر إلى المهام والإختصاصات المخولة له قانونا في إطار خدمة المرفق العام يمكن أن يكون عرضنا لإرتكاب بعض الأخطاء التي من الممكن أن تثار معها مسؤوليته الشخصية طبقا للفصل 80 من ق ل ع م، لذلك فالغاية من وراء هذه الدراسة هي تحديد أولا متى يكون مستخدم المرفق العام مسؤولا بصفته الشخصية أمام المتضرر وذلك من خلال إبراز أوجه التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، وأيضا تحديد شروط قيام مسؤولية المستخدم الشخصية والآثار المترتبة عليها، وما إذا كانت الحاجة تتطلب إعادة النظر في حدود هذه المسؤولية بما يضمن مصلحة الإدارة والمرتفق في نفس الوقت.

¹- Responsabilité civile des employés de l'État et des municipalités "Lire dans les dispositions du chapitre 80 du Code marocain des obligations et des contrats"/ Amine El Khantouri : Doctorant dans la spécialité du droit à l'Université Sidi Mohamed Bin Abdullah de Fès.

Résumé :

L'utilisateur ou l'employé de la Facilité publique d'Etat est la tradition de ce dernier de bénéficier de ses programmes administratifs et politiques publiques dans divers domaines et affaires de la vie. Compte tenu des fonctions et fonctions légalement autorisées par le Service général, il peut faire l'objet de certaines erreurs par lesquelles il peut soulever sa responsabilité personnelle en vertu du chapitre 80 de la Déclaration, Le but de cette étude est donc de déterminer en premier lieu quand l'utilisateur de l'utilité publique est responsable dans sa capacité personnelle envers les personnes concernées en mettant en évidence la différence entre erreur personnelle et erreur d'accompagnement, ainsi que les conditions de responsabilité de l'utilisateur individuel et ses implications. Le besoin de revoir les limites de cette responsabilité de manière à ce que.

تقديم :

تعتبر المسؤولية المدنية من أهم الموضوعات القانونية التي أولتها التشريعات مكانة متميزة في حقل العلوم القانونية، باعتبارها من بين الأسس المهمة في تنظيم علاقة الإنسان بغيره من أفراد المجتمع، كما أنها كانت وستظل دائما مجالا خصبا للبحث والدراسة، بالنظر الى طبيعتها التي تمتاز بالتطور المستمر مع تطور الأزمنة وتنوع المجالات، وبالنظر الى سهولة تطبيق قواعدها تعززت مكانتها بشكل كبير في مجال فض النزاعات بين الأفراد.

فالمسؤولية بوجه عام، هي حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته، في حين أنها من الجانب الأخلاقي، التزام هذا الشخص بما يصدر عنه قولاً أو عملاً.¹

أما المسؤولية المدنية هي التزام المسؤول بأداء التعويض للطرف المضرور في الفرضيات التي تتحقق معها المسؤولية²، وهي عقدية إذا وقع الإخلال بعقد قائم بين المخطئ والمضرر، وتقديرية إذا وقع الإخلال بالتزام قانوني عام - وهي موضوع بحثنا هذا -.

وبالنظر الى أهمية المسؤولية المدنية نجد المشرع قد تطرق لمختلف صورها سواء تعلق الأمر بالمسؤولية عن الفعل الشخصي أو عن فعل الغير أو عن فعل الأشياء والحيوان، بالإضافة الى تنظيمه لحالات خاصة من المسؤولية المدنية بقواعد تتماشى مع طبيعتها، ويتعلق الأمر بمسؤولية الدولة والبلديات عن الأخطاء المصلحية لموظفيها (الفصل 79 من ق ل ع م)، ومسؤولية مستخدمي الدولة والبلديات عن أخطائهم الشخصية (الفصل 80 من ق ل ع م)، ومسؤولية القاضي (الفصل 81 من ق ل ع م) ...

وما يهمنا في هذا الموضوع هو المسؤولية المدنية لمستخدمي الدولة والبلديات عن أخطائهم الشخصية الصادرة عنهم أثناء فترات أداء وظائفهم.

¹ زاهر عثمان زينب، المسؤولية القانونية للموظف العام، مقال منشور بمجلة جامعة البحث، المجلد 38، العدد 6-2016، ص 139

² عبد الحق الصافي، الوجيز في القانون المدني، الجزء الثاني، طبعة 2015، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 13

إن هذه المسؤولية ظهرت لأول مرة على يد الاجتهاد القضائي الفرنسي، فقد كانت القاعدة السائدة إلى حين أواخر القرن التاسع عشر هي عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها فكان السبيل الوحيد أمام المتضرر هو مقاضاة الموظف بشكل شخصي في كل الأخطاء بمختلفها، وكثيرا ما يكون هذا الموظف معسرا فيستحيل تنفيذ الحكم عليه فيضيع حق المتضرر في التعويض.¹

ولعل أول حكم كرس اختصاص القضاء الإداري بتقرير مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تحصل للأفراد بفعل موظفيها هو حكم مجلس الدولة الفرنسية في قضية "Rothschild" الصادر سنة 1855م، بعد ذلك أيدت محكمة التنازع عام 1873م، في حكم "Blanco"²، الذي قرر أن مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها للأفراد بفعل الأشخاص الذي تستخدمهم في المرفق العام لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي يقرها التقنين المدني لتنظيم الروابط بين الأفراد بعضهم بعض.³

تم تلاه صدور قرار محكمة التنازع في نفس العام في قضية "Pelletier"⁴، وقد فرق هذا القرار بين صورتين من الأخطاء التي قد تنسب لموظفي الإدارة وهي:

1- الخطأ الشخصي: وهو ذلك الخطأ الذي ينسب للمستخدم أو الموظف الذي يكون قد قام بأعمال لا تمت بمصلحة المرفق بأية صلة، ونتجت عنها أضرار للغير فيكون ملزما بجبر الضرر من ماله الخاص لكونه هو الفاعل.⁵

2- الخطأ المرفقي: وهو الخطأ الذي ينسب فيه الإهمال أو التقصير للمرفق العام ذاته، وتكون الإدارة هي الملزمة بالتعويض، وينعقد الإختصاص في هذه الحالة للقضاء الإداري، وهو الخطأ الذي يرتكبه الموظف أو المستخدم أثناء ممارسته الوظيفة ويقوم هذا الخطأ على أساس أن هذه المهام الوظيفية هي سبب ومصدر ارتكاب الخطأ وذلك إما بإهمال الخدمة أو التباطؤ في القيام بها أو عدم القيام بها، أو القيام بها بشكل معيب، فالأضرار الناجمة عن هذه الأخطاء الإدارية لا يسأل عنها الموظفون بل تسأل عنها الإدارة وحدها طبقا لمقتضى الفصل 79 من ق ل ع م.

