

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الخامس والتسعون : لشهر شتنبر 2020

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 95 لشهر شتنبر 2020 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكدك.....04

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. جرائم الامتناع المتعلقة بالحضانة والنفقة وما في معناهما - (دراسة في التشريعين المغربي والمصري وتطبيقاتهما

القضائية) : الدكتور عبد المجيد الكتاني ، أستاذ باحث بكلية الشريعة بفاس - المملكة المغربية.....07

3. التكييف في المواد الجنائية ودوره في تحقيق العدالة الجنائية : الدكتور أحمد أسامه حسنية ، كلية الحقوق ، جامعة

ظفار - سلطنة عمان.....27

4. رقابة القضاء الوطني على الأثر المباشر للاتفاقيات الدولية : الأستاذ سفيان عبدلي ، جامعة محمد خيضر، بسكرة

الجمهورية الجزائرية.....50

5. وثيقة الوصف في قانون براءة الاختراع - دراسة مقارنة : الدكتورة مصدق خيرة ، أستاذة محاضرة - أ - جامعة

معسكر - الجمهورية الجزائرية.....70

6. عقد المشاركة في البنوك التشاركية - قراءة في الأسس والأبعاد : سعيد شيببي ، باحث بسلك الدكتوراه ، كلية

العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس - المملكة المغربية.....85

7. ضمانات حماية الأم العاملة في التشريع الاجتماعي - دراسة مقارنة بين مدونة الشغل المغربية وقانون العمل

الفلسطيني : نضال غيث ، طالب باحث بسلك الدكتوراه ، كلية الحقوق أكادال جامعة محمد الخامس بالرباط

المملكة المغربية.....102

8. الإلزام بالتصرف لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي : أنيس بن عبد الله بن أحمد ، باحث بصف الدكتوراه بالمعهد

العالي لأصول الدين جامعة الزيتونة - الجمهورية التونسية.....118

✓ تقارير جامعية :

9. تقرير عن مناقشة أطروحة دكتوراه في القانون الخاص بكلية الحقوق بطنجة (المغرب) ، في موضوع : دور النيابة العامة في مجال الأعمال - حماية النظام العام الاقتصادي ، من إعداد الطالب الباحث أنس الشتيوي.....145

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد الخامس والتسعين لشهر شتنبر 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 الخامس والتسعين لشهر شتنبر 2020 من مجلة الفقه والقانون الكولية ، وقد شمل العدد البحوث والدراسات والأبحاث العامة من عدة هيئات وجامعات وكليات ومراكز ومعاهد بحث عربية عريقة ونخص بالذكر :

- كلية الحقوق جامعة خضار سلطنة عمان.
- المعهد العالي لأصول الدين جامعة الزيتونة - الجمهورية التونسية.
- جامعة محمد خيضر، بسكرة الجمهورية الجزائرية.
- جامعة معسكر - الجمهورية الجزائرية.
- كلية الحقوق ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس- المملكة المغربية.
- كلية الحقوق أكاد ، جامعة محمد الخامس بالرباط - المملكة المغربية.
- كلية الحقوق بصنجة ، جامعة عبد المالك السعدي - المملكة المغربية.
- كلية الشريعة بفاس ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله - المملكة المغربية.

فشكرا لجميع الباحثين بالعالم الذين أكرمونا بتوجيهاتهم و بحوثهم ودراساتهم الأكاديمية القيمة الرصينة، وساهموا في مزيد من التقارب والتواصل والتفاعل بين الباحثين في العلوم الشرعية والقانونية .

ومن بين المواضيع القيمة التي ناقشها العلماء الجديك ما يلي :

- جرائم الامتناع المتعلقة بالعضانة والنفقة وما في معناهما - *دراسة في التشريعين المغربي والمصري وتصيقاتهما القضائية*.
- التكييف في الموالم الجنائية ودورها في تحقيق العدالة الجنائية.
- رقابة القضاء الوصفي على الأثر المباشر للاتفاقيات الدولية .
- وثيقة الوصف في قانون براءة الاختراع- دراسة مقارنة.
- عقد المشاركة في البنوك التشاركية قراءة في الأسس والأبعاد .
- ضمانات حماية الأم العاملة في التشريع الاجتماعي- دراسة مقارنة بين مكونة الشغل المغربية وقانون العمل الفلسفيني.
- الإلزام بالتصرف لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي .
- دور النيابة العامة في مجال الأعمال- حماية النظم العام الاقتصالي.

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

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.be.ma

دراسات وأبحاث بالعربية : ✓

جرائم الامتناع المتعلقة بالحضانة والنفقة وما في معناهما (دراسة في التشريعين المغربي والمصري وتطبيقاتهما القضائية)



إعداد الدكتور عبد المجيد الكتاني

أستاذ باحث بكلية الشريعة - فاس

مقدمة :

بسط المشرع المغربي حمايته القانونية على أحكام الأسرة حتى تستمر هذه المؤسسة في تأدية رسالتها النبيلة وتضطلع بمسؤولياتها داخل المجتمع، وقد التزمت الدولة دستوريا في الآونة الأخيرة بهذه الحماية بموجب الفصل 32 من دستور المغرب لسنة 2011 حيث جاء في الفقرة الثانية ما نصه : " تعمل الدولة على ضمان الحماية الحقوقية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة ، بمقتضى القانون، بما يضمن وحدتها واستقرارها والحفاظة عليها".

وبما أن الأطفال هم من أهم عناصر الأسرة وباعتبارهم الطرف الضعيف فيها الذي يتأثر سلبا أو إيجابا تبعاً للوقائع والأحداث التي تعرفها الأسرة فقد التزمت الدولة دستوريا أيضا بالسعي لتوفير هذه الحماية لهم حيث نصت الفقرة الثالثة من الفصل 32 من الدستور على أن : " تسعى الدولة لتوفير الحماية القانونية، والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال ، بكيفية متساوية، بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية".

ومن مداخل الحماية القانونية للأسرة حماية مقتضيات وأحكام مدونة الأسرة المتعلقة بحماية الأسرة بمختلف مكوناتها والتي تهدف إلى ترسيخ قواعد قوية للأسرة المغربية مبنية على العدل والإنصاف، هذا بشكل عام وبشكل خاص حماية مقتضيات وأحكام النفقة والحضانة، ومن مستلزمات هذه الحماية أن يدافع التشريع الجنائي- بشقيه الموضوعي

والمسطري- عن الحقوق أو المصالح المحمية بقواعد جنائية موضوعية ومسطرية كل الأفعال غير المشروعة أو الامتناعات التي تؤدي إلى النيل منها، عن طريق ما يقرره لها من جزاءات.

وإذا كانت مدونة الأسرة قد نظمت أحكام النفقة وأحكام الحضانة فماذا أعدت المنظومة الجنائية لحماية مقتضيات هذه الأحكام؟ وما هي الجزاءات التي رتبها في حالة مخالفة مقتضياتها؟ فما المقصود بهذه الجرائم؟ وكيف تعامل معها التشريع الجنائي والاجتهاد القضائي؟ ذلك ما يجب عنه هذا المقال من خلال الحديث عن جرائم الامتناع المتعلقة بالنفقة والحضانة في التشريع الجنائي المغربي والمصري (مبحث أول) والمساطر والاختصاص والتطبيقات القضائية لمحكمة النقض المغربية والمصرية (مبحث ثان).

المبحث الأول: جرائم الامتناع المتعلقة بالحضانة والنفقة في التشريع الجنائي المغربي والمصري:

جاء في الفصل 110 من القانون الجنائي المغربي في تعريفه للجريمة ما نصه: "الجريمة هي عمل أو امتناع مخالف للقانون الجنائي ومعاقب عليه بمقتضاه".

وبناء عليه فإنه كما تقوم الجريمة بالعمل تقوم أيضا بالامتناع بحيث إذا جرم المشرع ذلك العمل (الفعل) أو الامتناع (الترك) فإن ذلك يشكل جريمة وبعبارة أخرى، فالجريمة إذا قامت على عمل (أي فعل إيجابي) مجرم قانونا تعتبر جريمة إيجابية، وإذا قامت على امتناع (أي ترك) مجرم بالقانون تعتبر جريمة سلبية، فالامتناع الذي يجرمه القانون هو المتمثل في التقاعس عن القيام بسلوك إيجابي يفرض القانون القيام به¹، من قبيل الامسك عمدا عن تقديم مساعدة لشخص في خطر (الفصل 431 ق ج) أو عدم التبليغ (الفصل 7-448 والفصل 8-218 والفصل 9-218) على سبيل المثال.

وتجدر الإشارة إلى أن كثيرا من الجرائم ترتكب بأفعال إيجابية والقليل منها يرتكب بطريقة سلبية على اعتبار أن المشرع ينهى أكثر مما يأمر²،

ومن جرائم الامتناع التي تمس بنظام الأسرة على مستوى الحضانة والنفقة، الامتناع عن تقديم طفل إلى من له الحق في المطالبة به والامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها حيث تعتبر هاتان الجريمتان من الجرائم السلبية أي منطائفة الجرائم التي تقع بالامتناع (Les infraction D'omission Au D'inaction)

ونتناول في هذا المبحث بالدرس والتحليل جريمة الامتناع عن تقديم طفل إلى من له الحق في المطالبة به (مطلب أول) وجريمة الامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها (مطلب ثان).

¹ - الدكتور محمد عوض، قانون العقوبات، طبعة 1987م، ص: 59 والدكتور محمود نجيب، شرح قانون العقوبات اللبناني، بيروت 1968م، ص: 265.

² - الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات (المصري)، طبعة 1983م، ص: 280 والدكتور رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، طبعة دار الفكر لسنة 1979، ص: 206.

المطلب الأول : جريمة الامتناع عن تقديم طفل إلى من له الحق في المطالبة به :

يتمحور الحديث في هذا المطلب حول النصوص القانونية المؤطرة لهذه الجريمة (أولا) وأركان الجريمة (ثانيا) والعقوبة المترتبة عن هذه الجريمة (ثالثا).

أولا : النصوص القانونية المؤطرة لهذه الجريمة :

الحديث في هذه النقطة عن النصوص القانونية المغربية (أ) والنصوص القانونية المصرية (ب) :

أ- النصوص القانونية المغربية :

ينص الفصل 476 من القانون الجنائي على أن "من كان مكلفا برعاية طفل، وامتنع من تقديمه إلى شخص له الحق في المطالبة به، يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة".

كما ينص الفصل 477 من القانون الجنائي على أنه "إذا صدر حكم قضائي بالحضانة وكان نهائيا أو نافذا بصفة مؤقتة، فإن الأب أو الأم أو أي شخص يمتنع عن تقديم القاصر إلى من له الحق في المطالبة بذلك، وكذلك إذا اختطفه أو غرر به، ولو دون تدليس أو عنف أو حمل غيره على التفرير به أو اختطفه ممن عهد إليه بحضانهه أو من المكان الذي وضعه فيه، فإنه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من مائتين إلى ألف درهم. وإن كان مرتكب الجريمة قد حرم من الولاية الأبوية على القاصر، فإن الحبس يمكن أن يصل إلى ثلاث سنوات".

ب- النصوص القانونية المصرية :

تنص المادة 284 من قانون العقوبات المصري على أنه "يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه مصري كل من كان متكفلا بطفل وطلب منه من له الحق في طلبه ولم يسلمه إليه"

وتنص المادة 292 من التشريع المصري على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه مصري أي الوالدين أو الجددين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق في طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانهه أو حفظه وكذلك أي الوالدين أو الجددين حفظه بنفسه أو بواسطة غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانهه أو حفظه ولو كان ذلك بغير تحايل أو إكراه".

ثانيا : أركان الجريمة : نتعرض هنا في نقطتين للركنين المادي والمعنوي لجريمة الفصل 476 من القانون الجنائي المغربي والمادة 284 من قانون العقوبات المصري وجريمة الفصل 477 من القانون الجنائي المغربي والمادة 292 قانون العقوبات المصري :

1- الركن المادي لجريمة الفصل (476 ق ج) و(المادة 284 ق ع) وجريمة الفصل (477 ق ج) و(المادة 292 ق ع).

نتناول في هذه النقطة الركن المادي لجريمة الفصل (476 ق ج) و(المادة 284 ق ع) (أ) والركن المادي لجريمة الفصل (477 ق ج) و(المادة 292 ق ع) (ب) :

أ- الركن المادي في جريمة الفصل (476 ق ج) و(المادة 284 ق ع) :

تعتبر هذه الجريمة من الجرائم المستمرة استمرارا متتابعا أو متجددا¹، وبناء على ذلك فمحاكمة الجاني لا تكون إلا عن الأفعال أو الحالة الجنائية السابقة على رفع الدعوى، أما فيما يتعلق بالمستقبل فتجدد إرادة الجاني في استمرار الحالة الجنائية يكون جريمة جديدة يصح معاقبته من أجلها مرة أخرى، ولا يجوز له التمسك عند المحاكمة الثانية بسبق الحكم عليه، والفرق بين الفصل (476 ق ج) و(المادة 284 ق ع) من جهة والفصل (477 ق ج) و(المادة 292 ق ع) من جهة أخرى، هو أن الفصل 476 والمادة 284 يعاقبان كقاعدة عامة على عدم تقديم طفل، لكنهما لا يشملان الحالة التي تكون فيها وضعية الطفل قد سويت بقرار قضائي، فهذه الحالة واردة في الفصل 477 والمادة 292، فالفصل (476 ق ج) و(المادة 284 ق ع) يقصدان من كُلف فعليا برعاية الطفل، ولا يقصدان والديه الذين أعطاهما القانون حق الحضانة². فالفصل (476 ق ج) و(المادة 284 ق ع) يراد بهما معاقبة من عهد إليه بطفل كمرضع أو معلم وامتنع عن رده إلى أهله، وقد كان على المشرع المغربي والمصري أن ينصا خصيصا على هذا الفعل؛ لأنه لا يُكون جريمة أخرى³، فهو لا يعد إخفاء⁴؛ لأن الطفل يمكن أن يحتفظ بنسبه، ولا خطفا⁵؛ لأن الطفل قد سُلم إلى من يرفض رده⁶.

ويتمثل الفعل (السلي) المادي لجريمة الفصل (476 ق ج) و(المادة 284 ق ع) في عدم تقديم طفل⁷، ومن العناصر المكونة للركن المادي لهذه الجريمة هو توفر الجاني على صفة المكلف برعاية الطفل، وأن يكون قد طلب الطفل من له

¹- للتمييز بين الجريمة الوقتية والجريمة المستمرة يجب الرجوع إلى الفعل الذي يعاقب عليه القانون. فإذا كانت الجريمة تتم وتنتهي بمجرد ارتكاب الفعل كانت وقتية، أما إذا استمرت الحالة الجنائية فترة من الزمن فتكون الجريمة مستمرة طوال هذه الفترة، والعبرة في الاستمرار هنا هي بتدخل إرادة الجاني في الفعل المعاقب عليه تدخلا متتابعا متجددا. (الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام 1931 للأستاذين حسن الفاكهاني وعبد المنعم حسن المحامي لدى محكمة النقض، الإصدار الجنائي، الجزء الرابع، الصفحة 519).

²- أدولف ريبولط وزينب الطالبي، القانون الجنائي في شروح، المملكة المغربية وزارة العدل المعهد الوطني للدراسات القضائية، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، طبعة 1990، ص: 599.

³- وهذا ما ذهب إليه عبد الملك الجندي في الموسوعة الجنائية لجندي عبد الملك، دار المؤلفات القانونية بيروت لبنان، ج: 3، ص: 262 بخصوص المادة المقابلة للفصل (476 ق ج).

⁴- عالج المشرع الجنائي الجرائم التي تحول دون التعرف على هوية الطفل في الفصول من (468 إلى 470).

⁵- عالج المشرع قضايا خطف القاصرين في الفصول من: 471 إلى 478 من القانون الجنائي، وقد تعرض قانون العقوبات المصري لجرائم اختطاف الأطفال والبنات في المواد: 288 و289 و290، وميز بين الاختطاف الذي يتم بالتحايل والإكراه وبين الاختطاف الذي يتم بلا إكراه ولا تحايل.

⁶- جندي عبد الملك، المرجع السابق، ج: 3، ص: 261.

⁷- وكلمة طفل يقصد بها القاصر أي كان جنسه ذكرا أو أنثى.

الحق في طلبه¹، وتجدر الإشارة إلى أن عدم تقديم الطفل يمكن أن يكون مجرد امتناع عن ذلك كما يمكن أن يبلغ حد إخفاء الطفل.

وقد تمت مناقشة ما إذا كان الفصل (476 ق ج) و(المادة 284 ق ع) يتناولان الأب أو الأم إذا ما امتنع أي منهما عن تسليم ولده إلى من حكم له بحضانته، واستقر الرأي في فرنسا على أن النصوص المتعلقة بالخطف في القانون الجنائي لا تتناول الآباء والأمهات؛ إذ هم بما فطروا عليه من العطف والحنان نحو أولادهم لا يمكن أن تمتد إليهم نصوص وضعت في الواقع حماية لسלטتهم ومحافظتها على أولادهم وهم صغار في حجورهم، فاضطر المشرع الفرنسي في سنة 1901 إلى إضافة فقرة إلى المادة 357 من القانون الجنائي الفرنسي تقضي بمعاينة أي الوالدين يمتنع عن تسليم طفله أو يخطفه بعد صدور حكم بحضانته². ولعل هذا ما حدا ببعض شراح القانون الجنائي المغربي إلى القول بأن القانون يقصد في الفصل 476 من كلف فعلياً برعاية الطفل، ولا يقصد والديه الذين أعطاهما القانون حق الحضانة³.

وبما أن المشرع الجنائي المغربي نقل عن نظيره الفرنسي، شأنه في ذلك شأن المشرع المصري، فإنه كان ينبغي عليه في الفصل (477 ق ج) أن يلتزم بصياغة النص الفرنسي -أسوة بنظيره المصري-، فينص على الوالدين الأب أو الأم⁴، لا أن يطلق العبارة فيقول: "أشخاص"؛ لأنه بهذه العبارة يصبح الفصل 477 منطبقاً على "أي شخص": الأبوين أو الجددين أو على أقرباء من ذوي القرابة البعيدة أو العصبية أو حتى أشخاص أجنب، ولهذا نحا بعض شراح القانون الجنائي المغربي إلى أن صياغة هذا النص تقصد بالخصوص "الأبوالأم"؛ لأنهما هما اللذان في الغالب يكونان طرفين في قضايا حضانة الأطفال التي تقام بعد الطلاق⁵.

ب- الركن المادي في جريمة الفصل (477 ق ج) و(المادة 292 ق ع) :

الركن المادي في هذه الجريمة هو عدم تقديم طفل أو اختطافه أو التغيرير به. ويشترط لقيام الركن المادي لهذه الجريمة صدور حكم قضائي بالحضانة نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت، كما يشترط أيضاً توفر صفة المطالب بالطفل، ولتطبيق هذا الفصل وهذه المادة فإنه يشترط أن يثبت أن المتهم امتنع عن تقديم الطفل بعد طلبه منه، فإذا لم يثبت هذا الامتناع فلا عقاب، وبمعنى آخر: يقتضي توافر عناصر جريمة الامتناع عن تقديم القاصر وجود مطالبة صريحة بالطفل ورفضاً تاماً لتقديمه، كما أنه إذا كانت الحضانة محل منازعة قضائية ولم يصدر بشأنها أي حكم فلا جريمة جنائية، وتجدر

¹ صفة الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة بالطفل يحددها قانون أحوالهم الشخصية. يمكن الرجوع بهذا الشأن إلى المادة 171 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه "تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم للأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب أكثر أهلية، مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة".

² -جندي عبد الملك، المرجع السابق، ج:3، ص:262

³ - أدولف ريبولط وزينب الطالبي، المرجع السابق، ص:599.

⁴ - فقد نصت المادة 292 من قانون العقوبات المصري على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه مصري أي الوالدين أو الجددين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق في طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه..."

⁵ - أدولف ريبولط وزينب الطالبي، المرجع السابق، ص:600.

الإشارة أيضا إلى أن نص الفصل 477 والمادة 292 لا ينطبقان في حالة الامتناع عن تسليم الطفل لرؤيته أو زيارته تنفيذًا لحكم زيارة أو رؤية، فهو قاصر على عدم تقديم الطفل لحضانته لمن له الحق فيها.

2- الركن المعنوي في جريمة الفصل (476 ق ج) و(المادة 284 ق ع) وجريمة الفصل (477 ق ج) و(المادة 292 ق ع).

نتناول في هذه النقطة الركن المعنوي لجريمة الفصل (476 ق ج) و(المادة 284 ق ع) (أ) والركن المعنوي لجريمة الفصل (477 ق ج) و(المادة 292 ق ع) (ب) :

أ- الركن المعنوي في جريمة الفصل (476 ق ج) و(المادة 284 ق ع) :

الركن المعنوي في جريمة الفصل (476 ق ج) و(المادة 284 ق ع) هو النية الجرمية أي القصد الجنائي وهي قيام كل من كان متكفلا بطفل بالامتناع عن تقديمه إلى من له الحق في طلبه.

ب- الركن المعنوي في جريمة الفصل (477 ق ج) و(المادة 292 ق ع) :

الركن المعنوي في جريمة الفصل (477 ق ج) و(المادة 292 ق ع) هو النية الجرمية أي القصد الجنائي وهو امتناع الأب أو الأم أو أي شخص عن تقديم القاصر إلى من له الحق في حضانته بناء على حكم من جهة القضاء... إلى آخر ما نص عليه الفصل 477 من القانون الجنائي والمادة 292 من قانون العقوبات المصري.

ثالثا : العقوبة :

العقوبة على ارتكاب الجريمة المنصوص عليها في الفصل (476 ق ج) هي الحبس من شهر إلى سنة أما في المادة 284 فهي الحبس أو الغرامة التي لا تزيد على خمسمائة جنيه مصري.

أما العقوبة على ارتكاب الجريمة المنصوص عليها في الفصل (477 ق ج) فهي الحبس من شهر إلى سنة وغرامة من مائتين إلى ألف درهم. وإن كان مرتكب الجريمة قد حرم من الولاية الأبوية على القاصر، فإن الحبس يمكن أن يصل إلى ثلاث سنوات، أما العقوبة في المادة 292 من قانون العقوبات المصري فهي الحبس لمدة لا تتجاوز سنة والغرامة التي لا تزيد على خمسمائة جنيه

المطلب الثاني : جريمة الامتناع عن دفع النفقة (وما في معناها) المحكوم بها :

يتم الحديث في هذا المطلب عن النصوص القانونية المؤطرة لهذه الجريمة (أولا) وأركان الجريمة (ثانيا) والعقوبة المترتبة عن هذه الجريمة (ثالثا).

أولا : النصوص القانونية :

نقصد بذلك النص القانوني المغربي (أ) والنص القانوني المصري (ب) :

أ) النص القانوني المغربي :

ينص الفصل: 480 من القانون الجنائي على أنه "يعاقب بنفس العقوبة (أي من شهر إلى سنة وبالغرامة من مائتين إلى ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط...)1 من صدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت بدفعه نفقة إلى زوجه أو أحد أصوله أو فروعه وأمسك عمدا عن دفعها في موعدها المحدد. وفي حالة العود يكون الحكم بعقوبة الحبس حتميا. والنفقة التي يحددها القاضي تكون واجبة الأداء في محل المستحق لها ما لم ينص الحكم على خلاف ذلك"2.

ب) النص القانوني المصري :

تنص المادة 293 من قانون العقوبات المصري على أن "كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة زوجه أو أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصري أو بإحدى هاتين العقوبتين، ولا ترفع الدعوى عليه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن، وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة. وفي جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجمد في ذمته أو قدم كفيلا يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة".

ثانيا : أركان جريمة الفصل (480 ق ج) والمادة (293 ق ع) :

نتناول هنا تباعا الركن المادي والمعنوي لجريمة (الفصل 480 ق ج) و(المادة 293 ق ع) :

1- الركن المادي لجريمة الفصل (480 ق ج) والمادة (293 ق ع) :

الحديث هنا عن الركن المادي لجريمة الفصل 480 (أ) والركن المادي لجريمة المادة 293 (ب)

أ- الركن المادي لجريمة الفصل (480 ق ج) :

الركن المادي في هذه الجريمة هو امتناع من صدر عليه حكم قضائي نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت عن دفع النفقة المحكوم بها - أي أمسك عمدا عن الدفع مع قدرته عليه - لزوجه أو لأحد أصوله أو فروعه في الموعد المحدد بعد إعداره.

¹ - الفصل 480 يحيل على الفصل (479 ق ج) الذي ينص على أنه "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من مائتين إلى ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط: 1. الأب أو الأم إذا ما ترك أحدهما بيت الزوجية دون موجب قاهر لمدة تزيد على شهرين وتملص من كل أو بعض واجباته المعنوية والمادية الناشئة عن الولاية الأبوية أو الوصاية أو الحضانة. ولا ينقطع أجل الشهرين إلا بالرجوع إلى بيت الأسرة رجوعا يتم عن إرادة استئناف الحياة العائلية بصورة نهائية. 2. الزوج الذي يترك عمدا، لأكثر من شهرين ودون موجب قاهر، زوجته وهو يعلم أنها حامل".

2- تنص المادة 202 من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، سالف الذكر، على أنه: "كل توقف ممن تجب عليه نفقة الأولاد عن الأداء لمدة أقصاها شهر دون عذر مقبول، تطبق عليه أحكام إهمال الأسرة".

ب- الركن المادي لجريمة المادة (293 ق ع) :

الركن المادي في الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة هو امتناع من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ عن دفع نفقة زوجه أو أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانه أو رضاعة أو مسكن- مع قدرته على الدفع- مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع.

ولكي يتحقق الركن المادي في هذه الجريمة، فإنه يجب أن يوجد مقرر قضائي (حكم أو قرار أو أمر) وقد جرى تبليغه إلى المعني بالأمر¹ ولا يكفي للمتابعة وجود دين بالنفقة ناتج عن التزام أيا كان نوعه، سواء كان عقدا أو وصية أو اعترافا.

فالامتناع عن دفع النفقة لا يعتبر جريمة قبل صدور الحكم الذي يقرر النفقة، كما لا يوصف الامتناع عن دفع النفقة جريمة قبل اعدار أو إخطار أو تنبيه المحكوم بها عليه وانقضاء المهلة التي حددها القانون.

• تنبيه :

- اقتصر المشرع المغربي في الفصل 480 على حماية النفقة بينما امتدت الحماية في المادة 293 من التشريع المصري بالإضافة إلى النفقة إلى أجرة الحضانه أو الرضاعة أو المسكن.

- اقتصر المشرع المغربي في الفصل 480 على الزوجه والأصول والفروع بينما شملت المادة 293 من التشريع المصري الزوجه والأقارب والأصهار.

- لم يحدد المشرع المغربي درجة الأصول والفروع² كما لم يحدد المشرع المصري درجة الأقارب.

- نص الفصل 480 يطبق حتى ولو كان الفرع المستفيد من الحكم بالغاً سن الرشد³.

- التوقف عن دفع النفقة دون عذر مقبول لمدة شهر في التشريع المغربي يشكل جريمة إهمال أسرة، حيث تنص المادة 202 من مدونة الأسرة على أن : "كل توقف ممن تجب عليه نفقة الأولاد عن الأداء لمدة أقصاها شهر دون عذر مقبول، تطبق عليه أحكام إهمال الأسرة".

¹-المقرر القضائي يمكن أن يصدر عن محكمة مدنية أو حتى عن محكمة جنائية خاصة في حالة سقوط الولاية الأبوية والحكم على الأب الذي أسقطت عنه الولاية بأداء نفقة. كما يمكن للمقرر القضائي أن يكون صادرا عن محكمة أجنبية، وفي هذه الحالة يجب أن تكون قد أعطيت له الصيغة التنفيذية.

²-تنص المادة 197 من مدونة الأسرة على أن "النفقة على الأقارب تجب على الأولاد للوالدين وعلى الأبوين لأولادهما طبقا لأحكام هذه المدونة". وقد قال الإمام مالك أنه لا نفقة إلا على الأب للولد والولد للأب، ولا نفقة على الجد لولد الولد ولا على ولد الابن للجد. وقال الإمام الشافعي: تجب على الوالدين والمولودين.

³-تنص المادة 198 من مدونة الأسرة على أنه "تستمر نفقة الأب على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد، أو إتمام الخامسة والعشرين بالنسبة لمن يتابع دراسته، وفي كل الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب أو بوجود نفقتها على زوجها. ويستمر إنفاق الأب على أولاده المصابين بإعاقة والعاجزين عن الكسب"

2- الركن المعنوي لجريمة الفصل (480 ق ج) والمادة (293 ق ع) :

الحدث هنا عن الركن المعنوي لجريمة الفصل 480 (أ) والركن المعنوي لجريمة المادة 293 (ب) :

أ- الركن المعنوي لجريمة الفصل (480 ق ج) :

الركن المعنوي لجريمة الفصل (480 ق ج) هو امتناع الصادر ضده حكم بالنفقة عن دفع مقدار النفقة في موعدها المحدد بعد إعداره بالدفع في ظرف ثلاثينيوما وإمساكه عمدا مع قدرته على الدفع¹، فجريمة الامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها تعتبر جنحة عمدية ولا يتصور ارتكابها عن طريق الخطأ².

والمتابعة يجب أن يسبقها إعدار المدين بالنفقة، ويتم هذا الإعدار في شكل استجواب يقوم به أحد ضباط الشرطة القضائية وذلك بناء على طلب من النيابة العامة، وإذا كان المدين هاربا أو ليس له محل معروف، فإن ضابط الشرطة القضائية يسجل ذلك ويستغني عن الاستجواب كما ينص على ذلك الفصل (481 ق ج).

ويتوافر القصد الجنائي في هذه الجريمة إذا أعذر المدين بالحكم الصادر ضده بدفع النفقة لمستحقها ومع هذا لم يمثل وانصرفت إرادته إلى التملص من ذلك وهو قادر على الدفع وأمسك عمدا واختيارا وطوعا عن الدفع، وإذا انتفت القدرة انتفت النية الجرمية، وانظر هل القدرة على الدفع مفترضة تأسيسا على أن كل مدين قادر من حيث المبدأ على الوفاء بدينه، ومن ثم فإن عبء إثبات عدم قدرته يقع عليه أم أن القواعد العامة تقتضي أن براءة المتهم هي الأصل، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته، ومن ثم يقع عبء الإثبات على سلطة الاتهام الممثلة في النيابة العامة³.

ب- الركن المعنوي لجريمة المادة (293 ق ع) :

الركن المعنوي لجريمة المادة (293 ق ع) هو امتناع الصادر ضده حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة زوجه أو أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع.

ثالثا : العقوبة :

حسب مقتضيات الفصل 480 من القانون الجنائي المغربي، فإن عقوبة الممتنع عن دفع النفقة هي الحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من مائتين إلى ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وفي حالة العود يكون الحكم بعقوبة

¹-بمعنى أدق هو انصراف إرادة ونية المحكوم عليه بالنفقة إلى التملص من الحكم وعدم الانصياع له، فالقصد الجنائي لا يكون متوافرا إلا إذا كان الامتناع عن الأداء اختياريا.

²- الدكتور موسى مسعود، "جريمة الامتناع عن أداء النفقة الزوجية في القانون الجنائي الليبي والمقارن"، ص: 265، بحث منشور على الأنترنت.

³- انظر مزيدا من التفصيل في جريمة الامتناع عن أداء النفقة الزوجية في القانون الجنائي الليبي والمقارن، د.موسى مسعود، مرجع سابق، ص: 246.

الحبس حتميا، وحسب المادة 293 من قانون العقوبات المصري فإن عقوب الممتنع عن دفع النفقة أو أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن هي الحبس لمدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصري أو بإحدى هاتين العقوبتين، ... وإذا رفعت على الممتنع بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة.

فالملاحظ هو أن كلا من المشرع المغربي والمصري منح قاضي الموضوع سلطة تقديرية واسعة متمثلة في إمكانية الحكم بالحبس مضافا إليه الغرامة، أو الاكتفاء بأي منهما، ولم يجعل الحبس إلزاميا إلا في حالة العود، أما بعض التشريعات فجعلت الحبس إلزاميا سواء كان هناك عود أو لم يكن كالتشريع الجنائي الليبي¹.

أما القانون الفرنسي الجديد الصادر في 22 يوليوز سنة 1992 في المادة 3/227 فقد جمع بين الحبس والغرامة على سبيل اللزوم ولم يترك لقاضي الموضوع مجال للخيار بينهما كما صنع المشرع المغربي والمصري، كما جعل للغرامة حدا واحدا ولم يترك للقاضي أي سلطة تقديرية في ذلك²، وهذا يتنافى مع مبادئ علم العقاب والسياسة الجنائية الحديثة³.

المبحث الثاني: المساطر والاختصاص والتطبيقات القضائية لجرائم الامتناع المتعلقة بالحضانة والنفقة:

نعالج في هذا المبحث المساطر والاختصاص في جرائم الامتناع المتعلقة بالحضانة والنفقة (مطلب أول) ثم نستعرض بعض التطبيقات القضائية التي كرسها كل من المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) ومحكمة النقض المصرية بشأن هذه الجرائم (مطلب ثان):

المطلب الأول: المساطر والاختصاص في جرائم الامتناع المتعلقة بالحضانة والنفقة:

نتعرض في هذا المطلب إلى المساطر المتبعة في جرائم الامتناع المتعلقة بالحضانة والنفقة (أولا)، ثم إلى المحاكم التي لها الاختصاص للنظر في هذه الجرائم (ثانيا).

أولا: المساطر المتبعة في جرائم الامتناع المتعلقة بالحضانة والنفقة:

فيما يخص المساطر فإنه يجب تقديم شكوى في جرائم الامتناع المتعلقة بالحضانة والنفقة والأمر هنا يتعلق بجريمتي الامتناع عن تقديم الطفل (أ) وعن دفع النفقة المحكوم بها (ب):

أ - يجب تقديم شكوى ممن له الحق في المطالبة في جريمة الامتناع عن تقديم الطفل:

تكون الشكوى في هذه الحالة ممن له الحق في المطالبة بالطفل وتسري عليها جميع الأحكام الخاصة بالشكوى. فمن ضمن العناصر التكوينية لجريمة الفصلين (476 ق ج) و (477 ق ج) مغربي والمادتين (284 ق ع) و (492 ق ع)

¹ الدكتور موسى مسعود، "جريمة الامتناع عن أداء النفقة الزوجية في القانون الجنائي الليبي والمقارن"، مرجع سابق، ص: 250

² يضاف إلى ذلك أن مقدار الغرامة مرتفع مقارنة بالقانون القديم في الفصل 2/357 حيث كان يتراوح مقدار الغرامة بين حدين

³ لمزيد من التفصيل ينظر الدكتور موسى مسعود، "جريمة الامتناع عن أداء النفقة الزوجية في القانون الجنائي الليبي والمقارن"، مرجع سابق، ص: 251

مصري هي: صفة الشخص الذي يطالب بالطفل؛ ذلك أن الفصل (476 ق ج) نص بالحرف على أن "من كان مكلفا برعاية طفل، وامتنع من تقديمه إلى شخص له الحق في المطالبة به، بالحبس من شهر إلى سنة" وفي نفس السياق تنص المادة 284 من قانون العقوبات المصري على أنه "يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه مصري كل من كان متكفلا بطفل وطلب منه من له الحق في طلبه ولم يسلمه إليه". كما أن الفصل (477 ق ج) نص بالحرف على أنه "إذا صدر حكم قضائي بالحضانة وكان نهائيا أو نافذا بصفة مؤقتة، فإن الأب أو الأم أو أي شخص يمتنع عن تقديم القاصر إلى من له الحق في المطالبة بذلك...".

وفي نفس الإطار تنص المادة 292 من قانون العقوبات المصري على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه مصري أي الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق في طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه وكذلك أي الوالدين أو الجدين حفظه بنفسه أو بواسطة غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانته أو حفظه ولو كان ذلك بغير تحايل أو إكراه".

بمعنى أن جريمة الفصل (476 ق ج) والمادة (284 ق ع) وجريمة الفصل (477 ق ج) والمادة (292 ق ع) لكي تقوما يجب أن يكون هناك شخص يطلب من جهة وشخص يمتنع عن تقديمه من الجهة الأخرى. ولعل السبب في تحويل من له الحق في المطالبة بالطفل سلطة الاتهام، هو الحفاظ على علاقة القربى والمصاهرة بين أقارب الطفل؛ ذلك أن هذا الموضوع يمس دائما سمعة العائلة ويؤثر نفسيا على الطفل.

ب- يجب تقديم شكوى صاحب الشأن في جريمة الامتناع المتعلقة بالنفقة المحكوم بها :

قبل التطرق إلى هذه القضية لا بد من الإشارة إلى أن دعاوى النفقة وقضاياها تشغل حيزا كبيرا من الملفات المعروضة على أنظار المحاكم المغربية، وتتوزع هذه القضايا بين طلبات استحقاق النفقة أو الزيادة فيها أو طلبات المراجعة أو إيقاف النفقة، وقد كانت هذه الملفات تثير الكثير من الإشكالات وتستغرق وقتا طويلا للبت فيها، الأمر الذي جعل المشرع في مدونة الأسرة يتدخل بالعديد من المواد لمعالجة ما تثيره هذه الملفات من إشكالات :

ففيما يخص السرعة في البت نصت الفقرة الثانية من المادة 190 على أنه "يتعين البت في القضايا المتعلقة بالنفقة في أجل أقصاه شهر واحد".

وفيما يخص إشكالية تنفيذ الأحكام الصادرة بالنفقة، نصت المادة: 191 على أن المحكمة تحدد وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة، وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه، أو اقتطاع النفقة من منبع الربح أو الأجر الذي يتقاضاه، وتقرر عند الاقتضاء الضمانات الكفيلة باستمرار أداء النفقة، كما قررت بأن الحكم الصادر بتقدير النفقة، يبقى ساري المفعول إلى أن يصدر حكم آخر يحل محله، أو يسقط حق المحكوم له في النفقة.

وفيما يتعلق بطلبات مراجعة الأحكام الصادر بالنفقة نصت المادة 192 على أنه لا يقبل طلب الزيادة في النفقة المتفق عليها، أو المقررة قضائيا أو التخفيض منها، قبل مضي سنة، إلا في ظروف استثنائية.

وفيما يهيم النزاع الذي يثار بشأن تقدير النفقة فقد نصت المادة 190 على أن المحكمة تعتمد في تقدير النفقة على تصريحات الطرفين وحججهما، مع مراعاة أحكام المادتين 85 و189 كما أن للمحكمة أن تستعين بالخبراء في تقدير النفقة.

وهذه المقتضيات التي جاءت بها مدونة الأسرة أسهمت في ضمان تنفيذ كثير من المدينين بالنفقة المحكوم بها للالتزاماتهم، وخففت الضغط عن المحاكم الجنائية¹، ومع ذلك فما زالت محاكم الأسرة لا تتوفر على الآليات والإمكانات لتجبر كل المدينين المحكوم عليهم بالنفقة على تنفيذ الأحكام، فليس كل المغاربة يتوفرون على أجور قارة أو ريع قار، مما تبقى معه إمكانية الامتناع عن تنفيذ الحكم الصادر بالنفقة واردا وواقعا لا مناص منه، وبما أن المتضرر من هذه الجريمة هو المدين بالنفقة، فإن المشرع لم يتركه تحت رحمة المحكوم عليه بالنفقة يستجديه تنفيذ الحكم الصادر عليه، وإنما أصبغ على النفقة حمايته الجنائية، حيث سن مكنة متابعة الممتنع عن تنفيذ الحكم بالنفقة أمام المحاكم الجنائية؛ لكن لا يخفى على لبيب أن فتح الباب على مصراعيه للمتابعة في هذه الجريمة قد يخلف آثارا وخيمة على وحدة واستقرار الأسرة، ومراعاة لهذه الحساسية وخصوصية هذه الجريمة، فإن المشرع الجنائي من أجل المتابعة يشترط تقديم شكاية فحسب القانون الجنائي المغربي فإن الشكاية تقدم من الشخص المهمل أو المستحق للنفقة أو نائبه الشرعي، غير أنها ترفع مباشرة من طرف النيابة العامة عندما يكون النائب الشرعي المذكور هو المقترف للجريمة كما ينص على ذلك الفصل:481 من القانون الجنائي كما تم تغييره وتتميمه ، بمقتضى المادة 2 من القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء.

أما المشرع الجنائي المصري فقد قصر تقديم الشكاية على صاحب الشأن وفي ذلك تنص المادة 293 من قانون العقوبات المصري على أنه : "لا ترفع الدعوى عليه (أي على الممتنع) إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن"، وقد أحسن كل من المشرع الجنائي المغربي والمصري صنعا؛ فالدعاوى التي تقوم بين أفراد الأسرة تثير كثيرا من الحساسيات، قد يكون لها تأثير سلبي على مختلف أفرادها ولا سيما الأطفال القاصرين، فإن المشرع الجنائي كان على حيطة وحذر فيما يخص تدخله فيما يجري بين أفراد الأسرة، وذلك مراعاة لخصوصيات هذه الخلية، فاشترط لإقامة هذه الدعاوى أن يكون مبنيا على شكوى من الشخص المستحق للنفقة أو نائبه الشرعي مع الإدلاء بالسند الذي يعتمد

¹ - فقد قضت إحدى المحاكم استجابة لطلب المدعية باقتطاع مبلغ النفقة والحضانة وواجب السكنى من الأجر الذي يتقاضاه المدعى عليه وتحويله للمدعية إلى حين سقوط الفرض شرعا أو تعديلها. ومن الحيثيات التي جاءت في هذا الحكم ما يلي:

"وحيث إن مقتضيات المادة 191 من مدونة الأسرة خولت للمحكمة صلاحية تحديد وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة وتكاليف السكن من الأجر الذي يتقاضاه المدعى عليه...

وحيث إن الصلاحية المخولة للمحكمة طبقا للمادة 191 من مدونة الأسرة لم تقيد بشروط مما يكون معه دفع المدعي بكونه يحول لها المبالغ المستحقة بصفة منتظمة غير مرتكز على أساس يتعين رفضه". (حكم المحكمة الابتدائية بطانطان. حكم رقم 257 بتاريخ 28-9-2004 ملف شخصي رقم 168/2004 منشور بمجلة قضاء الأسرة التي تصدرها وزارة العدل المغربية، العدد الأول يوليوز 2005، ص: 95.

² - القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.19 بتاريخ 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018): الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018): ص 1449.

عليه¹، غير أنها ترفع مباشرة من طرف النيابة العامة، عندما يكون النائب الشرعي هو المقترف للجريمة (الفصل 1-481 ق ج 2).

كما أوجب المشرع الجنائي المغربي والمصري لتحريك مسطرة المتابعة، أن يسبق هذا التحريك إعدار للمدين، ففي التشريع المغربي قبل المتابعة لابد من إعدار المدين بالنفقة بأن يقوم بما عليه في ظرف ثلاثين يوما، ويتم هذا الإعدار في شكل استجواب يقوم به أحد ضباط الشرطة القضائية، وذلك بناء على طلب من النيابة العامة³. وإذا كان المدين هاربا أو ليس له محل معروف، فإن ضباط الشرطة القضائية يسجل ذلك ويستغني عن الاستجواب، حسب مقتضيات الفصل : (481 ق ج) ونص الغرض منه: "يجب أن يسبق المتابعة، إعدار المحكوم عليه بالنفقة بأن يقوم بما عليه في ظرف ثلاثين يوما..."

وحسب التشريع المصري قبل المتابعة لابد من التنبيه على الممتنع وفي ذلك تنص المادة 293 من قانون العقوبات المصري على أن "كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة زوجته أو أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع..."

وتجدر الإشارة إلى أن الدعوى الجنائية المترتبة عن جريمة الامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها تنقضي⁴ بإحدى طريقتين: التنازل عن الشكاية والدفع المتأخر لتجمد للنفقة وما في حكمه.