غير أن هذه الأخطاء نفسها إذا كانت مشوبة بتدليس أو على درجة عالية من الخطورة فإنها ترقى إلى درجة الأخطاء الشخصية، ويتحمل المستخدم المسؤولية المدنية الشخصية عن هذه الأضرار تجاه المتضرر.

¹ محمد جودت ملط، المسؤولية التأديبية للموظف العام، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة كلية الحقوق، 1967، ص 51

² I.C.8.Févr.1873.Blanco.Rec.p 61.(G.A.G.A).I 5 Éd.Dalloz.Paris.2004.n^1.p.1

³ عمر التركاوي، م س، ص 144

⁴ I.C.30.Juin 1873.Pelletier.Rec.p 177(G.A.G.A).Op Cit.n^8.p8

أورده عمر التركاوي، م س، ص 145

⁵ عبد الله حداد، تطبيقات الدعوى الإدارية في القانون المغربي، طبعة 2002، ص 182

ولا تكون الدولة والبلديات مسؤولة عن هذه الأضرار إلا على سبيل الإحتياط وذلك في حالة إعسار المستخدمين أو الموظفين.¹

هذا وتبرر أهمية الموضوع من خلال المشاكل العملية التي أصبحت تطرحها الأخطاء الشخصية للموظفين المرتكبة أثناء ممارسة وظائفهم، وذلك بسبب تحمل الدولة أعباء إضافية تتعلق بالتعويضات الممنوحة للمتضررين تضمنها أحكام قضائية نهائية .

وبهذا الخصوص أكدت الحكومة أن الحجز على أموال الدولة من شأنه أن يهدد التوازنات المالية للإدارات العمومية، حيث تجاوز المبلغ العام للأحكام التي تم تنفيذها على الإدارة هو 10 مليار درهم أما قيمة الأحكام التي لم تؤدي بعد فقد ناهزت 30 مليار درهم ، ويأخذ الأمر أبعاد أكثر خطورة على المستوى الترابي حيث انتقل مجموع المبالغ المحكوم بها ضد الجماعات الترابية 385 مليون درهم سنة 2011 إلى 857 مليون درهم سنة 2016²، هذا ما دفع بالحكومة إلى تبني المادة التاسعة من قانون المالية رقم 70.19 لسنة 2020 التي أثارت جدلا واسعا في الساحة السياسية والحقوقية، والتي ابتغت الحكومة من ورائها عقلنة عملية تنفيذ الأحكام القضائية³ ضد أشخاص القانون العام، وذلك على حساب المتضررين من أخطاء الإدارة وموظفيها.

هذا وبما أن مختلف هذه الأحكام تكون ناتجة عن أخطاء تنسب للموظفين سواء كانت شخصية أو مرفقية، كان من الأهمية بما كان أن نقف عند حدود مسؤولية مستخدمي الدولة والبلديات، وما إذا كانت الحاجة ضرورية لإعادة رسم هذه الحدود من أجل تحقيق نوع من التوازن بين مصلحة الإدارة والموظف والمتضرر.

ومن هذا المنطلق حق لنا نتساءل عن مدى نجاح المشرع المغربي في ضبط أحكام المسؤولية المدنية لمستخدمي الدولة والبلديات من خلال مقتضيات الفصل 80 من ق ل ع م، بما يضمن نوع من الموازنة بين مصلحة الإدارة والموظف ؟ ومن أجل الإجابة على هذه الإشكالية ارتأيت تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين :

المبحث الأول : قيام المسؤولية المدنية لمستخدمي الدولة والبلديات.

المبحث الثاني : آثار قيام المسؤولية المدنية لمستخدمي الدولة والبلديات.

¹ الملاحظ من خلال الفصل 80 من ق ل ع م أن المشرع استعمل مصطلحي المستخدم والموظف وهما من حيث الدلالة أمر واحد، فالمقصود من وراء هذين المصطلحين هو ذلك الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو احد أشخاص القانون العام .

² Rapport annuel de la cour des comptes au titre des années 201 et 2017.Volume.1.p 212

³ لقد نصت هذه المادة في بندها الثاني على أنه " في حالة صدور حكم قضائي نهائي قابلا للتنفيذ يلزم الدولة أو جماعة ترابية أو مجموعاتها بأداء مبلغ معين يتعين الأمر بصرفه داخل أجل أقصاه تسعون سنة ..."

المبحث الأول: قيام المسؤولية المدنية لمستخدمي الدولة والبلديات :

إن المسؤولية المدنية لمستخدمي الدولة والبلديات هي مسؤولية عن الفعل الشخصي، لهذا يلزم لقيامها أن تتوفر الأركان الثلاثة والتي هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، وهي تعد ضرورية لقيامها وتمثل القاسم المشترك بين مختلف مظاهر المسؤولية المدنية عموماً (المطلب الأول)، بالإضافة إلى ضرورة تحقق أساس هذه المسؤولية طبقاً لمقتضى الفصل 80 من ق ل ع م (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أركان المسؤولية المدنية لمستخدمي الدولة والبلديات :

إن القواعد التي تحكم مسؤولية المستخدم في هذا الخصوص هي القواعد المدنية العامة وبالتالي فإن تحقق هذه المسؤولية يتطلب ضرورة حصول الخطأ من جانب المستخدم وأن يكون هذا الخطأ شخصياً، والضرر والعلاقة السببية بينهما، وذلك انطلاقاً من الفصلين 77 و78 من ق ل ع م.¹

أولاً- ركن الخطأ: الخطأ طبقاً لمقتضى الفصل 78 من ق ل ع م هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر، ومن أجل قيام الخطأ لابد من توفر ركنين، ركن مادي وهو انحراف السلوك ويعبر عنه بالتعدي، وركن معنوي هو إدراك الشخص للانحراف سلوكه، ويعبر عنه بالتمييز والإدراك وبالتالي لا يمكن تحقق خطأ المستخدم إلا بتحقيق هذين الركنين.