1- التنازل عن الشكاية :

وهذا الاتجاه تبناه المشرع الجنائي المغربي حيث إن التنازل عن الشكاية يضع حدا للمتابعة ولآثار المقرر القضائي حسب الفصل (1-481) الذي ينص على أنه: "في الحالات المنصوص عليها في الفصول 479 و480 و1-480 من هذا القانون، فإن تنازل المشتكي عن الشكاية يضع حدا للمتابعة ولآثار المقرر القضائي المكتسب لقوة الشيء المقضي به في حالة صدوره"، فالدعوى الجنائية هنا تنقضي بالتنازل عن الشكاية المقدمة ممن له الحق فيها في أي مرحلة قبل صيرورة الحكم نهائيا طبقا للقواعد العامة لقانون المسطرة الجنائية، أما إذا صار الحكم الجنائي نهائيا فالتنازل عن الشكاية عندئذ لا يرتب أثرا.

¹ - الإدلاء بالسند المثبت للنفقة اشترطه المشرع تجنبيا للشكايات الجزافية، وبناء على هذا المقتضى فإن تقديم الشكاية إلى النيابة العامة لا يكفي لتحريك المتابعة وإنما يتعين الإدلاء بالسند القانوني وهو الحكم القضائي، فالأمر إذن يقتضي تقديم الشكاية مرفوقة بنسخة من الحكم القضائي الصادر في حق المدين بالنفقة.

² - تمت إضافة الفصل 1-481 أعلاه، بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 103.13، السالف الذكر.

³ - فالإعدار كإجراء يسبق المتابعة يعتبر قييدا على حرية الاتهام العام في ممارسة الدعوى العمومية حيث لا يمكنه متابعة المتهم مباشرة، ولعل الغرض من هذا الإجراء هو إعطاء المحكوم عليه مهلة للتفكير والتمعن في القرار الذي سيخذه، فمتى رجع المتهم إلى صوابه تتوقف المتابعة.

⁴ - بالإضافة إلى أسباب انقضاء الدعوى الجنائية الأخرى المنصوص عليها في القانون (قانون المسطرة الجنائية (المغرب) وقانون الإجراءات (مصر).

2- الدفع المتأخر لتجمد للنفقة وما في حكمه :

الدفع للاحق للنفقة بعد صيرورة الحكم الجنائي نهائيا لا يحول دون قيام الجريمة وبالتالي لا يحول دون متابعة الجاني وهو مذهب كثير من التشريعات منها التشريع الفرنس والتشريع المغربي، فإن الدفع للاحق للنفقة يعتبر مانعا من العقاب في تشريعات أخرى مهنها التشريع المصري حيث يقضي بأن دفع متجمد النفقة أو تقديم كفيل يقبله المعني بالنفقة أو إبرائه له يحول دون تنفيذ العقوبة، وهذا ما تبناه المشرع المصري في المادة 293 من قانون العقوبات حيث تنص في فقرتها الأخيرة على أنه : " وفي جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجمد في ذمته أو قدم كفيلا يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة"¹.

أما الدفع المتأخر للنفقة أي بعد انتهاء المهلة القانونية فإن ذلك في التشريع المغربي لا يضع حدا للمتابعة؛ لأنه دفع بعد أن فات الأوان أي بعد أن استوفت الجريمة أركانها، وهذا ما سار عليه اجتهاد قضاء المجلس الأعلى على اعتبار أن الدفع بأداء النفقة بعد انتهاء المهلة لا يركز على أساس؛ إذ سقوط الدعوى متوقف على تنازل المشتكي².

ثانيا : المحاكم المختصة بالنظر في جرائم الامتناع المتعلقة بالحضانة والنفقة :

تعتبر جريمة الفصل 476 و 477 من الجرح التي تختص بالنظر فيها المحاكم الابتدائية وفقا للمادة 252 من قانون المسطرة الجنائية الجديد³.

وفيما يخص جريمة الامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها ينص الفصل 481 من القانون الجنائي على أنه: "إلى جانب المحاكم المختصة طبقا لقواعد الاختصاص العادية فإن المحكمة التي يقيم بدائلتها الشخص المهمل أو المستحق للنفقة أو المطرود من بيت الزوجية، تختص هي أيضا بالنظر في الدعاوى المرفوعة تنفيذا لمقتضيات الفصول 479 و 480 و 480-1".

وتجدر الإشارة إلى أن النفقة من حيث المبدأ تحمل إلى الدائن وليس هو الذي يطلبها، وهو ما نص عليه الفصل (480 ق ج) : "والنفقة التي يجدها القاضي تكون واجبة الأداء في محل المستحق لها ما لم ينص الحكم على خلاف ذلك"⁴.

¹- لمزيد من التفصيل انظر: جريمة الامتناع عن أداء النفقة الزوجية في القانون الجنائي الليبي والمقارن، للدكتور موسى مسعود، ص: 265.

²- قرار المجلس الأعلى عدد 1222 الصادر بتاريخ 1979/07/09 في الملف عدد: 578، قرار أشار إليه الدكتور موسى مسعود في المرجع السابق في الهامش 2 من الصفحة 245.

³- يمكن مراجعة قواعد الاختصاص العادية في المواد من 252 إلى 260 من قانون المسطرة الجنائية مع مراعاة مقتضيات القسمين الأول والثاني من الكتاب السابع من نفس القانون.

⁴- وتتميز للفائدة يمكن الرجوع إلى أحكام الظهير الشريف رقم 1.59.338 المؤرخ في 30 ربيع الأول 1379 الموافق ل 3 أكتوبر 1959 في المصادقة على انخراط المغرب في الاتفاقية الدولية المتعلقة باستيفاء واجب النفقة في الخارج المنشور بالجريدة الرسمية عدد: 2467، ص: 387، والمنشور أيضا بمجلة القضاء والقانون، السنة الثالثة، العدد: 28 أبريل 1960، ص: 214.

والسؤال المطروح هو: ما العمل لو كان دائن النفقة ساكنا أو مقيما بقطر أجنبي؟ ثم إن المطلوب بالنفقة كان موجودا في المغرب؟ وما هي المحكمة المختصة بالبت في مثل هذه الحالة؟

إن الجواب عن هذه القضية يستشف من إحدى قرارات المجلس الأعلى الذي جاء فيه أنه "فيما يخص دائن النفقة الساكن أو المقيم بقطر أجنبي، تطبق مقتضيات الفصل 261 من قانون المسطرة الجنائية¹ التي تعطي الاختصاص لمحكمة البت التي يقع في دائرة نفوذها إما محل اقتراف الجريمة² أو محل إقامة الشخص المتابع وإما محل إلقاء القبض عليه.

بمقتضى الفصل 748 من قانون المسطرة الجنائية³ إن تم بالمغرب إنجاز الفعل الرئيسي للجريمة أصبح الاختصاص بموجب ذلك راجعا لمحاكم المملكة ولو كانت بعض العناصر لهذه الجريمة قد تم تحقيقها في قطر أجنبي؛ ولهذا يكون من اختصاص محاكم المغرب الامتناع عمدا من أداء النفقة المقترف من شخص مقيم بالمغرب؛ لأن الفعل الرئيسي للجريمة يكون تم بالمغرب"⁴.

وبقي أن نشير إلى أنه فيما يخص جريمة الفصل (480 ق ج) إذا ارتكبت من طرف عسكري، فإن المحكمة العسكرية هي المختصة وحدها، فقد جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى "أن المحكمة الإقليمية بوجدة عندما قضت على جندي منتمي للجيش الملكي بغرامة من أجل إهمال الأسرة تكون قد أخلت بمقتضيات الفصل الثالث من قانون العدل العسكري الذي يخول للمحكمة العسكرية دون غيرها من المحاكم النظر في الجرائم المقترفة من طرف العسكريين المنتمين للجيش الملكي"⁵.

المطلب الثاني: التطبيقات القضائية بشأن جرائم الامتناع المتعلقة بالحضانة والنفقة (وما في معناها):

نخصص هذا المطلب للتطبيقات القضائية لمحكمة النقض المصرية بشأن الامتناع عن تقديم الطفل إلى من له الحق في المطالبة به (أولا) وللتطبيقات القضائية لمحكمة النقض المغربية (المجلس الأعلى سابقا) بشأن جريمة الامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها (ثانيا).

¹ - وتقابل هذا الفصل المادة 259 من القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.255 المؤرخ في 25 رجب 1423 (3 أكتوبر 2002).

² - محل اقتراف الجريمة يقصد به مكان تنفيذها سواء تم التنفيذ بنشاط إيجابي أو سلبي، فجرائم الامتناع يعتبر محللا لتنفيذها المكان الذي حصل فيه هذا الامتناع. (حسن الفاكحاني وآخرون، الشرح والتعليق على قانون المسطرة الجنائية المغربي، الدار العربية للموسوعات، الطبعة الأولى: 1992-1993، ج: 2، ص: 352).

³ - تقابل هذا الفصل المادة 704 من قانون المسطرة الجنائية الجديد.

⁴ - قرار المجلس الأعلى عدد 162 (س 14) الصادر بتاريخ 24 دجنبر 1970، بين هنري دوير وبين النيابة العامة، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 21، السنة الثالثة، يناير 1971، ص: 41-43.

⁵ - قرار المجلس الأعلى عدد 539 (س 13) الصادر بتاريخ 16 أبريل 1970، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة الجنائية 1966-1986، ص: 37.

أولاً: التطبيقات القضائية لحكمة النقض المصرية بشأن الامتناع عن تقديم الطفل إلى من له الحق في المطالبة به¹.

- القاعدة: "إدانة الحكم المتهم بأنه لم يسلم ابنته لوالدتها لرؤيتها تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة 292 عقوبات، خطأ في تطبيق القانون، نص المادة مقصور على صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه، لا يصح التفسير بشمول حالة الرؤية".

"إذا كان الحكم المطعون فيه قد دان المطعون ضده بتهمة أنه لم يسلم ابنته لوالدتها لرؤيتها تطبيقاً منه للفقرة الأولى من المادة 292 من قانون العقوبات مع صراحة نصها ووضوح عبارتها في كونها مقصورة على حالة صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه بما لا يصح معه الانحراف عنها بطرق التفسير والتأويل إلى شمول حالة الرؤية، فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وفي تأويله بما يجب نقضه والحكم ببراءة المطعون ضده مما أسند إليه"².

- القاعدة: "اختلاف حق الحضانة أو الحفظ عن حق الرؤية سواء رؤية الأب لولده وهو في حضانة النساء أو رؤية الأم ولدها إذا كان مع أبيه أو غيره من العصابات"³.

- القاعدة: "جريمة الفقرة الأولى من المادة 292 عقوبات مناط تطبيقها بصدور قرار من القضاء بشأن الصغير أو حفظه وامتناع أي من الوالدين أو الجدين عن تسليمه إلى من له الحق في طلبه".

"جرى نص الفقرة الأولى من المادة 292 من قانون العقوبات بأن يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على خمسين⁴ جنيهاً مصرياً أي الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق في طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه، فمناط تطبيق هذا النص أن يكون قد صدر قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه وامتناع أي من الوالدين أو الجدين عن تسليمه إلى من له الحق في طلبه بناء على هذا القرار"⁵.

¹- كان بoudna الاستشهاد ببعض قرارات المجلس الأعلى المغربي؛ ولذلك راجعنا مختلف المجالات التي تعنى بنشر قرارات المجلس الأعلى إلا أننا لم نعث -حسب ما أطلعنا عليه- على أي قرار بهذا الشأن، ورغبة منا في تعميم الفائدة على المهتمين بهذا الموضوع، فقد ارتأينا جلب بعض التطبيقات والقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية للاستئناس بها على اعتبار أن محكمة النقض المصرية من المحاكم ذات الصيت العالمي وباعتبار قانون العقوبات المصري والقانون الجنائي المغربي يستقيان من معين واحد وهو القانون الجنائي الفرنسي.

²- طعن رقم 151 سنة 42 ق جلسة 1972/2/27 س 23 ص 483 منشور بالموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، ج: 2، ص 1015 الفقرة 2071.

³- طعن رقم 151 سنة 42 ق جلسة 1972/2/27 س 23 ص 482 منشور بالموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، ج: 2، ص 1015 الفقرة 2072.

⁴- رفع المشرع المصري الحد الأقصى لعقوبة الغرامة فأصبح خمسمائة جنيهاً بدل خمسين جنماً بموجب القانون رقم 29 لسنة 1982 الصادر في 1982/4/14 ونشر في 1982/4/22.

⁵- طعن رقم 151 سنة 42 ق جلسة 1972/2/27 س 23 ص 483 منشور بالموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، ج: 2، ص 1015 الفقرة 2082.

ثانيا : التطبيقات القضائية للمجلس الأعلى بشأن جريمة الامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها :

- **القاعدة :** " تكون المحكمة قد أبرزت عناصر جريمة إهمال الأسرة لما بينت بأن قاضي التوثيق قد أصدر أمرا قضائيا بإلزام المتهم بأداء نفقة لبنته وأنه رغم الإجراءات المتخذة فإن هذا الأخير امتنع من تنفيذ ما حكم به، وأن عدم إشارة المحكمة إلى تاريخ الحكم والجهة التي أصدرته لا يعد إخلالا بركن من أركان هذه الجريمة. لا أثر لنفي نسب البنت التي حكم على الأب بنفقتها على قيام جريمة إهمال الأسرة"¹.
- **القاعدة :** "لابد أن يسبق المتابعة مجرمة إهمال الأسرة إعدار المتابع بها، يقوم بذلك الإعدار أحد ضباط الشرطة القضائية بأمر من النيابة العامة"².
- **القاعدة :** "عناصر العمد المتمثل في الإمساك عن دفع النفقة المستحقة للزوجة أو الأصول أو الفروع يتحقق بمجرد ما يسبق المتابعة إعدار المخل بالواجب أو المدين بالنفقة بأن يقوم بما عليه في ظرف خمسة عشر يوما3. مجرد الاستمرار في الامتناع عن أداء النفقة بعد القيام بالإجراءات المذكورة تجعل عناصر الجريمة المنصوص عليها في الفصل 480 من القانون الجنائي قائمة"⁴.
- **القاعدة :** "اعتراف الظنين قضائيا بأنه عاجز عن أداء النفقة المحكوم بها لا يكفي لتكوين عناصر جريمة إهمال الأسرة ما لم تبرز المحكمة القصد الإرادي المتمثل في الامتناع عمدا"⁵.

خاتمة :

إذا كانت غاية النصوص القانونية الجنائية وتطبيقاتها القضائية هي حماية الأسرة من الجرائم الماسة بنظامها، فإن غاية هذه الحماية هي توفير ما من شأنه أن يهيئ الأجواء المناسبة لأسرة متوازنة تقوم بأداء واجباتها كما ينبغي، ورغم نبل هذه الغاية، فإن الواقع العملي أظهر ضعف فاعلية هذه النصوص نظرا لبعض مظاهر التحلل والانحلال الذي أصاب بنية معظم الأسر المغربية، كما أن تركيبة الأسرة المغربية عرفت تحولات عميقة، قضت على معظم أشكال ومظاهر التكافل الأسري، ورغم هذه التحولات التي عرفت الأسرة المغربية، فإن النصوص القانونية الجنائية التي تتعلق بحمايتها، في عمومها بقيت عاجزة عن مواكبة هذه التطورات؛ ذلك أن كثير من مقتضيات هذه النصوص تعود

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 103 الصادر بتاريخ 1982/1/28 في الملف الجنحي 64609، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة الجنائية 1966-1986، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية 1987، ص: 71.

² - قرار المجلس الأعلى عدد: 3109 مكرر الصادر بتاريخ 14 أبريل 1994 في الملف الجنحي 89/25542 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد: 47، السنة: 17 يوليوز 1995، الصفحة 224-225.

³ - تم الرفع من هذه المدة إلى ثلاثين (30) يوما بمقتضى الفصل 481 كما وقع تغييره وتتميمه بمقتضى المادة 2 من القانون رقم 103.13.

⁴ - قرار المجلس الأعلى عدد: 5/864 الصادر بتاريخ 1998/06/10 في الملف الجنحي عدد 93/5/3/18066، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد: 55، السنة: 22 يناير 2000، الصفحة 371.

⁵ - قرار المجلس الأعلى عدد 6/2588 المؤرخ في 2001/9/19 في الملف الجنحي عدد: 96/16937، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد المزدوج: 57-58، السنة 23 يوليوز 2001، الصفحة 384-387.

إلى أواخر 1962م، وهذه المعطيات تستوجب إعادة النظر في السياسة الجنائية الخاصة بحماية الأسرة من خلال تحديث القانون الجنائي انطلاقاً من دراسات مختلفة تهتم جميع جوانب الأسرة¹.

إن النصوص التي تعالج قضايا الامتناع عن تقديم النفقة وإهمال الأسرة عموماً، لا يمكن أن توفر الحماية الجنائية الضرورية، إلا في إطار سياسة جنائية، تأخذ بعين الاعتبار الجوانب الاجتماعية والاقتصادية والتربوية للأسرة، ويبقى مبدأ جزر إهمال الأسرة وحده غير مجد، نظراً لتفاقم هذه الظاهرة وعجز القانون الجنائي عن الحد منها.

ونعتقد أنه في هذا الإطار جاء إخراج صندوق التكافل العائلي تفعيلاً للقانون رقم 41-10 المتعلق بتحديد شروط ومسااطر الاستفادة من صندوق التكافل العائليوكذا المرسوم رقم 195-11-2 المتعلق بتطبيق القانون المذكور.

ونعتقد أنه في إطار الانسجام مع فلسفة المشرع في مدونة الأسرة، فإن الدولة مطالبة بدعم المنظومة التشريعية لحماية الأسر المغربية منكل أشكال التفكك والانحلال، كما أننا نتبنى الدعوة إلى ضرورة توسيع قاعدة النساء المستفيدات من الصندوق المذكور، ليشمل في مرحلة لاحقة فئة الأراامل والمهملات، وعدمالاقتصار على المعوزات المطلقات، و نأمل أن يسهم هذا الصندوق - بعيداً عن أية تجاذبات سياسية أو حسابات ضيقة- في تكريس سياسة أسرية متكاملة، تعيد مؤسسة الأسرة تماسكها وقوتها واعتبارها.

❖ لائحة المصادر والمراجع المعتمدة : (مرتبة حسب ورودها أول مرة بهذا المقال) :

- حسن الفاكهاني وعبد المنعم حسن المحامي لدى محكمة النقض، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام 1931.
- أدولف ريبولط وزينب الطالبي، القانون الجنائي في شروح، المملكة المغربية وزارة العدل المعهد الوطني للدراسات القضائية، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، طبعة 1990
- عبد الملك الجندي في الموسوعة الجنائية لجندي عبد الملك، دار المؤلفات القانونية بيروت لبنان
- مجلة قضاء الأسرة التي تصدرها وزارة العدل المغربية، العدد الأول يوليوز 2005
- مجلة القضاء والقانون، السنة الثالثة، العدد: 28 أبريل 1960
- حسن الفاكهاني وآخرون، الشرح والتعليق على قانون المسطرة الجنائية المغربي، الدار العربية للموسوعات، الطبعة الأولى : 1992-1993،

¹ - السياسة الجنائية بالمغرب واقع وآفاق، المجلد الأول، الأعمال التحضيرية، أيام 9 و10 و11 دجنبر 2004م تنظيم وزارة العدل بمكناس، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد: 3، سنة 2004، مقال للأستاذ: محمد مرزوكي بعنوان: السياسة الاجتماعية في مجال الأسرة والأحداث ومساعدة الضحايا، ص: 342.

- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 21، السنة الثالثة، يناير 1971
 - مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة الجنائية 1966-1986
 - مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة الجنائية 1966-1986، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية 1987
 - مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد: 47، السنة: 17 يوليو 1995.
 - مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد: 55، السنة: 22 يناير 2000.
 - مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد المزدوج: 57-58، السنة 23 يوليو 2001
 - محمد مرزوكي بعنوان: السياسة الاجتماعية في مجال الأسرة والأحداث ومساعدة الضحايا، مقال منشور بكتاب: السياسة الجنائية بالمغرب واقع وآفاق، المجلد الأول، الأعمال التحضيرية، أيام 9 و10 و11 دجنبر 2004م تنظيم وزارة العدل بمكناس، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد: 3، سنة 2004.
 - الدكتور موسى مسعود، "جريمة الامتناع عن أداء النفقة الزوجية في القانون الجنائي الليبي والمقارن"، بحث منشور على الأنترنت.
 - الدكتور محمد عوض، قانون العقوبات، طبعة 1987م،
 - الدكتور محمود نجيب، شرح قانون العقوبات اللبناني، بيروت 1968م،
 - الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات (المصري)، طبعة 1983م،
 - الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، طبعة دار الفكر لسنة 1979
- النصوص القانونية :
- مجموعة القانون الجنائي الصيغة المحينة بتاريخ 25 مارس 2019 (ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي كما تم تعديله: بالقانون رقم 33.18 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.44 بتاريخ 4 رجب 1440 (11 مارس 2019)؛ الجريدة الرسمية عدد 6763 بتاريخ 18 رجب 1440 (25 مارس 2019)، ص 1612 والقانون رقم 103.13103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء.

- القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.255 المؤرخ في 25 رجب 1423 (3أكتوبر 2002).
- قانون العقوبات المصري.
- القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418.
- القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.19 بتاريخ 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018)؛ الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)؛ ص 1449.
- الظهير الشريف رقم 1.59.338 المؤرخ في 30 ربيع الأول 1379 الموافق لـ 3 أكتوبر 1959 في المصادقة على انخراط المغرب في الاتفاقية الدولية المتعلقة باستيفاء واجب النفقة في الخارج المنشور بالجريدة الرسمية عدد: 2467،
- القانون المصري رقم 29 لسنة 1982 الصادر في 14/4/1982 ونشر في 22/4/1982.

التكييف في المواد الجنائية ودوره في تحقيق العدالة الجنائية



الدكتور : أحمد أسامه حسنية

كلية الحقوق جامعة ظفار- سلطنة عمان

الملخص :

إن تحقيق العدالة الجنائية ووفقا للسياسة الجنائية التي تتبعها الدولة تتطلب استخدام مجموعة من الأدوات والوسائل التي تحقق الهدف الأعلى من وراء المنظومة القانونية ككل والمنظومة الجنائية بصورة خاصة والمتمثل في عقاب مرتكب الفعل في حدود ما ارتكبه من جرم مع ضرورة التنصيب القانوني على جرمية الفعل المرتكب.

فتحقيق القانون والعبور من الواقع إلى القانون يمكن القول أنه يجري من خلال عملية التكييف القانوني ككل والتكييف الجنائي بصورة خاصة في مادة معقدة وخطيرة هي المادة الجنائية. حيث يمثل التكييف الروح التي تبعث في النماذج القانونية الواقعية وترتقي بها إلى مصاف النماذج القانونية وتلبسها اللباس والوصف القانوني المناسب، لذلك يعتبر التكييف الوسيلة التي يتحقق من خلالها أحد أهم المبادئ التي تركز عليها المادة الجنائية والذي يمتاز بالصفة الدستورية وهو مبدأ الشرعية، حيث لا يقتصر دور المكيف سوى الإعلان عن هذا التكييف وكشفه لأنه يتمثل في أن الخصائص التي يتطلبها المشرع في الواقعة المعروضة عليه.

فكانت فكرة هذا البحث تتمثل في تأصيل عملية التكييف والتعرف على أنواع التكييف القانوني وتحديد مفهوم التكييف الجنائي لتمييزه عن باقي أنواع التكييف مبرزا الجهة التي خول القانون لها صلاحية التكييف للواقعة المعروضة وما هي الصلاحية التي تتمتع بها المحكمة في تعديل التكييف الممنوح من قبل الجهة المخولة قانونا لتكييف الوقائع المعروضة والمتمثلة في النيابة العامة. ومن له صلاحية الرقابة على صحة عملية التكييف من عدمها والسند القانوني الذي تركز عليه عملية التكييف والمتمثل بمبدأ أصيل ومتجذر في المادة الجنائية وهو مبدأ الشرعية الجنائية. وتوصلنا إلى عدة نتائج أهمها أن التعدد بين الكيوف القانونية هو تعدد ظاهري بحت ، فالنص الذي يعطي تكييفاً أكثر شمولاً هو وحده الواجب التطبيق ، وإن عملية التكييف تنسجم مع تحقيق العدالة فكلما كان التكييف سليماً كلما كانت العدالة أقرب إلى الكمال. وخرجنا بتوصيات عديدة أهمها أنه يجب على محكمة النقض بحكم وظيفتها

أن تبسط رقابتها على جميع أنواع التكييف القانوني أيا كانت الألفاظ التي استعملها المشرع . لان التكييف الجنائي له ارتباط وثيق بتحقيق العدالة المرجوة.

Abstract :

When you view located on the public prosecutor's investigations and inquiries the public prosecutions adapting located, as recorded in accordance with the appropriate provisions of the prohibition, and here illustrated the importance of the correct adjustment of the proceedings because of incorrect adjustment leads to an error in law enforcement here seems important adaptations for investigator and judge and the litigants in criminal proceedings.

qualification A pressing problem imposes itself on the investigator, judge and scholar in various branches of law duplicate within the criminal law must describe the Act of the accused to see if considered as theft or dishonesty or misappropriation of funds.

This adjustment as is analysis of the facts and legal actions in preparation to give it as right and put it in the appropriate place among the divisions prevailing in a specific branch of law.

Show the importance of adaptation in the field of criminal law as the initial process required to bring legal actions or dispute to the legal text governing the conduct or those situated here is the error in the legal question always subject to control by the Court of Cassation.

qualification in the sense that we set in the framework of legal science akin to a large extent the diagnosis in medicine. If it is easy for the student of the Faculty of medicine to differentiate clearly between the treatment decision for a particular disease. The treatment of another disease, to diagnose the patient's condition and whether to complain about this or that disease is not easy on the novice seen in all cases, although the matter of substantial importance is not known as a preliminary matter is needed to determine the correct treatment.

It's not much different in the field of legal science. It was easy for many to take note of the provisions contained in the law. The student faculty well known provisions of the sales contract, lease, contract, donation, for example either recognize the right adjustment and proper description for the contract in question is a mental process need particular expertise and foresight. In addition to not require him of legal sense poised.

It can be argued that the ability of proper adjustment in the scope of the law, like the correct diagnosis in medicine for talent in each of these branches of knowledge, as well as the indispensable foundation of a good application in each of the previous sections. However, the process of diagnosis

in medicine seem easier in comparison with air conditioning in law doctor can be assisted in the diagnosis of disease by means of laboratory and material which blocks the safety of the initial diagnosis, it can for example be sure the fact the patient through x-ray and laboratory and even surgeries meant to simply disclose the fact and all these means are not owned by legal scholar and the adaptation process for him is purely abstract and mental process for this It could not make assertion HVAC safety reached absolutely this is on all of the social sciences which are largely relative realities.

The adjustment process by liabilities, investigator and judge in each conflict presents them and expressed as legal description and intended to determine the end to certain legal idea and is nerve action judge as outside the scope of the work initiated by the judge and the material lies in its substantive terms of adjustment is divided into subject to an adjustment as it deliberately or hit led to the death and adjustment of crime as an offense or a misdemeanor or felony as splitting the adaptation of content to active it as fact what Crime and negative and is output from the scope of criminalization is in light of the applicable law, as long as the incident is subject to national law, to adapt them in the light of the texts is the opposite of what if foreign law under him. The judge is not bound by the opinion of adapted for liabilities or their agreements is the power in question and all restricted by the provisions of the law and respect for the rule of law in the performance of this authority may exclude its liability or stuck element adds an element did not uphold it, but stop at adapting the facts before it, whether contained in the records of the investigations or preliminary investigation or final or the proceedings of the expert assigned to the case without other facts , And air conditioning on the facts established as to adapt reality as stealing or squandering as it also contained procedural facts as if the Court concluded that the incident was arrested and not just stop.

qualification and especially in split is important and very dangerous is the criminal prong proven relationship we to highlight between adjustment and achieving justice.

تقديم :

لقد نص مبدأ الشرعية الجنائية على اختصاص المشرع الجنائي بإنشاء الجرائم والعقوبات وفقاً لما هو مقرر فيه بأنه (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، وبالتالي يحظر على القاضي أن ينشأ جرائم وعقوبات من نفسه حيث تنحصر مهمته بتطبيق النص القانوني المحدد من قبل المشرع على الواقعة المطروحة أمامه. وهذا المبدأ الدستوري تقتضيه مبررات مبدأ دستوري آخر ألا وهو مبدأ الفصل بين السلطات حيث تختص كل سلطة بوظيفة معينة تحددها طبيعتها ومقتضيات العمل، فالسلطة التشريعية تختص بوضع القوانين أما السلطة التنفيذية فوظيفتها تنفيذ القوانين في حين إن السلطة القضائية وظيفتها تطبيق القوانين التي وضعتها السلطة التشريعية على الوقائع والحوادث المعروضة أمامها.

ولكن يلاحظ في كثير من الأحيان أن بعض الفقه يخلط بين معنى الوصف القانوني الذي هو التحديد القانوني من قبل المشرع لواقعة معينة وإخضاعها لنص أو نموذج قانوني معين ينطبق عليها وبالتالي يكون هذا النص المحدد من قبل المشرع متضمناً للجريمة والعقوبة المحددة من قبل المشرع، وبين التكييف القانوني الذي هو عمل قضائي صرف حيث أن القاضي يعمل سلطته التقديرية لتقدير إخضاع الواقعة المعروضة عليه إلى النص القانوني الملائم الذي ينطبق عليها وذلك كله وفقاً لتقدير القاضي طبقاً لثقافته القانونية وبالتالي يعتمد ذلك على فطنته وذكائه وخبرته وعلمه القانوني دون علمه الشخصي. مع ملاحظة أن علم القاضي الشخصي لا يشمل العلم بالأمر العامة التي يفترض بالناس كافة الإلمام بها. فتحقيق القانون والعبور من الواقع إلى القانون يجري عن طريق عملية التكييف، التي تبدو أهميتها في أنها يمكن أن ترى من خلالها قلب الحياة القانونية، والحقيقة أن الحياة القانونية تتجسد في أن الفرد العادي يكيف التصرف القانوني الذي يبرمه و موضوع هذا التصرف، والقاضي يكيف المراكز التي تطرح عليه والحكم الذي يصدره، والمشرع يكيف كل شيء، فالنيابة تقوم بتكييف الواقعة التي حصلت وفق ما تراه من توافر عناصر الجريمة وتدون ذلك في قرار الإحالة، ومن ثم تعرضها على محكمة الموضوع وهي بدورها تطلع على الواقعة المعروضة أمامها، فإذا كان هنالك خطأ في تكييف النيابة تقوم بتعديله وهو ما يسمى بسلطة المحكمة بتعديل التكييف، ولا يقتصر الأمر على هذا بل أن هنالك رقابة من قبل محكمة النقض على تكييف محكمة الموضوع في حالة أخطأت الأخيرة في وصف الواقعة الإجرامية.

فموضوع التكييف موضوع يمس بالصميم قانون الإجراءات الجزائية ويستند إلى قانون العقوبات فهو يمثل ترجمة حقيقية للحمة الواقعة بين شقي قانون العقوبات أي الشق الموضوعي والمتمثل في قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م، وقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001م. وهو بالتالي وسيلة من وسائل تحقيق العدالة الجنائية التي تقتضي أن يعاقب على الفعل الذي ارتكبه دون زيادة أو نقصان. كون العدالة تنسجم في مفهومها الصريح مع عملية معاقبة الشخص في حدود ما ارتكبه من فعل، كون الخطأ في عملية التكييف ستؤدي به إما إلى عقاب أخف من العقوبة المفروض إيقاعها عليه أو بعقوبة أشد من العقوبة المفروض إيقاعها عليه.

• موضوع البحث :

ينصب موضوع هذا البحث على التكييف في المواد الجنائية والدور الذي يمكن للتكييف أن يلعبه في تحقيق العدالة الجنائية لدوره المفصلي والخطير الذي يرافق الدعوى الجزائية من مرحلة التحقيق وصولاً لمرحلة الحكم، وما قد يعتري عملية التكييف من أخطاء قد تؤدي إلى الإساءة للمركز القانوني للمتهم، وما قد يسفر عن الخطأ المرتكب من قبل القاضي من خلال عملية إعادة التكييف أو تعديله بشكل يجعل تحقيق العدالة الجنائية مرتبطاً بإرتباط وثيق بحجم الرقابة المفروضة على القاضي في هذا الصدد. فعملية التكييف تؤثر بالإيجاب والسلب على حسن سير المحاكمة الجزائية فإما يقودها إلى تحقيق العدالة أو توقيع الحيف والظلم على المتهم أو تعريض الحق العام لإمكانية الانتقاص منه في عملية الإقتصاص من المجرم.

• أهمية البحث.

يمكن ترجمة أهمية هذا البحث من ناحيتين :

أولاً: الناحية النظرية :

جمع شتات المادة العلمية المتعلقة بتفصيل أحكام التكييف واستخلاص أصول وإشكاليات التكييف عندما يتعلق الأمر بمادة خطيرة ومعقدة ودقيقة هي المادة الجنائية.

ثانياً: الناحية العملية :

إبراز المعنى الصحيح والدقيق للتكييف الجنائي.

تسليط الضوء على إشكاليات التكييف وحصرها ومحاولة وضع مقترحات وحلول أسوة بالتشريعات الأخرى التي حاولت ضبط هذه المسألة.

• إشكاليات البحث :

تدور الإشكالية الرئيسية للبحث حول الجهة المخول لها قانوناً منح التكييف للأفعال التي تندرج في إطار المادة الجنائية، بالإضافة لمجموعة من الإشكاليات الفرعية التي تتفرع عنها والمتمثلة في الإجابة عن الأسئلة الآتية:

أثر التكييف الجنائي على الاختصاص النوعي؟

مدي تأثير ظروف التخفيف والتشديد على عملية التكييف؟

ما هو المخرج القانوني في حالة أن كان التكييف الذي أعطى للواقعة غير متطابق مع نص القانون؟

هل يجوز قانوناً إعادة التكييف أو تعديله من قبل الهيئة القضائية التي تنظر في الدعوى المعروضة أمامها؟

• منهجية البحث :

يعد هذا البحث من الأبحاث العلمية التي يتعين استنادها على مناهج البحث العلمي، لذا اعتمدت فيه على عدة مناهج تتمثل فيما يلي :

المنهج الوصفي: الذي يسعى لوصف الظاهرة كما هي وإبراز معالمها العامة.

المنهج التحليلي: وهو الذي يعتمد لتحليل الكل إلى الجزء المكون له لنصل للإجابة عن محور إشكالية البحث والمتعلقة بالتكييف في المادة الجنائية.

المنهج المقارن: وهو من المناهج التي تساعد كثيراً في الاستئناس بموقف التشريع المقارن وصولاً للحلول في حالة أن كانت هناك عثرات أو ثغرات تشريعية من شأنها المساس بتقديم العدالة في أبهى صورة لها.

• خطة البحث :

المبحث الأول : ماهية التكييف القانوني وأقسامه.

المبحث الثاني : السلطة المختصة في التكييف في مرحلة الاتهام.

المبحث الثالث : سلطة إعادة التكييف من قبل المحكمة المختصة.

المبحث الأول : ماهية التكييف الجنائي و أقسامه :

التكييف هو تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيداً لإعطائها وصفها الحق ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون، فعند عرض الواقعة على النيابة العامة بعد إنتهاء الإستدلالات والتحقيقات تقوم النيابة العام بتكييف الواقعة المطروحة ووصفها وقيدتها طبقاً لنصوص التجريم المناسبة، هنا تتضح أهمية التكييف الصحيح لواقعة الدعوى لأن التكييف غير الصحيح يؤدي الى خطأ في تطبيق القانون و هنا تبدو أهمية التكييف بالنسبة للمحقق و القاضي والخصوم في الدعوى الجنائية¹.

المطلب الأول : ماهية التكييف الجنائي :

إن القاعدة القانونية وفق تكوينها ضمن فلسفة القانون تتكون من عنصرين أساسيين :

العنصر الأول : علة النص القانوني وهو الغرض الذي تعالجه القاعدة القانونية، وهو الذي تصوره المشرع من خلال مجموعته من الوقائع الاجتماعية والاقتصادية أو السياسية التي قد تحدث داخل المجتمع.

العنصر الثاني : وهو الحكم الذي تقرره القاعدة القانونيه التي صاغها المشرع لتحكم الغرض المقصود فيها وهو عبارة عن الواقع ، أي إنزال حكم القاعدة على الوقائع لبيان رأي القانون فيها.

من هنا يتضح لنا معنى التكييف ، فيمكننا القول بأن التكييف هو : "المطابقة بين الواقع والقانون"، فالتكييف يبدو وكأنه عملية قانونيه تكمن في ترجمه موضوع معروف عن طريق مفهوم قانوني² وعليه فالقواعد القانونية التي تحكم تصرفات الأفراد تظل هي نفسها ، حتى لو تم تعديل القانون نفسه ، فكل شيء حينها يتغير عدا القاعدة القانونيه .

ويقصد بالتكييف أيضا " العمليه الذهنيه المتمثلة في إنزال حكم القانون على الواقع ، أو إدراج الواقعه في طائفة محده ، أو حتى بيان القاعدة القانونيه الواجب أعمالها على الواقعة المطروحة. ويعرف أيضا بأنه (رد واقعة الدعوى إلى النص القانوني الذي يؤتمها)³.

وتجدر الإشارة بأنه يشترط لقيام التكييف القانوني شرطين :

1- بوشنه نور الدين، إشكالية التكييف القانوني في الميدان الجزري، أعمال ندوة محكمة الاستئناف في الرباط المملكة المغربية، 1997، ص52.

2 أحمد فتحي ، سرور ، النقض في المواد الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997م ، ص314

3 فخري عبد الرزاق الحديثي، الأعدار القانونية المخففة للعقوبة، دراسة مقارنة، جامعة بغداد، 1979، ص221

أن ينص المشرع على أنه إذا توافرت واقعه مجرده لها خصائص معينه ، فإنها تندرج تحت أحد الأوصاف التي يعرفها القانون ، ويترتب عليها أثراً قانونياً معيناً.

أن يعلن القاضي أن الواقعة المعروضة عليه تتوافر فيها خصائص الواقعه المجرده التي أضفى عليها القانون وصفاً قانونياً معيناً.

المطلب الثاني : أقسام التكييف الجنائي :

سبق و أن أشرنا التكييف عملية يجريها الخصوم والمحقق والقاضي فى كل نزاع يعرض لهما ويعبر عنه باصطلاح الوصف القانونى ويقصد به تحديد انتهاء ظاهرة الى فكرة قانونية معينة وهو عصب العمل القضائي إذ يخرج عن نطاق الاعمال المادية التي يباشرها القاضي وتقع فى مجال أعماله الفنية، وعليه فإن التكييف الجنائي يختلف باختلاف الدرجة التي قامت بهذه العملية ، وبذلك فالتكييف ينقسم إلى أربعة أقسام نوضحها من خلال فرعين.

الفرع الأول : تقسيم التكييف من حيث المضمون والموضوع.

أولاً : تقسيم التكييف من حيث الموضوع.

تكييف للواقعة : أي تحديد النص القانوني الواجب تطبيقه على الفعل .

تكييف للجريمة : ويقصد به تحديد وضع منزله الجريمة من التقسيم الثلاثي أي جناية وجنحه ومخالفة¹ .

فالمقصود بتكييف الواقعة هو النص القانوني المحدد في التشريع من قبل المشرع و ذلك وفقاً للمبدأ الجنائي الهام في هذا المجال و هو مبدأ الشرعية الجنائية حيث لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص² فالمشرع هو الذي يصف واقعة ما بأنها جريمة من نوع معين، فهو يصف فعل الاعتداء على الحياة بأنه جريمة قتل، أو يصف فعل الاعتداء على الملكية الخاصة بأنه سرقة مثلاً ... وهكذا ، فتحديد الوصف القانوني من صميم اختصاص عمل المشرع الجنائي وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية. و على ذلك فإن المشرع عندما يصف فعل الاعتداء على الحياة بأنه جريمة قتل مثلاً فإنه يضع من أجل ذلك النص القانوني الملائم لتلك الجريمة و التي قد تكون جريمة قتل عادية أو ترتكب بظرف مشدد، حيث إن المشرع يحدد أركان الجريمة و شروطها، و المشرع يضع لكل حالة الوصف القانوني الملائم أي يصف الواقعة بأنها من نوع معين و بالتالي يقرر لها العقوبة التي تتناسب مع جسامتها.

أما تكييف الجريمة فهو من صميم اختصاص القاضي الجنائي، لأن القاضي ملزم قانوناً بإنزال النص القانوني الواجب التطبيق على الواقعة المعروضة أمامه و ذلك بناءً³ على اقتناعه القضائي بأن هذا النص هو الواجب التطبيق على هذه الواقعة، مع الإشارة إلى امتناع القاضي بالحكم بناءً على علمه الشخصي بل يجب الاعتماد في هذا

1 عبد العظيم مرسي وزير، الشروط المفترضة في الجريمة، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، 1983، ص49.

2 عبد المنعم العوضي، قاعدة تقيد المحكمة الجنائية بالإتهام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1973، ص262.

3 حمودة محمود علي، النظرية العامة في تسبب الحكم الجنائي ومراحل المختلفة، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ص70 وما بعدها.

الجال على علمه القانوني، بحيث يكون هناك تطابق قانوني و منطقي بين الواقعة المرتكبة و المعروضة أمامه و بين النص القانوني المطبق عليها. 1

ثانيا : تقسيم التكييف من حيث المضمون إلى :

تكييف إيجابي : وهو اعتبار واقعه ما جريمة .

تكييف سلبي : وهو إخراج واقعه من نطاق التجريم .

فالتكييف الإيجابي هو اكتمال عناصر وجود الجريمة وتوافر أركانها المادية والمعنوية اللازمة لوجودها وكذلك النص القانوني الجرم هذا الفعل في قانون العقوبات ، أما التكييف السلبي هو تخلف أحد أركان الواقعه المعروضة امام المحكمة وبالتالي إخراجها من نطاق التجريم ، أو أن يكون الفعل مخل فعلا بالأداب العامة ولكن لا يعتبر مجرم 2 .

الفرع الثاني : تقسيم التكييف من حيث نطاق عرضه على القاضي .

تقسيم التكييف وفق نطاق تطبيقه.

تكييف خاص بالموضوع : ويقصد به أن فعلا ما يكون جريمة معينة يعتبرها القانون جنحة أو جناية أو مخالفة.

تكييف خاص بالأشخاص 3 أي أن الفعل يفقد وصف الجريمة إذا ما إرتكبه مجنون أو صغير لم يتجاوز سن التمييز وهو هنا يعتبر تكييف سلبي بالنسبة لشخص معين وليس بالنسبة إلى الجريمة ذاتها.

تقسيم التكييف من حيث عرضها على القاضي الجنائي :

تكييف قانوني اجرائي .

تكييف قانوني موضوعي .

والتقسيم الرابع هو محل الحديث في بحثنا وهو محل الإشكال. فالقاضي تعرض عليه نوعان من الوقائع القانونيه يرتب عليها القانون أثراً ، ومن ثم يتعين إضفاء التكييف القانوني السليم عليها .

فالنوع الأول من الوقائع يخضع لتكييف القانون الإجرائي لأن هذا القانون يرتب عليها آثارا معينه ، ولذلك نسميها بالوقائع الإجرائية .

أما النوع الثاني من الوقائع فيخضع لتكييف القانون الموضوعي لأن هذا القانون يرتب عليها آثاراً معينه، ولذلك نسميها بالوقائع الموضوعية .

1 جواد الرهبي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية، بدون مكان طبع، بدون مكان نشر، 2004، ص 54

2 محمد علي سويلم، تكييف الواقعة الإجرامية، دراسة تحليلية وتأسيسية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2000، ص 41 وما بعدها.

3 جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات المصري، منشأة المعارف، 1989، ص 226.

ويلاحظ أن الواقعة الواحدة قد تكون محلا للتكييف الاجرائي أو التكييف الموضوعي حسب الاحوال . فالوفاة مثلاً سبب لانقضاء الدعوى الجنائية (تكييف إجرائي)، وقد تكون في ذات الوقت النتيجة الإجرامية في جريمة القتل (تكييف موضوعي) .¹

المطلب الثالث : التكييف القانوني والوصف القانوني :

إن التقارب بين المصطلحين قد يدفع البعض إلى الاعتقاد بأن مضمونهما واحد، ولكن الحقيقة أن كلاً منهما يحمل معنى مختلف عن الآخر بصورة لا تجعل من المصطلحين مترادفين، لذا سنبرز مفهوم كل منهما على التوالي.

الفرع الأول : المقصود بالتكييف القانوني للواقعة.

التكييف القانوني للواقعة يعني " مجرد ردها إلى أصل من نصوص القانون الواجب التطبيق " أي ردها إلى وصفها القانوني كما أورده المشرع في نص القانون الواجب التطبيق . فالتكييف من صميم عمل القاضي دون غيره ، أما الوصف القانوني فهو من عمل المشرع بالفعل لا يوصف بأنه جريمة إلا من قبل المشرع وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية .²

بعض الفقه يخلط بين معنى الوصف القانوني الذي هو التحديد القانوني من قبل المشرع لواقعة معينة و إخضاعها لنص أو نموذج قانوني معين ينطبق عليها وبالتالي يكون هذا النص المحدد من قبل المشرع متضمناً للجريمة والعقوبة المحددة من قبل المشرع ، وبين التكييف القانوني الذي هو عمل قضائي صرف حيث أن القاضي يعمل سلطته التقديرية لتقدير إخضاع الواقعة المعروضة عليه إلى النص القانوني الملئم الذي ينطبق عليها وذلك كله وفقاً لتقدير القاضي طبقاً لثقافته القانونية، وبالتالي يعتمد ذلك على فطنته وذكائه وخبرته وعلمه القانوني دون علمه الشخصي ، مع ملاحظة أن علم القاضي الشخصي لا يشمل العلم بالأمور العامة التي يفترض بالناس كافة الإلمام بها³، ومثال ذلك علم القاضي بانتهاء صلاحية مادة غذائية لم يتم تخزينها جيداً أو أنها تتلف مجرد مرور مدة زمنية معينة وفقاً للمجرى العادي للأمر .

تكييف القاضي الجنائي لجريمة معينة وفقاً لوصفها القانوني أي طبقاً لنموذجها المحدد في القانون ، وبالتالي إنزال هذا الوصف القانوني للفعل المجرم على الواقعة المعروضة أمام القاضي يلزم القاضي المدني بهذا التكييف⁴ ، فإذا كيف القاضي الجنائي الواقعة بأنها سرقة فلا يمكن للقاضي المدني أن يكييفها بأنها نصب أو خيانة أمانة⁵ ، لكن القاضي المدني يستطيع أن يكييف الجريمة تكييفاً آخر من الناحية المدنية من أجل تقرير المسؤولية المدنية وبالتالي الحصول على التعويض ، فمثلاً إذا حكمت المحكمة الجنائية ببراءة المتهم من تهمة إتلاف منقولات الغير بلا عمد لأن القانون

1 أحمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية ، مرجع سابق، ص 90.

2 محمود عبد ربه القبلاوي، التكييف في المواد الجنائية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2003، ص 15 وما بعدها.

3 فرقد عبود ، العارضي، الوصف القانوني للجريمة، بحث منشور على شبكة الإنترنت ص 174 وما بعدها

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=16529>

4 جواد، الرهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية، بدون مكان طبع او ناشر، سنة 2004، ص 60.

5 للتوسع: راجع شحاتة محمد نور الهدى، سلطة التكييف في القانون الإجرائي، دار النهضة العربية، بدون طبعة أو سنة، ص 60 وما بعدها.

الجنائي لا يعاقب عليها التزمت المحكمة المدنية بهذا التكييف، فلا تستطيع أن تقرر بأن الإلتلاف حصل عمداً لأنه يخالف الحكم الجنائي 1.

وهذا معلوم حسب القواعد العامة التي تقضي بحجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني فمن المسلم به قانوناً أنه إذا صدر في الدعوى الجنائية حكماً باتاً قبل رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية؛ أو عندما توقف المحكمة المدنية الفصل في الدعوى المدنية المنظورة أمامها حين صدور حكم بات في الدعوى الجنائية المنظورة أمام المحكمة الجنائية، ثم يصدر هذا الحكم أثناء نظر الدعوى المدنية، فإن الحكم الصادر في الدعوى الجنائية تكون له قوة الشيء المحكوم به أمام المحكمة المدنية، سواء كان صادراً بالبراءة أو الإدانة وذلك فيما يتعلق بإثبات وقوع الجريمة وبوصفها القانوني وكذلك بنسبتها إلى مرتكبها. ومعنى ذلك أن المحكمة المدنية تلزم بالتسليم بهذا الحكم الجنائي وأن ترتب عليه نتائج المدنية سواء بالحكم بالتعويض أو برفض التعويض، وهذا هو المقصود بحجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني. وعلى هذا نصت المادة 390 من قانون الإجراءات الجنائية² بأن: "يكون للحكم الجنائي الصادر من المحكمة الجنائية في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو بالإدانة³ قوة الشيء المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية في الدعاوى التي لم تكن قد فصل فيها نهائياً فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها، ويكون للحكم بالبراءة هذه القوة سواء بني على انتفاء التهمة أو على عدم كفاية الأدلة، ولا تكون له هذه القوة إذا كان مبنياً على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون". ويلاحظ أن المقصود بالمحاكم المدنية هنا جميع المحاكم غير الجنائية، فتكون للحكم الجنائي حجتيه أمام المحاكم الإدارية والتأديبية وغيرها.⁴

ويرجع تقرير حجية الحكم الجنائي على القضاء المدني إلى أن سلطات القضاء الجنائي أوسع في التثبت من حصول الواقعة في حق المتهم ذلك أن المحاكمة الجنائية يسبقها عادة تحقيق مفصل، فمن الطبيعي أن تكون النتائج التي ينتهي إليها القضاء الجنائي أقرب إلى الحقيقة من أية نتيجة يمكن أن ينتهي إليها قضاء آخر، ومن جهة أخرى، فإن الدعوى الجنائية ملك للمجتمع بأسره وترفع باسمه، ولذلك كان من الضروري أن يكون الحكم الصادر فيها حجة على الكافة. فضلاً عن أنه ليس من المصلحة حصول تضارب في الأحكام، فيصدر القاضي الجنائي حكماً ثم يصدر القاضي المدني حكماً آخر على خلافه.

و يُشترط لكي يكون للحكم الجنائي حجية أمام القضاء المدني أن يكون الحكم الجنائي قد صدر باتاً من محكمة قضائية فلسطينية فاصلاً في موضوع الدعوى الجنائية. والواقع أن هذا الشرط هو نفس شرط حجية الحكم الجنائي الذي يمنع القاضي الجنائي من إعادة نظر دعوى سبق صدور حكم فيها، باستثناء وحدة الخصوم والموضوع، فحجية الحكم الجنائي على المدني قائمة مع إختلاف الخصوم والموضوع، ولا يُشترط سوى وحدة الواقعة التي قامت عليها كل من الدعويين الجنائية والمدنية. فمن الأصول المقررة أن للأحكام الجنائية مطلق الحجية بمعنى أنها ملزمة للكافة لتعلقها بحريات الأفراد وسلامتهم، وهو أمر يمس مصلحة المجتمع، ولذلك لا يجوز للمحكمة المدنية إذا ما عرضت

1 فرقد عبود، العارضي، مرجع سابق، ص 178.

2 قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001، ديوان الفتوى والتشريع.

3 حسن سعيد بن اللطف، الحكم الصادر بالإدانة، الطبعة الأولى، دار النهضة، 1989، ص. 40 وما بعدها.

4 عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م، الطبعة الثانية، ص 100 وما بعدها.

عليها ذات الواقعة التي فصل فيها الحكم الجنائي وكان فصله فيها ضرورياً أن تشكك أو تعيد النظر فيها ولو كانت الدعوى المدنية مرفوعة على من لم يكن ممثلاً في الدعوى الجنائية.¹

الفرع الثاني: الوصف القانوني للدعوى و التكييف القانوني.

تكييف الدعوى يقوم به قاضيها وهو عمل قانوني وإلزام قانوني على القاضي وبدون طلب من أحد الخصوم بان يكيف الطلبات والوقائع المعروضة عليه تكييفاً صحيحاً يتفق مع الوصف القانوني للجريمة من قبل المشرع ، وبالتالي فإن التكييف هو عمل قضائي ملزم قانوناً للقاضي² وبما أن النص على هذه القاعدة الأصولية للقضاء لن ينشئها بل يكشف عنها لذلك فإن القاضي ملتزم بالتكييف ، حيث إن التكييف ليس إلا من عمل القاضي لان الأخير عندما يكيف واقعة ما وفقاً لوصفها القانوني فإنه يوجد منطقة قانونية وفنية يجذب إليها الواقعة من الأسفل ويرتفع بها درجة إلى التكييف ، ثم يسحب القانون من خلال إنزاله من عليائه المجرد درجة إلى التكييف ، وبالتالي يعمل القاضي في تلك المنطقة على التقاء الواقع بالقانون وحينئذ يسهل تطبيق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الواقعة.³

هذا هو الاختلاف الواضح والبين الذي كان من الجدير الإشارة إليه بين مفهوم الوصف القانوني للجريمة والتكييف القانوني لها⁴ ، حيث إن الأدلة التشريعية القانونية وكذلك بعض الآراء الفقهية ومعظم الأحكام القضائية قد اتجهت إلى بيان إن الوصف القانوني ليس إلا تحديد النموذج القانوني لجريمة معينة وإعطائها إسم معين في إطار نص قانوني عقابي محدد من قبل المشرع يوضح فيه أن الفعل إذا توافرت فيه أركان جريمة معينة فإنه يوصف بذلك الوصف القانوني ، فالوصف القانوني هو أن فعلاً ما إذا توافرت فيه أركان جريمة معينة فإنه يوصف بكونه جريمة وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية⁵ ، أما التكييف فهو ليس إلا عمل أو تصرف قضائي أو نشاط ذهني قانوني يقوم به القاضي ومن خلاله يستبين بأن الواقعة المعروضة عليه تنطبق مع النموذج القانوني أو الاسم القانوني (الوصف القانوني) الذي حدده المشرع مسبقاً فيعلن عن حالة التطابق هذه في صورة حكم قضائي .

المبحث الثاني: السلطة المختصة في التكييف في مرحلة الاتهام.

لقد منح القانون للنيابة العامة بصفتها الجهة التي تمثل المجتمع وتتكفل بالدفاع عنه وتسعى بكل طاقاتها وإمكاناتها وتسخر جميع اللوجيستيات المادية والعينية القانونية والبشرية لتحقيق العدالة المتمثلة بمتابعة مرتكبي الأفعال الإجرامية التي تمثل إخلالاً بالعقد الاجتماعي الذي يربط ما بين المواطنين والدولة، سلطة تكييف الأفعال المرتكبة من قبل الأشخاص المتهمين بارتكابها مستعينة بذلك بالنصوص القانونية والملكات الفكرية والقانونية. لذا يتعين

1 رءوف، عبید - مبادئ الإجراءات الجنائية، دار الفكر الجامعي، 1989، ص 255.

2 أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الرابعة، 1981، ص 2033

3 فرقد عبود العارضي، الوصف القانوني للجريمة، مدونة الباحث محمد الروحاني، الثلاثاء 16 يوليو 2013، بحث منشور على الإنترنت،

www.rawhani70law.blogspot.com

4 للتوسع راجع: إبراهيم محمد محمود، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، سنة 1984، ص. 100 وما بعدها.

5 حسن صادق المرصفاوي، أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 564.

التعرف على هذه السلطة عن كذب لنكشف حدود صلاحياتها في عملية التكييف في مرحلة الإتهام والتي تمثل الأساس القانوني الذي ستنتقل بناءً عليه المحكمة والمفترض أن تكون عادلة.

المطلب الأول : سلطة النيابة العامة في التكييف القانوني :

عند عرض الواقعة على النيابة العامة بعد انتهاء الاستدلالات والتحقيقات تقوم النيابة العامة ، بتكييف الواقعة المطروحة ووصفها وقيدتها طبقاً لنصوص التجريم المناسبة ، ومن هنا يتضح أهمية التكييف الصحيح لواقعة الدعوى لأن التكييف غير الصحيح يؤدي الى خطأ فى تطبيق القانون ومن هنا تبدو أهمية التكييف بالنسبة للمحقق والقاضى والخصوم فى الدعوى الجنائية . ومن نص المادة 67 من قانون السلطة القضائية على أن " تمارس النيابة العامة الاختصاصات المخولة لها قانوناً¹ . ولها دون غيرها الحق فى رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " .

فيفهم من النص بأن النيابة العامة وبعد أن يتبين لها من نتيجة التحقيق أن أدلة إدانة المتهم كافية، فإنها صاحبة الاختصاص بإحالة المتهم إلى القضاء ، وإذا تم ذلك فإنها تقوم أيضاً بتمثيل الاتهام فى الدعوى الجنائية أمام المحكمة التي تمت إحالة المتهم أمامها . سواء كان تحريك الدعوى ضد هذا المتهم بناء على إجراء منها أو من غيرها ممن لهم حق تحريك الدعوى الجنائية ، مثل المدعي المدني في حالة الدعوى المباشرة .²

فالنيابة العامة هي المختصة بطلب توقيع العقاب على المتهم ، وتقديم الأدلة إلى المحكمة ، ومناقشه الشهود .

وهنا يجب أن تكون النيابة العامة طرفاً محايداً ، ويتجلى وجه حيادها في أنها لا تعاند أو تكابر إذا ظهر من مجريات المحاكمة أن الأدلة قبل المتهم قد انهارت ، بل يجب أن تطلب من المحكمة الحكم ببراءة المتهم . كما يتجلى كذلك حيادها في التزامها بأن تقدم للمحكمة كل الأدلة حتى تلك التي في صالح المتهم ، ذلك أن رسالتها هي معاونة القضاء على الوصول إلى حكم مطابق للقانون " التكييف " ولذلك ، فمن واجبها أيضاً أن تطعن في الحكم الصادر ولو لصالح المتهم ، فالنيابة العامة تمثل الصالح العام ، وتسعى إلى تحقيق موجبات القانون . وتجدر الإشارة بأن التكييف الصادر في قرار الإحالة لا يكون ملزماً بأي حال من الأحوال لقاضي الموضوع والمحكمة .

بل وأحياناً قد تخطئ النيابة في إنزال الوصف القانوني الصحيح للواقعة المعروضة عليها³ ، لأن إدراك الحقيقة معناه مرورها خلال نفسية الناظر إليها بقدر هذا النظر ومداه ثم خلوصه منها بصوره تتوقف على ما فى نفسيته من الحاسن والمساوى وبالتالى تتفاوت صورة الحقيقة جوده وسوءاً باختلاف الناظرين الى الحقيقة ذاتها فتختلف صورة الحقيقة باختلاف النفسية التي إنتقطها، كما يتوقف عمق الشعور بالحقيقة وعمق الإفصاح عنها على نوعية هذه النفسية فقد يكون أمر ما واضحاً لإنسان ولا يكون بذات الوضوح لإنسان آخر. والتقاط الحقيقة كما يتم بمعاينتها مباشرة يجرى باستخلاصها من معاينة الآخرين لها مع ما لهذه المعاينة من تأثير كذلك بنفسية من أداها كما في حالة استمداد الحقيقة من أقوال الشهود والخبراء ويشبه التقاط الحقيقة إدراك سبب المرض في عملية التشخيص الطبي فقد

1 قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002 ، ديوان الفتوى والتشريع .

2 ساهر الوليد، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، الطبعة الأولى، مركز الدراسات للنشر والتوزيع، غزة، فلسطين، 2015، ص 244 وما بعدها.

3 أحمد أبو الوفا، وصف الدعوى بوجوب نظرها على وجه السرعة، مجلة المحاماة، السنة 1957، 38-1958، ص 68.

يتعلق الطبيب بعرض ما من الأعراض ليفسره بوجود مرض من الأمراض يكون هو المرض القائم فعلاً لأنه فات الطبيب أن يدرك أعراضاً أخرى أو معطيات إضافية كان من شأنها أن تغير ما انتهى إليه من رأى خاطئ وربما قاتل للمريض 1.

فكما يحدث هذا في التشخيص الطبي يحدث كذلك في فهم الواقعة المطروحة على القاضي من حيث مغزاها وبواعثها والجاني الذي صدرت منه حقيقة وهو يفهم الواقعة عادة على ضوء تجارب الماضي ويفسر وقوعها مبدئياً لاستنتاج مجرد يظل مسيطراً عليه بينما يكون من الواجب العدول عنه تبعاً لنظرة أقصر سمواً لا تحيط بمعطيات القضية كلها .
ولربما يرجع هذا الخطأ في التكييف لعدة عوامل نورد بعضاً منها :

أولاً : أن المحقق يحكم أكثر مما يتفلسف ويدرك وبالتالي يحكم بظلم إذ يظن الواقعة مماثلة لشبهات بها حدثت في الماضي أو من المتصور حدوثها رغم أن للواقعة المطروحة خصوصية متميزة وتختلف عن تلك التي جعلها القاضي معها شيئاً واحداً. ومعنى ذلك هو المغالاة في الثقة بالنفس وفي الطمأنينة إلى حكمها والسبق إلى الرأي قبل اكتمال عناصر انطباعه والتزامه دون أي استعداد للرجوع عنها إما خمولاً عن بذل أي جهد إضافي وإما انصياعه للميل إلى عدم تخطئة النفس ولو استبان احتمال خطئها .

ثانياً : التقيد بأثر العادات الفكرية الراسخة في عمق النفس والتي ينشأ عنها استساعة للأشخاص أو استئثار لظلمهم على حسب مظهرهم فقد يكون شاهد ما قبيحاً رث الثياب ومع ذلك يصيب بشهادته كبد الحقيقة وقد يكون شاهد ما انيق المظهر واللفظ خفيف الظل ويبدى مع ذلك زورا وبهتانا وكذباً، أضف إلى ذلك أن الشخص زائع الصيت وبالغ المجد قد لا يكون في شهادته صادقاً لغرض في نفسه .

ثالثاً : وضع المحقق نفسه دون مناسبة موضع المتهم أو موضع المجني عليه في حين أن هناك فرقاً بيناً من حيث الحياة والظروف والتربية والبيئة بينه وبين هذا وذاك. فمن الواجب عليه في رقابته على نفسه لنفسه أن يتجرد من أي شعور يمكن أن يوجد صلة شخصية بينه وبين القضية المعروضة عليه تجعله كما لو كان طرفاً فيها. فعليه أن يقيم مسلك المتهم في القضية الجنائية أو مسلك أي خصم في قضية مدنية بمعيار موضوعي يسترشد فيه فضلاً عن حقيقة الأمر الواقع بالقيم الخلقية العليا. 2.

المطلب الثاني : سلطة المحكمة الجنائية في التكييف القانوني :

يجب على القاضي الجنائي أن يتحقق من مدى توافر الخصائص التي أوجبها القانون لتوافر الجريمة. ويكون ذلك بالتحقق من مدى تحقق الشرط المفترض وفقاً للقانون ، وتوافر النموذج القانوني للجريمة على هذا النحو ينبع أساساً من مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات . فاحترام هذا المبدأ يتطلب أن تتوافر شروط التجريم والعقاب كما أوجبها القانون في الوقائع المعروضة على القاضي . والخطأ في التكييف القانوني في هذا الشأن ينطوي على مخالفة لهذا المبدأ .

1عبد الواحد العلي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998، ص170-173.

www.facebook.com/we.allavocato/posts/

2عبد الفتاح مراد، أصول التكييف في المواد الجنائية، بحث منشور على شبكة الإنترنت،

ذلك أن الدستور حين جعل تحديد الجرائم والعقوبات بناءً على قانون جعل الكلمة الأولى في التجريم والعقاب للمشرع وحده. فليس للقاضي أن يضيف التكييف القانوني على الواقعة على نحو يخالف شروط التجريم والعقاب كما نص عليها القانون، سواء كان بالإضافة أو النقصان أو بالتعديل على أي نحو كان **1**.

فإن الدعوى تعتبر أمام المحكمة خليطاً من الواقع والقانون والقاضي عند تطبيقه للقانون لا يجد نفسه أمام نصوص تحتاج إلى التفسير والتطبيق وإنما يصادف مجموعة من الوقائع يتوقف على تحديدها اختيار القاعدة القانونية. وهو أيضاً في تفسيره للواقعة وتطبيقها لا يضع بحثاً قانونياً مجرداً وإنما يفصل في دعوى محددة لها ظروفها الخاصة ووقائعها الذاتية مما يؤثر في تحديد كلمة القانون و إذا كان الأمر كذلك أي خليطاً من الواقع والقانون وظروف خاصة بكل دعوى فإن القاضي يحتاج كل الاحتياج إلى ممارسة نشاط فكري يتصف بالمنطق حتى يحسم هذا الأمر فالقاضي متى أتم فهم الواقع في الدعوى فإنه يبحث عن ما يجب تطبيقه أي تنزيله من أحكام القانون على هذا الواقع. ولما كانت أحكام القانون مطلقات وعموميات تتناول أنواعاً وأعداداً من الحوادث لا تنحصر وكانت هذه الحوادث لا تقوم إلا معينة لكل معنى منها خصوصية ليست في غيره، فلا سبيل لتنزيل تلك الأحكام على هذه الحوادث إلا بعد معرفة أن ذلك المعنى يشمل ذلك المطلق أو ذلك العام **2**.

وقد يكون ما سبق صعباً وكله على كل حال فيه نظر واجتهاد وهذا الاجتهاد هو ما أسماه القانون في حاصل فهم الواقع في الدعوى إلى حكم القانون أو وضعه تحت عموم القاعدة القانونية المنطبقة. فتكييف القانون حادثاً أو أمراً أو عقداً أو تصرفاً هو تسميته إياه باسم قانوني يحصل به لمسمى هذا الاسم من أحكام وآثار قانونية فتكييف ما يقع في أخذ مال الغير بغير حق هو تسميته بأنه سرقة أو تبيد أو خيانة أمانه أو نصب ليطبق على الأخذ مادة العقوبة التي يستحقها على فعلته.

وتظهر أهمية وخطورة دور القاضي في هذا المجال لما يجري في وضع الألفاظ القانونية على وتيرة واحدة فهو يصفها مكتفياً فيها بما ترسمه عند السامع أو القارئ. فعلى القاضي أن يلتزم بمحدود واجبه تجاه التكييف القانوني للواقعة الجنائية، فلا يتقيد القاضي بالتكييف القانوني المرفوع به الدعوى كما ورد في أمر الإحالة الصادر من النيابة العامة أو في ورقة التكليف بالحضور أو في طلبات النيابة العامة، وإنما يتعين عليه أن يضيف على الواقعة المعروضة عليه التكييف القانوني السليم.

وكذلك لا يتقيد القاضي بالتكييف القانوني الذي أثبتته غيره من جهات القضاء، **3** ويستوي أن تكون هذه الجهة هي من قضاء التحقيق أو قضاء الحكم (محكمة أول درجة) . فعلى قضاء الحكم أن يراجع مدى صحة التكييف القانوني الذي انتهى إليه قضاء التحقيق، و يجب على المحكمة الاستثنائية أن تراجع أيضاً مدى سلامة التكييف الذي انتهت إليه محكمة أول درجة. وكل ما تتقيد به هذه المحكمة هو أن لا تضر بمركز المتهم إذا كان هو المستأنف

1 محمد صالح القويزي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية المقترنة بدعوى مدنية، بحث مقدم للمؤتمر التاسع لإتحاد المحامين العرب والمنفذ في القاهرة، فبراير 1967، بغداد مطبعة الإرشاد، 1967، ص 23 و 24.

2 عبد الفتاح، مراد، المرجع السابق، ونفس الموقع الإلكتروني. بدون صفحه

3 عمر السعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية (قواعد المحاكمة)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1984، ص 79.

الوحيد . وفي هذه الحالة الأخيرة لا يجوز لمحكمة النقض أن تراقب المحكمة الإستثنائية في التكييف القانوني الذي انتهت إليه لأن قضاءها كان مقيداً بحد إجرائي يقيد سلطتها في التكييف القانوني¹.

إن تغيير المحكمة للتكييف القانوني للواقعة ليس محض رخصة للمحكمة بل هو واجب عليها . فعليها أن تمحص الواقعة المطروحة عليها بجميع أوصافها و أن تطبق عليها نصوص القانون تطبيقاً صحيحاً . فليس للمحكمة أن تقضي بالبراءة في دعوى قدمت إليها بوصف معين إلا بعد تقليب وقائعها على جميع الوجوه القانونية والتحقق من أنها لا تقع تحت أي وصف قانوني من أوصاف الجرائم المستوجبة قانوناً للعقاب . وتطبيقاً لذلك قضي بأنه اذا كانت الواقعة المرفوعة بها الدعوى بفرض صحتها لا تكون جريمة سرقة و إنما هي جريمة خيانة أمانه ، و أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي في الدعوى بالبراءة من تهمة السرقة لأنه كان لازماً عليها في هذه الحالة أن تعدل الوصف الواقعة إلى خيانة أمانه وتقضي في الدعوى وفقاً لهذا الوصف الأخير، بشرط عدم الإخلال بحق الدفاع . وواجب المحكمة في تقليب الواقعة على كافة أوصافها القانونية المحتملة ، التي توجب تطبيق المحكمة لنصوص القانون تطبيقاً صحيحاً على واقعه الدعوى المطروحة عليها باعتبارها صاحبة الولاية في الفصل فيها .

المطلب الثالث : التزاحم بين الكيوف القانونية :

" التعدد الظاهري بين النصوص "

قد تخضع واقعه إجرامية واحده لعدة نصوص قانونية في وقت واحد على نحو يضيف عليها عدة كيوف قانونية لكل منها عناصرها المستقلة² . مثال ذلك اذا هتك شخص عرض شخص آخر بالقوة في الطريق العام . هذه الواقعة تخضع لنصين في قانون العقوبات ، أحدهما يعاقب على هتك العرض بالقوة ، والأخر يعاقب على ارتكاب فعل فاضح مخل بالحياء علنا . في هذا المثال توافرت في كل تكييف قانوني العناصر التي حددها القانون دون تناقض ، وكل هذه الكيوف لازمة لتجريم الواقعة التي آتاها الجاني . ويتوافر في هذه الحالة التعدد المعنوي بين الجرائم .

ويتميز هذا التعدد بأن أركان كل جريمة لا تتطابق تمام التطابق مع الجريمة الأخرى، أي أن الكيوف القانونية للواقعة غير متطابقة . ولا يوجد بينها تكييف شامل يتلغ غيره من الكيوف . وهنا لا يُسأل الجاني إلا عن التكييف الأشد وحده دون الكيوف الأخرى الأخف ، فلا يطبق عليه أي جزاء يقتضيه التكييف الأخف ، سواء كان أصلياً أو تبعياً أو تكميلياً . ويجول الحكم عليه عن الجرائم ذات التكييف الأشد دون محاكمته عن الجريمة ذات التكييف الأخف . لأنه لا يجوز محاكمته عن فعل واحد أكثر من مرة واحدة . وقد تخضع واقعة إجرامية واحده لعدة نصوص قانونية واحده ، وهذا ما يُسمى بالتزاحم بين الكيوف القانونية " التعدد الظاهري بين النصوص " ، إلا أن الكيوف القانونية التي تضيفها على هذه الواقعة لا تستقل بعناصر متميزة عن غيرها بل توجد بينها قواسم مشتركة³ مثال ذلك إذا سرق شخص من مكان مسكون ، فإن هذه الواقعة تخالف ثلاثة نصوص في قانون العقوبات الفلسطيني هي المادة 332 والتي تعاقب على السرقة البسيطة ، المادة 334\1 التي تعاقب على السرقة من مكان مسكون ، والمادة 326 التي

1. أسامة عبد ربه أبو جامع، تكييف الواقعة الإجرامية في القانون الجزائي الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2016، ص100 وما بعدها

2 محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، 1989، ص901.

3 محمود سعيد نمور، دراسات في فقه القانون الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون سنة نشر، ص148.

تعاقب من يدخل بيتا مسكونا بقصد ارتكاب جريمة فيه . ولا يتوافر في هذا التعدد بين الكيوف القانونية صفة التعدد الحقيقي لأن نموذج أحد الكيوف القانونية المتزاممة يشمل سائر الكيوف الأخرى . فمثلا تكييف السرقة من مكان مسكون يشمل عناصر كل من تكييف السرقة البسيطة ، وتكييف دخول منزل بقصد ارتكاب جريمة .

وهكذا يتضح أن التعدد الصوري بين الكيوف القانونية للواقعة الواحدة يتوافر بين تكييف شامل وكيوف أخرى جزئية .

ويتجلى ذلك التزامم بوضوح في الواقعه التي تتوافر فيها ظروف مشددة . فواقعة القتل المقترن بجناية أخرى لها تكييف قانوني يشمل كلاً من القتل والجناية الأخرى المقترنة . ويتزاحم مع هذا التكييف الشامل التكييف الخاص بالظروف المشدد وهو الجناية المقترنة بالقتل . وعند التزامم بين الكيوف القانونية لا بد أن يتغلب التكييف القانوني الشامل على الكيوف القانونية الجزئية ، فيعتد به وحده . وفي هذه الحالة تتوافر جريمة واحدة هي ذات التكييف الشامل. 1

الخلاصة ، بأن هذا النوع من التعدد بين الكيوف القانونية هو تعدد ظاهري بحت ، لأن النص الذي يُعطي تكييفاً أكثر شمولاً هو وحده الواجب التطبيق . هذا بخلاف الحال عند التعدد الحقيقي لكيوف تداخلت فيما بينها. 2

المبحث الثالث : سلطة تعديل التكييف من قبل المحكمة المختصة :

بعد الانتهاء من صياغة قرار الإحالة تقوم النيابة تحريك الدعوى أمام القضاء للنظر فيها ، فدور القاضي لا يقل أهمية عن دور النيابة بل إنه هو المناط به فحص كل التكييفات المحتملة تطبيقها على الوقائع موضوع المحاكمة ، فهو يتمتع في إطار الخصومة بسلطة واسعة ، إذا عمل هذه السلطة في تفسير التكييفات القانونية المحددة ، وكذلك تراقب محكمة النقض المنطق القضائي المتعلق بالقانون ، وتحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ، وقد قسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب وهي على التوالي :

المطلب الأول : سلطة إعادة التكييف من قبل المحكمة المختصة :

إعادة التكييف " تغيير التكييف " يقصد به : العملية الذهنية المتمثلة في إنزال حكم القانون على الواقع ، أو إدراج الواقع في طائفة محده ، أو حتى بيان القاعدة القانونية الواجب أعمالها على الواقعة المطروحة .

فالتكييف كما قلنا سابقاً يستلزم على وجه الخصوص في الغالب الأعم تفسير مسبق للقاعدة القانونية واجبة التطبيق . ومع أن ذلك يتحقق بطريقة واضحة في النطاق القضائي ، فإن التفسير يغير في القواعد التي يتكون منه .

وعملية التكييف ليست مجرد فن أو آلية محايدة تختص بها النيابة العامة وحدها ، إنما هي أيضا في المقام الأول موضوعها سلطة موزعه بين المشرع والقضاة ، والمديرين ، والأفراد. 3

1تحكم عملية حل مشكلة التنازع الظاهري للنصوص في التكييف القانوني قواعد متعددة أهمها أن النص الخاص يقيد العام، والنص الطويل المدى يستوعب النص القصير. للمزيد راجع: أديب إستانبولي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دون دار نشر، 1994، ص253 وما يلها.

2 أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، 1995، ص536.

3عبد الحميد الشواربي، سلطة المحكمة الجنائية في تكييف وتعديل وتغيير وصف الاتهام، الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989، ص65.

ومن المهم بمكان أن نذكر بأن إمكانية تغيير التكييف أثناء سير الخصومة يقيد بضرورة أن يتوافق ذلك مع حسن إدارة الدعوى، مع الاحترام الصارم لحقوق الدفاع 1.

فالحكمة تسعى إلى إضفاء التكييف الصحيح على الواقعة المعروضة أمامها، في سبيل ممارسة واجبها في إضفاء التكييف القانوني السليم على الواقعة، فهي إما أن تنقص بعض العناصر المرفوعة بها الدعوى، أو أن تضيف عناصر جديدة إلى ذات الواقعة.

الالتزام بإعادة التكييف في المواد الجنائية يستنبط مباشرة من نص المادة 308\1 من قانون الإجراءات المصري التي تنص على " أن للمحكمة أن تغير في حكمها الوصف القانوني للفعل المسند للمتهم ولها تعديل التهمة بإضافة الظروف المشددة التي تثبت التحقيق أو من المرافعة في الجلسة، ولو كانت لم تذكر بأمر الإحالة أو التكييف بالحضور 2، وهو ما قضت به أيضا المادة 351 من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي، أما عن المشرع الفلسطيني لم يضع نص صريح في تعديل الوصف القانوني.

ويجرى القضاء الجنائي على وضع مبدأ مفاده أن القاضي غير مقيد بالتكييف المقرر للتهمة، وله حق بل عليه واجب وصف الواقعة التي ينطبق عليها القانون الجنائي، وذلك بعد أن يتحقق من عدم انطباق النصوص الواردة في أمر الإحالة، ويختص بفحص ما إذا كانت الأفعال المسندة للمتهم لا ينطبق عليها نصوص جنائية أخرى سارية وقت ارتكابها. هذا الالتزام مرتبط مباشرة بالتحقق منه مادياً، ومن ثم بوظيفة قاضي الوقائع.

فتغيير التكييف من قبل المحكمة _ قاضي الموضوع _ للواقعة قد يتم بإنقاص بعض العناصر المرفوعة بها الدعوى، فقد ترى المحكمة وهي بصدد بحث الوقائع المرفوعة بها الدعوى بأن ثمة عناصر من هذه الوقائع لم تثبت، وفي هذه الحالة يجوز لها أن تغير وصف التهمة وفقاً للواقعة بعد إنقاص ما لم يثبت من عناصر.

فيجوز للمحكمة أن تعاقب المتهم على القبض بدون وجه حق رغم اتهامه بالقبض مع التعذيبات البدنية إذا لم تتوافر هذه التعذيبات. كما يجوز لها أن تغير وصف التهمة من المساهمة في الجريمة كفاعل أصلي إلى المساهمة فيها كشريك، أو أن تسقط عن المتهم ظرف سبق الإصرار، مادام ذلك مبنياً على الواقعة التي رفعت بها الدعوى بعد إسقاط عنصر فيها. ويجوز لها أن تغير وصف التهمة من قتل عمد إلى ضرب أفضى إلى الموت، ويجوز لها أن تقصر جريمة عرض الرشوة على المبلغ المدفوع يوم ضبط الواقعة دون المبلغ كله الذي تظاهر الموظف بطلبه 3.

ولها تعديل التكييف القانوني للواقعة بإضافة عناصر جديدة إليها، قد تقضي سلطة المحكمة في تمحيص الواقعة بجميع أوصافها القانونية بإضافة بعض العناصر إلى الواقعة المرفوعة بها الدعوى.

فلمحكمة تعديل التهمة بإضافة عناصر جديدة التي تثبت من التحقيق أو من المرافعة في الجلسة ولو كانت لم تذكر بأمر الإحالة أو التكييف بالحضور.

1 وهابي، يوسف، إعادة التكييف الجنائي وحقوق الدفاع على ضوء قانون المسطرة الجنائية المغربية، مجلة المحاكمة، عدد 2، المملكة المغربية، ص 22.

2 قانون الإجراءات الجنائية المصري، رقم (74) لسنة 2007.

3 عبد الحميد الشواربي، سلطة المحكمة الجنائية في تكييف وتعديل وتغيير وصف الإتهام، مرجع سابق، ص 69.

ومن تطبيقات سلطة المحكمة في تعديل التكييف القانوني إضافة ظرف سبق الاصرار أو التردد إلى القتل، أو أن يتم إضافة ظرف الاقتران بجناية أو الارتباط بجنحة إلى جريمة القتل، أو تعديل تهمة الضرب المفضي إلى عاهة مستديمة إلى ضرب مفضي إلى موت أو إلى قتل عمد.¹

ومن ناحية أخرى فيجوز للمحكمة قبل أن تضيف العناصر الجديدة أن تنقص بعض عناصر الواقعة المعروضة أمام المحكمة. فإذا كانت التهمة المرفوعة بها الدعوى هي شروع في القبض بدون وجه حق المصحوب بالتعديبات البدنية، فيحق لها اسقاط عنصر التعديبات وإضافة عنصر تمام القبض إلى عنصر الشروع فيه فتكون التهمة السليمة هي قبض بدون وجه حق.

وتجدر الإشارة بأن التغيير المحظور هو الذي يقع في الأفعال المؤسسة عليها التهمة، أما التفصيلات التي ترد في بيان التهمة بقصد إحاطة المتهم بها، فإن للمحكمة أن تردّها إلى وضعها الصحيح مادامت لا تخرج عن نطاق الواقعة كما وردت في أمر الإحالة أو التكييف بالحضور.²

وجدير بالذكر و إعمالاً لمبدأ شفوية المرافعة لا يجوز للمحكمة أن تستخلص العناصر الجديدة التي أضافتها إلى الواقعة الإجرامية الأصلية إلا من خلال أوراق الدعوى ممثلة إما في محضر الاستدلالات أو في التحقيق الابتدائي أو في التحقيق الذي أجرته المحكمة، فلا يجوز لها أن تسند إلى المتهم واقعه لا أساس لها من الأوراق التي إطلع عليها الخصوم، كما إذا كانت النيابة العامة قد قدمت للمحكمة أثناء حجز القضية للحكم سواء أوراقاً أو مستندات لم تدر حولها المرافعة أو لم يطلع عليها المتهم.

وعليه لا بد تنبيه المتهم كلما ترتب على التغيير أو التعديل الذي تحدّثه المحكمة في التكييف القانوني للواقعة اثاراً نقاط جديدة تؤثر في مدى مسؤولية المتهم، ويتحقق ذلك في الحالتين الآتيتين:³

إذا تم تغيير وصف التهمة دون إضافة وقائع جديدة، إلا أن هذا التغيير أدى إلى محاكمته بوصف أشد من الوصف الذي رفعت به الدعوى.

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه إذا كانت الواقعة قد رفعت على المتهمين بوصف الاعتياد على ممارسة الدعارة مثلاً فرأت المحكمة أن الوصف الصحيح للواقعة هو أن المتهمين حرّضوا الغير على ارتكاب الدعارة، وكانت العقوبة بهذا الوصف أشد، فإنه يتعين على المحكمة أن تنبه المتهمين لهذا الوصف.

تعديل وصف التهمة (أي إضافة عناصر جديدة إلى الواقعة المرفوعة بها الدعوى) ويستوي في هذه الحالة أن يكون هذا التعديل لصالح المتهم أو ضده، لأن إضافة أي عنصر جديد يتعين تنبيه المتهم إليه.

كما يستوي أن تكون المحكمة قد أسقطت بعض عناصر الواقعة مقابل إضافة عناصر جديدة إليها.

1 محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، 1984، ص 851.

2 مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي الناشر دار الفكر العربي، 1979، ص 140.

3 أحمد فتحي، سرور، مرجع سابق، ص 163 وما يليها.

المطلب الثاني : رقابة محكمة النقض على التكييف الجنائي :

إن أي تغيير في التكييف القانوني للوقائع من حيث التجريم والعقاب ، يعني الخروج عن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات . فهذا المبدأ ليس موجهاً إلى المشرع وحده ، بل هو موجه أيضاً إلى القاضي كما قلنا آنفاً ، فهو الذي يطبق هذا المبدأ على الوقائع المعروضة عليه . فإذا تجاهل تطبيقه ، بأن أضفى على الوقائع تكييفات قانونية خاطئة ، كان معنى ذلك عدم إحترام إرادة المشرع في التجريم والعقاب ¹ . فالتكييف القانوني للواقعة يعبر عن هذه الإرادة . وكل خطأ في التكييف يعني تجاهلها أو مخالفتها . ولا يمكن أن تحل إرادة القاضي محل إرادة المشرع في تكييف الجرائم . ومن هنا كان مصدر واجب القاضي بالتكييف القانوني السليم لواقعة الدعوى المفروضة عليه هو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات . وبالتالي هذا الالتزام له طبيعة دستورية . وإذا كانت محكمة النقض تراقب صحة التكييف القانوني في الطعون المدنية ، لضمان حسن تطبيق القانون ، فإن الأمر يبدو أكثر خطورة وأهمية في الطعون الجنائية ، لأنه يتصل بمبدأ دستوري هو احترام شرعية الجرائم والعقوبات ² .

رقابة محكمة النقض على توافر القاعدة القانونية الواجبة التطبيق : تمارس محكمة النقض سلطتها في الرقابة على تطبيق القانون في ضوء القاعدة القانونية الواجبة التطبيق . فهذه القاعدة هي المقدمة الكبرى للمنطق القضائي الذي يقوم عليه الحكم .

ويتطلب ذلك التحقق من وجود النص القانوني الذي يحكم القاعدة القانونية وعدم سبق إلغائه صراحة أو ضمناً ، وانطباق هذا النص ، مما يستبعد رجعية النصوص الجنائية إلا إذا كان في صالح المتهم . وبطبيعة الحال يجب أن يكون النص مطابقاً للدستور ، فإذا ثارت منازعة جدية حول عدم الدستورية ، سواء من تلقاء نفس المحكمة أو بناء على طلب الخصوم ، اختصت المحكمة الدستورية العليا ببحث المسألة الدستورية محل البحث وفقاً للإجراءات التي نص عليها قانون المحكمة الدستورية العليا .

فيختص القاضي بتفسير النص الواجب التطبيق ، مع عدم جواز القياس في نصوص التجريم والعقاب ، وتراقب محكمة النقض المنهج القانوني في التفسير للتحقق من أن القاضي قد توخى إرادة المشرع في تحديد المصلحة المحمية وكيفية حماية هذه المصلحة ³ .

وعلى هذا النحو فإن محكمة النقض تراقب محكمة الموضوع في تحديد العناصر القانونية للجريمة كالبدء في تنفيذ الجريمة ، والقصد الجنائي ، والخطأ غير العمدي وعلاقة السببية والعلانية ، ومعنى الاختلاس في السرقة ، وغير ذلك من العناصر القانونية لمختلف الجرائم .

1 حمدي السعدي و محمد باره، التكييف القانوني في المواد الجنائية، دراسة مقارنة في موضوع تعدد الجرائم وتنازع الأوصاف، منشورات مجمع الفاتح للجامعات، 1989، ص 204 .

2 راجع للإستفادة: سعاد حنا الصايغ، النقض الجزائي في فلسطين وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001 والقانون المصري المقارن، الطبعة الأولى، مكتبة ومطبعة دار المنار، 2001، ص 366 .

3 حمدي السعدي و محمد باره، مرجع سابق، ص 203 .

المطلب الثالث : أثر تعديل التكييف الجنائي على الاختصاص النوعي :

إن المشرع الفلسطيني حدد اختصاص المحاكم على النحو التالي في المواد (39،40،41) حيث منح محكمة البداية ضمن نطاقها الجغرافي صلاحية الولاية العامة في نظر جميع الدعاوى والطلبات التي لا تدخل في اختصاص محاكم الصلح (المادة 41) هذا بالإضافة الى صلاحيتها في نظر الاستئنافات المرفوعة إليها طبقاً للقانون.

الاختصاص النوعي لمحكمة الصلح : طبقاً لنص المادة (39) فإن محاكم الصلح تختص نوعياً بنظر بعض الدعاوى¹، وعلّة هذا الاختصاص هو كثرة هذه الدعاوى في العمل مما يقضي أن تكون قريبة من المتقاضين هذا بالإضافة الى كونها أقل أهمية من القضايا الأخرى أو أنها لا تحتاج الى جهد متميز ونوعي في النقاش القانوني.

أما بالنسبة للاختصاص الجزائي لمحكمة الصلح فهي كالتالي :

البت في طلبات تمديد توقيف المتهمين للمدد المقررة في القانون .