غير أنه وجبت الإشارة إلى أن الخطأ المرتكب من طرف المستخدم أو الموظف يأخذ صوراً مختلفة، فقد يكون خطأه مرفقياً، وقد يكون خطأ شخصياً عادياً أثناء ممارسة مهامه الوظيفية، وقد يكون هذا، الخطأ نفسه مشوباً بتدليس أو على درجة كبيرة من الجسامة، فأى صورة من هذه الصورة التي تتحقق معها مسؤوليته الشخصية؟

إن المعايير الفقهية للتمييز بين الخطأ الشخصي عموماً والخطأ المرفقي تتمثل في مايلي:

1- معيار درجة الخطأ: كلما كان الخطأ جسيماً أو مرتبطاً بالتدليس اعتبر شخصياً وكلما كان عادياً يعتبر مرفقياً.²

2- المعيار المرتبط بمزاولة الوظيفة: فكل خطأ ارتكبه الموظف خارج نطاق مزاولة وظيفته اعتبر خطأ شخصياً يوجب مسؤوليته الشخصية أمام المتضرر، وينعقد فيه الاختصاص إلى المحكمة الابتدائية، أما الخطأ المرفقي فيرتبط بكيفية ممارسة الموظف لمهامه الوظيفية، كلما كان أدائه لهذه الوظيفة معيياً قامت المسؤولية المرفقية للدولة والإدارات العمومية.

¹ ينص الفصل 77 من ق ل ع م على أنه "كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر".

وينص الفصل 78 من ق ل ع م على أنه "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط، ولكن بخطأه أيضاً، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر".

² وجبت الإشارة إلى أن القاضي الإداري من خلال تقديره للخطأ المرفقي فهو لا يحكم بالتعويض عن كل خطأ منسوب للدولة أو الإدارة، بل يلزم أن يتصف هذا الخطأ بدرجة من الجسامة، ناهيك عن التأثير بظروف ومكان المرفق وطبيعته وعلاقة المتضرر منه.

ومن هذا المنطلق فإن فيصل التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي بالبحث وراء نية الموظف ومدى جسامة الخطأ، حيث يعتبر الخطأ شخصيا يسأل عنه الموظف من ماله الخاص، إذا كان العمل الضار مصطبغا بطابع شخصي أو أن الموظف لم يعمل للصالح العام، أو كان مدفوعا بعوامل شخصية، أو كان خطأه جسيميا، أما إذا كان العمل الضار غير مصطبغ بطابع شخصي، وينم عن موظف معرض للخطأ والصواب في هذه الحالة يكون مرفقيا.¹

والمرجع المغربي من خلال الفصل 80 من ق ل ع م، فقد اعتبر أن الخطأ يكون شخصيا وتترتب عليه المسؤولية الشخصية فقط عندما يرتبط بدرجة مهمة من الخطورة أو عندما يكون مشوبا بالتدليس، أما غير ذلك من الأخطاء الشخصية التي ترتبط بممارسة الوظيفة تكون الدولة مسؤولة عنها طبقا للفصل 79 من ق ل ع م.

أما بالنسبة للخطأ الشخصي العادي وغير المرتبط بممارسة المهام الوظيفية فيتحمل فيه الموظف المسؤولية الشخصية دائما.

وبهذا يكون المشرع قد أقر مبدأ التنافي بين المسؤوليتين الإدارية والشخصية²، حيث أنا المسؤولية إما أن تكون إدارية من خلال الفصل 79 من ق ل ع م وإما أن تكون شخصية من خلال الفصل 80 من ق ل ع م.

ثانيا- ركنا الضرر والعلاقة السببية : إنه ومن أجل قيام المسؤولية المدنية لمستخدمي الدولة والبلديات لا يكفي حصول الخطأ الشخصي الموجب للمسؤولية وإنما لابد أن يترتب عن هذا الخطأ ضرر للمرتفقين مهما كانت طبيعة هذا الضرر ودرجات جسامته.

هذا وقد عرف المشرع الضرر في الفصل 98 من ق ل ع م بنصه على أنه " الضرر في الجرائم وأشباه الجرائم، هو الخسارة التي لحقت المدعي فعلا والمصرفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها كإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب اضراارا به وكذلك ما حرم من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل".

والضرر على نوعيه المادي أو المعنوي لا بد من أن يتوفر فيه مجموعة من الشروط للاعتداد به³، من طرف المحكمة والتي لها السلطة التقديرية المطلقة في تقدير التعويض.⁴

فضلا عن ذلك فإن قيام مسؤولية المستخدم تتطلب أن يكون هذا الضرر ناتجا مباشرة عن خطأ المستخدم الشخصي، وبهذا الخصوص فإن مسألة السببية تثار في البحث عن العلاقة المباشرة بين الأضرار التي تلحق الأفراد

¹ محمد جودت ملط، م س، ص 57

² الميلود بوطريكي، فشل النظام المالي الحالي للمسؤولية الإدارية عن الأخطاء الشخصية للموظفين العموميين، مقال منشور على مجلة مغرب القانون 11 مارس 2020، تاريخ الإطلاع 2020/04/10.

³ ينبغي أن يكون الضرر :- شخصيا - مباشرة

- مؤكدا - أن يمس بحق مشروع أو مصلحة مشروعة.

⁴ نصت الفقرة الثانية من الفصل 98 من ق ل ع م على أنه "يجب على المحكمة أن تقدر الأضرار بكيفية مختلفة حسبما تكون ناتجة عن خطأ المدين أو عن تدليسه".