النظر في طلبات الافراج عن المتهمين الموقوفين .

الإذن بمراقبة المحادثات السلوكية واللاسلكية و إجراء تسجيلات لأحاديث في مكان خاص .

الحكم في جميع المخالفات و الجنح الواقعه ضمن دائرة اختصاصها ، ما لم ينص القانون على خلاف 2.

هذا هو اختصاص المحاكم الجزائية وبالتالي فتكييف نوع الواقعه لا يخرج عن نقاط التقسيم الثلاثي (الجنائيات - الجنح - المخالفات) وقد رتب هذا التقسيم نتائج هامة من حيث قانون العقوبات و قانون الإجراءات الجزائية ، وكذلك من حيث نظر المحكمة المختصة لكل واقعه .

فتثور الصعوبة إذا ما أحالت المحكمة الواقعه على أساس بأنها جنائية مثلاً إلى محكمة الجنائيات، ومن بعد دراسة ملف الدعوى تنتبه المحكمة بأن قرار الإحالة قد جانب الصواب وأن الواقعة تكيف على أساس جنحة مثلاً لتخلف أحد الأركان مثلاً . ومن أمثلة تعديل وصف التهمة ، إذا عدلت المحكمة وصف التهمة من فاعل أصلي في التزوير إلى اشتراك فيه بناء على عنصر جديد لم يرد في أمر الإحالة . فإذا تبين للمحكمة أن التكييف القانوني السليم للواقعة الجنائية المعروضة عليها يخرج عن نطاق اختصاصها النوعي ، وجب عليها أن تحكم بعدم الاختصاص .

الخاتمة :

إن التكييف كفن أو كإجراء ضروري وأساسي في تحقيق القانون يتكون من تطبيق القاعدة أو من إدراج الواقعة في طائفة قانونية . وهذا لا يمكن الحصول عليه إلا بعد حل التنازع في التكييفات ، أو تكملة الثغرات في النظام القانوني محل الاعتبار .

فالتكييف يسمح باستخلاص الأثر القانوني للقاعدة واجبة التطبيق أو النظام القانوني المتعلق بطائفة معينة ، بمعنى التثبت من الوقائع . فكل حكم قانوني يتضمن مرحلتين ،أولها مجابهة الواقع بالقانون والثاني استنباط النتائج من

1 عبد الله، الفراء، المختصر في أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، 2013، ص151 وما بعدها.

2 ياسين المشهداني، التهمة وتطبيقها في القضاء الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص116

هذا التشخيص أو الوصف الأولي، و يتمثل في التثبيت بطريقة موضوعية لمطابقة الواقعة لنموذجها المحدد، بينما الثانية فهي على حسب الأحوال حر أو مقيد.

ونظراً لأن تصرفات القضاة لا تؤسس إلا على القانون فإنهم مجبرين على الالتزام بالتكييف و ترتيباً على ذلك، فإن الخطأ في التكييف يعد سبباً لبطلان القرار القضائي .

ومن خلال هذا البحث تبين لنا مجموعة من النتائج و التوصيات :

- النتائج :

يتوجب على القاضي التمييز ما بين التكييف الإجرائي والتكييف الموضوعي، ومن ثم يتعين عليه إضفاء التكييف القانوني السليم على الوقائع القانونية المعروضة عليه .

إن آلية التكييف الاجرائي يجب أن تكون على الإطلاق محايدة، و تقتصر على البحث في الوقائع المضمون الخفي للنظام القانوني .

يتميز التكييف القانوني عن إثبات واقعه، في أن الواقع هو درجة كبرى من الاحتمال، أما التكييف القانوني فهو حقيقة و يقين .

التعدد بين الكيوف القانونية هو تعدد ظاهري بحت، فالنص الذي يعطي تكييفاً أكثر شمولاً هو وحده الواجب التطبيق .

إن عملية التكييف تنسجم مع تحقيق العدالة فكلما كان التكييف سليماً كلما كانت العدالة أقرب إلى الكمال.

- التوصيات :

يجب على محكمة النقض بحكم وظيفتها أن تبسط رقابتها على جميع أنواع التكييف القانوني أياً كانت الألفاظ التي استعملها المشرع . لان التكييف الجنائي له ارتباط وثيق بتحقيق العدالة المرجوة.

توخي الدقة من قبل رجال النيابة العامة في عملية إصباغ الوصف القانوني على القضايا المعروضة أمامهم.

توخي القضاة للدقة في عملية تعديل التكييف القانوني الممنوح من قبل النيابة العامة لأن الخطأ غير مقبول في مواد تمتاز بالخطورة البالغة هي المواد الجنائية.

ضرورة مراجعة النصوص القانونية التي تحتمل أكثر من معني بشكل يساير التطور الحاصل في مستوى ونوع الجريمة لتسهيل على السلطة المكلفة بالتكييف إصباغ الوصف القانوني السليم.

❖ المراجع :

• الكتب والمؤلفات :

- إبراهيم محمد محمود، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، سنة 1984.
- أحمد فتحي، سرور، النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الرابعة، 1981.
- أديب إستانبولي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دون دار نشر، 1994.
- أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، 1995.
- بوشنه نور الدين، إشكالية التكييف القانوني في الميدان الجزري، أعمال ندوة محكمة الاستئناف في الرباط المملكة المغربية، 1997.
- جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات المصري، منشأة المعارف، 1989.
- جواد الرهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية، بدون مكان طبع، بدون مكان نشر، 2004.
- حمودة محمود علي، النظرية العامة في تسيب الحكم الجنائي ومراحل المختلفة، الطبعة الأولى، بدون دار نشر أو سنة.
- حسن سعيد بن اللطف، الحكم الصادر بالإدانة، الطبعة الأولى، دار النهضة، 1989.
- حسن صادق المرصفاوي، أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
- حمدي السعدي و محمد باره، التكييف القانوني في المواد الجنائية، دراسة مقارنة في موضوع تعدد الجرائم وتنازع الأوصاف، منشورات مجمع الفاتح للجامعات، 1989.
- رءوف، عبيد - مبادئ الإجراءات الجنائية، دار الفكر الجامعي، 1989.
- ساهر الوليد، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، الطبعة الأولى، مركز الدراسات للنشر والتوزيع، غزة، فلسطين، 2015.
- سعاد حنا الصايغ، النقض الجزائي في فلسطين وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001 والقانون المصري المقارن، الطبعة الأولى، مكتبة ومطبعة دار المنار، 2001.
- شحاتة محمد نور الهدى، سلطة التكييف في القانون الإجرائي، دار النهضة العربية، بدون طبعة أو سنة.
- عبد العظيم مرسي وزير، الشروط المفترضة في الجريمة، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، 1983.
- عبد المنعم العوضي، قاعدة تقيد المحكمة الجنائية بالاثهام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1973، ص 262..
- عبد الرءوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
- عبد الواحد العلمي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998.
- عمر السعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية (قواعد المحاكمة)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1984.
- عبد الحميد الشواربي، سلطة المحكمة الجنائية في تكييف وتعديل وتغيير وصف الاتهام، الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989.
- عبد الله، الفراء، المختصر في أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، 2013.
- فخري عبد الرزاق الحديثي، الأعدار القانونية المخففة للعقوبة، دراسة مقارنة، جامعة بغداد، 1979.
- محمد علي سويلم، تكييف الواقعة الإجرامية، دراسة تحليلية وتأصيلية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2000.
- محمود عبد ربه القبلاوي، التكييف في المواد الجنائية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2003.

- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، 1989.
- محمود سعيد نمور، دراسات في فقه القانون الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون سنة نشر.
- مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي الناشر دار الفكر العربي، 1979.
- محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، 1984.
- ياسين المشهداني، التهمة وتطبيقاتها في القضاء الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
- رسائل الماجستير :
 - أسامه عبد ربه أبو جامع، تكييف الواقعة الإجرامية في القانون الجزائي الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2016.
- الأبحاث والمقالات :
 - أحمد أبو الوفا، وصف الدعوى بوجوب نظرها على وجه السرعة، مجلة المحاماة، السنة 38، 1957-1958.
 - محمد صالح القويزي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية المقترنة بدعوى مدنية، بحث مقدم للمؤتمر التاسع لإتحاد المحامين العرب والمنفذ في القاهرة، فبراير 1967، بغداد مطبعة الإرشاد، 1967.
 - يوسف، وهابي، إعادة التكييف الجنائي وحقوق الدفاع على ضوء قانون المسطرة الجنائية المغربية، مجلة المحاكمة، عدد 2، المملكة المغربية.
- أبحاث منشوره على شبكة الإنترنت :

www.rawhani70law.blogspot.com

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=16529>

www.facebook.com/we.allavocato/posts/

• القوانين والتشريعات :

- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001.
- قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001، ديوان الفتوى و التشريع.
- قانون الإجراءات المصري، رقم (74) لسنة 2007.
- قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002 ، ديوان الفتوى و التشريع .

رقابة القضاء الوطني على الأثر المباشر للاتفاقيات الدولية



إعداد الأستاذ : سفيان عبدلي

جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر

مختص في القانون الدولي وحقوق الإنسان

Email : abdelli.sofiane@gmail.com

مقدمة :

عادة ما تتضمن الاتفاقيات الدولية بنوداً ومصطلحات غامضة، تلتزم بموجبها الأطراف المتعاقدة باحترام الحقوق المقررة، وليس بتقرير حقوق للأفراد، وهو ما يبعث على الاعتقاد بأنه مجرد التزام دولي على الدولة وليست قاعدة ذات تطبيق مباشر في النظام القانوني الداخلي. وكان الاجتهاد القضائي في السابق يمنح اهتماماً كبيراً لصياغة بنود المعاهدات كتلك التي تبتدئ بصياغة أن "الدول تلتزم *les Etats'engagent...*" أو أن "الدول تسهر على *les... Etatsveillent à*".

إن غموض العمل التعاقدية، لتلك الدول، فتحال إمكانية للقاضي للتدخل عبر تقنيات التفسير. وهكذا، وفي العديد من الفرضيات، فدقة البنود التعاقدية من شأنه رفع اللبس حول مدى تطبيقها مباشرة. فكلما كانت القاعدة واضحة ودقيقة كلما اعترف لها القضاة، تلقائياً، بالأثر المباشر. ويصبح كل هذا من السهل قبوله في ظل وجود قاعدة، احترامها، لا يتطلب سوى امتناع من جانب الدولة المتعاقدة، وكلما كان توفير الوسائل من جانب السلطات العامة ضرورياً.

وهكذا، أدى التدخل القضائي لتطبيق وتفسير المعاهدات الدولية لمواجهة القضاة الوطنيين للعديد من الصعوبات، نتيجة التعامل مع مختلف قواعد الاتفاقيات الدولية وتزداد الصعوبة حدة كلما تعلق الأمر بمعاهدات

حقوق الإنسان، لاسيما تلك المتعلقة منها بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، نظرا لاحتجاج الأفراد أكثر فأكثر بالقانون الدولي الاتفاقي لحقوق الإنسان لتأسيس مطالبهم القضائية.

من هنا، صُغنا الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة كما يلي: ما هي المعايير المعتمدة من قبل القضاء الوطني للدول للإقرار بالأثر المباشر للاتفاقيات الدولية؟

يتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات مرتبطة ببنية الأفكار المشكلة لموضوع الدراسة ولعل أهمها: إلى أي مدى أسهم القضاء الوطني للدول في تطوير تلك المعايير؟ وما أثرها على حق الفرد في الاحتجاج بالمعاهدات الدولية أمام القضاء الوطني؟

لمعالجة هذه الإشكاليات، ارتأينا تقسيم الدراسة إلى مطلبين رئيسيين. تناولنا في المطلب الأول، مفهوم الأثر المباشر للاتفاقيات الدولية، ثم تطرقنا في المطلب الثاني إلى المعايير القضائية لتقرير الأثر المباشر للاتفاقيات الدولية. المطلب الأول: مفهوم الأثر المباشر للاتفاقيات الدولية.

من حيث المبدأ، الأثر المباشر لاتفاقية دولية ما، هو وليد إرادة الأطراف المتعاقدة. وقد تظهر هذه الإرادة بشكل صريح في المعاهدات الدولية، كما هو الحال في الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (المادة الأولى). ومع ذلك، لم يعد معيار إرادة الدول الأطراف هو الوحيد المعول عليه في هذا المجال.

يعبر عن مفهوم الأثر المباشر بعدة مصطلحات؛ القابلية للتطبيق المباشر *l'applicabilité directe* ويوصف بطابع التطبيق-التلقائي *caractère exécutoire* أو ذاتية التطبيق *Self-executing*. ويقصد بالأثر المباشر فتح الإمكانية للمتقاضين لإثارة القاعدة الدولية والاحتجاج بها مباشرة أمام القاضي الوطني، دون الحاجة لتبني إجراء مسبق لتنفيذها في النظام القانوني الداخلي. فبعد تأكد القاضي من استتقبال المعاهدة على المستوى الداخلي عبر تقنية التصديق أو غيرها، يبحث في نية الأطراف في منحها أثرا تطبيقيا مباشرا من عدمه، ثم يفحص مدى قابلية قواعدها للتطبيق المباشر بمعاينة الطابع الكامل والدقيق للقاعدة المعنية.

إجمالا يمكن القول أن الفقه القانوني درج على تعريف الأثر المباشر عبر مفهومين، سنوردهما تباعا.

الفرع الأول: المفهوم الضيق.

يقوم المفهوم الضيق للتطبيق المباشر على عنصرين اثنين هما: عدم اشتراط اتخاذ تدابير تنفيذية مسبقة للعمل بالحكم الاتفاقي الخاص بحقوق الإنسان من قبل القضاء الوطني وقدرة هذا الحكم على إنشاء حقوق لصالح الأفراد. وهكذا، أسهم شرط عدم اشتراط اتخاذ تدابير تنفيذية مسبقة في الواقع بالتفرقة بين التطبيق المباشر للاتفاقيات حقوق الإنسان والتطبيق الفوري *l'application immédiate* لهذه الاتفاقيات، وهما مفهومان يجري الخلط بينهما في العادة. فالتفرقة بين مفهومي "التطبيق المباشر" و "التطبيق الفوري" تعني في حقيقتها التفرقة بين "التدابير التنفيذية *les mesures d'exécution*" و "تدابير الإدخال *les mesures d'introduire*" التي يجري العمل بها

على الصعيد الوطني بشأن الاتفاقيات والمعاهدات الدوليّة. وينصرف مفهوم "التطبيق الفوري" لقواعد الاتفاقيات الدولية إلى الحالة التي تكون فيها هذه القواعد غير محتاجة لأيّة قاعدة قانونيّة وطنيّة لإدخالها داخل النظام القانوني الوطني أو لسريانها بينما تقوم فكرة "التطبيق المباشر" للاتفاقيات الدوليّة على عدم الحاجة أيّ إجراء تنفيذيّ بُغية الاحتجاج بها أمام القضاء الوطني أو للعمل بأحكامها¹.

من خلال ما سبق، يمكننا القول أنّ التطبيق الفوري يتعلّق بنفاذ الاتفاقية الدوليّة داخل النظام القانوني للدولة في حين أنّ ذلك لا يعني التطبيق المباشر لها تلقائياً من قبل القضاة الوطنيين. فمرحلة التطبيق الفوري للاتفاقية هي مرحلة سابقة لتطبيق لمرحلة التطبيق المباشر، فبمجرد استيفاء الشروط الدستوريّة المقرّرة يمكن القول بالتطبيق الفوري للاتفاقية الدوليّة وترتيبها لمختلف الآثار في المنظومة القانونيّة، في حين يبقى القول بمدى تمتّع القاعدة الاتفاقية الدوليّة بالتطبيق المباشر مرتبطاً بمدى كفايتها (وضوحها ودقتها) بحدّ ذاتها للتطبيق أمام القضاء الوطني، دونما الحاجة إلى أيّ تدبير تنفيذيّ و/أو تشريعيّ آخر.

وفيما يتعلّق بالعنصر الثاني الذي يقوم عليه المعنى الضيق للتطبيق المباشر لاتفاقيات حقوق الإنسان فيتمثل في مدى صلاحية القاعدة الدوليّة الاتفاقية المتعلقة بحقوق الإنسان على إنشاء حقوق لأفراد دونما الحاجة لأيّة تدابير تنفيذية أخرى.

الفرع الثاني: المفهوم الموسّع.

يؤدي العمل بشرط صلاحية القاعدة الدوليّة الاتفاقية المتعلقة بحقوق الإنسان لإنشاء حقوق لصالح الأفراد إلى تضيق نطاق التطبيق المباشر لمعاهدات حقوق الإنسان.

هذه النتيجة غير مقبولة ولا منطقيّة في حالة حقوق الإنسان. ولهذا السبب، لا مفرّ من العمل على توسيع مفهوم التطبيق المباشر لهذه الاتفاقيات، ويتحقّق ذلك من خلال توسيع مفهوم شرط "إنشاء الحقوق للأفراد"، أو من خلال إهمال هذا الشرط كلياً وعدم العمل به. لذا، يجب أن يكون مفهوم التطبيق المباشر لاتفاقيات حقوق الإنسان واسعاً لا ضيقاً؛ لأنّ المبدأ الأساسي الناظم لهذه الاتفاقيات هو مبدأ الأثر النافع للحقوق المحميّة بموجبها، وهي غاية يتعدّد تحقيقها إلا من خلال إضفاء مفهوم واسع على التطبيق المباشر للأحكام الاتفاقية الخاصة بها. وبمعنى آخر، يتوجّب أن يقتصر مفهوم التطبيق المباشر على عدم اشتراط اتخاذ أيّ تدبير تنفيذيّ مُسبق للعمل بنصّ اتفاقيّ يتعلّق بحقوق الإنسان المعترف بها دولياً، فالنصّ الاتفاقيّ إذا كان كافياً بذاته ولا يحتاج إلى تدخل من المشرع الوطني كان قابلاً للتطبيق المباشر من جانب المحاكم الوطنية. ولكن التساؤل الذي يثار هو كيف نحدّد كفاية النصّ الاتفاقي الخاص بحقوق الإنسان؟ وكيف نستدل على أنّه لا يحتاج إلى تدبير تنفيذيّ مسبق للعمل به؟ وبمعنى آخر، ما هي المعايير أو الضوابط التي تسمح لنا بالقول إن قاعدة اتفاقية دولية خاصة بحقوق الإنسان تتمتع بأثر مباشر أمام القضاء الوطني

1- محمد خليل الموسى. الأثر المباشر لاتفاقيات حقوق الإنسان في النظم القانونية الوطنية: دراسة ناقدة. مجلة الحقوق. المجلد 34. العدد الثالث. الكويت. 2010.

في الدول الأطراف؟ إذا كان المفهوم الواسع للتطبيق المباشر لأحكام اتفاقيات حقوق الإنسان يتأسس على عدم الحاجة إلى اتخاذ أي إجراء تنفيذي مسبق، فإن الاعتماد على هذا الضابط أو المعيار الإجرائي ليس كافياً وحده للاستدلال على أن نصاً اتفاقياً ما قابل للتطبيق المباشر، فعملية الاستدلال هي عملية قضائية بامتياز يستعين فيها القاضي بعدد من المعايير والضوابط. ويمكن القول إن الممارسة القضائية واجتهادات الفقهاء والمختصين تدور في العادة حول معيارين أساسيين هما: معيار شخصي قوامه إرادة الدول الأطراف في الاتفاقية؛ ومعيار موضوعي أساسه البحث عن مدى كفاية واكتمال ودقة القاعدة القانونية الاتفاقية قيد النظر والبحث¹.

في خلاصة مركزة، يقصد بالأثر المباشر فتح الإمكانية للمتقاضين لإثارة القاعدة الدولية والاحتجاج بها مباشرة أمام القاضي الوطني، دون الحاجة لتبني إجراء مسبق لتنفيذها في النظام القانوني الداخلي. فبعد تأكيد القاضي من استقبل المعاهدة على المستوى الداخلي عبر تقنية التصديق أو غيرها، يبحث في نية الأطراف المتعاقدة في منحها أثراً تطبيقياً مباشراً من عدمه، ثم يفحص مدى قابلية قواعدهما للتطبيق المباشر بمعاينة الطابع الكامل والدقيق للقاعدة المعنية.

المطلب الثاني: المعايير القضائية لتقرير الأثر المباشر للاتفاقيات الدولية.

حسب مقرر مجلس الدولة الفرنسي Ronny Abraham كان الاتجاه القضائي السائد في البحث عن مدى توافر الأثر المباشر لنصّ اتفاقي دولي يتمحور حول ثلاث معايير²: فمن جهة، يجب أن يكون الغرض من المعاهدة الدولية هو منح حقوق للأفراد وليس مجرد فرض التزامات فيما بين الدول المتعاقدة؛ ومن جهة أخرى يجب أن يكون البند التعاهدي المثار (أحد نصوص الاتفاقية المتمسك به) واضحاً وغير مشروط؛ وأخيراً، فبعض الصياغات لبعض بنود المعاهدات على غرار: "تتعهد الدول...."، "تعترف الدول..." تسمح بإقصاء الأثر المباشر³.

إنّ هذا التوجّه القائم أساساً على معيار الصياغة يبدو أنه يعرف أفولاً في حدّته، لا سيّما في ظلّ تراجع مجلس الدولة عن توجّهاته بإقصاء الأثر المباشر عن كلّ البنود الاتفاقية مجرد أنّ صياغتها توحي بأنها لا تفرض سوى التزامات على عاتق الدولة.

1- محمد خليل موسى. مرجع سابق. ص.435.

2- أنظر في تطبيق تلك المعايير:

C.E. 29 décembre 2006. Requête n° 284467. Mme Magroune; C.E. 26 septembre 2005. Requête n° 248357. Association collectif contre l'handiphobie; C.E. 7 juin 2006. Requête n°285576. Association AIDES; C.E. 25 juillet 2007. Requête n°292733. Deroeux; C.E. 23 décembre 2010. Requête n°335738. Association AIDES.

3- Ronny Abraham. Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant; Conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI). R.F.D.A. 1997. p.586.

دون شك، هذا ما يفسر أنّ الجهات القضائية الفرنسية اعترفت في السابق بالأثر المباشر للعهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، في حين رفضت ذلك، بوجه عام، بالنسبة لعهد الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الذي جاء بعبارات في شكل أهداف براجمية قصد التحقيق. فبالنسبة للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، يجب الفحص حالة بحالة، ما إذا كانت البنود التعاقدية الدولية جاءت بشكل دقيق وكاف لتصبح قابلة للتطبيق المباشر.

وهكذا، سجل الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي انعطافا نحو تليين شروط السماح بالأثر المباشر للاتفاقيات الدولية¹. أين أكد مجلس الدولة في قرار شهير، حول الأثر المباشر للمعاهدات الدولية، على أنّ "بنود المعاهدة أو الاتفاقية الدولية، المدرجة نظاميا في النظام القانوني الداخلي، وفقا لمقتضيات المادة 55 من الدستور، يمكن الاستفادة منها وإثارة تطبيقها والاحتجاج بها سواء كأساس لطلب إبطال عمل إداري أو استبعاد تطبيق قانون أو تنظيم إداري لا يتوافق مع القاعدة القانونية الدولية، عندما تُنشئ حقوقا للأفراد يمكنهم، مباشرة، الاحتجاج بها". و يضيف القرار معتبرا بأنّه "وباستثناء حالات المعاهدات التي أعلنت فيها محكمة العدل للإتحاد الأوروبي، اختصاصها المانع لتحديد أثرها المباشر، فبنود أي اتفاقية دولية يتعين على القاضي الإداري أن يُقر لها بالأثر المباشر، بعد مراعاة النية الصريحة للأطراف المتعاقدة وللأقتصاد العام للمعاهدة المثارة وبالنظر كذلك لمضمونها و مصطلحاتها، عندما لا يكون هدفها الحصري هو: تنظيم العلاقات بين الدول، ولا تحتاج لتدخل أي عمل قانوني مكمل لتوليد آثارها تُجّه الخواص؛ كما أنّ انتفاء الأثر المباشر لا يمكن استنتاجه أو استخلاصه من الظرف الوحيد؛ بالقول أنّ البند يُخاطب الدول المتعاقدة كأطراف في الالتزام الذي ينصّ عليه"².

وبذلك، يمكننا القول، أن البند الاتفاقي الدولي، لكي يكون ذا أثر مباشر، يجب أن يستجمع معيارين:

1- رغم هذا التطور في الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي، غير أنه وللأسف لم يذهب نحو الاحتفاظ، في حالة غياب الأثر المباشر، بالرقابة الموضوعية التي إقترحتها Gaëlle Dumortier في خلاصتها الممتازة وقبلها أيضا Ronny Abraham في تقريره في قرار GISTI المؤرخ في 23 أفريل 1997. فحتى لو لم يوجد للاتفاقية أثر مباشر في مواجهة الأفراد، فيبقى لها دائما قوة قانونية. ويمكنها أن تثير مسؤولية فرنسا على المستوى الدولي؛ فهي تمتلك، داخليا، قوة القانون، حسب ما جاء في ديباجة دستور العام 1946، وبذلك يمكن الاحتجاج بها أمام القاضي الوطني.

2-C.E. ass. 11 avril 2012.requêtes^o322326. GISTI-FAPIL. Selon cet arrêt: «les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir (...) que sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit».

Voir aussi, C.E. 4 juillet 2012. requête^o 341533. Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des ambylopes.

C.E. 22 février 2018. Requête n^o 397360. Association nationale pour l'intégration des personnes handicapées moteur et a.

- معيار ذاتي: بأن حكم البند الدولي لم يأتي، حصراً، لتنظيم أو حكم العلاقات بين الدول. وأن يكون، بالنتيجة، قد أنشأ حقوقاً شخصية لفائدة الخواص؛
- معيار موضوعي: بعدم وجود أي عمل قانوني، ضروري، لتطبيق البند، وهذا باستعمال صيغة فعل الإلزام "requérir": وهو ما يعني أنه لا يكفي أن يحيل البند إلى سن عمل قانوني وطني معين للاستبعاد الآلي للأثر المباشر.

وبالرجوع لقرار GISTI لمجلس الدولة¹ الصادر في 11 أبريل 2012 فجمعية المعلومات ومساعدة الأجانب (*groupement d'information et de soutien des immigrés*) طلبت من مجلس الدولة إبطال المرسوم 908-2008 الصادر في 08 سبتمبر 2008 المتعلق بشروط البقاء في الاقمامات للمستفيدين من حق السكن اللائق و المستقل، المتخذ تطبيقاً لقانون 05 مارس 2007، الذي أنشأ المادة R.300-2 من قانون السكن و العمران و code de la construction et de l'habitation للأجانب الآخرين غير الحائزين على بطاقة مقيم أو سند إقامة ممنوح بموجب المعاهدات والاتفاقيات الدولية، تمنحهم حقوقاً تعادل تلك المخولة بموجب بطاقة المقيم، بإثبات إقامة لمدة سنتين متتاليتين في فرنسا تحت عنوان إحدى الفئات الخمس لسندات الإقامة والتي تم تجديدها مرتين على الأقل. و يقضى من هاته القائمة بطاقة الإقامة المؤقتة التي تحتوي على إشارة "étudiant" أو "أجير في مهمة salarié en mission" وبطاقة الإقامة لـ "الكفاءات و المواهب compétences et talents"، وحسب منظمة GISTI فالمرسوم يخرق المادة 6-1 من الإتفاقية الدولية للعمل رقم 97 المؤرخة في 01 جويلية 1949 المتعلقة بالعمال الأجانب²، كونه يؤسس الاستفادة من حق السكن على الإقامة الدائمة في فرنسا ويميز ضدّ ثلاث فئات من الأجانب.

مجلس الدولة أقرّ بعدم شرعية المرسوم معتبراً بأن الأحكام المثارة من الاتفاقية الدولية للعمل كافية، للتطبيق، بحد ذاتها. والمرسوم المهاجم -المنتقد- لا يتوافق و هذه الأحكام. فضلاً على أن التمييز في معالجة الوضعيات المختلفة، المتولّدة عن هذا المرسوم، لا يجد له مبرراً لا في المصلحة العامة ولا في تمايز الوضعيات بالنظر لشرط استمرار الإقامة بين الأشخاص الحائزين على بطاقة الإقامة المقصيون من المادة R.300-2 من قانون السكن و العمران و بين أصحاب سندات الإقامة ممن يدخلون في مجال تطبيق المادة. وهكذا فالمرسوم المنشئ للمادة R.300-2 يخرق مبدأ المساواة لما يقضي من الحق في السكن ثلاث فئات من حائزي سندات إقامة (بطاقات الإقامة المؤقتة التي تحوي على إشارة "طالب"، "أجير في مهمة" و بطاقة الإقامة "للكفاءات و المواهب"). بالنتيجة، أبطل مجلس الدولة المادة الأولى من مرسوم 2008 الذي أنشأ المادة R.300-2. على أن يسري هذا الإبطال من تاريخ 01 أكتوبر 2012.

1- C.E. Ass. 11 avril 2012. *GISTI et FAPIL*. Req. n° 322326.

2- la Convention n°97 de l'OIT du 1^{er} juillet 1949 relative les travailleurs migrants, ratifiée par la France et publiée par le décret du 4 août 1954 (JORF du 7 août 1954).»

ولحسم الأثر المباشر للأحكام التعاھدیة المأرة، لجأ القاضی الإداری لاستعمال معیارین رئیسیین: عبر فحص أن الاتفاقیة لا تنشئ فقط سوى التزمات بین الدول، وبأنها لا تتطلب سن إجراءات وطنیة لتطبیقها. الحقیقة أن قرار GISTI-FAPIL لـ 11 أفریل 2012 كرس هذین المعیارین، لكن مع جعلهما أكثر مرونة. أما بالنسبة للمعیارین الثانویین، المتعلقین بالمظهر الصیغی والمعیاری للاتفاقیة، فیندرجان فی خانة القرائن البسیطة. ویجب الانتباه، إلى أن ما سبق من حلول، صالح للتطبیق على كل الاتفاقیات باستثناء قانون المجموعة الأوروبیة: أين احتفظت محكمة العدل للمجموعة الأوروبیة، باختصاصها المانع، للقول بالأثر المباشر لاتفاقیة دولیة ما.

وهكذا، وكمعیار أول، یجب على القاضی الإجابة عن سؤال "من هو المخاطب بأحكام الاتفاقیة الدولیة؟"، لتحید مدی تمتعها بأثر مباشر من عدمه. یقصد بذلك: أن البند الاتفاقی لا یجب أن یكون موضوعه، حصراً، تنظیم العلاقات بین الدول، فلو أن الاتفاقیة - أو أحد بنودیها - غرضها تنظیم علاقات فیما بین الدول فإنها لا تمتع بالأثر المباشر ولو أنشأت حقوقاً للأفراد؛ هذا هو التفسیر التقليدی. هذا التفسیر أصبح أكثر لیبرالیة مع قرار GISTI-FAPIL لمجلس الدولة. هذا الأخير، الذی استعمل مصطلح "حصراً exclusif" الذی یدل على أن الأثر المباشر یجب أن یعترف به للاتفاقیة التي تنشئ حقوقاً للأفراد، حتی ولو كان غرضها فی الوقت نفسه، تنظیم علاقات بین الدول. وهو ما جعل مجلس الدولة الفرنسی یدقق القول بأن غیاب الأثر المباشر "لا یمكن أن یستخلص من ظرف وحید بأن البند یخاطب الدول المصادقة كأطراف فی الالتزام الذی یتضمنه". وبعبارة وجیزة، فالبند الاتفاقی الدولی، الذی ینشئ حقوقاً للأفراد، یكون ذا أثر مباشر، ولو تضمن فی الوقت ذاته، تنظیماً لعلاقات بین الدول، ولا یمكن استنتاج انتفاء الأثر المباشر للبند الاتفاقی من مجرد مخاطبته للدول كأطراف فی الالتزام.

وفیما یتعلق بالمعیار الثاني، والذی مفاده أن الاتفاقیة الدولیة لا یجب أن تستلزم تدخل أي عمل قانونی تكمیلي لتولید آثارها فی مواجهة الأفراد: وهذا مكرس، تقليدياً، أيضاً. وهكذا، یكون للمعاهدة أثر مباشر إذا كان تطبیقها لا یستوجب أي إجراء تنفیذی داخلی. الجدید الذی أتى به مجلس الدولة فی قرار GISTI-FAPIL، استعماله لمصطلح "یستلزم requérir"، الذی یدل على أن ضرورة وجود إجراء وطني تطبیقی یجب أن یكون واضحاً. ولذلك، لا یكون للمعاهدة أثر مباشر، إلا إذا استوجبت، فعلیاً، عمل قانونی داخلی لتطبیقها. ویجب الانتباه هنا، أن مجرد نص الاتفاقیة على الإجراء التطبیقی الداخلي، غیر كافٍ بذاته، بل یجب أن یكون هذا الإجراء ضرورياً، فعلاً، لتطبیقها. إذن، مجلس الدولة واضح هنا: القاضی نفسه، فقط، هو من یقدر بكل سیادة، وحالة بحالة، حقیقة تلك الضرورة "الفعلیة". إذن، هما معیاران حصریان، ذوا تطبیق ترکیبی، یجدان ما إذا كان لاتفاقیة ما أثر مباشر من عدمه.

أما المعیاران الثانویان الآخران، فوجودهما تقليدياً، ومنذ هذا القرار، ذو النفس الليبرالی، أدرجا فی مصف القرائن البسیطة، وبعبارة أوضح: فهذین المعیارین، كانا یعتبران فی السابق كمعیارین محددین، أما الیوم فتم اعتبارهما مجرد قرینتین بسیطتین، وهما:

1- معيار التحرير أو الصياغة: ويفحص القاضي من خلاله مظاهر صياغة الإتفاقية. فالبند الذي يُصاغ في شكل أن: "الدول الأطراف...." نادراً ما يكون له أثر مباشر. ونفس الأمر لصياغة "الدول تتعهد/ تلتزم...."، فتفسر هذه الصياغة بأنها تتطلب إجراءات داخلية للتطبيق. ويؤخذ على معيار الصياغة، أن تطبيقه كان بطريقة جد آليّة؛ فمتى وجدت إحدى الصياغات السابقة للبند الإتفاقي الدولي قضيّ بانتفاء أثره المباشر.

2- معيار الكثافة المعيارية للإتفاقية: وينظر من خلاله لدقة أحكام الإتفاقية أو الغالبية العظمى منها؛ أي مدى دقة القاعدة الإتفاقية الدولية وتكاملتها- كفايتها- بحد ذاتها. ويؤخذ على معيار الكثافة المعيارية للإتفاقية، أن أحكام نفس الإتفاقية قد يُعترف لها بالأثر المباشر من طرف البعض، وترفض تلك الصفة من آخرين، رغم قلة أحكامها غير الدقيقة.

وما يميّز هذين المعيارين هو صعوبة إستعمالهما، نسبياً، من طرف القاضي. كما أن آثار عدم احترامهما راديكالية-استثنائية: فينعدم أي أثر مباشر للإتفاقية، بانتفائهما.

لذلك، نجد مجلس الدولة الفرنسي، جعل من هذين المعيارين الثانويين مجرد أمارات (قرائن) بسيطة. فذهب إلى أن الأثر المباشر يتحدّد "بالنظر لنية الأطراف المعلنة وللاقتصاد العام للإتفاقية (البنية العامة أو الهيكل العام للإتفاقية)، وكذلك بالنظر للمضمون و للمصطلحات"؛ فهذه الفكرة، قرّر القاضي الإداري الأعلى في فرنسا، جعل المعيارين القديمين مجرد قرائن بسيطة، قابلين لدحضهما، بإثبات العكس.

وهكذا، يكون مجلس الدولة من خلال قرار GISTI لـ 11 أبريل 2012، قد أعطى لمفهوم الأثر المباشر للمعاهدات، بعداً أكثر ليبرالية وتحراً. كما نلمس من خلال خلاصات المقرر العام السيدة *Gaëlle Dumortier* في هذا القرار، إقتراح هذه الأخيرة فصل مفهوم الأثر المباشر عن مفهوم قابلية الإحتجاج *l'invocabilité* بالإتفاقية. وهذا ما لم يسايره مجلس الدولة متمسكا بالعقيدة القضائية القديمة الراسخة لديه.

الحلّ الذي اقترحت هو دافعت عنه المقرر العام لدى مجلس الدولة، هو التمييز بين محل المسألة هل هو بند تنظيمي، تشريعي أو قرار فردي. ومن ناحية عملية، يجب فصل الأثر المباشر عن الإحتجاج في الحالتين الأولى والثانية فقط. فالفكرة، إذن، هي التسليم بأن كل إتفاقية، يُحتجّ بها دائماً *toujours invocable*، في مواجهة أي بند تشريعي أو تنظيمي. وبعبارة أخرى، فالإتفاقية قابلة للإحتجاج بها دائماً، حتى ولو لم تتمتع بالأثر المباشر، في مواجهة النصوص التشريعية أو التنظيمية. وبالمقابل، في حال تعارض معاهدة مع عمل إداري فردي، فلا يحتج بها إلا إذا استجمعت المعيارين السابق ذكرهما معاً؛ أي إذا كان لها أثر مباشر.

خلاصة الفكرة، في عبارة مركّزة، أن الإتفاقية الدولية قابلة للإحتجاج بها سواء أكانت ذات أثر مباشر أم لا في مواجهة الأحكام التشريعية أو التنظيمية. وفيما يتعلق بالقرارات الفرديّة، فلا يمكن الإحتجاج بالإتفاقية الدولية في مواجهتها إلا إذا كانت ذات أثر مباشر.

أثارت المقرر العام العديد من الحجج لدفع الاجتهاد القضائي الإداري لهذا الحل التركيبي بين الأثر المباشر وقابلية الاحتجاج. لكن خشية القاضي الإداري من توسيع باب الاحتجاج بالقانون الدولي، بما يؤدي للاعتراف، في حالات عدة، بإمكانية الاحتجاج بالمعاهدات التي ليس لها أثر مباشر، قد يضعف دور الدستور كقاعدة مرجع أساسية. لكن، وحسب Gaëlle Dumortier، فوجود المسألة ذات الأولوية الدستورية، حالياً، تسمح للقواعد الدستورية بالحفاظ على كل مكانتها. ومن جهة أخرى، فالقاضي الإداري الفرنسي، منذ العام 1989، قد طور سلطاته في مادة الرقابة على تطبيق الاتفاقيات الدولية؛ فمارس، كما سنرى لاحقاً، سلطته في تفسير الاتفاقيات الدولية، ومراقبة شرط المعاملة بالمثل، والرقابة على مجموع شروط نظامية اندراج المعاهدة في النظام الداخلي، وكذلك، مؤخراً، مراقبة التنزع بين المعاهدات الدولية. فأصبح القاضي الوطني، شيئاً فشيئاً، خبيراً في مادة القانون الدولي، مستعملاً في ذلك كل الأدوات الضرورية لممارسته الرقابية. من هنا جاء اقتراح المقرر العام لهذا الحل الأكثر جرأة، في مسألة قابلية الاحتجاج والأثر المباشر. لكن القاضي الإداري الأعلى في فرنسا، خشي إحداث صدمة للإدارة، التي يراقبها، بإلزامها باحترام عدد هائل من البنود الاتفاقية الدولية.

إذن، مجلس الدولة لما صرح بأنه لا يمكن الاحتجاج بغير المعاهدات "التي تنشئ حقوقاً للأفراد بإمكانهم إثارتها مباشرة"، يكون قد كرس موقفه التقليدي: بعدم إمكانية الاحتجاج إلا بالمعاهدات التي لها أثر مباشر. هنا تظهر، وبشكل ملموس، المزاوجة بين مفهومي الأثر المباشر وقابلية الاحتجاج. وبذلك لم يساير مجلس الدولة موقف المقرر العام، الرامي إلى التسليم، آلياً، بقابلية الاحتجاج بالمعاهدات الدولية في مواجهة البنود التنظيمية أو التشريعية؛ حتى ولو لم يكن لتلك المعاهدات أثر مباشر. فما الذي دفع مجلس الدولة للحفاظ على موقفه هذا؟

الحقيقة، هناك سببين يفسران موقف مجلس الدولة المحافظ في قرار GISTI لـ 11 أبريل 2012 بخصوص هاته المسألة. فالقاضي الإداري استند على الطبيعة التعاقدية للمعاهدات الدولية واعتبر أنه، بغياب الأثر المباشر، فالأفراد يجدون أنفسهم في مركز "الغير" أمام هذه "العقود *contrats*"، وهذا ما يفسر عدم إمكانهم إثارتها مطلقاً. لكن السبب الرئيسي، دون شك، هو الخوف الذي ولّده الحركية التي أثّرت على الاجتهاد القضائي في مادة التوجيهات الأوروبية المشتركة. في الواقع، وبعد التسليم بعدم قابلية الاحتجاج بتوجيه أوروبي في مواجهة عمل

إداري فردي¹، أقر القاضي الإداري، بسرعة، بقابلية الاحتجاج بإحلال التوجيهات الأوروبية. وبعبارة أخرى، يمكن، بمناسبة منازعة عمل إداري فردي، إثارة التناقض بين قواعد (القانون، التنظيم، الاجتهاد) التي يستند عليها هذا العمل الإداري الفردي، وبين التوجيهات الأوروبية المشتركة. بهذه الفكرة، تم إفراغ قرار Cohn Bendit من كل محتواه. تخوفات مجلس الدولة، إذن، تتمركز في حقيقتها حول أن القبول بإمكانية الاحتجاج، الآلي، بالاتفاقيات في مواجهة الأعمال التنظيمية أو التشريعية الذي يمكن أن يؤدي إلى حركية قضائية شبيهة بتلك التي أثرت على التوجيهات الأوروبية؛ أي قابلية الاحتجاج بالاتفاقيات الدولية التي ليس لها أثر مباشر، في مواجهة عمل إداري انفرادي، متى كان مؤسساً على قاعدة وطنية تنظيمية أو تشريعية مخالفة للاتفاقية.

وبالرجوع إلى ما كتبه البروفيسور Denys Simon حول قانون الإتحاد الأوروبي فإن "الأثر المباشر (...)" مرتبط بالحالة القصوى للمعيارية *normativité* وبقابلية التطبيق القضائي *justiciabilité* في النظام الداخلي². بهذه الحالة المعيارية، تُؤدّد القاعدة الدولية آثارها في مواجهة الأفراد، و تسمح لهم بالدفع بها أمام الجهات القضائية. لكن، القاعدة الدولية يمكن أن تولد آثاراً أخرى. تعرف في ظل قانون الإتحاد الأوروبي بالآثار "التنزيلية *descendant*": فالأفراد يمكنهم مطالبة الدولة باحترامها. في حين يقصد بالآثار "الصاعدة *ascendants*" تلك التي يمكن للدولة فرضها على الأفراد. أما الآثار "الأفقية *horizontaux*" فتلك التي يكون عبرها للقواعد الدولية آثار فيما بين الأفراد.

وحسب السيّد Gaëlle Dumortier، فإن مسألة الأثر المباشر *l'effet direct* يمكن النظر إليها على أنها منفصلة عن مسألة القابلية للإحتجاج *l'invocabilité*. وبعبارة أخرى، حتى ولو لم يكن للقاعدة الأوروبية أثر مباشر فيمكن، للأفراد، الإحتجاج بها أمام القاضي الوطني في حالة خرقها، وترتيب الجزاء عن ذلك.

1- وهذا مكسب منذ قرار Cohn Bendit الذي أكد أن التوجيهات الأوروبية ليس لها أثر مباشر في غياب عمل قانوني داخلي يحدد كيفية تطبيقها. أنظر: C.E. 22 décembre 1978. Cohn Bendit / مجلس الدولة، تراجع، واعترف بالقوة القانونية الملزمة للتوجيهات الأوروبية، حتى في غياب عمل قانوني داخلي يحدد كيفية تطبيقه. فأبطل تنظيمًا إداريًا يخالف الأهداف المقررة في التوجيه الأوروبي. بل وذهب إلى أن القانون نفسه يجب أن يحترم الأهداف التي حددها التوجيه الأوروبي المشترك. كما يمكن الدفع بعدم شرعية تنظيم يتناقض مع الأحكام الأوروبية المشتركة، ولا يمكن لقاعدة وطنية، متناقضة مع أهداف التوجيهات الأوروبية، أن تمنح الشرعية لقرار فردي، محل طعن قضائي، وأن هذا التناقض يتم تقديره ليس بالنظر إلى القانون بل بالنظر إلى المبادئ العامة للقانون. ثم، وفي تطور آخر، ذهب مجلس الدولة إلى أن كل متقاض له الحق، بمناسبة طعن موجه ضد عمل إداري تنظيمي، طلب تفضيل أحكام توجيه أوروبي وتطبيقها، لما لا تتخذ الدولة في الأجل المحددة، الإجراءات التحويلية الضرورية. أنظر:

C.E. 03 février 1989. Compagnie Alitalia; C.E.Ass. 28 février 1992. SA Rothmans International; C.E. Ass. 30 octobre 1996. Cabinet Revert et Badelon; C.E. Ass. 06 février 1998. Tête, Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais; C.E. 30 octobre 2009. Mme Perreux.

2- Serge Slama. Adoption de nouveaux critères de détermination de l'effet direct des normes internationales sans consacrer leur invocabilité systématique. In Lettre Actualités Droits-Libertés. CREDOF. 14 mai 2012.

ورغم عدم إمكانية إحلال القواعد الأوروبية - غير المتمتعة بالأثر المباشر - مكان القواعد الوطنية، فإنه يمكن الاحتجاج أمام القاضي بـ: تفسير القاعدة، التعويض عن النتائج الضارة من جراء خرق القانون الأوروبي واستبعاد تطبيق القاعدة الوطنية المخالفة¹.

وهكذا، يمكن أن يطلب من القاضي تفسيرها بطريقة تجعل القانون الوطني يطابق القاعدة الدولية وهو ما يسمى بـ "التفسير المطابق *interprétation conforme*"²، أو طلب إصلاح الضرر (كالتعويض) الناتج عن عدم اتفاقية *l'inconventionnalité* قانون أو قرار ما وهو ما يسمى بـ "احتجاج جبر الأضرار *invocabilité de réparation*"³، أو باستبعاد القاعدة الداخلية غير المطابقة للاتفاقية و يسمى ذلك بـ "الاحتجاج الإقصائي *L'invocabilité d'exclusion*"⁴.

وبذلك، فالقواعد الأوروبية المشتركة، ملزمة كلها، بالاستقلال عن مضمونها، وبسموها على الأنظمة القانونية الوطنية، قابلة للاحتجاج بها أمام القاضي الوطني عبر أحد الأشكال السابقة: تعويضاً، تفسيراً و إقصاءً.

1- Marie Gautier. Droit institutionnel de l'Union européenne. Presses universitaires de France. 2010.

2- وهو أول نموذج تم تكريسه. ويمكن من خلاله للقاضي الوطني تفسير القانون الوطني على ضوء القانون الأوروبي المشترك ولو كان هذا الأخير غير ذي أثر مباشر. ففي قرار Von Colson et Kamann لـ 10 أبريل 1984 أقرت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي للأفراد بإمكانية الاحتجاج بالتوجيهات الأوروبية، التي ليس لها أثر مباشر، أمام القاضي الوطني، لدفعه لتفسير القانون الوطني على ضوء تلك التوجيهات. ونفس التوجه في قرار Maria Pupino لـ 16 جوان 2005. والهدف من هذا التفسير هو حماية تمتع الأفراد بالحقوق التي يضمنها القانون الأوروبي المشترك، عبر تفسير فعال و موسع للقواعد الوطنية؛ خاصة إذا كانت صياغتها في شكل مبادئ عامة قابلة لعدة تفسيرات. ومع ذلك، لا يمكن لهذا التفسير المطابق أن يذهب نحو مناقضة المصطلحات الصريحة للقانون الداخلي.

Antoine Masson. Droit communautaire: Droit institutionnel et droit matériel. 2e édition. Larcier. 2009. p.269-272.

3- وهو ما يعرف كذلك بمبدأ مسؤولية الدولة عن فعل خرق القانون الأوروبي المشترك. في قرار Francovich et Bonifaci لـ 19 ديسمبر 1991، لم تقم دولة إيطاليا بتحويل توجيه أوروبي يؤسس لنظام تعويضي لفائدة العمال الأجراء. هذا التوجيه الأوروبي ليس له أثر مباشر. بالنتيجة العمال الأجراء ليس بإمكانهم أن يطلبوا فرض تطبيق الحقوق التي يخولها التوجيه. مع ذلك، فمحكمة العدل، صرحت بإمكانية الاحتجاج بالتوجيه لمطالبة الدولة الإيطالية بإصلاح الأضرار المتولدة عن "عدم تحويل" التوجيه الأوروبي للقانون الداخلي.

Laurence Potvin-Solis. Les effets du droit de l'Union européenne sur les compétences des collectivités territoriales. L'Harmattan. 2013. p.49.

4- في حالة عدم السماح بإحلال القاعدة الأوروبية المشتركة مكان القاعدة الوطنية المخالفة لها، يمكن، دائماً، استبعاد تطبيق القاعدة الوطنية المخالفة. ورغم ذلك، فهذا المبدأ ظل لمدة طويلة غامضاً و محل حساسية من طرف محكمة العدل. لكن، في قرار Linster لـ 19 سبتمبر 2000 قبلت محكمة العدل بالاحتجاج الإقصائي للقواعد غير المتمتعة بالأثر المباشر، وهذا ما اعتبر كقفزة نوعية. فذهبت المحكمة إلى أن القاعدة الأوروبية، وبالاستقلال عن أثرها المباشر من عدمه، يمكن الاحتجاج باستبعاد -إقصاء- تطبيق قانون وطني يخالفها. وكذلك في قرار Unilever Italia لـ 26 سبتمبر 2000، بمناسبة نزاع بين أفراد، وحتى ولو أن التوجيهات لا يمكن في كل الفرضيات أن تولد أثر مباشر أفقي، قبلت محكمة العدل بالاحتجاج الإقصائي للتوجيه الأوروبي، ولو في نزاع بين الأفراد.

ونشير هنا، إلى أن القواعد التي لها أثر مباشر تختلف عن تلك التي لا تتمتع به، في نقطة وحيدة وهي "الاحتجاج الحلولي *L'invocabilité de substitution*"¹ الذي لا يكون إلا في القواعد ذات الأثر المباشر².

إذن، وفي خلاصة مركزة، فالقواعد التي لها أثر مباشر قابلة للاحتجاج بها بكل الأشكال: الاحتجاج التعويضي، التفسيري، الإقصائي والحلولي. أما القواعد التي ليس لها أثر مباشر فتقبل كل أشكال الاحتجاج السابقة باستثناء الاحتجاج الحلولي.

عبر الثلاثين عاما الأخيرة، انتهى مجلس الدولة لتكييف هذه الحلول المختلفة "لضمان" التطبيق القضائي للتوجيهات الأوروبية المشتركة.

والسؤال الذي يبقى عالقا، لماذا لم يتخذ مجلس الدولة خطوة حاسمة لبقية قواعد القانون الدولي، غير الأوروبية، كما دعت إلى ذلك المقررة العامة في خلاصتها؟

من المفيد، هنا، الإشارة إلى أنه و بعد صدور قرار GISTI لـ 11 أبريل 2012، نلاحظ تواجد المزيد من أحكام الاتفاقيات الدولية أو الاتفاقات الثنائية التي لا تولد أي أثر في القانون الداخلي، ولو بطريقة غير مباشرة³. وهذا ما جعل الأمر محل نقد فقهي؛ وصل لحد التشكيك في دستورية هذا التوجه، خاصة وأن أي اتفاقية دولية، مصادق عليها نظاميا، يجب أن تحترم من طرف كافة سلطات الدولة، وأن نزع كل قابلية "لتطبيقها قضائيا" يمس بمبادئ القانون الدولي وبالمبادئ الدستورية. ففي نطاق القانون الدستوري، قاعدة العقد قانون المتعاقدين *Pacta sunt servanda*⁴ هي واحدة من قواعد القانون الدستوري التي تتبناها فرنسا بموجب الفقرة 14 من ديباجة دستور العام 1946. ونفس الأمر تنص عليه المادة 55 من الدستور، ومؤخرا قانون الإتحاد الأوروبي عبر المادة 88-1، التي أنشأت مبدأ "إلزام مختلف هيئات الدولة أن تسهر على تطبيق الاتفاقيات الدولية، حسب اختصاصها"، وهو ما

1- عند الحاجة لإحلال أو إضافة بند اتفاقي، للقانون الوطني غير المتوافق أو غير الكامل، لتسوية النزاع ويسمى هذا بـ "الاحتجاج الحلولي".

2- فخاصية الأثر المباشر، هي في الواقع ضرورية لإدخال القاعدة الأوروبية ضمن النظام القانوني الوطني، وجعلها في مصف السمو مقارنة بالقانون الوطني. وهكذا، فالقاضي الوطني، ملزم بترك تطبيق كل قاعدة وطنية، مناقضة لقاعدة أوروبية لها أثر مباشر، وتطبيق هاته الأخيرة. هذا ما يسمى بالحلول.

Catherine Weniger. La Responsabilité du Fait des Produits pour les Dommages Causes à un Tiers au Sein de la Communauté Européenne. Etude de droit comparé. Librairie DROZ. Genève. 1994. p.231.

3- C.E. Ass. 23 décembre 2011. M. Eduardo José Kandyrine de Brito Paiva.

4- هذه القاعدة مكرسة بموجب المادة 26 من اتفاقية فيينا 1969: "تلتزم الدولة الأطراف بالمعاهدات السارية ويجب أن تطبقها بحسن نية".

كرسه أيضا المجلس الدستوري الفرنسي¹. وبموجب قرار Commune d'Annecy لمجلس الدولة، أقر بأن "كل قاعدة أو مبدأ ذو قيمة دستورية له بالضرورة قوة معيارية" وبالنتيجة "قابلية للاحتجاج به"².

أما في القانون الدولي، فيوجد "مبدأ التدخل الذاتي *allant de soi*"³ الذي يعني أن "الدولة التي تعاقبت بالتزامات دولية، ملزمة بأن تدرج في تشريعها الداخلي، التعديلات الضرورية، لضمان تنفيذ تعهداتها"⁴.

ولذلك، فحرمان بعض البنود من الاتفاقيات الدولية من كل قابلية للاحتجاج بها، يعني منع المواطن والقاضي من تطبيقها وإرجاع ذلك إلى مشيئة المشرع أو الحكومة. وهكذا، وعلى سبيل المثال، على مستوى القانون الدولي، فالبروتوكول الإضافي الملحق بالعهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المعتمد في 10 ديسمبر 2008 يقرر للأفراد أو لجماعات الأفراد، بعد استنفاد سبل الانتصاف (طرق الطعن) الداخلية، حق إخطار لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، متى كانوا ضحايا انتهاكات للعهد. إن التصديق على هذا البروتوكول يجعل من الضروري تطوير الأمر نحو قابلية الاحتجاج بينود هذا العهد أمام الجهات القضائية الداخلية. والمشكل نفسه مطروح حول الاتفاقية المتعلقة بحقوق الأشخاص المعاقين (التي صادقت عليها فرنسا في 2009/12/31)، لأن فرنسا أقرت في 2010/02/18 باختصاص اللجنة بمصادقتها على البروتوكول الاختياري.

هذه القابلية للتطبيق القضائي، لتلك النصوص الدولية، ضرورية للقاضي الإداري، على المستوى الوطني، كما ذهبت الى ذلك محكمة النقض الفرنسية، منذ سنوات، لما أقرت بإمكانية الاحتجاج بالمادة 06 و 07 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁵. بل وأثارت من تلقاء نفسها وجها بخرق المادة 06 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁶.

إن حرمان بعض أحكام الاتفاقية الدولية من قابلية الاحتجاج بها، كان لأسباب براغماتية، مفادها: خطر التوسيع المعتبر لكتلة قواعد القانون الدولي، القابلة للاحتجاج بها أمام القاضي الوطني، ليس في مواجهة الأعمال التنظيمية فقط، ولكن القوانين أيضا. وقد أجابت المقرر العام في قضية GISTI لـ 11 أبريل 2012، على هذه الحجة باعتباره أنه "من المستبعد أن تتخذ السلطات العمومية، يوميا، قرارات تخالف الاتفاقيات

1- Cons. Constit. décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986. Entrée et séjour des étrangers en France; Cons. Constit. décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992. Traité sur l'Union européenne.

2- C.E. Ass. 3 octobre 2008. Commune d'Annecy. n° 297931.

3- Bob Kieffer. L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public. Larcier. 2008. P.42.

4- Cour permanente internationale de justice. Avis, 21 février 1925 sur l'échange des populations grecques et turques.

5- Cass. Crim. 15 octobre 1991, n° 90-86-791; Cass. Crim. 31 janvier 2001. N° 00-82.341.

6- Cass. Soc. 16 décembre 2008. Eichenlaub c/ Axia. N°05-40876.

الدولية (...). فضلا على أن الدفع بعدم الاتفاقية ليس من النظام العام - أمام القاضي الإداري - و ما يثار من مخالفات للاتفاقيات الدولية هي نفسها المتكررة".

أخيرا، يبقى السؤال مطروحا، إلى متى سيبقى مجلس الدولة الفرنسي محافظا على هذا الاتجاه؟ لأنه في النهاية، لا مناص من التسليم بقابلية كل قواعد القانون الدولي للاحتجاج بها أمام القاضي الوطني.

وبخصوص موقف القضاء الوطني الجزائري من مسألة الأثر المباشر للاتفاقيات الدولية، فيمكن إجمالاً يمكن القول أن ما سبق من تحليل يمكن تطبيقه في الجزائر؛ فالمعايير التي اعتمدها القضاء الوطني الجزائري في تقرير الأثر المباشر لبنود الاتفاقيات الدولية شبيهة، إلى حدّ التطابق، بتلك التي اعتمدها مجلس الدولة الفرنسي، ويبدو ذلك جلياً من خلال صياغة تلك المعايير في الأحكام القضائية الجزائرية التي تناولت المسألة.

وهكذا، أقر القضاء الجزائري، من جهته، للمادة 07 من العهد الدولي الخاصّ بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بقابلية التطبيق المباشر على النزاع، مؤكداً "أن نصّ المادة 07 من العهد، ولئن كان يخاطب الدول، كأطرافٍ سامية متعاقدة، غير أنه يكرّس في الآن ذاته حقوقاً للأفراد، مما يجعل النصّ قابلاً للتطبيق مباشرة على النزاع في قضية الحال؛ وأن نصّ المادة نفسها، لا تشير صراحة إلى إلزامية سنّ تشريع داخلي، لإنفاذ الحقوق التي تضمنتها، كما أنّ المحكمة لم تعيّن وجود ضرورة فعلية لذلك" لتنتهي المحكمة إلى نتيجة مفادها "أنه يكفي لتطبيق البند الاتفاقي الدولي، ولو كانت صياغته تخاطب الدول، أن يكون النصّ لم يأتي لينظم، حصراً، علاقات بين الدول. وأن يكون بالنتيجة، قد أنشأ حقوقاً شخصية لفائدة الأفراد، ولما كان نصّ المادة لا يحيل، على سبيل الإلزام والضرورة، إلى سنّ عمل تشريعي وطني لتطبيق أحكامه، ولما كانت أحكامه واضحة، بحدّ ذاتها، فالمحكمة تصرّح بأثرها المباشر في النظام القانوني الوطني"¹.

كما ذهب القضاء الجزائري، إلى أن أحكام المادة 12 من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 95 لسنة 1949 بشأن حماية الأجور، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي الصادر بتاريخ 19 أكتوبر 1962، التي تقرّر بأن الأجور، بالمفهوم المنوّه عنه بالمادة الأولى من ذات الاتفاقية، يجب أن تُدفع بشكل دوري، على أن تحدّد القوانين أو اللوائح الوطنية أو الاتفاقيات الجماعية أو قرارات التحكيم فترات دفع الأجور مالم توجد ترتيبات مناسبة أخرى تكفل دفع الأجور على فترات منتظمة، "ذاتية التطبيق وذات أثر مباشر، لدقة و وضوح مضمونها، وبأن نصّ المادة قابل للتطبيق مباشرة على هذا النزاع، بل وأثارته تلقائياً من طرفها"².

1- مجلس قضاء الوادي. محكمة قمار. القسم الاجتماعي. قضية رقم: 15-739. حكم نهائي. فهرس 15-835. 2015-12-16. ص.05.

2- مجلس قضاء الوادي. محكمة قمار. القسم الاجتماعي. قضية رقم: 15-738. حكم نهائي. فهرس 15-833. 2015-12-16. ص.03.

كما اعترف القضاء الجزائري¹، خلافا للقضاء الفرنسي²، بالأثر المباشر لحق الطفل المنفصل عن والديه أو عن أحدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه، إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى، طبقا للمادة 09-03 من الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل وجاء في متن الحكم بأنه "واعتبارا لصياغة أحكام المواد 03-1، 09-3 و 12-2 من اتفاقية حقوق الطفل، وفضلا عن ترتيبها لالتزامات على عاتق الدول فقد أسست لحقوق مباشرة لصالح الأفراد بإمكانهم الاحتجاج بها دون الحاجة لإعادة صياغتها داخلياً، فلحكمة تصرّح بقابليتها للتطبيق الفوري وأثرها المباشر في النظام القانوني الوطني". وكذلك أقرّ للمادة 16 من اتفاقية حقوق الطفل بالأثر المباشر³.

وقصارى القول، أيضا، أنّ المعايير التي تعتمد عليها مختلف الأنظمة القضائية الأخرى في مسألة الأثر المباشر للمعاهدات الدولية مُتشابهة؛ فالقضاء الوطني في الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة، قد خلص عبر اجتهاداته، إلى أنّ الأثر المباشر يعتبر تقنية قضائية⁴ تهدف لضمان تطبيق وفعالية القانون الدولي الاتفاقي على المستوى الداخلي من خلال تمكين الأفراد من إثارة البنود التعاقدية، يعترف بها للبند الدولي بالنظر إلى الطابع الكامل: (الواضح، الدقيق وغير المشروط) للقاعدة الدولية⁵ من جهة مع الأخذ بعين الاعتبار نية الأطراف السامية المتعاقدة⁶. وهو ما عبر عنه القاضي Allan Rosas بالقول "أن بنود المعاهدات الدولية، التي تكون كافية الوضوح، الدقة وغير مشروطة، يمكنها توليد أثر مباشر ومنح الأفراد حقوقا بإمكانها الاحتجاج بها أمام المحاكم والسلطات الداخلية"⁷.

1- محكمة قمار (الجزائرية). قسم شؤون الأسرة. حكم بتاريخ 2020-01-14. فهرس 20-00028.

2- C.E. 29 juillet 1994. requête n° 143866. Préfet de la Seine-maritime.

3- محكمة قمار (الجزائرية). قسم الجنج. حكم بتاريخ 2019-02-14. فهرس 19-000182.

4- «it is the technique which allows individuals to enforce a subjective right, which is only available in the internal legal order in an instrument that comes from outside that order, against another (state or private) actor» see:

Tim Corthaut, Koen Lenaerts. Of birds and hedges: The role of primacy invoking norms of EU law. European law review. Vol. 31; issue. 3. 2006. p.310.

5- Koen LENAERTS. Direct effect and direct applicability of international law in EU legal order. In: Inge Govaere, Erwan Lannon, Peter van Elsuwege, Stanislas Adam. The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden. 2014. p.59.

Chiara Giorgetti. The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden. 2012. p.437.

6- André Nollkaemper. National Courts and the International Rule of Law. Oxford University Press. 2011. p.132-133.

7- Allan Rosas. The European Court of Justice and public international law. In: Jan Wooters, Andre Nollkaemper, Erica DE Wet. The Europeanization of international law. T.M.C. Asser press. La Haye. 2008. p.75.

خاتمة.

تناولنا بالتحليل موضوع الأثر المباشر والقابلية للاحتجاج بالمعاهدات الدولية أمام القضاء الوطني للدول.. وخلصت الدراسة إلى أن المقصود بالأثر المباشر فتح الإمكانية للمتقاضين لإثارة القاعدة الدولية والاحتجاج بها مباشرة أمام القاضي الوطني، دون الحاجة لتبني إجراء مسبق لتنفيذها في النظام القانوني الداخلي. فبعد تأكد القاضي من استقبال المعاهدة على المستوى الداخلي عبر تقنية التصديق أو غيرها، يبحث في نية الأطراف المتعاقدة في منحها أثرا تطبيقياً مباشراً من عدمه، ثم يفحص مدى قابلية قواعدها للتطبيق المباشر بمعاينة الطابع الكامل والدقيق للقاعدة المعنية.

كما توصلنا إلى أن البند الاتفاقي الدولي، لكي يكون ذا أثر مباشر، يجب أن يستجمع معيارين ذوا تطبيق تركيبي، طورهما مجلس الدولة الفرنسي:

معيّار ذاتي : بأن حكم البند الدولي لم يأتي، حصراً، لتنظيم أو حكم العلاقات بين الدول. وأن يكون، بالنتيجة، قد أنشأ حقوقاً شخصية لفائدة الخواص. التساؤل الذي يطرحه القاضي هنا "من هو المخاطب بأحكام الاتفاقية الدولية؟". مجلس الدولة الفرنسي، تبنى وطور هذا المعيار، في قرار *GISTI* لـ 11 أبريل 2012 بتوجه ذو نفس ليبرالي لما اعتبر أن البند الاتفاقي، الذي ينشئ حقوقاً للأفراد، يكون ذا أثر مباشر، ولو تضمن في الوقت ذاته، تنظيمًا لعلاقات بين الدول. فالبند الاتفاقي الدولي، الذي ينشئ حقوقاً للأفراد، يكون ذا أثر مباشر، ولو تضمن في الوقت ذاته، تنظيمًا لعلاقات بين الدول، ولا يمكن استنتاج انتفاء الأثر المباشر للبند الاتفاقي من مجرد مخاطبته للدول كأطراف في الالتزام.

معيّار موضوعي : بعدم وجود أي عمل قانوني، ضروري، لتطبيق البند الدولي، وهذا باستعمال صيغة فعل الإلزام "*requérir*". ويجب الانتباه هنا، أنه لا يكفي أن يحيل البند الدولي إلى سن عمل قانوني وطني معين للاستبعاد الآلي للأثر المباشر؛ أي يجب أن يتحقق القاضي بأن يطرح التساؤل التالي: "هل وجود نص قانوني هو ضروري، فعلاً، لتطبيق النص الدولي؟". ولذلك، لا يكون للمعاهدة أثر مباشر، إلا إذا إستوجبت، فعلياً، عمل قانوني داخلي لتطبيقها. ويجب الانتباه هنا، أن مجرد نص الاتفاقية على الإجراء التطبيقي الداخلي، غير كافٍ بذاته، بل يجب أن يكون هذا الإجراء ضرورياً، فعلاً، لتطبيقها.

أما بخصوص موقف القضاء الوطني الجزائري من مسألة الأثر المباشر للاتفاقيات الدولية فيمكن القول أن المعايير التي اعتمدها القضاء الوطني الجزائري في الإقرار بالأثر المباشر لبند الاتفاقيات الدولية شبيهة إلى حدّ التطابق، بتلك التي اعتمدها مجلس الدولة الفرنسي، ويبدو ذلك جلياً من خلال صياغة تلك المعايير في الأحكام القضائية الجزائرية التي تناولت المسألة.

ويمكن القول، أيضا، أنّ المعايير التي تعتمدها مختلف الأنظمة القضائية الأخرى في مسألة الأثر المباشر للمعاهدات الدولية مُتشابهة؛ فالقضاء الوطني في الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة، قد خلص عبر اجتهاداته، إلى أنّه يعترف بها للبند الدولي بالنظر إلى الطابع الكامل: (الواضح، الدقيق وغير المشروط) للقاعدة الدولية من جهة مع الأخذ بعين الاعتبار نيّة الأطراف السامية المتعاقدة. وهو ما عبر عنه القاضي Allan Rosas بالقول "أنّ بنود المعاهدات الدوليّة، التي تكون كافية الوضوح، الدقة وغير مشروطة، يمكنها توليد أثر مباشر ومنح الأفراد حقوقا بإمكانها الاحتجاج بها أمام المحاكم والسلطات الداخلية".

بالنتيجة، فحرمان بعض البنود من الاتفاقيات الدوليّة من كل قابلية للاحتجاج بها، بمبرر انتفاء أثرها المباشر، يعني منع المواطن والقاضي من تطبيقها وإرجاع ذلك إلى مشيئة المشرع أو الحكومة. لقد أضحى القضاء الوطني للدول هو المختصّ دون سواه لتقدير الأثر المباشر للبنود التعاهديّة الدوليّة من عدمها. ولا يرجع القاضي في تقدير الأثر المباشر لحكم إتفاقي ما للسلطة التنفيذية التي أبرمت المعاهدة الدوليّة ولكن الفيصل في المسألة هو المعايير القضائية المستحدثة في هذا الشأن.

❖ لائحة المصادر والمراجع :

I. المراجع العربيّة.

1- نصوص فقهية.

- محمد خليل موسى. الأثر المباشر لاتفاقيات حقوق الإنسان في النظم القانونية الوطنية: دراسة ناقدة. مجلة الحقوق. المجلد 34. العدد الثالث. الكويت. 2010.

2- إجتهاادات قضائيّة.

- محكمة قمار (الجزائرية). القسم الاجتماعيّ. قضية رقم: 739-15. حكم نهائيّ. فهرس 835-15. 16-12-2015.
- محكمة قمار (الجزائرية). القسم الاجتماعيّ. قضية رقم: 738-15. حكم نهائيّ. فهرس 833-15. 16-12-2015.
- محكمة قمار (الجزائرية). قسم شؤون الأسرة. حكم بتاريخ 14-01-2020. فهرس 00028-20.
- محكمة قمار (الجزائرية). قسم الجنح. حكم بتاريخ 14-02-2019. فهرس 000182-19.

II. المراجع الأعمجية.

1- نصوص فقهية.

- Allan Rosas. The European Court of Justice and public international Law. In: Jan Wooters, Andre Nollkaemper, Erica DE Wet. The Europeanization of international law. T.M.C. Asser press. La Haye. 2008.
- André Nollkaemper. National Courts and the International Rule of Law. Oxford University Press. 2011.
- Antoine Masson. Droit communautaire: Droit institutionnel et droit matériel. 2^e édition. Larcier. 2009.
- Bob Kieffer. L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public. Larcier. 2008.
- Catherine Weniger. La Responsabilité du Fait des Produits pour les Dommages Causes à un Tiers au Sein de la Communauté Européenne. Etude de droit comparé. Librairie DROZ. Genève. 1994.
- Chiara Giorgetti. The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden. 2012.
- Koen Lenaerts. Direct effect and direct applicability of international law in EU legal order. In: Inge Govaere, Erwan Lannon, Peter van Elsuwege, Stanislas

Adam. The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden. 2014.

- Laurence Potvin-Solis. Les effets du droit de l'Union européenne sur les compétences des collectivités territoriales. L'Harmattan. 2013.
- Marie Gautier. Droit institutionnel de l'Union européenne. Presses universitaires de France. 2010.
- Ronny Abraham. Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant ; Conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI). R.F.D.A. 1997.
- Serge Slama. Adoption de nouveaux critères de détermination de l'effet direct des normes internationales sans consacrer leur invocabilité systématique. In Lettre Actualités Droits-Libertés. CREDOF. 14 mai 2012.
- Tim Corthaut, Koen Lenaerts. Of birds and hedges: The role of primacy invoking norms of EU law. European law review. Vol. 31; issue. 3. 2006.

2- الإجتهاادات القضائية.

- C.E. 03 février 1989. Compagnie Alitalia; C.E.Ass. 28 février 1992. SA Rothmans International.
- C.E. 22 février 2018. Requête no 397360. Association nationale pour l'intégration des personnes handicapées moteur et a.
- C.E. 4 juillet 2012. requête no 341533. Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes.
- C.E. ass. 11 avril 2012. requête no 322326. GISTI-FAPIL.
- C.E. Ass. 11 avril 2012. GISTI et FAPIL. Req. n° 322326.
- C.E. Ass. 23 décembre 2011. M. Eduardo José Kandyrine de Brito Paiva.
- C.E. 23 décembre 2010. Requête n°335738. Association AIDES.
- C.E. 30 octobre 2009. Mme Perreux.
- Cass. Soc. 16 décembre 2008. Eichenlaub c/ Axia. N°05-40876.

- C.E. Ass. 3 octobre 2008. Commune d'Annecy. n° 297931.
- C.E. 29 décembre 2006. Requête n° 284467. Mme Magroune.
- C.E. 7 juin 2006. Requête n°285576. Association AIDES; C.E. 25 juillet 2007. Requête n°292733. Deroeux.
- C.E. 26 septembre 2005. Requête n° 248357. Association collectif contre l'handiphobie.
- C.E. Ass. 06 février 1998. Tête, Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais.
- C.E. Ass. 30 octobre 1996. Cabinet Revert et Badelon.
- C.E. 29 juillet 1994. requête n° 143866. Préfet de la Seine-maritime.
- Cons. Constit. décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986. Entrée et séjour des étrangers en France; Cons. Constit. décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992. Traité sur l'Union européenne.
- C.E. 22 décembre 1978. Cohn Bendit.
- Cour permanente internationale de justice. Avis, 21 février 1925 sur l'échange des populations grecques et turques.
- Cass. Crim. 15 octobre 1991, n° 90-86-791; Cass. Crim. 31 janvier 2001. N° 00-82.341.

وثيقة الوصف في قانون براءة الاختراع - دراسة مقارنة



إعداد الدكتورة : مصدق خيرة

استاذة محاضرة - أ - كلية الحقوق

جامعة معسكر - الجمهورية الجزائرية

الكلمات المفتاحية : براءة الاختراع - المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية - الشروط الشكلية للحماية - وثيقة الوصف - رجل المهنة.

Description in patent law - comparative study -

Keywords : Patent - Algerian National Institute of Industrial Property - Formal Conditions of Protection - Description - phosita

Summary :

This study is an attempt to discuss the legal provisions governing the description document, as a component of the filing file, by highlighting the legal importance and prominent role in the protection of the invention, as well as the legal conditions imposed by the legislator for drafting this document and the scheduled penalty in case of irregularity. This is in response to the following question: What is the importance of the description document in the legal system of the patent?

La description en droit des brevets - étude comparative-

Mots-clés : brevet d'invention-Institut national algérien de la propriété industrielle- les conditions de forme de protection- l'homme de métier

Résumé :

Cette étude est une tentative de discuter les dispositions légales régissant le document de description, en tant que composante du dossier de demande de brevet d'invention, en soulignant l'importance juridique et le rôle prépondérant dans la protection de l'invention, ainsi que les conditions légales imposées par le législateur pour rédiger ce document et Ceci est dans le contexte de la réponse à la question suivante: Quelle est l'importance de la description dans le système juridique du brevet?

المقدمة :

عرفت المادة الثانية من الأمر رقم 03-07، مفهوم الاختراع، المستحق للحماية ببراءة الاختراع، بأنه « فكرة تسمح عمليا بإيجاد حل لمشكل محدد في مجال التقنية»، ويذهب بعض الفقه الجزائري إلى تعريف الاختراع بأنه «عمل الإنسان الذي يؤدي إلى كشف ما كان غير معروف سابقا، أو عمل الإنسان الذي يؤدي إلى إنشاء شيء جديد»⁽¹⁾.

وتكفل الحماية لهذا الاختراع بموجب سند البراءة، والذي يعرفه المشرع الجزائري بأنه « وثيقة تسلم لحماية الاختراع»⁽²⁾. فهي سند تسلمه هيئة عمومية أو سلطة معترف بها من طرف الدولة يخول لمالكه حقا احتكاريا لاستغلال الاختراع موضوعه⁽³⁾، والذي يكيف بأنه تعويض للجهد الفكري والنفقات والمصاريف التي يمكن أن يستغرقها المخترع للكشف عما هو غير معروف من قبل أو إنشاء شيء جديد. فبمقتضى هذا السند، يكفل المشرع نوعا من التوازن بين مصلحة المخترع، والتي تثبت بمنحه احتكارا لاستغلال اختراعه، مقابل دفع رسم محدد قانونا⁽⁴⁾،

¹ - فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري والحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية، حقوق الملكية الأدبية والفنية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، 2006، ف. 45، ص. 58.

² - المادة 2 من الأمر رقم 07-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق ببراءات الاختراع، ج. ر. 23 يوليو 2003، عدد 44، ص. 28.

³ - J. Azéma et J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 6^{ème} éd. 2006, n° 157, p. 89 : « le brevet peut se définir comme un titre délivré par les pouvoirs publics... ou par une autorité reconnue par l'État... conférant à son titulaire un monopole temporaire d'exploitation sur l'invention qui en est objet».

⁴ - فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ف. 146، ص. 136.

ما يمثل حافزا على إذاعة الاختراع وتشجيع الابتكار. كما يحمي مصلحة المجتمع من خلال تحديد مدة مؤقتة لاحتكار استغلال الاختراع⁽¹⁾، وبانقضائها يسقط الاختراع في الملك العام ويمكن للجميع الانتفاع به⁽²⁾.

غير ان الاستفادة من الحقوق الاستثنائية على الاختراع، لا تثبت للمخترع إلا إذا أودع طلبا منتظما للحصول على البراءة أمام المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية. وذلك بخلاف الحماية التي تتقرر بموجب حقوق الملكية الادبية والفنية، التي تثبت بمجرد ابداع المصنف الذهني⁽³⁾، وان كانت عملية الإيداع القانوني لأغراض حفظ الحقوق، وتبرير ذلك أن الحماية المقررة ببراءة الاختراع ترد على الاختراع ذاته، أما تلك المحددة بموجب الملكية الادبية والفنية، فتثبت للمؤلف. أي اهتم المشرع في مجال براءة الاختراع بالحقوق المالية للمخترع، أما فيما يخص الملكية الادبية والفنية فيسمو الحق المعنوي عن الحق المالي⁽⁴⁾.

حدد المشرع الجزائري الوثائق التي يلزم المودع بتقديمها للهيئة المختصة، لاكتساب الحقوق القانونية على اختراعه، كما بين الاجراءات التي يتوجب على المخترع احترامها، ويتكلف بمراقبة مدى احترامها المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية⁽⁵⁾. ولا يتحقق شرط الانتظام إلا إذا تكون ملف الإيداع من طلب محرر في شكل استمارة، يقوم المعني بملئها، بالاضافة إلى وثيقة المطالبات، التي يحدد بموجبها المودع نطاق الحماية القانونية المطلوبة. ترفق بوثيقة تتضمن وصفا دقيقا، شاملا وتفصيليا للاختراع موضوع الطلب، على نحو يمكن رجل المهنة أو الحرفة في المجال الذي ينتمي إليه الاختراع من إعادة تجسيده. كما يجب على المودع أن يرفق طلبه بالرسوم التوضيحية المتعلقة بالاختراع⁽⁶⁾، ووثيقة تثبت سداه للرسوم القانونية للتسجيل⁽⁷⁾.

تنصب هذه الدراسة على مناقشة الأحكام القانونية المنظمة لوثيقة الوصف، كإحدى مكونات ملف الإيداع، وذلك من خلال تسليط الضوء على الأهمية القانونية والدور البارز لها في إقرار الحماية للاختراع، وكذا معالجة الشروط القانونية التي فرضها المشرع لصياغة هذه الوثيقة، والجزاء المقرر في حالة عدم انتظامها. وهذا في إطار الإجابة عن التساؤل التالي: ما أهمية وثيقة الوصف في النظام القانوني لبراءة الاختراع؟

¹- المادة 9 من الأمر رقم 07-03 السابق الذكر.

²- مصطفى كمال طه، القانون التجاري: الأعمال التجارية، الشركات التجارية الملكية التجارية والصناعية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1986، ف. 728، ص. 678.

³- فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ف. 390، ص. 419.

⁴- فرحة زراوي صالح، المرجع نفسه، ف. 420، ص. 464: « إن حق المؤلف يحتوي كما سبق القول على عنصرين: الأول معنوي والثاني مالي تطبق عليهما أحكام متميزة. أي أن العنصر المعنوي يسمو عن العنصر المادي، فهو بدون أدنى شك أكثر أهمية، لكونه يمثل "العمود الفقري" لحق المؤلف ».

⁵- المرسوم التنفيذي رقم 05-275 المؤرخ في 2 أوت 2005 الذي يحدد كيفيات تطبيق إيداع براءة الاختراع وإصدارها، ج. ر. 7 أوت 2005، عدد 54، ص. 8.

⁶- المادة 20 من الأمر رقم 07-03 السابق الذكر.

⁷- المادة 9 من الأمر نفسه.

المبحث الأول : مكانة وثيقة الوصف في ملف براءة الاختراع :

تحتل وثيقة الوصف ضمن ملف الإيداع بأهمية بالغة في النظام القانوني لبراءة الاختراع، من تجلياتها، الارتكاز عليها من طرف القارئ بالتفسير لغرض تحديد نطاق الحقوق الاحتكارية الممنوحة للمخترع، إذ أنها لا تشمل إلا العناصر الجديدة التي أثرى بها المخترع حالة التقنية الصناعية السابقة، وسيتم الوقوف على هذا الدور البارز لوثيقة الوصف ضمن المطلب الثاني من هذا المبحث، في حين يخصص المطلب الأول لتعريف هذه الوثيقة، وتمييزها عن بعض الوثائق المرفقة بملف الإيداع.

المطلب الأول : تعريف وثيقة الوصف وتمييزها عن بعض الوثائق الأخرى في ملف الإيداع :

سيتم ضمن هذا المطلب محاولة ضبط مفهوم لوثيقة الوصف، من خلال التعريف بهذه الوثيقة، في الفرع الأول، ثم تمييزها عن بعض الوثائق المشابهة لها في ملف الإيداع لطلبات البراءة، في الفرع الثاني.

الفرع الأول : التعريف بوثيقة الوصف :

تعتبر وثيقة الوصف، وفق ما ذهب إليه بعض الفقه الجزائري، «الورقة الأساسية في ملف الإيداع، ولهذا حدد المشرع بدقة الشروط التي يجب أن تتوافر فيه من ناحية الشكل والمضمون»⁽¹⁾. وتظهر أهمية هذه الوثيقة أكثر بالنسبة لأنظمة الإيداع التي لا تعتمد على وثيقة المطالبات ضمن ملف الإيداع، كما كان عليه الأمر بالنسبة للتشريع الفرنسي سابقا، إذ كانت وثيقة الوصف تلعب دورا مزدوجا، فمن جهة تعرف بالاختراع موضوع طلب البراءة وتحده، ومن جهة أخرى تحدد نطاق الحماية المطلوبة. ولكن بعد التعديل الذي أدخل على التشريع الفرنسي لبراءات الاختراع، احتفظت وثيقة الوصف بدورها في تحديد الاختراع، وأضاف لها المشرع وظيفة أخرى هي المساعدة على تفسير المطالبات⁽²⁾.

بناء على ما سبق التعرض له، فإن لوثيقة الوصف دور مهم، فهذه الوثيقة هي التي تسمح بفهم الاختراع من خلال عرضه على الوجه الدقيق وإدراجه في المجال التقني الذي ينتمي إليه، كما تعرض الوسائل التي تمكن من تجسيده من طرف رجل الحرفة⁽³⁾. وللوصف خاصية أساسية أنه غير قابل للتصرف فيه بالتعديل بعد إيداع طلب

¹ - فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ف. 111، ص. 110.

² - J. Azéma et J.- Ch. Galloux, *op.cit.*, n° 353, p. 22 : « sous l'empire de la loi de 1844 la description revêtait une importance capitale. Elle avait un double objet : la divulgation de l'invention et la délimitation du monopole d'exploitation. Depuis la loi de 1968 la description n'a conservé que la première fonction , mais le législateur lui a ajouté une seconde : la description sert à interpréter les revendications ».

³ - F. Pollaud - Dulian, *Droit de propriété industrielle*, Monchrestien, Paris, 2001, n° 370, p.168: «La description joue un rôle essentiel avec les revendications. C'est la description qui permet de comprendre l'invention. Elle expose l'invention, la situe dans son domaine technique et par rapport à l'état de la technique antérieure et donne les moyens de la réaliser à l'homme de métier ».

البراءة، ولا يحق إلا للهيئة المانحة للبراءة القيام بذلك من خلال حذف العناصر التي يمثل نشرها مساسا بالنظام العام والآداب العامة، أو في حالة تعديل الأخطاء المادية⁽¹⁾. ويخرج من إعمال هذا الحكم المشرع الأوربي الذي ينص صراحة على أنه يمكن لمودع الطلب، وبمبادرة منه، القيام بإدراج تعديلات على وثيقة الوصف، وذلك بعد صدور تقرير البحث الوثائقي، كما يمكنه القيام بتعديل وثيقة الوصف في حالة توجيه إشعار له بذلك من قسم الفحص⁽²⁾.

الفرع الثاني: تمييز وثيقة الوصف عن بعض الوثائق الأخرى في ملف الإيداع:

بغية ضبط مفهوم وثيقة المطالبات على وجه الدقة، سيتم من خلال هذا الفرع التفرقة بين وثيقة الوصف ووثيقة المطالبات في الجزء الأول منه، أما الجزء الثاني منه فيخصص للتمييز بين وثيقة الوصف ووثيقة الرسوم التوضيحية

أولا: التمييز بين وثيقة الوصف ووثيقة المطالبات:

فالمطالبات وثيقة إلزامية وجوهرية في ملف طلب الإيداع، تتمثل وظيفتها في تحديد مدى احتكار استغلال الاختراع، أي تحديد مدى الحماية القانونية التي تشملها البراءة. وتكمن أهمية هذه الوثيقة في أنها تبين الانجاز الفكري موضوع الحماية، حيث لا تمنح البراءة إلا لعناصر الاختراع المبينة في الوصف والمحددة في قائمة المطالبات⁽³⁾. وعلى هذا، فإنه حتى وإن وجدت عناصر تستحق الحماية، كأن يكون من بين مكونات الاختراع آخر تتوفر فيه كل الشروط القانونية للقابلية للبراءة، فإنه لا يكون موضوعا للحماية لأن المخترع لم ينص عليه في قائمة المطالبات⁽⁴⁾. وقد ذهبت صراحة المشرع إلى أبعد من ذلك، لأنه خول للهيئة القضائية بناء على طلب أي شخص يعنيه الأمر، أن تقضي ببطالان المطالبات إذا كانت هذه الأخيرة لا تحدد مدى الحماية القانونية⁽⁵⁾.

¹ - Art. L. 612-36 C. fr. propr. intell: « ...Si la requête porte sur la description, les revendications ou les dessins, la rectification n'est autorisée que si elle s'impose à l'évidence, aucun autre texte ou tracé n'ayant pu manifestement être envisagé par le demandeur... » et art. R. 612- 60 C. fr. propr. intell.

في نفس المضمون المادة 27 من الأمر رقم 07-03، السابق الذكر.

² - Art. 123 C. B. E.: « La demande de brevet européen ou le brevet européen peut être modifié dans les procédures devant l'Office européen des brevets conformément au règlement d'exécution. En tout état de cause, le demandeur peut, de sa propre initiative, modifier au moins une fois la demande...» Règle 137, règl. exéc. C. B. E.

³ - أنظر ف. زراوي صالح، المرجع السابق، ف.115، ص.113.

⁴ - المادة 22 من الأمر رقم 07-03.

⁵ - المادة 35، ف.1 من نفس الأمر.

ثانيا : التفرقة بين وثيقة الوصف ووثيقة الرسوم التوضيحية :

عرفت اللائحة التنفيذية لاتفاقية التعاون في مجال براءة الاختراع ووثيقة الرسوم من خلال النص على أن « رسوم تخطيط سير العمل والرسوم البيانية تعد رسوما»⁽¹⁾. وعرفها جانب من الفقه الجزائري من خلال بيان وظيفتها، بالقول أنها «تسمح ببيان شكل عناصر الاختراع ومكانها الحقيقي حتى تصبح وظيفتها واضحة تمام الوضوح»⁽²⁾. ويمكن تعريفها بأنها الرسم التخطيطي المجسد لما تم وصفه في وثيقة الوصف، ولكن ذلك لا يعني بأي حال أنه يمكن استبدال وثيقة الوصف بوثيقة الرسوم، إلا في حالة استثنائية واحدة، لم يشر إليها المشرع الجزائري، وهي عندما يتعذر التعبير عن وصف الاختراع بالالفاظ، حيث تقتضي طبيعته تجسيده بالرسوم⁽³⁾.