وتصرفات الأشخاص الذين تستخدمهم الإدارة أو نشاط هذه الأخيرة¹، غير أنه وجبت الإشارة إلى أن القضاء العادي يأخذ بهذه العلاقة السببية بين الضرر والخطأ الشخصي على إطلاقها، لكن بالنسبة للقضاء الإداري فإنه يأخذ بضرورة أن يكون الضرر مباشراً وأن يكون مرتبطاً بنشاط الإدارة.

المطلب الثاني : أساس قيام مسؤولية مستخدمى الدولة والبلديات :

إذا كانت المسؤولية المدنية للمستخدم تنبني على الخطأ الواجب الإثبات سيرا على النهج الذي أخذ به المشرع في الفصل 85 مكرر، فإن أساس قيام هذه المسؤولية حصرها المشرع في ضابطين اثنين من خلال الفصل 80 من ق ل ع، وهما ضابط الخطأ الجسيم وضابط التدليس الحاصل من المستخدم، وخارج هذين المعيارين لا مجال للحديث عن المسؤولية الشخصية للمستخدم بالنسبة للأخطاء الشخصية المرتبطة بالوظيفة.

وبالنظر إلى أهمية معياري الخطأ الجسيم والتدليس في قيام هذه المسؤولية فلا بد من الوقوف عندهما بنوع من التفصيل.

أولاً- الخطأ الجسيم : لقد بدأت معالم مفهوم الخطأ الجسيم في الظهور مع التشريع الفرنسي حين ورد لفظ الخطأ غير المغتفر في التشريع الخاص بحوادث الشغل، حيث أعطى للعامل المصاب الحق في اقتضاء تعويضات إضافية تتجاوز التعويض الجزافي المنصوص عليه في القانون عن الإصابة، متى حصلت إصابة العامل بخطأ لا يغتفر من جانب رب العمل ، أما إذا حدثت الإصابة نتيجة خطأ لا يغتفر من العامل فإن شأن ذلك يؤدي إلى تخفيض التعويض الجزافي المقرر قانوناً²، ويندرج هذا النوع من الخطأ في النظام الأنجلوسكسوني ضمن فكرة الخطأ العمد، ويطلق عليه مصطلح سوء السلوك الإداري³.

هذا وقد عرف القضاء الفرنسي الخطأ الجسيم بأنه "الفعل أو الترك الإداري الذي يكيف على أنه كان يجب أن يجامر الفاعل الخطر فيه وذلك مع انعدام أية أعذار أو دوافع تبرره"⁴.

والخطأ الجسيم قانوناً هو خطأ غير عمدي لتخلف قصد الإضرار بالغير فيه غير أن درجة جسامته وفداحة الضرر الناتج عنه دفع المشرع إلى تشبيهه بالخطأ المرتبط بالتدليس مع بعض الجوانب، وإن كان هذا التشبيه ينبغي أن لا يؤثر في طبيعته من حيث اعتباره خطأ غير عمدي.

¹ حميش صافية، الضرر القابل للتعويض في المسؤولية الإدارية، رسالة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية 2012/2011، ص 2

² فاروق أحمد زاهر، تحديد مسؤولية الناقل الجوي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 1985، ص 507، 508.

³ بن صغير مراد، الخطأ في ظل قواعد المسؤولية المدنية "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2011، ص 97

⁴ Cass.civ.22/02/1932.1p 25.cité.paris.R.Jaillet.le faute inexcusable en matière d'accident du travail et de maladie professionnel, thèse.paris.1980.p

كما أن الخطأ الجسيم يعتبر أيضا ذلك الخطأ الذي لا يصدر من أقل الناس تبصرا، ولا يتصور وقوعه إلا من مستهتر أو متهور¹، وبهذا يكون وصف الخطأ الجسيم بذلك الخطأ الذي يدل على عدم أهلية مرتكبه للقيام بالمهام المنوطة به.

وتطبيقا لذلك يمكن القول أن المستخدم إذا قام بعمل يدخل في مهامه وكان راجحا في اعتقاده وقوع ضرر للمرتفق ورغم ذلك أقدم على العمل كان خطؤه جسيما طالما أنه لم يقصد الإضرار بالمرتفق، وذلك حتى ولم يكن الضرر جسيما، على اعتبار أن جسامته الخطأ لا تقاس بجسامته الضرر، فقد يرتكب المستخدم خطأ جسيما ولا يترتب عليه إلا ضررا يسيرا والعكس صحيح.

ومن صور الخطأ الجسيم المرتكب من طرف المستخدم، امتناعه عن تنفيذ الأحكام القضائية²، لما يتضمنه من مخالفة للقانون وما يؤدي إليه من ضرر فادح للغير.

وبهذا الخصوص ذهبت المحكمة الابتدائية بطنجة إلى اعتبار رفض المحافظ تنفيذ أمر استعجالي قضى برفع الرهن المقيد بالرسم العقاري في إطار ملف تنفيذي مصحوب بشهادة عدم التعرض والاستئناف، خطأ شخصي يوجب تحميل المحافظ المسؤولية الشخصية وأداء مبلغ التعويض من ذمته الخاصة³، وقد أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم⁴.

وفي نفس التوجه أيضا فقد اعتبر الأمر الاستعجالي الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالدار البيضاء⁵، أن امتناع الموظف عن تنفيذ حكم قضائي دون مبرر مشروع موجبا لتحمل المسؤولية الشخصية.

وانطلاقا من ذلك فإن الخطأ الجسيم المرتكب من طرف مستخدمي الدولة والبلديات يرتب مسؤولية تقصيرية في جانبهم، مما يلزمهم معه أداء التعويض من مالهم الخاص لجبر الضرر، ولا تعتبر الدولة سوى ضامن احتياطي لهذا التعويض.

ثانيا- التدليس: التدليس هو استعمال خديعة توقع الشخص في غلط يدفعه إلى التعاقد⁶، وقد اعتبر المشرع التدليس سبب يتحقق من خلاله الخطأ الشخصي للمستخدم وتقوم على أساسه المسؤولية الشخصية.