ولوثيقة الرسوم وظيفة مزدوجة، ما يعكس أهميتها، فهي تعد سندا تفسيريا لوثيقة المطالبات، كما سبق بيانه، كما تهدف إلى تفسير وثيقة الوصف، هذا ما يعكس طابعها الجوهري. ولكن رغم أهمية هذه الوثيقة إلا أن مختلف التشريعات موضوع هذه الدراسة لم تنص على إلزاميتها كسائر الوثائق الأخرى، وإنما جعل الامر فيها جوازيا راجعا لإرادة المودع⁽⁴⁾، باستثناء المشرع الاوربي الذي ألزم المودع بإرفاق هذه الوثيقة بملف الإيداع⁽⁵⁾، ونظم بدوره المعايير اللازم احترامها لصياغة هذه الوثيقة⁽⁶⁾. وبالنسبة للمشرع الجزائري، فقد ضبط المقاييس التي يتعين على المودع احترامها في وثيقة الرسوم، من حيث أبعاد الورقة⁽⁷⁾ ونوعية الورق المستخدم⁽⁸⁾، كما ألزم المودع بأن يشير في أعلى

¹ - القاعدة 7-1 من اللائحة التنفيذية اتفاقية واشنطن.

² - فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ف.113، ص.112.

³ - J. Azéma, *op.cit.*, n° 1759, p. 810 : « il existe cependant des cas dans lesquels la nature de l'invention est telle que seule la représentation figurative peut la décrire, on admet alors que le dessin remplacera la description ».

⁴ - المادة 3 من المرسوم التنظيمي رقم 05-275، السابق الذكر: « يتضمن طلب براءة الاختراع الوثائق التالية:... الرسومات إذا كانت ضرورية لإدراك الاختراع »؛ Art. R. 612- 03, C. fr. propr. intell: « La demande de brevet comprend une requête en délivrance de brevet dont le modèle est fixé par décision du directeur général de l'Institut national de la propriété industrielle et à laquelle sont annexés :

^{1°} Une description de l'invention, accompagnée le cas échéant de dessins...» ; v. aussi 35 U. S. C. sect. 113 : « The applicant shall furnish a drawing where necessary for the understanding of the subject matter sought to be patented...».

⁵ - Art. 78 C. B. E. : « La demande de brevet européen doit contenir :

- a) une requête en délivrance d'un brevet européen ;
- b) une description de l'invention ;
- c) une ou plusieurs revendications ;
- d) les dessins auxquels se réfèrent la description ou les revendications ...»

⁶ - Règle 137, règl. exéc. C. B. E.

⁷ - المادة 19 من المرسوم التنظيمي رقم 05-275.

⁸ - المادة 18 من المرسوم نفسه.

كل ورقة من أوراق الرسم إلى رقم الاختراع، إسم المودع، والرقم التسلسلي لكل ورقة⁽¹⁾، واشترط أن يرد توقيع المودع على ظهر كل ورقة من أوراق الرسم⁽²⁾.

المطلب الثاني : أهمية وثيقة الوصف في تحديد الحماية القانونية المقررة بموجب البراءة :

بناء على ما سبق، تعد وثيقة الوصف مرجعا أساسيا في تحديد المعنى الدقيق لوثيقة المطالبات التي تحدد نطاق الحماية المطلوبة من طرف المودع⁽³⁾. لكن كيف يمكن للقاضي الاستدلال من وثيقة الوصف على معنى وثيقة المطالبات؟ بالرجوع إلى التشريع الجزائري، لا يوجد ما يدل على المنهج المعتمد من طرف القاضي أو المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، كأشخاص لها صلاحية تفسير وثيقة المطالبات لغرض تحديد الحماية المطلوبة، ما يدفع للرجوع إلى بعض التشريعات المقارنة لغرض توضيح ذلك.

فبالنسبة للقضاء الأمريكي هناك منهجين معتمدين في هذا الشأن يتمثل المنهج الأول في الاعتماد على وثيقة المواصفات كلية، أي وثيقة الوصف بالإضافة إلى وثيقة المطالبات. ويلاحظ أن هذا المنهج يوسع من دور وثيقة المواصفات في تفسير مطالب الحماية. في المقابل هناك منهج آخر يضيق من دور وثيقة المواصفات في تفسير المطالبات، فوفق هذا المنهج لا يتم الاعتماد على هذه الوثيقة إلا بغرض بحث ما إذا كانت تتضمن تعريفا واضحا أو ما إذا كانت تشتمل على إنكار لأحد المطالب⁽⁴⁾.

والسؤال الثاني الذي يطرح هو : هل يتم الاعتماد على وثيقة الوصف في تفسير وثيقة المطالبات بغرض تقدير شروط القابلية للبراءة؟

فقد نص المشرع الفرنسي والأوروبي على سبيل المثال على أنه يتم الاستناد إلى الوصف لتفسير وثيقة المطالبات، وربط ذلك حصرا بتقدير الحماية القانونية، دون الإشارة إلى إمكانية الاعتماد عليه لمراقبة شروط الحماية القانونية⁽⁵⁾. بينما اعتمدت غرف الطعون لدى المكتب الأوروبي للبراءات على وثيقة الوصف لتحديد كل من شرط الجدة وشرط

¹- المادة 20 من المرسوم نفسه.

²- المادة 23 من المرسوم نفسه.

³- Ch.-A. Cotropia, *Patent claim interpretation and information costs*, Lewis and Clark L. Rev., V. 9, 2005, p. 77: « the specification is an eligible source from which a claim's meaning can be discerned ».

⁴- *Ibid*, p. p. 77, 78: «The teachings regarding the invention in the specification are examined near the beginning of the interpretation process to gain a better understanding of the invention, and this understanding is used to define the disputed claim term. In contrast, another method of construction has a very narrow view of the specification's role in defining claim terms»

⁵- Art. L. 612-36, C. fr. propr. intell: « L'étendue de la protection conférée par le brevet est déterminée par les revendications. Toutefois, la description et les dessins servent à interpréter les revendications... » ; et v. le Protocole interprétatif de l'art. 69 C. B. E.

النشاط الاختراعي في الاختراع موضوع البراءة⁽¹⁾، وفسرت هذه الغرف ذلك منطلقاً من مبدأ أساسي في اتفاقية البراءات الأوروبية بموجبه يجب التعامل مع وثيقة البراءة كلية، أي بجميع المستندات المكونة لها⁽²⁾.

المبحث الثاني: شروط صياغة وثيقة الوصف والجزاء المترتب عن تخلفها:

انطلاقاً من الأهمية التي تضطلع بها وثيقة الوصف، فرض المشرع ضرورة توافر مجموعة من الشروط القانونية، سواء تلك المتعلقة بموضوع وثيقة الوصف، كإشتراط أن يكون الوصف كافياً على نحو يمكن رجل الحرفة في المجال الذي ينتمي إليه الاختراع من إعادة تجسيده، أو تلك المتعلقة بشكل الوثيقة، والتي بينها المشرع، على وجه الدقة في المرسوم التنفيذي المتعلق ببراءات الاختراع. غير أن الجزاء المقرر، في حالة عدم انتظام وثيقة الوصف، يختلف حسب الشرط المتخلف، بين جزاء قضائي أو إداري، وسيتم تفصيل ذلك من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بإعداد وثيقة الوصف:

حرص المشرع على تحديد البيانات اللازم إدراجها في وثيقة الوصف. كما نظم شكل هذه الوثيقة بدقة متناهية، بداية من تحديد نوع الورق الذي يكتب عليه الوصف⁽³⁾، وأوجب أن تكون هذه الوثيقة من نسختين، وأن تكون مرقمة بأرقام عربية⁽⁴⁾، وذلك لضمان انتظام هذه الوثيقة و«تحقيق صحة الوصف»⁽⁵⁾.

الفرع الأول: العناصر الإلزامية في وثيقة الوصف:

بين المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، أنه يجب أن تشمل وثيقة الوصف على ثمانية بيانات إلزامية. تتمثل أساساً في عنوان الاختراع، الذي يجب أن يدل بدقة على الاختراع، ومن المحبذ أن يتضمن كلمات مفتاحية دون الكشف عن الخصائص الأساسية للاختراع. وفيما يتعلق بصياغة العنوان، فيجب عدم استعمال تسميات مبتكرة، أو أسماء الأشخاص، أو الأسماء التي تشكل علامات صنع. ويجب الاحتفاظ بنفس العنوان في كل وثائق ملف الإيداع.

يتعين على المودع أيضاً تحديد المجال التقني الذي ينتمي إليه الاختراع، ويجب أن لا يكون هذا المجال موسعاً أو ضيقاً على النحو الذي تصاغ به المطالبات. كما يجب أن يتضمن الوصف حالة التقنية الصناعية السابقة، بحيث يبين

¹ - Tech. 16/ 87, J.O. O.E.B, 1992.

² - Tech. , 245/88, *Jurisprudence des chambres de recours de l'Office européen de brevets*, 5^{ème} éd. www.epo.org, 2006, p. 240 : «Dans la décision T 556/02, la chambre a déclaré qu'elle ne faisait qu'utiliser le principe général de droit appliqué dans toute la CBE et selon lequel un document doit être interprété dans son ensemble».

³ - المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 05-275، السابق الذكر.

⁴ - المادة 12 من المرسوم نفسه.

⁵ - فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ف. 111، ص. 110.

المودع السابقت المعروفة من قبل والتي تؤدي إلى نفس الأثر الذي يحققه الاختراع موضوع طلب الحماية. ويتم اختيار السابقت من الأكثر قربا ومثابهة للاختراع والأكثر عصرنة بالنظر إلى تاريخ الإيداع.

إلى جانب ذلك يتعين على المودع بيان هدف الاختراع، والغرض من هذا العنصر هو بيان المشكل التقني الذي يهدف الاختراع إلى إيجاد حل له. إلى جانب واجب عرض جوهر الاختراع من خلال التعريف الصريح والدقيق بموضوع الاختراع والعناصر المعتمدة لتنفيذه، على النحو المين في المطالبات، ويختلف هذا العرض باختلاف فئة الاختراع. كما يجب على المودع أن يبين بدقة وبالتفصيل الأمثلة الأفضل التي يمكن إنجاز الاختراع فيها. وبيان طريقة استعمال وتطبيق هذا الاختراع⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لإعداد وثيقة الوصف:

إلى جانب اهتمام المشرع بشكل صياغة وثيقة الوصف، أوجب توافر شروط أخرى موضوعية تتعلق بمضمون الوصف، في النص على أنه «... يوصف الاختراع وصفا واضحا بما فيه الكفاية وكاملا حتى يتسنى للمحترف تنفيذه...»⁽²⁾. ووفق بعض الفقه الجزائري «يتوجب على المخترع بيان الاختراع بكيفية واضحة وكاملة، بحيث يمكن أن يستخدمه رجل محترف، لأن غاية المشرع من اشتراط هذه الميزات هي بالدرجة الأولى جعل الاختراع قابلا للنقل»⁽³⁾، ويدعم تيار من الفقه المصري ذلك بقوله «إن الوصف يجب أن يكون مفصلا لسببين هما: كي يستطيع الغير بمجرد مطالعة البراءة الامتناع عن الإتيان بموضوعها مادامت نافذة، ولكي يستطيع القيام بذلك بعد انتهائها لأن البراءة لا تمنح للمخترع إلا بعد إيداع سره»⁽⁴⁾. كما تفيد كفاية الوصف في إعداد تقرير البحث الوثائقي، وقد أشارت اتفاقية التعاون في مجال براءات الاختراع إلى أنه «إذا رأت إدارة البحث الدولي ... أن الوصف أو مطالب الحماية أو الرسوم لا تستوفي الشروط المنصوص عليها، بحيث لا يمكن إجراء بحث مثمر، يتعين على الإدارة أن تعلن وتخطر مودع الطلب والمكتب الدولي بأنه لن يجري إعداد تقرير البحث الدولي».

وعليه، يجب أن يكون الوصف كافيا حتى يسمح لرجل الحرفة بتنفيذ الاختراع. ووفق ما استقر عليه الفقه الفرنسي يكون الوصف كافيا إذا سمح لرجل الحرفة، الذي اطلع على البراءة، بإنجاز الاختراع بناء على معارفه المهنية

¹ - I.N.A.P.I., *Guide de déposant*, pp. 4 à 9.

² - المادة 22 من الأمر رقم 07-03، السابق الذكر.

³ - فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ف. 112، ص. 111.

⁴ - سمير جميل حسين الفتلاوي، استغلال براءة الاختراع، د.م.ج.، 1984، سلسلة القانون والمجتمع، ص. 159.

العادية النظرية والتطبيقية، والتي يضاف إليها تلك التي تمت الإشارة إليها في البراءة⁽¹⁾، أي يتم تقدير كفاية الوصف بالنظر إلى التقني المتوسط الذي يجوز على معارف وقدرات متوسطة في مجاله⁽²⁾.

إن اشتراط كفاية الوصف يهدف إلى إلزام المودع بالنشر الفعلي لاختراعه، لأن هذا الإثراء بالمعارف التقنية القابلة للإطلاع هو التبرير للاحتكار الممنوح كمقابل للكشف عن المعلومة⁽³⁾. وبالرجوع إلى قانون براءة الاختراع الجزائري⁽⁴⁾ يلاحظ أنه لا يعتد بحالة عدم كفاية الوصف لرفض ملف الإيداع، وهذا بخلاف المشرع الفرنسي⁽⁵⁾. والجدير بالذكر أن تقدير كفاية الوصف يعد مسألة واقع، وهو يخضع لرقابة قضاة الموضوع⁽⁶⁾. ولكن فيما يخص القضاء الفرنسي، فلمحكمة النقض صلاحية المعاقبة على أي تحريف لسند البراءة، ومراقبة التفسير الذي يقدمه قضاة الموضوع للوصف في سند البراءة⁽⁷⁾.

بيد أن شرط كفاية الوصف في القانون الأمريكي يختلف عما سبقت الإشارة إليه في التشريعات المقارنة محل الدراسة، فمن نص المادة 112 من القانون الأمريكي، يتبين أن كفاية الوصف تتحدد بعاملين مهمين، يتمثل العامل الأول في إفشاء سر الاختراع بصورة كافية، بحيث يمكن المحترف العادي من إعادة تجسيده أو استعماله، أما العامل الثاني، فيتعلق بإعلان المخترع عن أحسن كيفية لتجسيد الاختراع هو على علم بها وقت الإيداع⁽⁸⁾. ويراقب المكتب الأمريكي للبراءات مدى احترام المودع للالتزام بإفشاء سر الاختراع بشكل كاف، ويترتب عن عدمه رفض الطلب، إلا أن الالتزام ببيان أحسن طريقة لتجسيد أو استعمال الاختراع لا يخضع لرقابة الهيئة الإدارية المختصة،

¹- J. Schmidt-Szalewski et J.-M. Mousseron, *Brevets invention*, Encycl. Dalloz, 2003, n° 199, p. 28 : «la description suffisante s'apprécie au regard de l'homme du métier ; la description suffisante est celle qui permet à l'homme du métier qui lit un brevet de réaliser l'invention avec ses connaissances professionnelles normales théoriques et pratiques auxquelles s'ajoutent celles qui sont citées dans le brevet...».

²- J. Azéma *Brevets d'invention, Lamy droit commercial*, éd. 2008, n° 1751, p. 807 : « c'est par rapport à un technicien moyen disposant des connaissances et des capacités moyennes de sa catégorie qu'il faudra juger de la suffisance de la description ».

³- J. Schmidt-Szalewski, *Traits originaux du système européen des brevets*, R.T.D.com. 1978, rejet n° 76, p. 687: «l'exigence du caractère suffisant de la description à pour but d'obliger le déposant à divulguer effectivement son invention, car cet enrichissement... est la justification du monopole d'exploitation qui est octroyé en contrepartie de la révélation de l'information.».

⁴- المادة 27 و28 من الأمر رقم 07-03، السابق الذكر.

⁵- Art. L. 612-12 C. fr. propr. intell. : « est rejetée en toute ou partie toute demande de brevet : ... dont la description ou les revendications ne permettent pas d'appliquer les dispositions de l'article L. 612-14... »

⁶- فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ف.112، ص.111.

⁷- J. Schmidt-Szalewski et J.-M. Mousseron, *op.cit.*, n° 201, p. 29 : «la Cour de cassation, cependant,... se réserve le pouvoir de sanctionner des dénaturations de brevet, par ce biais, elle exerce un certain contrôle sur l'interprétation que les juges du fait peuvent donner aux descriptions de brevets ».

⁸- 35 U.S.C. 112.

لكنه إذا تمكن من له مصلحة من اثبات عدم احترام المودع لهذا القيد أثناء دعوى التقليد، فقد يؤدي ذلك إلى الحكم ببطلان البراءة⁽¹⁾.

والسؤال الذي يطرح: كيف يمكن استفاء هذا الالتزام؟ أي كيف يعلن المودع عن أحسن طريقة لتجسيد الاختراع؟ يعرف بعض الفقه الأمريكي هذا الالتزام، أي إفضاء أحسن طريقة لتجسيد الاختراع، من خلال الدلالات اللغوية لهذه العبارة، فتعني كلمة "أحسن" الفائزة الهامة للهدف المرجو، وتعني كلمة "كيفية" الأسلوب الذي يتم وفقا له إعداد وانجاز الشيء، أما كلمة "صنع" فهي من المصطلحات التي تتعدد معانيها حسب استعمالاتها المختلفة، ومن بينها القيام بفعل ما كتجسيد فكرة في نموذج مجرد، صنع شيء أو استعماله. وعليه، وفقا لهذا الفقه، يقصد بالالتزام بإفضاء أحسن طريقة لتجسيد الاختراع «الكيفية التي يتم وفقا لها تجسيد الاختراع بصنعه أو استعماله، هذا ما ينتج عنه الفائزة الهامة للهدف المرجو»⁽²⁾.

المطلب الثاني: الجزاء المترتب عن عدم احترام شروط إعداد وثيقة الوصف:

يختلف الجزاء المقرر عن عدم انتظام وثيقة الوصف بالنظر إلى الشرط المتخلف، فقد ينحصر الجزاء في إشعار المودع إلى تصحيح الطلب، أو سحب الطلب في حالة عدم امتثال المودع لإشعار الهيئة المختصة. وقد يصل الجزاء إلى إبطال البراءة، كما سيتم بيانه من خلال الفرعين اللاحقين.

الفرع الأول: الجزاء الإداري المترتب عن عدم الانتظام في صياغة وثيقة الوصف:

في حالة وجود خلل في الوصف، على النحو الذي لا يتوافق مع أحكام المادة 22 من قانون براءة الاختراع، يستدعي المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية مودع طلب البراءة أو وكيله لتصحيح وثيقة الوصف، وذلك في أجل شهرين، ويكون هذا الأجل قابلا للتمديد بطلب من المودع أو وكيله في حالات الضرورة المعللة. وإذا لم يتم المودع بتصحيح طلب البراءة خلال هذا الأجل يعتبر الطلب مسحوبا⁽³⁾.

¹ - J.-L. Landis et M.-B. Stiefel, *Principes et théorie générale de l'interprétation des revendications*, in *Les brevets d'invention rédaction et interprétation*, P.U.F., France, 1973, n° 16, p.122: « L'Office des brevets ne sera généralement pas en mesure de vérifier si cette dernière obligation est rempli mais s'il est prouvé lors d'une action en contrefaçon devant un tribunal, que le breveté a caché le meilleur mode de réalisation, la nullité de brevet, c'est-à-dire de toutes les revendications, pourra être prononcée ».

² - S.-B. Walmsley, *Best Mode: A plea to repair or sacrifice this broken requirement of united states patent law*, *Michigan Telecommunications and Technology L. Rev.* V. 9. 2002, p.132: «The definition of the phrase "best mode" may be better understood with reference to the plain dictionary meanings of its constituent terms. "Best" means "of the greatest usefulness for the purpose intended." "Mode" means the "manner in which a thing is done. . . ." The word "done", is perhaps one of the broadest words in the English language, and thereby certainly includes having done something such as embodied an idea in a tangible example, made something, or used something.».

³ - المادة 27 من الأمر رقم 07-03، السابق الذكر.

الفرع الثاني : بطلان البراءة في حالة عدم انتظام وثيقة الوصف :

ينص المشرع على أنه: «تعلن الجهة القضائية المختصة البطلان الكلي أو الجزئي لمطلب أو عدة مطالب تتعلق ببراءة الاختراع، بناء على طلب أي شخص معني في الحالات الآتية:

1- إذا لم تتوفر في موضوع البراءة الأحكام الواردة في المواد من 3 إلى 8 أعلاه.

2- إذا لم يتوفر في الوصف أحكام المادة 22 (الفقرة 3) أعلاه.

3- إذا كان الاختراع في حد ذاته موضوع براءة في الجزائر تبعا لطلب سابق أو كان مستفيدا من براءة سابقة...»⁽¹⁾. انطلاقا من هذا النص القانوني، يتبين أنه توجد حالات محددة على سبيل الحصر يمكن عند توافر إحداها أن يتمسك كل من يهيمه الأمر ببطلان البراءة. بعبارة أخرى، يعتبر سند البراءة الممنوح من طرف السلطة الإدارية المختصة صحيحا، إلى غاية إثبات تحقق أحد الأسباب المثبتة قانونا لبطلان السند من طرف من له مصلحة في ذلك.

وقد يتم التمسك ببطلان البراءة بطريقة أصلية أو عن طريق الدفع الفرعي. ويصطلح على هذا النوع من الدفع بالدفع القضائي الموضوعية أو الأولية، وهي وسيلة دفاعية في يد المدعى عليه لرد كل طلبات المدعي أو جزء منها والاعتراض عليها. يمكن استخلاص هذه الوسيلة من قول المشرع أنه « يمكن للمدعي في أي قضية من القضايا المذكورة في المادتين 58 و 59 أعلاه رفع دعوى البطلان عن طريق نفس الإجراء»⁽²⁾. وبالرجوع إلى النصين اللذين تحيل إليهما المادة يتبين أنهما يتعلقان أساسا بدعوى التقليد. انطلاقا من هذه النصوص، يعتبر الدفع بالبطلان وسيلة دفاعية يمكن لكل من كان مدعى عليه في دعوى التقليد أن يتمسك بها لإسقاط الدعوى الأصلية.

ويمكن تعريف دعوى البطلان بأنها تلك السلطة التي يخولها القانون لكل شخص ثبت أن له صفة ومصلحة وأهلية في الالتجاء إلى الجهة القضائية المختصة لإبطال البراءة الممنوحة للمخترع، متى تمكن من إثبات تحقق أحد أسباب البطلان المقررة على سبيل الحصر من طرف المشرع في قانون براءة الاختراع والتي تكيف بأنها الشروط الموضوعية للبطلان. انطلاقا من هذا المعنى الإجمالي لدعوى البطلان، يستخلص أنه يجب احترام مجموعة من الشروط لصحة الدعوى؛ أو ما يصطلح عليها بالشروط الشكلية، وهي اللازمة لصحة كل دعوى مهما كانت طبيعتها. ولدراسة هذه الشروط يتعين الرجوع إلى الأحكام العامة المعالجة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁾، وذلك لعدم قيام المشرع الجزائري بتحديد الإجراءات اللازمة لتحريك ومتابعة الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة.

وبالرجوع إلى النص الذي أقر بموجبه المشرع الجزائري جزاء البطلان، يلاحظ أنه لم يقدم أي توضيح بشأن الأشخاص الذين يجوز لهم رفع دعوى البطلان، لأن المشرع يستعمل عبارة عامة في النص على أنه «... بناء على طلب أي شخص معني»⁽⁴⁾، إن استعمال المشرع للفظ "معني" فيه دلالة على أنه لا يمكن رفع الدعوى إلا من طرف

¹ - المادة نفسها.

² - المادة 60 من الأمر رقم 07-03، السابق الذكر.

³ - المادة 13 ق.إ.م.إ.ج.

⁴ - المادة 57 من الأمر رقم 07-03، السابق الذكر.

الشخص الذي يثبت صفة ومصلحة في رفعها، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا. وهذا ما اقتضاه المشرع في أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث ينص على أنه «لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه». وتعتبر هذه الشروط من النظام العام ويمكن للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه في أي مرحلة من مراحل الدعوى⁽¹⁾. بالإضافة إلى هذين الشرطين يجب أن يتوافر في المدعي الأهلية القانونية اللازمة لتحريك الدعوى⁽²⁾. ويمكن لكل من كان مدعى عليه في دعوى تقليد أن يتمسك ببطلان البراءة من خلال الدفع الفرعي، إذا أمكنه إثبات تحقق أحد أسباب البطلان المحددة من طرف المشرع. والأساس القانوني لمنح الصفة للمدعى عليه في دعوى التقليد في التمسك ببطلان البراءة هو نص المادة 60 من قانون براءة الاختراع الجزائري، التي تقضي بأنه «يمكن للمدعى عليه في قضية من القضايا المذكورة في المادتين 58 و59 أعلاه، رفع دعوى بطلان براءة الاختراع عن طريق نفس الإجراء».

وقد أوكل المشرع الجزائري للأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم اختصاص الفصل في دعاوى الملكية الفكرية، وهي بذلك الجهة القضائية المختصة للفصل في دعاوى البطلان، غير أنه لم يبين بنص خاص القسم المختص لنظر مثل هذه الدعاوى، وذلك بخلاف المشرع الفرنسي الذي خول اختصاص النظر في مثل هذه الدعاوى إلى القاضي المدني⁽³⁾. ويرى بعض الفقه الجزائري ضرورة إسناد اختصاص النظر في هذه الدعاوى إلى القسم المدني، وذلك في قوله «فالمنطق يقضي بالاعتراف باختصاص القسم المدني نظرا لاختصاصه العام ونظرا لطبيعة الدعوى، حيث ترمي إلى رفض صحة السند المسلم للمخترع والذي ما هو إلا عقد ملكية لإنتاج ذهني»⁽⁴⁾. إن هذا الاستنتاج يعد منطقيًا، فالطابع المدني يغلب على النزاع، هذا ما يدفع إلى الاعتراف بصلاحيّة القاضي المدني للفصل فيه. بينما لا تكون حقوق الملكية الفكرية ذات طبيعة تجارية إلا إذا كانت تمثل عنصرا من عناصر المحل التجاري، أو تم تقديمها كإسهام في شركة⁽⁵⁾. وعن الجهة القضائية المختصة محليا، فينص المشرع الجزائري صراحة، على أن المنازعات المتعلقة ببراءة الاختراع تنظر أمام محكمة مقر المجلس الذي يوجد في دائرة اختصاصه موطن المدعى عليه⁽⁶⁾.

¹- قارن المادة 13 من القانون رقم 05-08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. 23 أفريل 2008، عدد 21؛ دخل هذا القانون حيز التنفيذ في 23 أفريل 2009، وفقا لنص المادة 1026 منه، بنص المادة 495 ق.إ.م. القديم.

²- المادة 32 ق.إ.م.إ.ج.، السابق الذكر: «... تختص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، والإفلاس والتسوية القضائية، والمنازعات المتعلقة بالبنوك، ومنازعات الملكية الفكرية، والمنازعات البحرية والنقل الجوي، ومنازعات التأمينات...»

³- Art. L. 615-17 C. fr. propr. intell..

⁴- فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ف. 91، ص. 89.

⁵- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الأول، المحل التجاري، عناصره، طبيعته القانونية والعمليات الواردة عليه، نشر وتوزيع ابن خلدون، وهران، 2001.

⁶- المادة 40 ق.إ.م.إ.ج. «... في مواد الملكية الفكرية، أمام المحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي الموجود في دائرة اختصاصه موطن المدعى عليه».

الخلاصة :

خلصنا من هذه الدراسة إلى فكرة ان لوثيقة الوصف، كإحدى الوثائق المرفقة بملف الإيداع، أهمية بالغة في رسم حدود الحماية المقررة للمودع عن إختراعه، بموجب سند البراءة الممنوح له من طرف المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية. هذه الأهمية كرسها المشرع من خلال التنظيم الدقيق الذي أولاه لها، سواء في الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءات الإختراع، أو المرسوم التنفيذي رقم 05-275.

غير أن ما نخرج به كتوصية من هذا البحث أنه من الأفضل تدخل المشرع بفتح المجال أمام المودع لإمكانية تعديل هذه وثيقة الوصف، دون حصر هذا التدخل في تصحيح الأخطاء المادية، وذلك على غرار ما اعتمده المشرع بالنسبة لوثيقة المطالبات.

كما يستحسن ضبط المشرع لمعيار رجل الحرفة الذي يتم بالنظر اليه تقدير مدى كفاية وثيقة الوصف، لأن هذا المعيار لا يزال محاطا بالغموض، لاسيما مع عدم وجود اجتهادات قضائية منشورة مفسرة لهذا المفهوم. وفي نفس المساق، على المشرع أن يبذل عناية خاصة بنشر الاجتهادات القضائية في الملكية الفكرية، لتمكين الباحثين في هذا الحقل العلمي من اعداد بحوث أكاديمية رصينة.

❖ قائمة المراجع :

• قائمة النصوص القانونية :

- المرسوم التنفيذي رقم 05-275 المؤرخ في 2 أوت 2005 الذي يحدد كيفية تطبيق إيداع براءة الاختراع و إصدارها، ج. ر. 7 أوت 2005، عدد 54.

- المرسوم الرئاسي رقم 99 - 92 المؤرخ في 15 افريل 1999 المتضمن المصادقة بالتحفظ على معاهدة التعاون بشأن براءات الاختراع المبرمة في واشنطن بتاريخ 19 يونيو 1970 والمعدلة في 28 سبتمبر 1979 وفي 3 فبراير 1984 وعلى لائحته التنفيذية، ج. ر. 19 افريل 1999، عدد 28، ص. 3.

- الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق ببراءات الاختراع، ج. ر. 23 يوليو 2003، عدد 44، ص. 28.

- القانون رقم 03-19 المؤرخ في 4 نوفمبر 2003 المتضمن المصادقة على الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 4 نوفمبر 2002 المتعلق ببراءات الاختراع، ج. ر. 5 نوفمبر 2003، عدد 67، ص. 4.

• المراجع الفقهية باللغة العربية :

- مصطفى كمال طه، القانون التجاري: الأعمال التجارية، الشركات التجارية الملكية التجارية والصناعية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1986، ف. 728، ص. 678.

- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري والحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية، حقوق الملكية الأدبية والفنية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، 2006، ف. 45، ص. 58.

- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الأول، المحل التجاري، عناصره، طبيعته القانونية والعمليات الواردة عليه، نشر وتوزيع ابن خلدون، وهران، 2001.

- سمير جميل حسين الفتلاوي، استغلال براءة الاختراع، دم.ج.، 1984، سلسلة القانون والمجتمع، ص. 159.

• قائمة المراجع باللغة الفرنسية :

- J. Azéma et J.-Ch. Galloux, Droit de la propriété industrielle, Dalloz, 6^{eme} éd. 2006.

= F. Pollaud - Dulian, Droit de propriété industrielle, Monchrestien, Paris , 2001.

- I.N.A.P.I., Guide de déposant.

- J. Azéma Brevets d'invention, Lamy droit commercial, éd. 2008.

= J. Schmidt-Szalewski et J.-M. Mousseron, Brevets invention, Encycl. Dalloz, 2003

- J. Schmidt-Szalewski, Traits originaux du système européen des brevets, R.T.D.com. 1978.

- J.-L. Landis et M.-B. Stiefel, Principes et théorie générale de l'interprétation des revendications, in Les brevets d'invention rédaction et interprétation, P.U.F., France, 1973.

- S.-B. Walmsley, Best Mode: A plea to repair or sacrifice this broken requirement of united states patent law, Michigan Telecommunications and Technology L. Rev. V. 9. 2002.

عقد المشاركة في البنوك التشاركية - قراءة في الأسس والأبعاد



سعيد شيببي : باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية

بجامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس - المملكة المغربية

ملخص البحث :

يعد عقد المشاركة من العقود التي اعتمدت لتمويل المشاريع في البنوك التشاركية حيث تتجه إراد الطرف إلى المشاركة البنك في مشروع معين واقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة، وبما لاشك أن هذا العقد يجعل البنوك التشاركية قادرة على أن تلعب الدور الاقتصادي والاجتماعي المطلوب للمساهمة في دفع عجلة التنمية للبلاد على الرغم ما تواجهه من التحديات والصعوبات.

مقدمة :

يعد التمويل من المسائل الأساسية التي شغلت الإنسان خاصة في العصر الحالي، باعتباره ضرورة ملحة للنهوض بالأوضاع الاقتصادية والاجتماعية التي تعتبر أساس عملية التنمية في البلاد.

إلا أنه من المعلوم جدا أن هذه العملية التنموية لن تتحقق إلا بتوفر متطلباتها وشروطها و تظافر الجهود و التشارك بين من في حاجة إلى التمويل ومن لديه إمكانيات و فائض في المال.

في ظل هذه الازدواجية استطاع الإنسان أن يجد لنفسه قنوات توفيقية من خلال مؤسسات الائتمان التي يدخل في نطاقها البنوك وشركات التمويل.

وتدل الإصلاحات القانونية والتنظيمية التي عرفها القطاع البنكي في السنوات الأخيرة على إرادة المشرع المغربي نحو فتح مقاربة مالية وتشريعية جديدة تسمح بالمساهمة في توسيع مصادر التمويل لتشمل بذلك إدخال

البنوك التشاركية¹، التي تقدم مجموعة من الخدمات والمنتجات المتنوعة والمتعددة بغطاء شرعي يستند إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

ولعل صيغة التمويل بعقد المشاركة من أحد أهم الأدوات في البنوك التشاركية، حيث تتمتع بمميزات تجعلها من الأساليب القادرة على تحقيق الدور الاقتصادي والاجتماعي المطلوب للمساهمة في مسار التنمية للبلاد. كما أن اعتمادها كمنتج تمويلي بديل ليس مجرد صدفة وإنما يرجع ذلك إلى عدة أسباب ذات أبعاد متعددة ومتنوعة منها ما هو شرعي²، ومنها ما هو اقتصادي واجتماعي³، بالإضافة إلى ذلك يعتبر تعدد واختلاف أساليب الاستثمار عن طريق المشاركة، من العوامل التي تسهم في تبني هذا النوع من التمويل، كونها مدخلا من مداخل النمو والتطور الاقتصادي والاجتماعي.

• أهمية الموضوع :

ومن هنا يظهر أن الموضوع يكتسي أهمية بالغة من الناحية النظرية، حيث على الرغم من صدارة و مكانة صيغة المراجعة على مستوى البنوك التشاركية، فإن الصيغ الأخرى لم تأخذ حظها في التطبيق العملي، التي من بينها صيغة المشاركة. مما يضيع على المستثمرين والأفراد والمؤسسات فرصا تمويلية هامة التي توفرها هذه الصيغة، لما لها من أثر إيجابي في التنمية الاقتصادية والاجتماعية الفردية أو الجماعية، وزيادة نتائج الاستثمار من خلال تحفيز الأفراد على استثمار أموالهم لتحسين ظروفهم و أوضاعهم المعيشية والانخراط في مشاريع استثمارية منتجة التي لا يستطيعون القيام بها وحدهم دون الدخول في مشاركات مع غيرهم.

كما أن لهذه الصيغة آثار إيجابية على البنوك التشاركية من خلال الرفع من عائدها، وتشجيعها على توسيع من نطاق معملاتها، بالإضافة إلى زيادة في رأسمالها مما قد يسهم في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية من خلال تفاعل رأس المال والعمل.

لكن أمام الحذر التي تتخذها البنوك التشاركية مع هذه الصيغة، نظرا لصعوبات و معيقات التي قد تتعرض لها، فإن هناك في الواقع العملي بنوك قد خاضت غمار صيغة التمويل بالمشاركة، والتي أبانت عن نتائج إيجابية، ومن بين هذه البنوك "البنك الإسلامي للتنمية".

¹ تم تنظيم البنوك التشاركية في الظهير الشريف رقم 193.14.1 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436 ل 24 ديسمبر 2014، بتنفيذ القانون رقم 12-103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015) عدد 6328، ص 462.

² لقد أجمع جميع الفقهاء إلا ما استثنى بعض الأصوات أن كافة العمليات البنوك التقليدية هي ربا المنهي عليه في القرآن والسنة نظرا لخطورتها، وقد حث الدين الإسلامي على تداول المال واستثماره وتنميته بطرق شرعية وإشراك الغير فيه بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية مما يجنب الاحتقان والصراع الطبقي بين فئة الملاك وفئة غير الملاك، وقد أجمع فقهاء على مشروعية المشاركة بالرغم من اختلاف في أنواع منها، غير أن فرصة التعاون أفضل الأعمال للنماء والازدهار والاستثمار ولا إثم عليها لقوله تعالى: "تعاونوا على البر والتقوى ولا تتعاونوا على الإثم والعدوان" سورة مائدة الآية 2.

³ اعتماد على صيغة المشاركة في البنوك التشاركية جاء كمحاولة لمحاربة اكتناز الأموال والقضاء على المظاهر السلبية في الحياة وخلق نوع من الدينامية في حركة الاقتصادية والاجتماعية، ودفع عجلة النمو.

• مشكلة البحث :

وعليه ، تأتي معالجة هذا الموضوع للبحث في جوانب مرتبطة به ، سواء بجانب - قانوني أو اقتصادي - لصيغة التمويل بعقد المشاركة ، من اجل خروج بنقط مناسبة ، ووضع تصور يلائم وضعيتها بالبنوك التشاركية . وهذا ما يدفعنا إلى طرح عدة تساؤلات هامة ، يفترض الإجابة عنها على الأقل في هذا الموضوع ، و هي كالتالي :

1- ما مقصود بصيغة التمويل بالمشاركة و ما هي شروطها الخاصة؟

2- ما هي أنواع المشاركة في قانون رقم 12- 103 المتعلق بالبنوك التشاركية؟

3- ما هي مردودية صيغة التمويل بالمشاركة على مستوى الاقتصادي والاجتماعي؟

4- ما هي أبرز معيقات التي تجعل الأبنك التشاركية تستبعد صيغة التمويل بالمشاركة؟

ترتيا على ذلك، سنقسم البحث إلى مبحثين اثنين يشمل الأول محددات رئيسية لعقد المشاركة، من خلال ماهيته، وأنواعه، وشروطه. في حين المبحث الثاني خصصناه لإبراز دور التمويلي لصيغة المشاركة في تحقيق أبعاد التنمية المستدامة سواء الاقتصادية أو الاجتماعية، مع إبراز في الأخير، المعوقات التي تواجه البنوك التشاركية، والتي تحول دون تفعيل صيغة المشاركة في خدماتها البنكية .

خطة الدراسة البحث :

وارتباط به ، يكون التصميم العام لهذا الموضوع ،على الشكل الآتي :

- المبحث الأول : محددات عقد المشاركة على ضوء قانون رقم 12 - 103.

- المبحث الثاني : دور صيغة التمويل بعقد المشاركة في تحقيق أبعاد التنمية المستدامة.

المبحث الأول : محددات عقد المشاركة في قانون رقم 12 - 103 :

إن تحديد المنطلقات الأساسية لأي مسألة علمية، بالغة أهمية عند الباحثين والدارسين في جميع المجالات والحقول، لأنها تساعد على فهم واستيعاب مختلف مباني رئيسية التي تقوم عليها، وفي هذا السياق، سنحاول تحديد حقيقة عقد المشاركة كمنطلق أساسي، وإبراز شروطه الخاصة في (المطلب الأول)، على أن نتقل في (المطلب الثاني) إلى بيان أنواع التمويل بالمشاركة مع إيراد كيفية تطبيقها في القطاع الفلاحي نموذجاً.

المطلب الأول : ماهية عقد المشاركة :

يقصد بماهية الشيء، إدراك حقيقة الشيء على ما هو عليه، من خلال محددات التي توصل إلى تحديد ماهيته بكل دقة، تفصيلاً وإجمالاً. وبناءً عليه، سنتناول هنا تعريف المشاركة لغة، وأيضاً تعريفها في الاصطلاح الفقهي والاقتصادي والقانوني (الفقرة الأولى). هذا ضروري جداً من أجل توضيح أصل هذا الأسلوب من التمويل . على أن نتقل إلى

تحديد أنواع صيغة المشاركة في (الفقرة الثانية)، مع إيراد كيفية يمكن تطبيقها في القطاع الفلاحي، بشكل مختزل و بسيط في (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى : تعريف المشاركة :

إن تعريف أي مادة ينبغي أن يبدأ بتحديددها من كافة جوانب حتى تتضح في الأذهان صورها. وانطلاقاً من هذا الطرح، فإن تعريف المشاركة يقتضي في البداية تحديد معناها اللغوي، والاصطلاحي.

وعليه، فإن أصل لفظ المشاركة مشتق من شركة، بكسر الشين وتسكين الراء - وتعني المخالطة والامتزاج، يقال اشتركنا بمعنى تشاركنا، وقد اشترك الرجلان وتشاركا، وشارك أحدهما الآخر، ويقال للرجل شريك، وللمرأة شريكة، وشاركت فلان : صرت شريكه¹.

ولما كانت المشاركة في الفقه الإسلامي تتنوع إلى عدة أنواع، نجد بعض تعريفات مختلفة لدى الفقهاء كل واحد من زاويته ومنظوره الخاص ، ومن بين تعريفات الفقهاء لعقد المشاركة ما يلي :

عرفها الحنفية بأنها : "عقد بين المشاركين في رأس المال والربح"² . وعرفها المالكية " الشركة هي إذن كل واحد من المتشاركين لصاحبه في أن يتصرف في ماله ، أو بدنه له ولصاحبه مع تصرفهما أنفسهما"³. في حين الشافعية قالوا " ثبوت الحق في الشيء لإثنين فأكثر على وجهة الشيوخ"⁴. أما الحنابلة عرفوها على أنها " الاجتماع في استحقاق أو التصرف"⁵.

وفي هذا السياق، نجد أحد الفقهاء المعاصرين عرفها بقوله "هي أن يتعاقد إثنان أو أكثر على إنشاء عمل، أو مشروع تجاري، أو صناعي، أو زراعي بقصد الاسترباح"⁶.

وعليه، فمن الباب الملاحظة على هذه التعريفات للمشاركة أنها تدل على الاختلاط و الامتزاج . والمشاركة كما عرفت احد الباحثات ، " اشترك شخصين أو أكثر إما في المال أو في العمل أو فيهما معاً، بهدف إنجاز عملية معينة، وعلى أساس اقتسام الناتج عنها بحسب حصة كل واحد سواء في المال أو في العمل"⁷.

بينما في المجال البنكي تعتبر المشاركة أسلوب تمويلي يشترك بموجبه البنك مع طالب التمويل في تقديم المال اللازم لمشروع ما، أو عملية ما، يوزع الربح بينهما بحسب ما يتفقان عليه، أما الخسارة فنسبة تمويل كل واحد منهما⁸.

¹ ابن منظور الإفريقي المصري "لسان العرب" دار صادر، الجزء 10 (ت 711 هـ) ص 448 – 449.

² علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ت 578 هـ) المكتبة الحبيبة، باكستان، ط1، 1409 هـ - 1979 م، 6/ 57.

³ محمد بن محمد الحطاب، مواهب الخليل لشرح مختصر الخليل، تحقيق زكريا عميرات دار عالم الكتب 1423 هـ - 2003 م ، 7/ 64.

⁴ محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المهاج (ت 988 هـ) مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1388 هـ، 1975.

⁵ عبد الله بن قدامة المقداسي، المعني فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر بيروت لبنان، ط 1، 1405 هـ - 109/5.

⁶ وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، بحوث وفتاوي وحلول، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2002، ص 431.

⁷ عائشة الشراوي المالقي، البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، الطبعة الأولى، 2000، الناشر المركز الثقافي الغربي، ص 349.

⁸ ابن الغالي إبراهيم، م أبعاد القرار التمويلي والاستثماري في البنوك الإسلامية دار النفاس، عمان، الأردن، 1433 هـ، 2012 م، ص 60.

ومن هنا، فقد تبني المشرع المغربي نفس المعنى الذي سارت عليه جل التعريفات السابقة، لأن المغزى في المعنى وليس في شئ آخر، ويظهر هذا في اطار قانون رقم 12-103، حيث عرف عقد المشاركة في مقتضيات المادة 58 على أنه: "كل عقد يكون الغرض منه مشاركة بنك تشاركي في مشروع قصد تحقيق ربح."

"يشارك الأطراف في تحمل الخسائر في حدود مساهمتهم، وفي الأرباح حسب نسب محددة مسبقا بينهما".

وعلى ضوء ذلك، يظهر أن المشرع المغربي قد حدد الخطوط العريضة لعقد المشاركة، حيث تضمن مجموعة من السمات العامة من الناحية القانونية، والتي لن ندخل في تفاصيلها. أولها أنه من العقود المسماة ملزمة لطرفيه، كما أنه يحتاج لإبرامه إلى الرضا، الأهلية، وإفراغه في شكل معين، غالبا ما يكون في الكتابة لحفظ حقوقهم. كما يرتب على الأطراف إلتزامات متبادلة ينتج عن الإخلال بها نتائج في غاية الأهمية، بإضافة إلى هذا يجب تحديد محل ما وقع عليه التعاقد، فلا يمكن تصور عقد المشاركة بدون وجود محل كما يقتضيه القانون، إلى جانب ذلك يجب أن يكون سبب التمويل مشروع، أما إذا كان غير مشروعاً كان من يدعي ذلك أن يقيم دليلا عليه، وأكثر من هذا، يبقى الغرض الاساسي هو تحقيق الربح من ابرام عقد المشاركة. فهذه إذن شروط عامة لصحة عقد المشاركة بشكل بسيط، فماذا اذن عن الشروط الخاصة؟.

الفقرة الثانية: الشروط الخاصة بعقد المشاركة :

بالرغم من أهمية ومكان الأحكام العامة بعقد المشاركة في البنوك التشاركية، إلا أنه لا يمكن الاعتماد به من الناحية القانونية إلا بتوفر هذا الأخير على شروط خاصة، منها ما تتطلبه جميع العقود، ومنها ما هو خاص تفرضه طبيعته الخاصة.

ونعني بالشروط الخاصة لعقد المشاركة تلك المحددات التي تتعلق بطبيعته، وهذه الشروط تؤدي دورا مهما في استقرار العقد وتوضيحه. فمن غير المنطقي تصور إبرام عقد المشاركة بدون وجود طرفين متقابلين، أو عدم تقديم حصة في رأس المال، أو غياب تحديد كيفية توزيع الأرباح.

وترتبيا عليه، سنتناول في هذا الإطار الشروط الخاصة التي يجب أن تتوفر في عقد المشاركة بشكل مختصر، وذلك على الشكل التالي :

أ- الشروط الأول : ضرورة وجود بنك تشاركي :

يجب لصحة عقد المشاركة أن يتم بين عميل وبنك تشاركي، فهذا الشرط يدور وجودا وعدما مع البنك التشاركي، لأنه ضروري و أساسي . وبالتالي فلا تعد مشاركة كل مشاركة تتم بين شريكين ليس أحدهما بنكا تشاركيا¹.

¹أناس محفوظ، المشاركة في البنوك التشاركية في ضوء القانون رقم 12 - 103 المتعلق بمؤسسات الائتمان، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بفاس، السنة الجامعية 2016-2017، ص 30.

وقد اشارت الاتفاقية الخاصة بإنشاء الاتحاد الدولي في فقرتها الأولى من المادة (5) إلى تعريف البنوك الإسلامية (البنوك التشاركية) بأنها "مؤسسة بنكية ينص قانون إنشائها ونظامها الأساسي صراحة على الالتزام بمبادئ الشريعة الإسلامية، و ينص كذلك على عدم التعامل بفائدة أخذا وعطاء".¹

كما عرفها المشرع المغربي أيضا في المادة 54، من القسم الثالث المتعلق بالبنوك التشاركية، في الباب الأول منه، على أنها "الأشخاص الاعتبارية الخاضعة لأحكام هذا القسم والمؤهلة لمزاولة الأنشطة المشار إليها في المادة الأولى والمادتين 55 و 58 من هذا القانون وكذا العمليات التجارية والمالية والاستثمارية بصفة اعتبارية بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العملي الأعلى".

وبالتالي اذن، فان هذا الشرط لازم وضروري في عقد المشاركة، وقد أكد عليه المشرع في المادة 58 حين عرف المشاركة على أنها "كل عقد يكون غرض منه مشاركة بنك تشاركي في مشروع قصد تحقيق ربح". وبالتالي تبقى كل مشاركة بين شريكين ليس أحدهما بنكا تشاركيا غير خاضعة لأحكام القسم الثالث من قانون رقم 12، 103 المتعلق حصرا بالبنوك التشاركية.

ب- الشرط الثاني : تقديم حصة في رأس المال :

لصحة عقد المشاركة أن يقدم كلا الشريكين، البنك والعميل حصة في رأس مال، ويمكن أن تكون الحصة نقدية أو عينية أو هما معا، وإذا كانت الحصة عينية وجب تحديد قيمتها في عقد المشاركة.² تقويما دقيقا، حيث إن من شأن عدم تقويمها أو المبالغة فيها أن تعطي صورة مضللة عن ملائمة المالية للشركة تجاه الأغير.³ كما تأتي أيضا ضرورة تقويم الحصة العينية على كون أن الشريك يتحمل نصيبه في الخسارة في حدود مساهمته في رأس المال.⁴

ويجب تنبيهه إلى أن تقديم حصة في رأس المال يجب أن تكون ذات ملكية تامة وصافية من كل شوائب، بمعنى أن يكون مقدمها يتمتع بحقه الكامل في الإرادة والتصرف فيها، على وجه ما يقتضيه القانون، لأنه حسب المادة 34 من منشور والي بنك المغرب رقم 1/ و / 17 التي تنص على أنه "لا يجوز أن تكون الديون حصة في رأس مال المشاركة، كما لا يجوز إدراج ديون الشركاء في رأسمال المشاركة". وهذا شرط مهم وضروري لتحقيق جوهر الشفافية و العدل، لأن غايته تكمن في تفادي أي ضرر بالغير أو جهالة مفضية إلى النزاع بين الأطراف.

¹حاتم الحاج علي، المالية الإسلامية، نجاة في التصرف أم تسويق إيديولوجي؟ مجلة أكاديميا، ع11، نونبر 2012، ص 23.

²المادة 33 من منشور والي بنك المغرب رقم 1 و 17 صادر في 27 يناير 2017 المتعلق بالمواصفات التقنية للمنتجات التشاركية المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم وكذا كفاءات تقديمها إلى العملاء الجريدة الرسمية عدد 6548 - 3 جمادى الآخرة 1438 (2 مارس 2017).

³ Brumo Dondero, droit des sociétés, dall, 2^{ème} éd, 2011, p: 38.

⁴أناس محفوظ مرجع سابق، ص 30.

ج - الشرط الثالث : تحديد كيفية توزيع الأرباح والخسائر :

يجب أيضا في عقد المشاركة أن يحدد الكيفية التي سيتم من خلالها توزيع الأرباح حسب نسب بناء على ما توافقت عليه إرادة الشريكين، كما تنص على ذلك المادة 36 من منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17. في حين أن الخسائر لا يجبر الطرفين على تحديد نسبة، مادامت أن مقتضيات عقد المشاركة من المادة 58 من قانون رقم 12 - 103 تنص " يشارك الأطراف في تحمل الخسائر في حدود مساهمتهم".

وحسب مجمع الفقه الإسلامي يعد الربح كل زيادة على رأس المال. ويعرف مقدار الربح إما بالتنقيض أو التقويم للمشروع بالنقد، وما زاد على رأس المال عند التنقيض أو التقويم فهو ربح.¹

أما الخسارة فيقصد بها خروج المال من الذمة المالية أو نقص في قيمة رأس المال، وتشمل نقص قيمة الخدمة أو نفقات نشاط معين.²

وترتبا عليه، يستشف أن توزع الأرباح في إطار المشاركة يتم حسب الإنفاق، بغض النظر عن مساهمة كل شريك في رأس مال المشروع، ولكن بما أن الأرباح لا يمكن معرفتها مسبقا إلا عند إغلاق حسابات المشاركة وتصفيته، فإن هذا ما جعل المشرع المغربي أن يؤكد في المادة 36 من منشور والي بنك المغرب رقم 1/ و / 17 على أنه " يجب أن يحدد عقد المشاركة كيفيات توزيع الأرباح بين الشركاء على أساس الربح المحقق، وليس في شكل مبلغ محدد مسبقا أو نسبة من رأس المال المشاركة".

وهنا المشرع حسنا فعل، لأن المنطق السليم يقتضي توزيع الربح على أساس ما تحقق فعلا، كون نتائج المشروع الفعلية لا يمكن معرفتها مسبقا بشكل دقيق إلا عند إغلاق حسابات المشاركة أو حصرها. وهذا هو المعيار السليم لدى إمكانية توزيع الأرباح من عدمه.

أما الخسائر، وجب الاشتراك في تحمل عبئ الخسارة وتبعية الهلاك والتلف إن تحقق شيء من ذلك، خلال فترة المشاركة، على قدر حصة كل شريك في رأس المال.³ أما إذا كانت الخسائر سببها الإهمال أو الخطأ أو التقصير، في هذه الحالة يتم تحديد ذلك على معايير موضوعية تأخذ بعين الاعتبار نوعية النشاط، ونوعية السلع المتعامل فيها، وما إذا كان الأمر خارجا عن الإرادة أم لا، وباعتماد أيضا على العرف التجاري.⁴

¹ قرار رقم 30 (4/30) مجلة المجمع العدد الرابع، الجزء الثالث، ص 1809، نقلا عن علي محي الدين قره داغي، بحوث في فقه البنوك الإسلامية، دراسة فقهية واقتصادية دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2007، ص 11.

² أسامة رشيد كردي، وسائل الاستثمار وتوزيع الأرباح والخسائر في البنوك الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، منشورات زين الحقوقية والأدبية، بيروت، 2013، ص 246 و 247.

³ سري محمد هوي، خصوصية عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص الثالث، الجزء الأول، 2018، ص 200.

⁴ غادي محمد الرفاعي، المصارف الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2007، ص 109-210.

وبناء عليه، فإذا تم توضيح الشروط الخاصة بشكل مبسط، والتي يجب أن تتوفر في عقد المشاركة على الأقل وان تم الاقتصار هنا فقط على ذكر ثلاث شروط فقط، بسبب ما لها من ارتباط خاص، الذي لا يحيد عنه، على أن يتم الإتفاق عليها في جميع أنواع المشاركة، وإذا ثبت هذا، يبقى أن نتعرض في المطلب الموالي لأنواع المشاركة .

المطلب الثاني : أنواع المشاركة وتطبيقاتها في القطاع الفلاحي نموذجاً :

تختلف أنواع المشاركة تبعاً لاختلاف الأنظار إليها¹، فقد تكون مشاركة في عملية معينة واحدة، أو عمليات متعددة، سواء مع مؤسسات تجارية أو صناعية أو بعض بنوك "إسلامية أخرى"، كما قد تأخذ شكل مساهمة في رأس مال مشروعات موجودة أو قيد الإنشاء، وفي جميع الأحوال قد تكون المشاركة محددة المدة أو لا تكون غير محددة المدة. واستقر الأمر عموماً على شكلين أساسيين للمشاركة، فهي إما مشاركة ثابتة، أو مشاركة منتهية بالتمليك²، ويمكن أن يضاف إلى هذين النوعين المشاركة المتغيرة³.

الفقرة الأولى : المشاركة الثابتة أو الدائمة :

وهي اشتراك البنك في مشروع معين دون أن يتم تحديد أجل معين لانتهاء هذه الشركة⁴، مما يترتب عليه أن يكون شريكاً في ملكية هذا المشروع، ومن ثم إرادته والإشراف عليه. وشريكاً في كل ما ينتج هذا المشروع من أرباح بحسب إسهامه في رأس المال⁵، وفي هذا النوع من التمويل يبقى لكل طرف من الأطراف حصته ثابتة في ملكية المشروع إلى حين انتهاء الشركة.

ومثال على ذلك، أن يقوم البنك بالمساهمة في رأسمال الشركة، سواء بالاشتراك في تأسيس هذه الشركات عند بداية إنشائها كشريك مؤسس أو بشراء أسهم الشركة الموجودة سلفاً، ويكون للبنك حق الرقابة والمتابعة وإدارة المشروع، ويكون شريكاً فيه مادام هذا المشروع مستمراً⁶.

وتنقسم المشاركة الثابتة إلى نوعين هما : المشاركة المستمرة والمشاركة المؤقتة . فالمشاركة المستمرة : تعني قيام البنك بالاشتراك مع شخص أو أكثر في مشروع تجاري أو صناعي أو زراعي عن طريق التمويل المستمر، فيستحق كل

¹ عبد الرحيم الكتامي، تطبيقات صيغة التمويل بالمشاركة في البنك الإسلامي للتنمية، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية 2019، العدد 4، ص 240.

² عائشة الشرفاوي المالقي، مرجع سابق، ص 371.

³ عبد الحق الصبوني، صيغة التمويل يعقد المشاركة كأداة التحقيق العدالة التعاقدية المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية 2019، ص 224.

⁴ محمود حسين الوادي وحسين محمد سمعان، المصاريف الإسلامية، الأسس النظرية والتطبيقات العملية دار النشر والتوزيع والطباعة عمان- الأردن، ط 1 - 2007، ص 169.

⁵ براهيمة أمينة ومسعود رحمة، صيغ وأساليب التمويل بالمشاركة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة ودورها في تحقيق التنمية المستدامة، رسالة الماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة العربي التبسي، تبسة، السنة الجامعية 2016-2017، ص 48.

⁶ حريزي عبد الغني، وقسول أمين، الطبيعة لصيغ التمويل والاستثمار القائمة على مفهوم الملكية بالبنوك الإسلامية، مجلة الريادة لاقتصاديات الأعمال - المجلد 03 العدد 05 / 2017، ص 65.

من الشركاء نصيبه من الأرباح حسب الاتفاق وتكون المحاسبة بعد نهاية كل سنة مالية¹. أما المشاركة المؤقتة: هي أن يدخل البنك مع طرف آخر أو أكثر لفترة معينة، يتم في نهايتها تصفية الشركة، وحصول كل طرف على حقوقه، بمعنى أن المشاركة المؤقتة تكون في إقامة مشروع معين، إلا أن الاتفاق بين البنك والشركاء يتضمن توقيتا معيناً للانسحاب من الشركة مثل في دورة نشاط تجاري أو دورة مالية أو صفقة معينة بالمشاركة أو غيرها².

الفقرة الثانية: المشاركة المتناقصة (المنتهية بالتملك):

عرفت المشاركة المتناقصة بتعريفات متقاربة في معناها، ومن بين هذه التعريفات نجد منها:

المشاركة المتناقصة هي اتفاق بين طرفين أو أكثر على أساس اشتراكهما في رأس مال معلوم، تنتقل بمقتضاه حصة أحدهما إلى الآخر تدريجياً حتى تؤول ملكية هذه الشركة كاملة إليه، بشروط مخصوصة³.

وتجدر الإشارة، أن المشرع المغربي في قانون رقم 12 - 103 لم يعتمد إلى تعريف المشاركة المتناقصة، وإنما اكتفى بالقول "ينسحب البنك تدريجياً من المشروع وفق بنود العقد".

وتخضع المشاركة المتناقصة من حيث المبدأ لنفس الأحكام المتعلقة بالمشاركة الثابتة، غير أنه إذا كان هدفها تمويل عقارات، فإنها لا يلزم أن تأخذ شكل عقد شركة وفقاً لفقرة الثانية من المادة 40 من منشور والي بنك المغرب رقم 1/ و / 17. وننبه إلى أن المشاركة المتناقصة سواء كان هدفها تمويل عقارات أو منقولات، فإن المادة 40 في فقرتها الأولى من منشور والي بنك المغرب رقم 1/ و / 17 وقد خصها بأحكام خاصة، ويتعلق الأمر بما يلي:

1- أن يلتزم البنك التشاركي بموجب وعد أحادي بتفويت أنصبته إلى الشريك أو الشركاء في الآجال والكميات المحددين.

2- عدم جواز أن يكون الوعد الأحادي بالتفويت بقيمة محددة مسبقاً، وغير ملزم إلا بعد إبرام وعد المشاركة.

وإذا رجعنا إلى مؤتمر المصرف الإسلامي الأول بدبي، نجد أن المشاركة المتناقصة لها ثلاث صور وهي:

أ- إما أن يحل الشريك محل البنك في نهاية عقد الشركة أو قبل ذلك البنك بعقد مستقل.

ب- وإما بقسمة الربح ثلاث أقسام: نسبة للبنك كعائد تمويل، ونسبة لسداد تمويل البنك، ونسبة للشريك العميل بمقدار ما دفع، وبما يقوم به من عمل.

¹ براهيمة أمينة ومسعود رحمة، مرجع سابق، ص 48.

² حسين بلعجوز، مخاطر صيغ التمويل في البنوك الإسلامية والبنوك الكلاسيكية مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية 2009-ص 32.

³ وائل عربيات، المصارف الإسلامية والمؤسسات الاقتصادية، النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2006، ص 41.

ج- إما بقسمة رأس المال إلى حصص أو أسهم لكل منها قيمة معينة، ويكون للشريك العميل شراء ما استطاع من أسهم البنك كل سنة، بحيث تتناقص أسهم البنك وحصصه وتزيد أسهم الشريك إلى أن يمتلك جميع الأسهم¹. وما ننبه إليه، أن التمويل بالمشاركة المتناقصة جائز شرعا، مع وجود الاتفاق بين الشركاء على أساس وعد بينهم، لأن المسلمين عند شروطهم، ويكون هذا الوعد ملزما إذا ترتب عليه التزام، لذا يجب أن تكون جوانبه واضحة و عادلة و شفافة، وإذا ثبت هذا، فالسؤال الذي قد يطرح، هو كيف يكون أن نتصور التمويل بالمشاركة في القطاع الفلاحي مثلا.

الفقرة الثالثة: تطبيق صيغة المشاركة لتمويل القطاع الفلاحي نموذجا:

على ضوء ما ذكر عن أنواع المشاركة، فإنها تهدف دائما إلى إيجاد المشاريع من أجل إنتاج السلع والخدمات، ثم بيعها بقصد تحقيق الربح، ويكون اقتسام الربح بالنسبة التي يتفق عليها الشركاء، وبذلك فإنه يمكن أن نتصور تطبيق صيغة المشاركة في التمويل المشاريع بالقطاع الفلاحي كالآتي:

1- إذا كانت المشاركة الثابتة، فإنه يمكن أن نتصور أن تكون الأرض مقدمة من مؤسسة معينة صالحة للفلاحة أو الزراعة، والتمويل من البنك التشاركي. وهذا بعد تقدير قيمة الأرض، وتحديد قيمة مشاركة كل منهما في المشروع، حيث يكون بينهما على قدر مشاركة كل منهما في رأسماله، وتكون النتيجة بين المشاركين على حسب نسبة مشاركة كل منهما.

2- أما إذا كانت المشاركة المتناقصة، في هذه الحالة فقد يؤول المشروع الذي دخلت المؤسسة شريكة فيه بأرضها، بأكملها إليها، على أساس أن تتنازل للبنك عن حصة من أرباحها، وهذا يطفى حق البنك، ويكون المشروع في النهاية ملكا لها².

المبحث الثاني: دور التمويل بالمشاركة في تحقيق أبعاد التنمية المستدامة:

إن جميع الصيغ بالبنوك التشاركية، من بينها المشاركة، يمكن أن تلعب دورا مهما لتحقيق أبعاد التنمية المستدامة سواء في البعد الاقتصادي أو الاجتماعي الذي أصبح ضروريا في جميع المجتمعات، وعليه سيتم من خلال هذا المبحث التطرق إلى بيان دور التمويل بالمشاركة في تحقيق أبعاد التنمية المستدامة (المطلب الأول)، على أن نتقل إلى (المطلب الثاني) للحديث عن المعوقات التي تحول البنوك التشاركية دون استخدام التمويل بالمشاركة لمساهمة في تحقيق أهداف التنمية المستدامة.

¹ عبد السلام أحمد فيغو، العقود التشاركية، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة، المعارف القانونية والقضائية، دار نشر المعرفة، ص 53.

² كمال رزيق، ومسودور فارس، صيغ التمويل للمؤسسات الفلاحية الصغيرة والمتوسطة، الدورة التدريبية الدولية حول، تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة وتطوير دورها في الاقتصاديات المغربية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير - سطيف، 2003، ص 7.

المطلب الأول : التمويل بالمشاركة مدخل لفعالية اقتصادية واجتماعية :

سنحاول في هذا الإطار إبراز دور التمويل بالمشاركة من طرف البنوك التشاركية للمساهمة في تحقيق أبعاد التنمية المستدامة سواء في البعد الاقتصادي (الفقرة الأولى) أو البعد الاجتماعي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : دور التمويل بالمشاركة في تحقيق البعد الاقتصادي :

تلعب صيغ أو أساليب التمويل بالمشاركة دورا في تحقيق البعد الاقتصادي للتنمية المستدامة، ويمكن تلخيص هذا الدور في مزايا التمويل بالمشاركة وآثاره الاقتصادية وذلك في العناصر التالية :

1- على مستوى الاستثمار يمكن لمشاركة أن تساهم في اتساع دائرة الاستثمار من خلال تخفيض تكاليف الاستثمار، ومن المعلوم أنه كلما انخفضت تكاليف التمويل كلما أدى ذلك إلى اتساع دائرة الاستثمار.¹

2- مرونة صيغة المشاركة في تمويل أي مشروع صغيرا كان أو متوسطا ولاسيما المشاركة المتناقضة حيث تمكن الشريك من تملك المشروع بعد انسحاب البنك التشاركي.²

3- المساهمة بدور إيجابي في تمويل المشاريع الصناعية، خاصة تلك التي تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة، والتي لا يستطيع مستثمر واحد ولوجها بمفرده دون تظافر الجهود و المشاركة و التعاون . وكذا الأمر للمشاريع الفلاحية- بالنسبة لملاك الأراضي، الذين تنقصهم الأموال ويحتاجون لمن يشاركهم، و هذه الأراضي تحتاج إلى تمويل بالمشاركة حتى لا تظل معطلة عن أداء وظيفتها. وكذا بالنسبة للمشاريع البنية التحتية للدولة، فإنها بدورها تحتاج لمن يمولها مقابل استغلالها لمدة معينة كالطرق السيارة والسكك الحديدية و غيرها .

4- إن صيغ التمويل بالمشاركة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة تؤدي إلى تجديد الموارد المالية المكتنزة وإعادتها إلى دورة النشاطات الاقتصادية من خلال توسيع القيام بهذه النشاطات عن طريق التوسيع في استخدام الأموال واستثمارها في مشاريع تحتاج إلى توسيع أو في إقامة المشاريع ونشاطات جديدة.³

5- المشاركة تتيح للمصارف (البنوك التشاركية) فرصة للدخول في مشروعات بتحريك سيولتها الراكدة بهدف تحقيق أرباح والخروج من المشاركة للاستثمار في مجالات أخرى.⁴

¹ حريري عبد الغني وقسول أمين، مرجع سابق، ص 69.

² لحسن العيوض، دور الصيغ التمويلية للبنوك التشاركية في حل أزمة المقاولات الصغرى والمتوسطة، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية 2019، العدد 4، مرجع سابق، ص 179.

³ براهيمة أمينة ومسعود رحمة، مرجع سابق، ص 87.

⁴ عبد الرحيم الكتامي، مرجع سابق، ص 245.

الفقرة الثانية: دور التمويل بالمشاركة في تحقيق البعد الاجتماعي:

تهدف التنمية المستدامة إلى تهيئة مناخ اجتماعي مناسب للفرد، وتلعب صيغة التمويل بالمشاركة دورا هاما في تحقيق المساواة الاجتماعية بين الأفراد وذلك من خلال نقطتين:

أولا- توسيع قاعدة المنتجين وتوفير مناصب الشغل واستئصال الفقر، وذلك من خلال العمل على إتاحة التمويل لأصحاب الكفاءات والحرف لإنشاء مشاريعهم عن طريق الشراكة بين الأطراف الثلاث: المستثمر، والمودع، والبنك كوسيط. وهذا يؤدي إلى الحد من سيطرة واحتكار أصحاب الأموال لمشاريع، وذلك من خلال إتاحة الفرصة أمام أفراد وأصحاب الدخل المحدود وذوي الكفاءات والحرف للحصول على تمويل الميسر، بهدف توسيع قاعدة المنتجين والإسهام بفعالية في استثمار الطاقات البشرية العاطلة لصالح المجتمع¹.

وعليه يمكن أن نعتبر صيغة التمويل أحد الحلول الرئيسة لمعالجة مشكلتي البطالة والفقر في المجتمع والتصدي لها، خصوصا في الدول النامية والتي من ضمنها الدول العربية والإسلامية².

ثانيا- المشاركة أداة للملكية³، وذلك إذا كان موضوع المشاركة منقولا، كما في حالة مشاركة البنك للعميل في شراء سيارة (سيارة أجرة أو سيارة لنقل البضائع مثلا) والتي لم يكن يملك العميل ثمنها كاملا، فإنه وفق صيغة المشاركة المتناقصة، يمكن للبنك أن يتنازل عن حصته في الملكية تدريجيا حتى تؤول ملكية هذه السيارة للعميل، فيصبح هذا الأخير منتجا للدخل ومالكا، بدلا من أن يكون عاطلا عن العمل⁴.

- أما إذا كان مشاركة عقارا فمالك الأرض (عقار) الحاصل عليها بسعر رخيص أو بإرث أو هبة أو وصية، ولكنه لا يملك سيولة مالية، وعندما يقدم له التمويل يقيم مشروعا مصنعا كان أو مستشفى أو بناية تجارية حيث بطبيعة الحال سيشغل عددا من الأفراد العاطلين عن العمل، وبذلك يمكنهم أن يصبحوا منتجين، وعاملين في هذا المشروع... وبهذا يتم تخفيض من حدة البطالة في البلاد الإسلامية شيئا فشيئا⁵.

في الأخير، فإن ما سبق ذكره يظهر بوضوح على أن صيغة التمويل بالمشاركة بكل ما للكلمة من معنى لها أبعاد اقتصادية واجتماعية وتنموية لا يمكن حصرها، غير انه في الواقع هناك كثير من المعوقات التي تحد من استخدام صيغة المشاركة في البنوك التشاركية لتحقيق التنمية المستدامة، وذلك لأسباب متعددة و متنوعة لا يكفي هذا المقام ذكرها كلها، إنما سوف نكتفي فقط بذكر بعضها.

¹ براهيمة أمينة ومسعود رحمة، مرجع سابق، ص 83.

² محمود الأنصاري، وإسماعيل حسن وسمير مصطفى متولي "البنوك الإسلامية" دار الأهرام، الإسكندرية، 2002، ص 89.

³ أناس محفوظ، مرجع سابق، ص 33.

⁴ حريري، عبد الغني، قسول أمين، مرجع سابق، ص 70.

⁵ حري عبد الغني، قسول أمين، نفس المرجع، ص 71.

المطلب الثاني : معيقات استخدام صيغة عقد المشاركة في البنوك التشاركية :

لقد قامت البنوك التشاركية على أساس استثمار، حيث تمارس الاستثمار بطرح أدوات استثمارية، كذلك حتى لا ننسى أنها قد تقوم بالتمويل ما يعرض عليها من مشاريع استثمارية بصيغ مختلفة التي تستخدمها.

لكن ما يلاحظ ، أن البنوك التشاركية تواجه مجموعة من المعوقات في الواقع العملي تجعلها تحتاط من تفعيل واستخدام بعض صيغ التمويل، من بينها صيغة المشاركة. وذلك راجع لعدة أسباب متنوعة، منها على سبيل المثال نقص الكفاءة المعرفية للموارد البشرية، وكذلك سيطرة العقلية التقليدية للمستثمرين، بالإضافة إلى عدم اشتراط الضمان في صيغة المشاركة. وأكثر من هذا، هناك كثير من المخاطر التي تحيطها مثل مخاطر السوق، و مخاطر الائتمان، و مخاطر السيولة وغيرها.

الفقرة الأولى : عدم وجود الضمان :

يرد لفظ الضمان في الاصطلاح الفقهي بعدة معان منها الكفالة، والالتزام¹ وعرفه أحد الفقهاء "شعل الذمة بما يوجب الوفاء به من مال أو عمل عند تحقيق شرط أدائه"².

من بين الضمانات التي تطلب عادة من أجل منح التمويل نذكر : الرهن الرسمي، ورهن الآليات والمعدات، والتأمينات النقدية، و الكفالات البنكية.

ويعد الرهن الرسمي من الضمانات الأكثر شيوعا من بين الضمانات الاخرى³ وتختلف أهمية وجود الضمانات ما بين البنوك والعملاء حسب كل طرف.

لكن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أقرت في المعيار رقم 2-2-2- أنه "لا يجوز اشتراط الكفالة أو الرهن في العقود الأمانة ما لم يكن اشتراطهما مقتصرًا على حالة التعدي أو التقصير أو المخالفة، وخاصة عقود المشاركة والمضاربة".

و بذلك، فإن الأصل في صيغة المشاركة هو عدم جواز الضمان، لأن المشاركة تقتضي مشاركة في تدبير مشروع، فإذا هلك المشروع في يد صاحبه فلا ضمان عليه إلا إذا ثبت تقصير أو تعدي في الحفظ أو التصرف.

ولكن الرجوع إلى القانون رقم 12- 103 وكذلك إلى منشور والي بنك المغرب رقم 1/ و 17/ لا يشير المشرع فيهما إلى قضية الضمان في المشاركة بالبت والمطلق، وإن كان هذا الأخير نص بأخذ الضمانات في بعض المنتوجات من قبيل المراجعة والإجارة والسلم.

¹ عبد الحميد أخريف، نظرية الضمان محاولة في التأصيل نظرية المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس 1993-1994، ص 18.

² علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي القاهرة دون ذكر الطبعة والسنة، ص 8.

³ لياس عبد الله سليمان أبو الهيجاء، تطوير آليات التمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية، دراسة حالة الأردن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في تخصص الاقتصاد والمصارف الإسلامية جامعة اليرموك إربد، الأردن، السنة : 2006-2007.

إذا علمنا أن عمليات التمويل بالمشاركة لا يمكن للبنك التشاركي الحصول فيها على ضمان رأسمال أو ضمان عدم خسارته، فإن هذا يجد ذاته يشكل عائق و تحدي قوي و صلب أمام البنوك التشاركية يحول دون استخدام صيغة التمويل بالمشاركة بشكل أوسع، لأن هذه البنوك تقف مكتوفة الأيدي عند تعثر و تخط العميل في ما يتطلبه المشروع من مواكبة و الرقابة و تتبع الدائم لمختلف جوانبه المالية و الإدارية و التقنية و القانونية مما يؤدي إلى خسارتها أولاً، وضياع فرصة بديلة لاستثمار الأموال في مجالات أخرى ثانياً

الفقرة الثانية : مشكلة إثبات التعدي أو التقصير في حالة الخسارة :

عقد المشاركة عقد قابل للربح والخسارة، وأن الشريك في العقد مع البنك التشاركي تعد يده يد أمانة على الأموال التي تسلمها عند التعاقد، وبناء عليه، فإنه لا يسأل عن ضمان هذه الأموال إذا هلكت أو تعرضت للتلف أو الخسارة. وهنا يطرح السؤال: من الذي يقع عليه عبء مسؤولية إثبات التعدي أو التقصير في حالة الخسارة، هل البنك مقدم هذا التمويل أم الشريك الذي يقوم بهذه المهمة ويدير شؤون المشروع؟.

يمكن القول منطقياً أن الذي يقوم بهذه المهمة هو البنك لأن العميل يكون في هذه الحالة مشكوك فيه من قبيل شريكه (البنك التشاركي) وأن هذا العميل يمكن أن يدفع عن نفسه الشكوك البنك بالحجج والإثباتات العملية التي أدت إلى خسارة المشروع¹.

وفي هذا السياق أفاد أحد الفقهاء (الزحيلي) أنه " إذ استثمر البنك المال باعتباره مفوضاً من المودعين بذلك، لدى شخص آخر، فعلى البنك إثبات التعدي أو التقصير من هذا الشخص المستثمر في حفظ الشيء².

وعلى ضوءه، ما يمكن قوله في هذا الصدد هو أن البنك إذا توجه بأمواله لاستثمار في المشاريع التي يقدمها أشخاص عن طريق عقد المشاركة، فإنه بطبيعة الحال يقع عليه عبء إثبات بأدلة ملموسة على مستوى التعدي أو التقصير في حالة الخسارة، وهذا يؤدي إلى تردد و عدم إقبال البنك على توجيه استثماراته بصيغة المشاركة مبعداً نفسه عن الصعوبات والتحديات التي يمكن أن تحصل في حالة حصول خسارة في المشاريع بصيغة المشاركة، ومكتفياً بالحصول على العائد السريع والمضمون في الوقت المحدد بصيغ أخرى.

¹إلياس عبد الله سليمان أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص 132.

² وهبة الزحيلي، صيغ التمويل والاستثمار بحوث المؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر، المؤسسات المالية الإسلامية معالم الواقع وآفاق المستقبل جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، 2005، ص 1042.

خاتمة :

بعد الوقوف على بعض الجوانب التنظيمية لصيغة التمويل بالمشاركة في البنوك التشاركية ومدى إمكانية المساهمة في تحقيق أبعاد التنمية الاقتصادية والاجتماعية، إلا أن بعض المعوقات المرتبطة قد تحول دون استخدامها من لدن البنوك التشاركية مما قد يجعلها دون جدوى إذا لم تكن هناك آليات من شأنها تخفيف من تلك العقبات.

لذلك كان تفكير في مجموع من آليات مساعدة للتصدي لهذه المعوقات من أجل تفعيل صيغة المشاركة في ميدان التمويل حتى تشكل بديلا ومدخلا لتحقيق أبعاد ومتطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية وقدرتها على التكيف مع النظم القانونية الوضعية.

وعليه، فإنه لضمان نجاح التمويل بالمشاركة يتطلب الأمر الأخذ بعين الاعتبار ما يلي :

- ضرورة الإسراع بإخراج باقي النصوص والمراسيم التنظيمية التي يتوقف عليها تطبيق القانون، تجنباً لأي تأويل خاطئ على مستوى التطبيق خاص بصيغة المشاركة.
- التدرج في تطوير تفعيل المشاركة في ضوء الواقع والإمكانيات البنوك.
- عمل البنوك التشاركية على تكوين الاحتياطات النظامية تفادياً لمخاطر التمويل بالمشاركة.
- الانكباب على تعديل مجموعة من القوانين حتى ييسر تطبيق المشاركة بمرونة من قبيل مدونة التجارة، قانون الشركات، قانون الالتزامات والعقود، قانون المناقشة، قانون الضريبي ...
- اقتصار على الضمان في المشاركة فقط في حالة التعدي أو التقصير العميل.

❖ لائحة المراجع :

- Brumo Dondero, droit des sociétés, dall, 2^{ème} éd, 2011.
- ابن الغالي إبراهيم، م أبعاد القرار التمويلي والاستثماري في البنوك الإسلامية دار النفاس، عمان، الأردن، 1433 هـ، 2012م.
- ابن منظور الإفريقي المصري "لسان العرب" دار صادر، الجزء 10 (ت 711 هـ).
- أسامة رشيد كردي، وسائل الاستثمار وتوزيع الأرباح والخسائر في البنوك الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، منشورات زين الحقوقية والأدبية، بيروت، 2013.
- أناس محفوظ المشاركة في البنوك التشاركية في ضوء القانون رقم 12 - 103 المتعلق بمؤسسات الائتمان، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بفاس، السنة الجامعية 2016-2017.

- براهيمة أمينة ومسعود رحمة، صيغ وأساليب التمويل بالمشاركة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة ودورها في تحقيق التنمية المستدامة، رسالة الماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة العربي التبسي، تبسة، السنة الجامعية 2016-2017.
- الظهير الشريف رقم 193.14.1 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 ل 24 ديسمبر 2014، بتنفيذ القانون رقم 12-103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015) عدد 6328.
- حاتم الحاج علي، المالية الإسلامية، نجاعة في التصرف أم تسويق إيديولوجي؟ مجلة أكاديميا، ع11، نونبر 2012.
- حريري عبد الغني، وقسول أمين، الطبيعة لصيغ التمويل والاستثمار القائمة على مفهوم الملكية بالبنوك الإسلامية، مجلة الريادة لاقتصاديات الأعمال - المجلد 03 العدد 05/2017.
- حسين بلعجوز، مخاطر صيغ التمويل في البنوك الإسلامية والبنوك الكلاسيكية مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية 2009.
- سري محمد هوبي، خصوصية عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص الثالث، الجزء الأول، 2018.
- عائشة الشراوي المالقي، البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، الطبعة الأولى، 2000، الناشر المركز الثقافي الغربي.
- عبد الحق الصبوني، صيغة التمويل يعقد المشاركة كأداة التحقيق العدالة التعاقدية المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية 2019.
- عبد الحميد أخريف، نظرية الضمان محاولة في التأصيل نظرية المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس 1993-1994.
- عبد الرحيم الكتامي، تطبيقات صيغة التمويل بالمشاركة في البنك الإسلامي للتنمية، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية 2019، العدد 4.
- عبد السلام أحمد فيغو، العقود التشاركية، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة، المعارف القانونية والقضائية، دار نشر المعرفة.
- عبد الله بن قدامة المقداسي، المعني فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر بيروت لبنان، ط 1، 1405 هـ - 109/5.
- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ت 578 هـ) المكتبة الحبيبية، باكستان، ط1، 1409 هـ - 1979 م، 6/57.
- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي القاهرة دون ذكر الطبعة والسنة.
- غادي محمد الرفاعي، المصارف الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2007.

- قرار رقم 30 (4/30) مجلة المجمع العدد الرابع، الجزء الثالث، ص 1809 ، نقلا عن علي محي الدين قره داغي، بحوث في فقه البنوك الإسلامية، دراسة فقهية واقتصادية دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2007.
- كمال رزيق، ومسودور فارس، صيغ التمويل للمؤسسات الفلاحية الصغيرة والمتوسطة، الدورة التدريبية الدولية حول، تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة وتطوير دورها في الاقتصاديات المغاربية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير - سطيف، 2003.
- لحسن العيوض، دور الصيغ التمويلية للبنوك التشاركية في حل أزمة المقاولات الصغرى والمتوسطة، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية 2019، العدد 4.
- منشور والي بنك المغرب رقم 1 و 17 صادر في 27 يناير 2017 المتعلق بالمواصفات التقنية للمنتجات التشاركية المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم وكذا كفاءات تقديمها إلى العملاء الجريدة الرسمية عدد 6548 - 3 جمادى الآخرة 1438 (2 مارس 2017).
- محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج (ت 988 هـ) مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1388 هـ، 1975.
- محمد بن محمد الخطاب، مواهب الخليل لشرح مختصر الخليل، تحقيق زكريا عميرات دار عالم الكتب 1423 هـ - 2003م ، 64/7.
- محمود الأنصاري، وإسماعيل حسن وسمير مصطفى متولي "البنوك الإسلامية" دار الأهرام، الإسكندرية، 2002.
- محمود حسين الوادي وحسين محمد سمعان، المصاريف الإسلامية، الأسس النظرية والتطبيقات العملية دار النشر والتوزيع والطباعة عمان- الأردن، ط 1 - 2007.
- وائل عربيات، المصارف الإسلامية والمؤسسات الاقتصادية، النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2006.
- وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، بحوث وفتاوي وحلول، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2002.
- وهبة الزحيلي، صيغ التمويل والاستثمار بحوث المؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر، المؤسسات المالية الإسلامية معالم الواقع وآفاق المستقبل جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، 2005.
- الياس عبد الله سليمان أبو الهيجاء، تطوير آليات التمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية، دراسة حالة الأردن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في تخصص الاقتصاد والمصارف الإسلامية جامعة البرموك إربد، الأردن، السنة : 2006-2007.

ضمانات حماية الأم العاملة في التشريع الاجتماعي

(دراسة مقارنة بين مدونة الشغل المغربية وقانون العمل الفلسطيني)



إعداد: نضال غيث ، طالب باحث

بمسلك الدكتوراه ، كلية الحقوق أكادال

جامعة محمد الخامس الرباط - المملكة المغربية

مقدمة :

ترتب عن الثورة الصناعية منذ قيامها خلق فرص كثيرة للعمل، فزجت بالنساء خلف الآلات الميكانيكية، بعد أن قوضت أسس الاقتصاد المنزلي المغلق الذي كان يعتمد على العائلة بوصفها وحدة إنتاج أساسية. لذا؛ فإن التطورات الاقتصادية الحاصلة جعلت حضور النساء واضحا في شتى المجالات، واقتحامها مجالات مهنية ووظيفية كانت حتى وقت قصير حكرا على الرجال، وأصبحنا نلاحظ طلائعية دورها المساهم في المجال الاقتصادي بعدما كان عملها محصورا في دائرة العائلة، ولا يعود عليها بمرود مادي، ودخلت بصورة كبيرة عالم العمل المأجور الذي فتح أمامها أبوابا للمشاركة في تطوير ذاتها ومحيطها.

تعتبر المرأة الركن الأساسي الذي تقوم عليه الأسرة، والدعم الرئيسة التي تركز عليها المدرسة الأولى المتمثلة في البيت. إذ إنها في غالبية الأحيان مسؤولة إلى جانب التزاماتها المهنية، عن تنظيم بيتها والإشراف عليه والسهر على حسن تسييره، باعتبارها زوجة أو ربة بيت.

ولعل ازدواجية دور المرأة، حتم في حقيقة الأمر الواقع أن تحظى قانونا وعملا بوضعية تشريعية متميزة من شأنها أن تيسر لها التوفيق في توظيف إمكاناتها بين شؤونها العائلية بكيفية فعالة ومتميزة، وتراعي في نفس الوقت ضمان

استمرارها في القيام بوظائفها الفطرية المتمثلة في الحمل والوضع والرضاعة. وحمايتها مما يحدق بها وبوليدها من مخاطر جسمانية ونفسية قد تكون لها عواقب وخيمة على المجتمع عامة.

تلك الازدواجية هي ما دفعت بالمشرعين الاجتماعيين المغربي والفلسطيني إلى إيجاد مقتضيات قانونية تسعى إلى التوفيق بين حياة العاملة المهنية، وحياتها الخاصة والعائلية، وأفرد لها وضعية قانونية تتميز في بعض جوانبها عن وضعية الرجل العامل.

وفي ضوء ما سبق يجدر بنا التساؤل، حول مدى نجاعة القواعد القانونية التي سنها المشرعان الاجتماعيان المغربي والفلسطيني لحماية الأم العاملة في توفير الضمانات القادرة على التعاطي مع ازدواجية دورها المهني والأسري؟ وفي سبيل استجلاء مظاهر مقتضيات الحماية الممنوحة للأم العاملة في التشريعين الاجتماعيين المغربي والفلسطيني، فإن الأمر يقتضي الحديث عن منح الأجرية الحق في إجازة الوضع في الفقرة الأولى، ثم منح الأجرية حق الاتصال بوليدها ورعايته في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى : منح الأجرية العاملة الحق في إجازة الوضع :

إن من أبسط مظاهر حماية الأمومة أن تمنح العاملة الحامل إجازة الوضع التي تكون في أمس الحاجة إليها، وتقر جل التشريعات الحديثة الحق فيها بوصفها حقا ثابتا، يسمح للمرأة قبل وبعد الوضع من أخذ وقت معين بهدف الركون للراحة من عناء العمل، واسترجاع قواها وعافيتها بعد الولادة وتمكينها من العناية بالمولود الجديد. ويخضع أساس عطلة الأمومة لمقياسين اثنين لا يجب تغليب أحدهما على الآخر، الأول مقياس طبي اجتماعي يرى بضرورة توفير الراحة الكافية للمرأة والوليد، أما الثاني فاقتصادي يتبنى نظرة براغماتية بحته ويرى بضرورة تخفيض المدة مما يساعد على حسن سير المشروع¹.