غير أن التدليس هو غالبا ما يرتبط بعلاقة تعاقدية، في حين أن علاقة المستخدم بالمتضرر (المرتفق) هي في غالب الأحيان علاقة غير تعاقدية، وبالتالي فإن التدليس المرتكب من طرف المستخدم يعد غشا، والغش هو الخديعة التي

¹ بن صغير مراد، م س، ص 98

² صالح لمزوي، المسؤولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ، مقال منشور على منصة، adala.justice.gov.ma ص2.

³ حكم المحكمة الابتدائية بطنجة رقم 2780، بتاريخ 02/07/2006 في الملف المدني عدد 13/5/3682، أورده صالح لمزوي، م س، ص 3.

⁴ قرار محكمة الإستئناف بطنجة، قرار رقم 188 بتاريخ 13/02/2008 ملف رقم 1066/06/4. أورده صالح لمزوي، م س، ص 3.

⁵ حكم استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، بتاريخ 26/03/2008 ملف عدد 84/1/2008، حكم رقم 105، منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 115، يوليو-غشت، 2008.

⁶ مأمون الكزبري، نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، بيروت 1972، ص 98.

تقع خارج نطاق التعاقد، والخديعة لا يمكن اعتبارها تدليسا بل إنما تشكل غشا وقع خارج حقل التعاقد¹، أو بمناسبة تنفيذ العقد.

وبهذا كان على المشرع أن يستعمل مصطلح الغش عوض التدليس لأن علاقة المستخدم بالمضرر (المرتفق) تنبني على أساس حصول هذا الأخير على خدمات عامة من الإدارة بدون مقابل، وبالتالي فإن التدليس المرتكب من طرف الموظف لا يمكن اعتباره تدليسا بالمفهوم المتعارف عليه في المعاملات المدنية.

والتدليس أو الغش هو على خلاف الخطأ الجسيم بالنظر إلى كونه ناتج عن سوء نية الموظف، أي يعمد الموظف إلى اتخاذ بعض الوسائل الاحتيالية من أجل تحقيق غاية شخصية أو وسائل تضليلية لإخفاء الحقيقة والتي من شأنها أن تلحق أضرار بالمرتفق، وقد يستعمل أيضا بعض أساليب التزوير والمراوغة من أجل الإثراء على حساب الغير مما يترتب عنه بالإضافة إلى المسؤولية المدنية إمكانية مساءلته جنائيا أيضا.

ومن التطبيقات القضائية لذلك، فقد أصدرت المحكمة الابتدائية بسطات حكم بالإدانة موظف من أجل التزوير، بالحبس سنة ونصف وتعويض لفائدة الطاعنة قدره 10000 درهم²، وتتخلص وقائع هذا الحكم في أن تلميذة تقدمت لاجتياز امتحان الباكلوريا شعبة العلوم التجريبية المزدوجة في دورة 2002 بإحدى ثانويات مدينة سطات، وعند الإعلان عن نتائج الإمتحان فوجئت بعدم إدراج إسمها من بين الناجحين، وبعد ذلك تم إثبات أن الأمر كان ناتجا عن تزوير الموظف، وقد أيدت المحكمة الإدارية بالسطات الحكم المشار إليه، وقضت بموجبه بإلغاء قرار رسوب الطاعنة في الإمتحان، وبأداء الدولة المغربية لفوائدها تعويضا قدره 200.000 درهم³، بعدما سبق للطاعنة أن استفادت من تعويض كمطالب بالحق المدني أمام القضاء الجزري تجاه مرتكب التزوير.

المبحث الثاني : آثار قيام المسؤولية المدنية لمستخدمي الدولة والبلديات :

ان تحقق الخطأ الشخصي للمستخدم وتوفر باقي شروط المسؤولية المتمثلة في الضرر والعلاقة السببية كما أسلفنا الذكر يترتب عليه نشوء حق المضرر في إقامة دعوى التعويض ضد هذا المستخدم أمام القضاء العادي، وفي حالة إعسار هذا الأخير يكون من حقه اللجوء إلى القضاء الإداري في دعوى الرجوع ضد الدولة (المطلب الأول)، وبذلك أيضا يترتب نشوء التزام على عاتق المسؤول بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر (المطلب الثاني).

المطلب الأول : نشوء الحق في إقامة دعوى المسؤولية :

انطلاقا من الفصل 80 من ق ل ع فإن المضرر له الحق في إقامة دعويين، دعوى أولى وهي دعوى التعويض ضد المستخدم بصفة شخصية أمام القضاء العادي وهي دعوى أصلية (أولا)، ثم دعوى الرجوع ضد الإدارة وهي دعوى احتياطية أمام القضاء الإداري (ثانيا).

¹ مأمون الكزبري، م س، ص 99

² حكم المحكمة الابتدائية بسطات، صادر بتاريخ 08/200304، أورده الميلود بوطريكي، م س.

³ حكم عدد 1003 في الملف رقم 03/560، ش.ت. منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، في العدد 29 سنة 2004، ص 217

أولاً- دعوى التعويض :

إن دعوى التعويض¹ المرفوعة ضد مستخدمى الدولة والبلديات تخضع لنفس شروط وأحكام الدعوى بصفة عامة، ولكن بالرغم من ذلك فلا ضير من الوقوف عند هذه الأحكام بنوع من التفصيل في النقاط التالية:

● الاختصاص : فكما هو معلوم أنه إذا نتج عن سير المرفق ضرر لإحدى الأفراد ترتب على ذلك حق شخصي للمضرور في تعويض عن الأضرار التي أصابته في شخصه وماله، غير أن المسؤول عن هذه الأضرار إما أن يكون المرفق العام على أساس الخطأ المرفقي، ويمكن أن يكون الموظف على أساس الخطأ الشخصي.

1-الاختصاص النوعي : إنه وفي حالة ارتكاب الموظف أعمال التدليس أو كان الخطأ المرتكب جسيماً فإن الأمر يستوجب على المتضرر رفع دعوى التعويض أمام المحاكم العادية² ضد الموظف المرتكب للخطأ الشخصي³، على اعتبار أن المشرع قد أوضح وبشكل لا يدع مجالاً للشك التمييز بين الحالة التي نكون فيها أمام الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، فكلما تعلق الأمر بخطأ جسيم أو مشوب بتدليس فإنه لا مجال للحديث عن الخطأ المرفقي ولا يمكن للدولة أن تتحمل المسؤولية عنه إلا في حالة ثبوت إعسار الموظف بعد صدور الحكم في حقه.

ومن ثم فإن الموظف العام لا يسأل أمام القضاء المدني إلا إذا كان الخطأ لا يتصل بالمرفق.⁴

وبهذا فإن الجمع بين المسؤولية الشخصية للموظف والمسؤولية الإدارية للمرفق العام هو أمر محظور بموجب الفصل 80 من ق ل ع م، ولا يمكن مطالبة الدولة والبلديات إلا في حالة إعسار الموظف.

وعليه فإن دعوى التعويض التي يمكن رفعها على الإدارة للحصول على التعويض هي من قبيل الدعاوى الاحتياطية التي لا يمكن قبولها إلا بعد أن توجه الدعوى ضد الموظف ويثبت إعساره بتقديم محضر عدم وجود مايجز، كما ينبغي الإشارة إلى أن حلول الدولة محل الموظف في أداء التعويض هو حل مؤقت إذ يمكن للإدارة أن ترجع على الموظف لإسترجاع ما دفعته من تعويض عن خطئه الشخصي.⁵

وبهذا الخصوص وحسب اعتقادي فإن الإدارة (الدولة و البلديات) وبما أنها الضامن الاحتياطي للمستخدم في أداء التعويض عند ثبوت إعساره، أليس من الأولى إدخالها في دعوى التعويض أمام القضاء العادي⁶، وذلك من باب

¹ يقصد بدعوى التعويض تلك الدعوى التي يرفعها المتضرر إلى القضاء طالبا فيها تعويضه عما أصابه من ضرر نتيجة تصرف من تصرفات الإدارة سواء كان هذا التصرف قانونيا أو ماديا.

² لابد من الإشارة إلى أن المحكمة الابتدائية هي صاحبة الولاية العامة طبقا لمقتضى المادة 18 من ق م م.

³ الميلود بوطريكي، م س

⁴ حميش صافية، م س. ص 13

⁵ ميشال روسي، المنازعات الإدارية بالمغرب، ترجمة محمد هيري والخلالي أمزيد، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2002، ص 175

⁶ لقد نصت المادة 103 من ق م م على أنه "إذا طلب أحد أطراف إدخال شخص في الدعوى بصفته ضامنا أو لأى سبب آخر استدعي ذلك الشخص طبقا لشروط المحددة في الفصول 37، 38 و 39..."

سرعة البت في النزاعات وتخفيف الإجراءات والمساطر، إذ تكون الإدارة حينئذ مسؤولة بمجرد ثبوت العسر، دون حاجة للجوء من جديد إلى القضاء الإداري من طرف المتضرر.

غير أن الملاحظ على المستوى العملي قلة دعاوى المسؤولية الشخصية للموظف، وذلك راجع بالأساس إلى كون المتضرر غالباً ما يلجأ إلى القضاء الإداري مباشرة بسبب صعوبة التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي من طرفه، إلا في الحالات المحددة كما هو الشأن بالنسبة للإمتناع الموظف عن التنفيذ.¹

2- الاختصاص المحلي: ينعقد الاختصاص المحلي في دعوى المسؤولية المدنية ضد مستخدمي الدولة والبلديات طبقاً لمقتضى الفصل 28 من ق م م إلى محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المسبب للضرر أو أمام محكمة موطن المدعى عليه بإختيار المدعى.

هذا وفي حالة ثبوت إفسار الموظف بعد صدور الحكم ضده فإن الإختصاص القضائي ينعقد حينئذ للمحكمة الإدارية التي وقع في دائرتها نفودها الفعل المسبب للضرر أو أمام محكمة موطن المدعى عليه بإختيار المدعى²، من أجل ممارسة دعوى الرجوع على الإدارة.

● الإثبات: ان الخطأ المرتكب من طرف المستخدم في إطار الفصل 80 من ق ل ع م هو خطأ شخصي يدخل ضمن حالات المسؤولية عن الفعل الشخصي، وبهذا فإنه يسري عليه مايسري على المسؤولية الشخصية من أحكام خصوصاً ما يتعلق بالإثبات، إذ أن المشرع نجده قد أسس هذه المسؤولية عن الخطأ الواجب الإثبات من طرف المدعي (المتضرر)، كما أن المستخدم (المدعى عليه) بإمكانه أن يدفع المسؤولية عنه بإثبات انتفاء الخطأ من جانبه، أو انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

● التقادم: الملاحظ أن المشرع من خلال مقتضيات الفصل 80 من ق ل ع م لم يحدد مدة التقادم سواء بالنسبة للدعوى الأصلية تجاه المستخدم أو بالنسبة للدعوى الإحتياطية تجاه الدولة والبلديات، على عكس التوجه الذي أخذ به في الفصل 85 من ق ل ع م حيث حدد مدة تقادم دعوى المسؤولية المدنية تجاه الدولة في ثلاث سنوات من تاريخ حصول الفعل الضار.

هذا وبما أن دعوى المسؤولية المدنية ضد المستخدم هي دعوى شخصية تقوم على أساس الخطأ الشخصي فإنها تسقط طبقاً لمقتضى المادة 106 من ق ل ع م بمضي خمس سنوات كأصل عام تبدأ من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر الضرر ومن المسؤول عنه، وهذا ما أكدت عليه محكمة الإستئناف بالدار البيضاء في قرارها عدد 1503، حيث جاء في حيثياتها " يتدئ أمد التقادم الخمسي المنصوص عليه في الفصل 106 من ق.ل.ع من تاريخ العلم بالضرر والمسؤول عنه"³، و تتقادم في جميع الأحوال في حالة عدم العلم بمضي عشرين سنة تبتدئ من وقت حدوث الضرر.

¹ صالح لمزوي م س ، ص 4

² نصت المادة 10 من قانون 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية " تطبق أمام المحاكم الإدارية قواعد الاختصاص المحلي المنصوص عليها في الفصل 27 وما يليه إلى الفصل 30 من قانون المطرة المدنية..."

³ قرار محكمة الإستئناف بالدار البيضاء عدد 1503، الصادر بتاريخ 11 يونيو 1986، ملف مدني عدد 84/1837، منشور في الموقع الإلكتروني، www.mahkamaty.com، تاريخ الإطلاع 2020/04/20.

هذا ووجبت الإشارة إلى أن العلم بالضرر والمسؤول عنه مسألة واقعية تختلف باختلاف ظروف كل نازلة يتعين على قضاة الموضوع بحثها دون التقيد في ذلك بتاريخ الحكم القاضي بالمسؤولية.

ثانيا- دعوى الرجوع :

إن الإدارة وهي تباشر وظائفها تستعين بأشخاص طبيعيين مما جعل الأحكام التي تطبق في ما يتعلق بمسؤولية الدولة هي الأحكام الخاصة بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه.¹

ومن هذا المنطلق فإن الملاحظ من الفصلين 79 و 80 من ق ل ع أن الإدارة بصفة عامة هي التي تتحمل عبء أخطاء موظفيها المرتبطة بالمرفق العام، وهذا الأمر على إطلاقه فيه تهديد لخزينة الدولة وتنمية الشعور بعدم المسؤولية لدى هؤلاء الموظفين، هذا ما دفع المشرع إلى إقرار حق الإدارة في الرجوع على موظفيها عند تحمل التعويض على الأضرار الناتجة عن أخطائهم الجسيمة أو المشوبة بالتدليس والمرتبطة بممارسة وظائفهم.

فدعوى الرجوع تضع حدا للإفلات من العقاب فهي المقابل الضروري للتعويض الذي تمنحه الإدارة للضحية رغم أنه لم ينسب لها أي خطأ، وهي دعوى تخضع لمنطق أساسي مرتبط بفكرة العدالة التي تقضي أن المسبب الحقيقي للضرر هو الذي يجب أن يتحمل المسؤولية²

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن الإدارة لا تتحمل بمفردها المسؤولية إلا في حالة الخطأ المصلحي، أما إذا كان هناك تعدد في الأخطاء يكون من حقها أن ترجع على الموظف بما يقابل نصيبه من الخطأ الشخصي.

هذا ووجبت الإشارة إلى أنه قد يحصل أن يرفع المتضرر على الموظف دعوى أمام القضاء العادي الذي يقرر خطأه الشخصي رغم أن الخطأ المرفقي، فيحكم عليه بدفع مبلغ التعويض كاملا، فيجد الموظف نفسه يتحمل نتائج الخطأ المرفقي لوحده³، ففي هذه الحالة وبالرغم من سكوت المشرع عن هذه المسألة يكون من حق الموظف مباشرة دعوى الرجوع ضد الإدارة أمام القضاء الإداري.

غير أن رجوع الإدارة على الموظف لا يكون إلا من خلال قرار إداري، ويكون هذا الأخير قابلا للطعن فيه من طرف الموظف أمام القضاء الإداري⁴. فالدولة قلما تقيم دعوى الرجوع التي وضعها المشرع رهن إشارتها لأجل إسترداد المبالغ التي تكون قد أدتها لضحية الخطأ الشخصي للموظف مما يظل معه انعدام مسؤولية الأعوان العموميين هو السائد تقريبا في واقع الأمر⁵

¹ حميش صافية، م. س. ص 9

² Roques @ .a l'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité ".AJDA.1991.p 75

³ حميش صافية، م. س. ص 104

⁴ أنظر عبد الحق الصافي م. س. ص 103

⁵ الميلود بوطريكي، م. س.

ويرجع ذلك إلى ثقل التقاليد والإنشغال بالدفاع عن سمعة المرفق، لذلك فإن ضعف اللجوء إلى دعوى الرجوع في الممارسة يؤدي إلى إفلات الموظف من العقاب.¹

المطلب الثاني : نشوء الحق في التعويض :

يعتبر التعويض المدني وسيلة القضاء لجبر الأضرار بصفة عامة، ومنها الأضرار الناجمة عن الأخطاء الشخصية للمستخدمي الدولة والبلديات، حيث يمكن التعويض من نحو أثر تلك الأضرار أو التخفيف من حدتها، ولذلك فإن التعويض يدور مع الضرر وجودا وعدما دون زيادة أو نقصان.

هذا وقد أقر المشرع التعويض في الفصل 77 من ق ل ع بنصه على أنه " كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر... "، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر مما طلبه الضحية وإلا خالف قاعدة الحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم و يعرض قراره للنقض والإلغاء²، ويأخذ التعويض صورتان :

- **تعويض عيني** : وهو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر أو وقوع الفعل الضار، ويزيل الضرر الناشئ عنه ويعد أفضل طريقة للتعويض³، ويعتبر التعويض العيني ملزم للقاضي وينبغي الحكم به متى طلبه الدائن وكان ممكنا وغير مرهقا للمدين.

- **تعويض بمقابل** : ويكون التعويض إما بمقابل نقدي، وذلك بأداء مبلغا معين للمضروور دفعة واحدة أو بالتقسيم أو إيرادا مرتبا لمدى الحياة، أو مقابل غير نقدي كأن تحكم المحكمة في دعاوى السب والقذف بنشر الحكم الصادر بإدانة المسؤول في الجرائد.⁴

هذا ووجبت الإشارة إلى أن التعويض العيني في مسؤولية مستخدمي الدولة والبلديات قد لا يكون ممكنا في غالب الأحيان، كأن يترتب على الخطأ الجسيم ضياع فرصة للمتضرر فلا يمكن إرجاع الحال إلى حاله بعد فوات الأوان، لهذا فلا مفر من الرجوع إلى التعويض بمقابل.

وبالنسبة لتاريخ تقييم التعويض، فإن القاعدة العامة هي الأخذ بتاريخ الفصل في القضية، وهذا يرجع لمبدأ التعويض الكامل الذي يفرض أن يغطي قيمة الضرر كاملا وقت نشوء الحق في التعويض وهو تاريخ الفصل في دعوى التعويض وعليه يكون الحكم القاضي بالتعويض ذو طابع كاشف وليس منشأ فهو يعترف بحق موجود سابقا ولا ينشئه.⁵

¹ الميلود بوطريكي، م س.

² ينص الفصل 3 من ق م م على أنه " يتعين على المحكمة أن تبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ لها أن تغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات وتبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة..."

³ عبد العي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة، القاهرة، ص 358

⁴ لتعمق أكثر أنظر عبد الحق الصافي، م س، ص 135

⁵ حميش صافية، م س، ص 98

كما أن المشرع من خلال الفصل 80 من ق ل ع منع ازدواجية الحصول على التعويض حيث منع مطالبة الدولة بالتعويض إلا في حالة ثبوت إعسار الموظف، وإذا توفي المستخدم انتقل الإلتزام بالتعويض إلى تركته طبقا لمقتضى الفصل 105 من ق ل ع¹، وإذا تعدد المستخدمين المسؤولين عن الخطأ الشخصي، فإنهم يلزمون بأداء التعويض على سبيل التضامن في ما بينهم.²

خاتمة :

لقد حاولت من خلال هذا الموضوع رسم حدود مسؤولية مستخدمي الدولة والبلديات من خلال إبراز شروط قيامها وأثار تحققها، وذلك بغية تحديد جوانب التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، والنتائج المترتبة عليها سواء بالنسبة للجهة القضائية المختصة للفصل في دعاوى التعويض، أو من حيث الآثار المترتبة عليها.

فإذا كان لهذه التفرقة أهمية في حسن سير وظيفة المرفق العام، إذ أن الموظف يدرك وهو يباشر مهامه الوظيفية بعدم مسؤوليته عن الأخطاء المرفقية ويخلق جوا من الطمأنينة والاستقرار النفسي لديه، فإن هذا الأمر أصبح اليوم يرهق كاهل مالية الدولة بسبب التعويضات الناتجة عن أخطاء موظفيها الشخصية المرتبطة بممارسة المهام.

هذا ما دفع الدولة إلى محاولة استئصال هذا الإشكال وذلك على حساب المتضرر بمنعه من تنفيذ الأحكام القضائية على أموال وممتلكات الدولة كما أسلفت الذكر، وبالرغم من أن هذه المحاولة كان الهدف من ورائها هو عقلنة عملية تنفيذ الأحكام القضائية، إلا أنها كانت جد مجحفة في حق المتضررين.

وبهذا الخصوص فإنه ومن أجل تحقيق نوع من الموازنة بين حقوق المتضرر ومصلحة الإدارة، فإنه لا بد من إعادة رسم حدود المسؤولية الشخصية للموظف، وذلك بالتوسيع من دائرة الأخطاء الشخصية التي يمكن أن يسأل عنها الموظفون العامون، مع الاحتفاظ بإمكانية ممارسة دعوى الإحتياط تجاه الإدارة وذلك من باب ربط المسؤولية بالمحاسبة، وزيادة نسبة الحيطه والحذر لدى المستخدم والتي من شأنها أن تقلص من هامش الخطأ، وبالتالي تجنب الدولة والإدارات العمومية مبالغ مالية مهمة، وكذا الاحتفاظ بحق المتضرر في الحصول على التعويض عند وقوع الخطأ، أو العمل على تفعيل المسؤولية التأديبية تجاه الموظفين مع الاحتفاظ بنفس الوضعية في تحمل المسؤولية حسب مقتضيات الفصلين 79 و 80 من ق ل ع م.

❖ لائحة المراجع :

- زاهر عثمان زينب، المسؤولية القانونية للموظف العام، مقال منشور بمجلة جامعة البحث، المجلد 38، العدد 2016-6، ص 139
- عبد الحق الصافي، الوجيز في القانون المدني، الجزء الثاني، طبعة 2015، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 13
- محمد جودت ملط، المسؤولية التأديبية للموظف العام، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة كلية الحقوق، 1967، ص 51

¹ ينص الفصل 105 من ق ل ع م على أنه " في الجريمة وشبه الجريمة، تكون التركة ملزمة بنفس التزامات الموروث".

² أنظر الفصلين 99 و 100 من ق ل ع م.

- عبد الله حداد، تطبيقات الدعوى الإدارية في القانون المغربي، طبعة 2002
- مليكة الصروخ، القانون الإداري "دراسة مقارنة"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة السابعة 2010
- الميلود بوطريكي، فشل النظام المالي الحالي للمسؤولية الإدارية عن الأخطاء الشخصية للموظفين العموميين، مقال منشور على مجلة مغرب القانون، تاريخ النشر 11 مارس 2020
- حميش صافية، الضرر القابل للتعويض في المسؤولية الإدارية، رسالة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية 2011/2012 .
- فاروق أحمد زاهر، تحديد مسؤولية الناقل الجوي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 1985.
- بن صغير مراد، الخطأ في ظل قواعد المسؤولية المدنية "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2011 .
- صالح لمزوعي، المسؤولية الشخصية للموظف المتمتع عن التنفيذ، مقال منشور على منصة، adala.justice.gov.ma
- المجلة المحاكم المغربية العدد 115، يوليو-غشت، 2008.
- مأمون الكزبري، نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، بيروت 1972.
- المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، في العدد 29 سنة 2004.
- ميشال روسي، المنازعات الإدارية بالمغرب، ترجمة محمد هيري والخلالي أمزيد، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2002.
- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة، القاهرة.
- Rapport annuel de la cour des comptes au titre des années 201 et 2017.Volume.1.p 212 .
- R.Jaillet.le faute inexcusable en matière d'accident du travail et de maladie professionnel, thèse.paris.1980.
- www.mahkamaty.com.
- Roques ® .a l'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité ".AJDA.1991.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.be.ma

المملكة المغربية

ردمد : 0615-2336