وعلى غرار غيرهم من التشريعات الاجتماعية، عمل المشرعان الاجتماعيان المغربي ونظيره الفلسطيني على تنظيم إجازة الوضع، وتقتضي منا دراسة هذه الإجازة الحديث عن شروط استحقاقها، والأجر المستحق عنها "أولا"، ثم الانتقال للحديث عن مدتها "ثانيا".

أولا : شروط إجازة الوضع والأجر المستحق عنها :

اختلفت التشريعات الاجتماعية المقارنة في تعاطيها مع الشروط المطلوبة لاستحقاق المرأة العاملة لإجازة الوضع، وهذا ما سنعمل على توضيحه في هذه الجزئية "أ" ثم ننتقل للحديث عن مقدار الأجر المستحق للأجرية العاملة أثناء إجازة الوضع "ب".

أ) شروط إجازة الوضع :

وباستقراء النصوص القانونية الجاري بها العمل في المغرب يتضح أن المشرع لا يعلق استحقاق العاملة لإجازة الوضع على أي شرط، كما لا يتطلب أن تكون العاملة قد قضت في خدمة صاحب العمل مدة محددة، ومن جهة

¹ JUNTER LOISEAU (Annie): La condition juridique de la femme au travail, thèse de doctorat, université de rennes, 1981, p31.

أخرى، فإن المشرع لم يقيد تمتيع العاملة بإجازة الوضع طوال مدة خدمتها بعدد من الولادات محدد، مما يجعل العاملة تستفيد دائما من الأحكام السابقة مهما تكررت أحمالها.

في حين يلاحظ أن المشرع الفلسطيني اشترط أن تكون المرأة قد عملت قبل الولادة 180 يوما، وبالتالي؛ فإن المرأة التي لم تمض في العمل تلك الفترة لا تستحق إجازة أمومة مدفوعة الأجر من دون أن يشير إلى أن تكون هذه الفترة أيام عمل فعلية¹.

ونظرا إلى أن الأحكام المتعلقة بإجازة الوضع قررها المشرع من باب رعاية الأمومة بصفة عامة؛ فإن شرعية نسب الطفل أو عدم شرعيته لا يؤثر - حسب ما عليه غالبية الفقه- في استحقاق العاملة للإجازة المذكورة وما يترتب عليها من حقوق²، كما أن موت الوليد أو سقوطه قبل اكتمال خلخته لا يؤثران ما دام غرض المشرع هو توفير الراحة للعاملات بمناسبة النفاس الذي يتحقق في الحالتين.

وما يثير التساؤل في هذا الإطار أيضا هو مدى استحقاق الأجيحة لإجازة الوضع في حالة الإجهاض، حيث يبدو من ظاهر النصوص القانونية التي أوردها المشرعان المغربي والفلسطيني أنها مقتصرة على الولادة نتيجة عدم تنظيم هذه الحالة.

وثار خلاف بين الفقهاء حول ما إذا كانت الأحكام السابقة تطبق أم لا في حالة الإجهاض، الذي لا يقل خطرا على المرأة من الولادة العادية³، فهناك من يرى عدم استحقاق العاملة لإجازة الوضع التزاما بالمفهوم الفني للوضع الذي يختلف عن الإجهاض، حيث يعتبر هذا الرأي أن الوضع هو انتهاء الحمل بوضع الجنين في الموعد المعتاد للولادة حيا أو ميتا ولو توفي بعد فترة قصيرة من ولادته حيا، في حين أن الإجهاض هو انتهاء حالة الحمل قبل الموعد المعتاد بما يمنع من استمراره واكمال نموه، ومن ثم فلا مجال للعاملة إلا طلب الحصول على إجازة مرضية في هذه الحالة⁴.

أما الرأي الآخر، فيرى بضرورة عدم الالتزام بالمفهوم الفني للإجهاض والوضع، حيث إن إجازة الوضع مرتبطة بحمل الحمل وانتهائه سواء في موعدة المعتاد أو قبل موعدة حفاظا على مصلحة العاملة وصحتها، وهي ما تمثل فلسفة إجازة الوضع التي تختلف عن الإجازة المرضية⁵.

وأوفق هذا الرأي الأخير على أساس أن إجازة الوضع شرعت لحماية الجانب الصحي للمرأة العاملة دون النظر إلى مصير الحمل من جهة، ومن جهة أخرى، فإن ربط إجازة الوضع بالولادة الطبيعية فيه تعسف وإجحاف في حق المرأة العاملة، خاصة وأن الغاية الرئيسية من إجازة الوضع هي استعادة المرأة لعافيتها. وبالتالي، تجاوزا للبس الذي قد يحصل

¹ انظر الفقرة الأولى من المادة 103 من قانون العمل الفلسطيني

² انظر في هذا الاتجاه علي العريف: شرح تشريع العمل في مصر. الطبعة الثانية، مطبعة عطايا باب الحلق، القاهرة، الجزء الثالث، ط2، 1955 ص: 298. و حسن كيرة، أصول قانون العمل (عقد العمل)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط3، 1977. ص: 729.

³ علي العريف، مرجع سابق، ص298. وحسن كيرة، مرجع سابق، ص: 624.

⁴ همام زهران، قانون العمل (عقد العمل الفردي)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص614

⁵ دنيا مباركة، النظام الحمائي للمرأة العاملة في التشريع الاجتماعي المغربي، مجلة المناهج، العدد الأول، سنة 2001، ص32.

في مثل هذه الحالة، فإن الأمر أصبح يستدعي تدخلا تشريعا يشير إلى وضعية الإجهاض وإعمالها ولو في حالات الإجهاض الاضطراري والطارئ بقوة قاهرة.

يبدو من خلال ما سبق أن مدونة الشغل المغربية كانت أكثر حماية للأمومة من قانون العمل الفلسطيني كون أن المرأة العاملة تستفيد من إجازة وضع دون اعتبار لمدة خدمتها لدى المؤجر، في حين لاحظنا أن المشرع الفلسطيني ربط بين ضرورة قضاء المرأة فترة معينة من العمل واستفادتها من إجازة الأمومة، ما يعني استبعاد عدد لا بأس به من النساء من حق الاستفادة من هذه الإجازة.

ب) مقدار التعويض المادي (الأجر) المستحق للمرأة العاملة أثناء إجازة الوضع :

إن الحماية القانونية الكافية واللازمة للعاملات خلال فترة الحمل وعند الوضع لا تكتمل على الوجه المطلوب إلا إذا ضمن لها المشرع خلال إجازة الأمومة دخلا (أجرا) كان أو تعويضا تستعين به على سد حاجاتها في هذه الفترة الحرجة، وهذا الدخل لا ينبغي أن يقل عن أجرها العادي، أي أجرها كاملا كما تقتضي بذلك المادة 10 من اتفاقية مكتب العمل العربي رقم 5، وفي أدنى الحالات - وعند الضرورة القصوى- لا يجب أن يكون أقل من نسبة 60% من الأجر الذي يمثل الحد الأدنى المنصوص عليه في الاتفاقية الدولية رقم 102 الصادرة عن منظمة العمل الدولية . وربما كانت الحكمة من فرض الأجر للمرأة العاملة خلال إجازة الأمومة مستمرا حتى لا يكون حرمانها من الأجر دافعا لها للعودة إلى العمل قبل قضاء مدة الإجازة، وذلك من أجل سد حاجاتها مما قد يعرضها وطفلها للمخاطر الصحية¹. وهذا فيه مراعاة لجانب المرأة العاملة التي تكون خاصة في المراحل الأولى من الوضع بحاجة إلى الكثير من النفقات لرعاية صحتها ورعاية وليدها².

ونظرا لأهمية الأجر المشار إليه أعلاه، فإن المشرع الفلسطيني نص صراحة في المادة 103 من ق.ع.ف على أن إجازة الوضع مدفوعة الأجر أثناء مدتها كاملة. أما المشرع المغربي، فإنه لم يشر في مدونة الشغل المغربية إلى مسألة التعويض المادي المستحق للمرأة العاملة في أثناء إجازة الوضع، لكن بالرجوع إلى قانون الضمان الاجتماعي المغربي نلاحظه يمنح المرأة العاملة عند انقطاعها عن العمل من أجل الولادة تعويضات يومية لمدة أربعة عشر أسبوعا، شريطة أن تكون الأجيحة مسجلة بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، وأن تتوفر على الأقل على عدد 54 يوما من الاشتراك خلال العشرة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن العمل من أجل الولادة، وحدد مبلغ التعويض بنسبة 100% من متوسط الأجر اليومي الخاضع للاشتراك والمقبوض خلال الستة أشهر السابقة للتوقف عن العمل بسبب الولادة³.

¹ علي حسين نجيدة، الوجيز في قانون العمل والتشريعات الاجتماعية لدولة الإمارات العربية المتحدة، منشورات كلية شرطة، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ط1، دون تحديد سنة نشر، ص 481 وما بعدها

² سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط1، 2004، ص 373.

³ أنظر الفصول 37 و38 من نظام الضمان الاجتماعي المغربي الصادر بمقتضى القانون 17.02 لسنة 2004.

ثانيا : مدة إجازة الوضع :

وإذا كانت التشريعات متفقة على تمتيع العاملة الحامل بإجازة الوضع أو إجازة الأمومة، فإنها تختلف في الأسلوب الذي تنهجه لمنح فترة هذه الإجازة واحتسابها، فمن الدول من يمنح النساء في هذه الحالة مدة طويلة نظرا لتبنيها سياسة اجتماعية تدخل في إطار تشجيع النمو الديمغرافي، ومنها من يمنح مدة أقصر يمكن أن تقل حتى عن المقاييس المعتمدة دوليا¹.

ويلاحظ أن بعض التشريعات تحدد للعاملة مدة معينة بكيفية إجمالية من دون أن تفرق بين الفترة التي تسبق الوضع والتي تليه، وتشريعات أخرى تعتمد إلى تحديد مدة إجازة الأمومة، إلا أنها تميز بين المدة التي تسبق الوضع ومدة الإجازة التي تليه.

والمرجعان الاجتماعيان المغربي والفلسطيني قد سلكا بدورهما نهج التشريعات التي تميز في إجازة الأمومة بين الفترة التي تسبق الوضع وتلك التي تليه. ناهيك عن تبني بعض التشريعات الاجتماعية مبدأ تمديد إجازة الأمومة قبل الوضع أو بعده في حالة المرض الناجم عن الحمل أو الوضع.

وفي ضوء ما سبق، فإننا سنتحدث عن المدة العادية لإجازة الوضع "أ"، ثم المدة غير العادية لإجازة الوضع "ب".
(أ) المدة العادية لإجازة الوضع :

جاءت الاتفاقية رقم 103 لسنة 1952 المعدلة لتؤسس نظاما متكاملا للأمومة، حيث حددت مدة العطلة ب 12 أسبوعا: 6 أسابيع منها تكون لاحقة للوضع على الأقل وتكون إلزامية، كما حددت المدة التي يجب منحها للمرأة قبل الوضع ومعيارها في ذلك هو التاريخ المفترض للولادة.

ومدة إجازة الوضع في التشريع المغربي طبقا للمادة 152 من مدونة الشغل المغربية هي أربعة عشر أسبوعا متواليا خلال الفترة التي تأتي قبل الوضع وبعده مقسمة إلى قسمين: الأول متعلق بالأسابيع السبعة الأولى السابقة على الوضع، وتكون فترة إجازة اختيارية للعاملة التي يكون لها حق الانقطاع عن العمل إذا رغبت في التمتع بها². وبالتالي، فإن الاختيار هنا متروك للعاملة وحدها دون مشغلها الذي ليس له لا أن يمنعها من الإجازة القبلية ولا أن يجبرها عليها إذا رغبت عنها وفضلت الاستمرار في العمل³.

أما الثاني، فمتعلق بالأسابيع السبعة التالية للوضع، وتكون فترة إجازة إجبارية لا بالنسبة للعاملة التي يمنع عليها خلالها ممارسة أي عمل لدى مشغلها أو لأي غيره، ولا بالنسبة لمؤجرها الذي يمنع عليه استخدامها بأي طريقة كانت

¹ التقرير الخامس حول حماية الأمومة في العمل - مراجعة اتفاقية حماية الأمومة رقم 103 لسنة 1952، صادر عن مكتب العمل الدولي، وعرض على المؤتمر الولي للعمل، جنيف، الدورة 1999/98، ص36.

² إن الفصل التاسع في فقرته الأولى لا يلزم العاملة بأية إجراءات شكلية قبل انقطاعها عن العمل، ولا يرتب عليها أية مسؤولية: «يجوز للنساء اللاتي يكون حملهن ظاهرا للبيان أن ينقطعن عن الخدمة دون أن يطلبن الأجل لقطعها ولا أن يؤدين لأجلها تعويضاه. إلا أن اشتراط الفقرة الأولى من الفصل (18) على العاملة أن تخبر مشغلها عن سبب غيابها يقودنا إلى القول بأن العاملة ملزمة بإشعار مشغلها بحلول إجازتها للوضع ويكون ذلك بإدلائها بشهادة طبية تبين التاريخ المرجع للوضع، وذلك مساندة لأحكام التشريع المقارن ومقتضيات الاتفاقيات الدولية للشغل.

³ راجع حسن كيرة: مرجع سابق، ص: 622.

خلال نفس الفترة، حتى ولو كان الوضع متأخرا عن ميعاده المقدر، وتمتعت العاملة بإجازة قبل الوضع لفترة فاقت ستة أسابيع¹.

ولعل ما توخاه المشرع من هذا الموقف الصارم الذي يتعلق بالنظام العام، هو الحيلولة دون رجوع النوافس إلى مواصلة العمل بمجرد الوضع، وقبل التمتع بالقسط الكافي من الراحة، وخاصة إذا كانت إجازة الوضع من دون أجر أو تعويض. ويبرر هذا الاتجاه ارتباط إجازة الأمومة بحقوق الوليد الذي يكون في أمس الحاجة إلى رعاية أمه وملازمته إياها، فضلا عما تتطلبه ظروف الأم من راحة قصد استرداد صحتها كاملة².

إلا أنه يبدو أن صياغة الفصل 153 من م.ش لا تنسجم مع روح المدونة على اعتبار أفادتها بأن منع تشغيل الأجيرة النفساء يتعلق بالأسابيع السبعة التي تلي الوضع، كما أن المادة 154 من مدونة الشغل، لم تنص على ضمان إجازة إجبارية قبل الولادة، وإنما جعلت ذلك متوقفا على رغبة المرأة الأجيرة في توقيف سريان عقد شغلها قبل توقع الوضع بسبعة أسابيع.

وبالتالي، فإن رغبة المرأة الأجيرة في مواصلة العمل خلال سبعة أسابيع السابقة للوضع، يلحق مخاطر بصحتها وصحة جنينها رغم ما يوفره هذا العمل من موارد إضافية لمواجهة تكاليف الولادة في ظل غياب تغطية صحية شاملة، لذلك يبقى التنصيص على إجازة إجبارية قبل الوضع مسألة مهمة رغم ما تنص عليه مدونة الشغل من ضرورة سهر المشغل على تخفيف الأشغال التي تكلف بها المرأة الأجيرة في أثناء الفترة الأخيرة للحمل، على اعتبار أن صحة المرأة قبل الوضع ليست أكثر قدرة على تحمل العمل من فترة بعد الوضع³.

وهذا ما دفع إلى القول إن مدة 14 أسبوعا غير كافية - بما هي إجازة للولادة - مبررا ذلك بكون بعض القوانين كفرنسا ذهبت إلى تمتيع الأم الأجيرة بإجازة مدتها 16 أسبوع بالنظر إلى الحالة الصحية للأم والوليد إذ تحتاج إلى مدة أطول حتى يمكن لها أن تستأنف عملها من جديد⁴.

أما المشرع الفلسطيني، فيتضح أنه جعل مدة إجازة الوضع عشرة أسابيع، منها أربعة أسابيع قبل الولادة وتكون اختيارية، وستة أسابيع بعد الولادة وتكون إجبارية. ومقصد المشرع من جعل المدة الأكبر من الإجازة بعد الولادة، هو الحرص على صحة المرأة الأم وسلامتها، وسلامة طفلها، والتأكد من أنها استعادت صحتها كاملة بعد الولادة،

¹ ويبدو أن موقف المشرع المغربي بتحديد مدة الإجازة الإجبارية في ستة أسابيع موافق لمقتضيات الاتفاقية الدولية رقم 103، التي نصت في مادتها الثالثة، الفقرة الثالثة، على ما يلي: تحدد القوانين أو اللوائح القومية فترة الإجازة الإجبارية بعد الوضع، ولا يجوز أن تقل بأي حال عن ستة أسابيع...». أما الاتفاقية العربية المستويات العمل فقد حددت هذه المدة في خمسة أسابيع حسب ما تشير إليه سامية شاتيل.

أما المادة (10) من اتفاقية مكتب العمل العربي رقم 1976 / 5 بشأن المرأة العاملة فقد نصت على ما يلي «للمرأة العاملة الحق في الحصول على إجازة بأجر كامل قبل وبعد الوضع لمدة لا تقل عن عشرة أسابيع، على أن لا تقل مدة الإجازة بعد الوضع عن ستة أسابيع ويحظر تشغيلها قبل انتهاء المدة المذكورة».

² أحمد إد الفقيه، أشكالية الشغل النسوي وضعية المرأة العاملة في إطار القانون الاجتماعي المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص،

جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط 1989.. ص130.

³ المصطفى طایل، المقترضات الزجرية لحماية المرأة والحدث في مدونة الشغل، مجلة الملف، عدد 20، فبراير 2013، ص146.

⁴ جميلة العماري، المرأة وحق الشغل أية حماية، مقال منشور بمجلة الفرقان، عدد59، سنة 2007، ص49.

وبإمكانها العودة إلى العمل، ما يعني أن المرأة العاملة تستطيع أن تأخذ مدة عشرة أسابيع كاملة بعد الولادة أو جزءا منها، شريطة أن لا تقل المدة بعد الولادة عن ستة أسابيع¹.

لكن يلاحظ أن المشرع الفلسطيني لم ينسجم مع مقتضيات القانون الدولي في هذا الشأن والتي حددتها بمدة 12 أسبوعا، على العكس من المشرع المغربي الذي جاء بمقتضيات أكثر حماية بهذا الشأن إذ حددها بـ 14 أسبوعا. ومن هنا أدعو المشرع الفلسطيني إلى إعادة النظر في المدة السالفة الذكر مراعاة لمصلحة المرأة العاملة الحامل، وتماشيا مع النسق الدولي في هذا الإطار.

هذا فيما يتعلق بالعطلة العادية حيث تكون الأحوال الصحية للمرأة الحامل عادية وطبيعية، غير أنه يحدث أن تسوء هذه الأحوال قبل بدأ سريان العطلة - قبل الولادة- وهذا كثير الوقوع عند النساء، كما قد تنتج بعض الأمراض الناجمة عن الولادة بعد الوضع وبعد انتهاء مدة العطلة القانونية مما يستوجب تمديد هذه العطلة حفاظا على الأم والوليد.

ب) المدة غير العادية لإجازة الوضع :

لقد أقرت الاتفاقية الدولية رقم 103 لسنة 1952 مبدأ تمديد إجازة الأمومة قبل الوضع أو بعده في حالة المرض الناجم عن الوضع شريطة أن يكون مشفوعا بشهادة طبية وفق حالتين:

الحالة الأولى لهذه المدة هي حالة الخطأ في تقدير تاريخ الوضع، حيث يقع هذا الأخير بعد التاريخ المفترض للولادة، وهنا تمد الإجازة إلى التاريخ الفعلي للوضع دون تخفيض فترة الإجازة الإلزامية اللاحقة للوضع، أما الحالة الثانية فهي حالة المرض الناجم عن الحمل أو الوضع².

أما على مستوى التشريع الاجتماعي الوطني، فإن هناك من التشريعات من تبني المقتضيات الحقوقية المتعلقة بالحالات غير العادية لإجازة الوضع المنصوص عليها دوليا، في حين أن تشريعات أخرى لم تنص على هاته الحالات. ويقتضي توضيح مدة الإجازة في الحالات غير العادية الحديث عن الإجازة في حالة المرض الناجم عن الحمل من جهة، وحالة المرض الناجم عن الوضع من جهة أخرى.

- حالة المرض الناجم عن الحمل:

نصت الاتفاقية رقم 103 لسنة 1952 في مادتها 03 فقرة 5 على أنه: "في حالة المرض الناجم عن الحمل المؤيد بشهادة طبية، تمنح القوانين أو اللوائح القومية الحق في إجازة إضافية قبل الوضع، ويجوز للسلطة المختصة أن تحدد الحد الأقصى لمثل هذه الإجازة".

وتماشيا مع الاتفاقية المشار إليها أعلاه نلاحظ أن المشرع المغربي أتاح للمرأة الأجيعة إمكانية تجاوز المدة العادية لإجازة الأمومة في حالة نشوء حالة مرضية ناتجة عن الحمل أو النفاس، ذلك من خلال تمديد فترة إجازة الولادة مدة استمرار

¹ حسام عرفات، شرح قانون العمل الفلسطيني -دراسة مقارنة-، إصدار الكلية العصرية، ط1، راما لله، 2017، ص248.

² ينظر المواد 4 و 5 و 6 من الاتفاقية المذكورة.

تلك الحالة المرضية، وتبتدئ هذه الفترة قبل تاريخ الوضع بثمانية أسابيع، وتنتهي بعد تاريخ الوضع بأربعة عشر أسبوعاً، مع ضرورة الإدلاء بشهادة طبية توضح الحالة الصحية للمرأة الحامل¹.

في حين أغفل المشرع الفلسطيني الإشارة إلى هذه الحالة مما قد يعرض حقوق فئة من النساء العاملات اللواتي يتعرضن لمخاطر صحية ناجمة عن الحمل إلى اللبس بخصوص تطبيق إجازة الوضع.

– حالة المرض الناجم عن الوضع :

ويقصد بها حالة المرض التي تترتب عن الوضع العسير والمضاعفات المتولدة عنه بحيث يجعل المرأة في حالة صحية لا يمكنها معها الالتحاق بالعمل². فالقانون الدولي المتمثل في الاتفاقية الدولية رقم 103 لسنة 1952 نصت على هذه الحالة بوصفها حقاً للمرأة يمكنها أن تستفيد منه في متن المادة الفقرة السادسة من المادة الثالثة³، وتركت أمر تحديده للسلطات المختصة في كل بلد، وكل ذلك بشرط تقديم شهادة طبية تثبت ذلك.

وقد تنبه المشرع المغربي لهذه الحالة عندما مكن الأجيحة الحامل التي تضع حملها قبل تاريخه المتوقع أن تعمل على تمديد فترة توقيف عقد الشغل إلى أن تستكمل الأربعة عشر أسبوعاً التي تستغرقها مدة التوقيف المستحقة لها⁴. لكن هنا يجب على المرأة الأجيحة أن توجه إلى المشغل رسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل، تشعره من خلاله بسبب غيابها، وبالتاريخ الذي تنوي فيه استئناف العمل⁵. في حين لم يشر المشرع الفلسطيني لهذه الحالة.

وبالتالي نلاحظ مما سبق أن التنظيم القانوني الذي اتبعه المشرع المغربي بشأن مدة إجازة الوضع كان أكثر حماية من نظيره الفلسطيني وأكثر انسجاماً مع القانون الدولي، إذ حددها الفلسطيني بمدة تقل عن تلك المشار إليها في القانون الدولي، كما أننا نلاحظ أن المشرع الفلسطيني اقتصر في حديثه عن المدة العادية لإجازة الوضع دون الإشارة إلى حالات يمكن فيها تجاوز تلك المدة، وبالتالي فإن ذلك يضيق - لا محالة - من نطاق الحماية الممنوحة للمرأة بهذا الشأن.

الفقرة الثانية : منح الأجيحة حق الاتصال بوليدها ورعايته :

يرتبط بموضوع إجازة الوضع موضوع آخر لا يقل عنه أهمية وهو ضرورة تمكين العاملة المرضع من الاتصال بوليدها بقصد إرضاعه خلال أوقات العمل وتوفير أماكن للرضاعة والحضانة في مكان العمل نفسه أو في مكان قريب منه أو ملحق به "أولاً"، أضف إلى ذلك أن المشرع الاجتماعي منح الأجيحة الأم إجازة لرعاية الطفل "ثانياً".

¹ أنظر الفقرة الثانية من المادة 154 من مدونة الشغل المغربية

² تاج عطاء الله، المرأة العاملة في تشريع العمل الجزائري بين مبدأ المساواة والحماية القانونية دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007، ص 191.

³ وهذا بخلاف الاتفاقية رقم 03 لسنة 1919 التي نصت عليه ولكن باعتباره تغيب مشروع لا يجوز لصاحب العمل توجيه إنذار لها خلاله، فصيغة الاتفاقية رقم 103 أكثر تكريس له باعتباره حق.

⁴ ينظر في الفقرة الثالثة من المادة 154 من مدونة الشغل المغربية.

⁵ ينظر في المادة 155 من مدونة الشغل.

أولاً: حماية حق الأم العاملة في الاتصال بوليدها:

منح المشرعان الاجتماعيان المغربي والفلسطيني الحق للأجيرة في التواصل مع وليدها وإرضاعه، لذلك أجازت لها الحصول على فترة يومية لإرضاع وليدها "أ" وتكريسا لهذا الحق، فإنها عملت على التنصيص على ضرورة توفير قاعات تلبي حاجة النساء في الإرضاع "ب".

(أ) حق الأم في إرضاع مولودها:

يعد الرضاع نتيجة طبيعية للولادة والأمومة في نفس الوقت، ولقد كفلت الشريعة الإسلامية¹ والمواثيق الدولية والتشريعات الوضعية الوطنية للطفل الحق في الرضاع منذ ولادته حيا حتى نمو جسمه بانصرام فترة الرضاعة وحلول وقت الفطام الذي يقدر معه الطفل على الاستغناء عن لبن أمه أو ما يقوم مقامه من مستحضرات صناعية.

وقد وقع الإجماع دينيا واجتماعيا وطبيا على أن الأم هي أقرب الناس إلى ولدها وأن لبنها هو أفضل غذاء له من غيره لملاءمته حال الطفل في جميع مراحل نموه وتطوره (...). ولبن الأم لا يمكن تعويضه بالألبان الأخرى، فهو الغذاء الطبيعي للرضيع، وأن الأطباء المتخصصين يذكرون بأن الفحص الطبي أثبت أن عدد الوفيات في الأطفال الذين يرضعون بطرق صناعية عشرة أضعاف عدد الوفيات في الأطفال الذين يرضعون رضاعة طبيعية من أمهاتهم².

والواقع أن الأسباب الأولى التي تلي ولادة الرضيع تعرف نوعا من الاتصال الفيزيولوجي القوي للغاية بينه وبين أمه، ويكون من المضر الفصل بينهما في تلك الفترة³. وعلاقة الطفل بأمه تنطوي من بين ما تنطوي عليه هدف تحقيق الإشباع الغذائي⁴، ولهذا لا ينبغي حرمانه من هذه الحاجة الضرورية له طوال الفترات التي تقضيها أمه في عملها اليومي في المؤسسات التجارية والصناعية وغيرها بعيدا عنه، وخاصة في شهوره الأولى.

والرضاع في الحقيقة يجب أن ينظر إليه على أنه حق طبيعي خالص للمولود، بل هو من أوجب حقوقه وأولاهها بالرعاية، لتعلقه أولا، وقبل كل شيء، بحقه في الحياة والحفاظة على صحته وسلامته نموه، إذ لا حياة له بدون غذاء ولا يستطيع تولي شؤونه بنفسه.

وحفاظا على هذا الحق المقرر للعاملة ووليدها في نفس الوقت، فإن الاتفاقية الدولية للعمل رقم 103 بشأن حماية الأمومة، في مادتها الخامسة، نصت صراحة على أنه «يكون للمرأة التي ترضع طفلها الحق في الانقطاع عن عملها لهذا الغرض في الوقت أو الأوقات التي تحددها القوانين أو اللوائح القومية (وأن تحسب فترات الانقطاع عن العمل

¹ نشير إلى أن دراسة نشرت بألمانيا تتضمن «بأن حليب الأم يهضمه الرضيع في خلال ساعة ونصف في حين أنه لا يتمكن من هضم حليب البقر إلا في خلال ثلاث ساعات كما أن جسم الرضيع يستفيد من الكالسيوم الذي يحتوي عليه حليب الأم بنسبة 70% في الوقت الذي لا يستفيد فيه من الكالسيوم الذي يتضمنه الحليب البقري إلا بنسبة 30% وتقول نفس الدراسة بأن فيتامين (س) في حليب الأم يضاعف أربع مرات نسبته في حليب البقرة ونفس الشيء يقال بالنسبة للحديد والأملاح المعدنية. ويحتوي حليب الأم بالإضافة إلى ما ذكر على مواد واقية تكسب الرضيع مناعة ضد التعفنات والأمراض الالتهابية والميكروبية. يراجع في ذلك ليلى عبد الله سعيد: الشريعة الإسلامية وحقوق الطفل في محيط الأسرة والعدالة (مجلة) تصدرها وزارة العدل بالعراق. مركز البحوث القانونية، العدد الثالث، تموز - آب - أيلول 1979 ص: 931 - 942.

² قال تعالى في سورة البقرة (الآية 233): «والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة».

³ الكسندرا كولونتاي، محاضرات في تحرير النساء، ترجمة هنري عبودي، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 1980، ص: 217.

⁴ إليانور فليكسنر، نضال المرأة لنيل حقوقها وحرمتها، ترجمة كدار بسمارجي، دار اليقظة العربية للتأليف والترجمة والنشر، بدون سنة نشر. ص 106.

للإرضاع كساعات عمل وتدفع عنها الأجور طبقا لما تقرره القوانين أو اللوائح القومية، وفي الحالات التي يكون فيها الأمر محكوما بالاتفاقيات الجماعية يحدد الموقف طبقا لما تقضي به هذه الاتفاقيات».

وتماشيا مع المقتضيات الدولية وتشجيعا للرضاعة وبهدف المحافظة على استقرار الأم العاملة النفسي وشعورها بالراحة والطمأنينة ما ينعكس إيجابا على صحتها وصحة مولودها ويسهم بالتالي في زيادة إنتاجيتها¹؛ حرصت جل التشريعات الاجتماعية المعاصرة على تبني حق الأم في إرضاع وليدها.

والمشرع المغربي بدوره عني بهذا الموضوع إذا أجاز للأمهات العاملات أن يرضعن أولادهن، ويلاحظ أن المشرع حدد فترة الرضاعة المسموح خلالها للعاملة بالانقطاع عن العمل بمدة ساعة يوميا، في أمد سنة واحدة تبتدىء من تاريخ استئناف المرأة العاملة لعملها بعد الوضع، واعتبرها تدخل ضمن ساعات العمل ويؤدى عنها الأجر. وحق الأم في راحة الرضاعة لا ينقص من حقها في فترات الراحة اليومية التي تتخلل وقت العمل ولا يترتب عليها تخفيض الأجر². ويمكن للأم الأجيبة أن تتفق مع المشغل على الاستفادة من هذه الساعة المخصصة للرضاعة في أي وقت من يوم الشغل³.

وهو نفس نهج المشرع الفلسطيني الذي منح للمرأة الحق في فترة أو فترات رضاعة أثناء العمل لا تقل في مجموعها عن ساعة عمل يومية لمدة سنة من تاريخ الوضع، ولعل المشرع أراد من هذا النص توفير حماية خاصة للمولود بالحصول على حقه في الرضاعة من أمه. وجعل حق الرضاعة يكون في أثناء العمل، وفي مكان مناسب. وعدّ أيضا أنها تدخل ضمن ساعات العمل الفعلي، وبالتالي فهي مدفوعة الأجر، وإن لم ينص المشرع على ذلك صراحة⁴. والعاملة الأم هي التي تحدد ما إذا كانت إجازة الرضاعة على فترة واحدة أو على فترتين، وهي التي تحدد أيضا مواعيد استحقاقها للراحة سواء في بداية ساعات العمل أو نهايته أو خلالها؛ وذلك لأن القانون لم يقيد بها في ذلك، فضلا عن أنها هي التي تعلم بظروفها وحالتها.

غير أن رخصة توقيف العمل من أجل الرضاعة، حسب ما يفهم من النصوص المشار إليها، تبقى اختيارية بالنسبة للعاملة المعنية في جميع الحالات، ويتوقف بالتالي التمتع بها على تشبثها بها وطلبها، أما إذا ارتأت أن تترك ابنها في روض، أو في حضانه أو غيرها، كالعائلة مثلا، أو اقتضى نظرها لسبب أو لآخر إبقائه بعيدا عن جو عملها، أو كان يتكفل غيرها بتغذيته والسهر على راحته، فلا يحق لها التمتع بالرخصة المذكورة لانعدام الموجب أو المسوغ القانوني⁵. لكن ما يثير الانتباه بالنسبة للمقتضيات التي جاءت بها المادة 104 من قانون العمل الفلسطيني أنها جعلت تاريخ بدء حساب السنة من تاريخ الوضع وليس من تاريخ استئناف الشغل كما فعل نظيره المغربي، ما يعني أن مدة إجازة

¹ عصام الحموري، الحماية القانونية للطفل والمرأة العاملة في قانون العمل الأردني، بحث مقدم لمؤتمر حقوق المرأة والطفل في ظل التشريعات الوطنية والدولية، المنعقد في الفترة من 16-18 تموز 2001، منشورات جامعة اليرموك، ج2، ص 1025

² أحمد تربي، حماية حقوق المرأة العاملة في التشريع المصري والمغربي، مجلة الميادين، العدد الرابع، 1989، ص 34.

³ ينظر في المادة 161 من مدونة الشغل المغربية.

⁴ ينظر في المادة 104 من قانون العمل الفلسطيني.

⁵ يلاحظ أن أغلبية العاملات يفضلن التمتع بحقهن في ساعة الرضاعة بكيفية تجعلهن غير مقيدات بالأوقات العادية لبداية أو نهاية العمل، بحيث يأخذنها كاملة قبل الوقت القانوني لبداية العمل. بساعة أو قبل نهايته بمثلها .

الوضع الإجبارية التي تكون في حدها الأدنى ستة أسابيع تعتبر ضمن هذه السنة، وبرأيي، كان على المشرع الفلسطيني أن يجعل تاريخ بدء سريان هذه السنة من تاريخ رجوع الأم العاملة إلى العمل وليس من تاريخ الوضع؛ وذلك لئلا يؤثر على احتساب المدة الزمنية لفترة الإرضاع.

ولعل ما يثير التساؤل بشأن حق الأم في إرضاع وليدها ما إذا كانت الرخصة المشار إليها موقوفة على المرضعات لأولادهن بالثدي فقط، أم أنها مكفولة لعموم المرضعات ولو بالألبان الاصطناعية؟

يرى أحد الباحثين¹ أن المنطق يقضي بأن واجبة الرعاية هي مصلحة الرضيع الذي من الضروري أن ينال ما يكون في حاجة إليه من الحليب لذلك، ومن ثم فإن الرخصة المشار إليها تتمتع بها كل العاملات المرضعات سواء كان ذلك طبيعياً أم بالمستحضرات الصناعية أو بهما معاً، من جهة، كما أن الأم، من جهة أخرى، قد تصاب بمرض يمنعها من الإرضاع بالثدي لكن دون أن تعفى من واجب السهر على تغذية طفلها بغير لبنها مما يقوم مقامه عند الضرورة، وبذلك تستفيد المرأة من استراحة الإرضاع بغض النظر عما إذا كانت الرضاعة طبيعية أو تتم بواسطة الحليب المعب. إلا أن الذي يجب التقيده به هو وجوب أن تكون الرضاعة لولد المرضعة وليست لأولاد غيرها².

وما دام المقصود بحق الرضاعة هو المحافظة على حياة وصحة ووقاية أولاد العاملات المرضعات، فإن بعض الفقه يذهب إلى ضرورة الترخيص به في جميع الحالات وبالنسبة لكافة العاملات المرضعات، متزوجات أو غير متزوجات، دون الالتفات إلى شرعية أو عدم شرعية نسب الولد³.

ب) حق المرأة في توفير المؤسسة دار حضانة لرعاية أطفالها :

بعدما يأتي المولود الجديد لهذا العالم، فإن من الأساسيات التي يحتاج إليها لبقائه حياً وتمتعه بصحة جيدة واكتمال نموه بصورة طبيعية، تبقى الرضاعة الطبيعية التي لا ينكر أحد فوائدها العظيمة عليه ذات فائدة أكيدة خاصة في المرحلة الأولى من حياته⁴، مما يتوجب على الأم العاملة تخصيص بعض من وقتها لهذه العملية. وعليه؛ فإن أغلب التشريعات الحديثة أولت هذه القضية أهمية كبرى، فأقرت هذا الحق آخذة بعين الاعتبار المصلحة المزدوجة للرضيع من جهة، والمقاول التي تعمل بها المرأة من جهة أخرى.

إن ضمان وجود مرافق عامة صحية مخصصة للإرضاع الطبيعي تعني بالأم والرضيع وتكفل المؤسسة المستخدمة بذلك من شأنه أن يقلل من مظاهر التغيب عند النساء، من جهة، وأن يقلل من مصاريف الاستشفاء وزيادة الإنتاج،

¹ المصطفى طایل، المقتضيات الجزرية لحماية المرأة والحدث في مدونة الشغل، مرجع سابق، ص 142.

² انظر في هذا الاتجاه: علي العريف: شرح تشريع العمل في مصر، مرجع سابق، ص 299.

³ ويبدو أن هذا الاتجاه أكثر انسجاماً مع حكم الفصل (83) من مدونة الأحوال الشخصية - الفقرة الثانية - : البنية غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب فلا يترتب عليها شيء من ذلك إطلاقاً وهي بالنسبة للأم كالشرعية لأنه ولدها. ومع ما سلكه المشرع المغربي في ظهير 1963 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، فيما يتعلق بعدم اعتداده بعدم شرعية الأبناء عند استحقاقهم التعويض.

⁴ إذ توصي منظمة الصحة العالمية بأن يغذى الأطفال بحليب الأم منذ الولادة وإلى الشهر السادس من عمرهم، وهذا يعني وجوباً عدم إعطائهم أي مادة سائلة أو صلبة (حتى لو كان الماء) بخلاف حليب الأم خلال هذه المدة.

من جهة أخرى¹. ويحافظ على طمأنينة المرأة العاملة على طفلها ومساعدتها على الاستقرار نفسيا وبالتالي زيادة إنتاجها مما ينعكس إيجابا على استقرار الأسرة وعلى مصلحة رب العمل².

وتسهيلا لاتصال العاملات المرضعات بأطفالهن خلال أوقات العمل في الفترتين الصباحية والمسائية المخصصتين للإرضاع، فإن المشرع المغربي أوجب على المقاولات التي تتوفر على ما لا يقل عن خمسين أجيعة بتجهيز غرفة خاصة بالرضاعة داخل المقولة.

لكن يعاب أن تحديد النص القانوني في المادة 162 من مدونة الشغل لعدد الأجيئات في خمسين (أجيعة) قد يجعل العديد من المشغلين لا يصلون إلى عدد خمسين أجيعة لتتنصّل من هذا المقتضى الذي يكلف المشغل ماديا سواء من حيث تكاليف بناء هذه القاعة أو من حيث نقص الإنتاج الذي ينتج عن غياب الأمهات الأجيئات للإرضاع مواليدهن من جهة، كما أن المقتضيات الزجرية المعمول بها في هذا السياق لا تخرج عن كونها عقوبات مالية ضعيفة إذا ما قورنت بالأرباح التي يجنيها أرباب العمل من جراء استغلالهم لهذه الفئات من جهة أخرى، لذا كان حريا بالمشرع المغربي أن يقرن هذه العقوبات المالية بعقوبات سالبة للحرية لاسيما في حالة العود حتى تتسم هذه النصوص بطابع القوة والإلزامية بدل الهشاشة والقصور³.

كما أنه من الأهمية بمكان تكثيف الجهود ليس بإلزام المقاولات بالتوفر على مثل هذه القاعات، وإنما بإلزام المؤسسات التي تشغل اليد العاملة النسوية المتواجدة في مناطق متقاربة بالاشتراك في إنشاء دور الحضانة أو للأمومة والاشتراك في الإنفاق الواجب لسيرها والإشراف عليها.

أما المشرع الفلسطيني، فإنه لم يوجب صراحة على صاحب العمل توفير قاعات للرضاعة في المقاولات التي يعمل بها النساء الأمهات، على الرغم من أن المادة 102 من قانون العمل الفلسطيني ألزمتهم على توفير وسائل راحة خاصة بالعاملات. لكن باعتقادي أن نص المادة المشار إليه أعلاه جاء عاما وفضفاضاً ولا يجبر صاحب العمل على توفير وسيلة راحة معينة بذاتها، مما سيفسح المجال لتهرب أرباب العمل من إنشاء مثل تلك القاعات، وما يعكسه ذلك من آثار نفسية على الأم وصحية على وليدها.

¹ ففي دراسة قامت بها منظمة Kaiser permanent سنة 1995، وهي منظمة كبرى صون الصحة في الولايات المتحدة، بينت أن تراجع ظاهرة التغيب عن العمل وتزايد أخلاص المستخدمين وارتفاع معدل العائدات إلى العمل بعد الوضع من بين الفوائد التي حققتها إدارة كهرباء ومياه لوس أنجلوس وهي شركة خدمات عامة يعمل وهي شركة خدمات عامة يعمل فيها نحو 11.000 عامل، وقبل وضع سياسة دعم الإرضاع الطبيعي كانت المؤسسة تخسر ما يقدر بنحو مليون دولار سنويا بسبب عدم العودة إلى العمل بعد إجازة الأمومة، وكانت تكاليف الرعاية الصحية تبلغ 70 مليون دولار تقريبا. وبعد وضع برنامج الدعم، انخفض معدل التغيب عن العمل في الإدارة بنسبة 20% وانخفضت قيمة فواتير الرعاية الصحية بنسبة 35%. وأدى الدعم النشط للمستخدمات اللاتي ترضعن أطفالهن طبيعيا إلى تخفيض في الإنفاق بمقدار 07 دولارات مقابل كل دولار تم استثماره.

ينظر، التقرير الخامس حول حماية الأمومة في العمل - مراجعة اتفاقية حماية الأمومة رقم 103 لسنة 1952، الصادر عن مكتب العمل الدولي الذي عرض على المؤتمر الولي للعمل، جنيف، الدورة 18/1999، ص 84.

² رحاب القديومي، حقوق المرأة في قانون العمل الأردني، منشورات المركز الإرشادي لحقوق المرأة، عمان، الأردن، 2000، ص 9.

³ جميلة العماري، المرأة وحق الشغل أي حماية، مرجع سابق، ص 49.

ثانيا : حماية حق الأم في رعاية طفلها :

قد يحدث أن تحتاج المرأة العاملة بعد فترة الولادة والتحاقها بمنصب عملها إلى فترة طالت أو قصرت إلى ملازمة طفلها خاصة في الفترات الأولى من حياته بهدف تربيته وتنشئته، لذا؛ فإن أغلب التشريعات الحديثة مراعاة لذلك تعترف للمرأة بمقها في تعليق علاقة العمل التي تربطها بالمستخدم لهذا السبب، إلى حين بدون أن تفقد عملها، وتسمى هذه العطلة بالأبوية أو الوالدية للتربية، وهو مفهوم حديث نوعا ما، ظهر في القانون الدولي أول ما ظهر في إطار التوصية رقم 123 لسنة 1965 حول تشغيل النساء ذات مسؤوليات عائلية، والتي كانت تخص النساء العاملات وحدهن فقط، وقد كانت المناسبة انعقاد الدورة 48 للمؤتمر الدولي للعمل سنة 1965، ل طرح انشغالات النساء اللاتي يعملن خارج البيت وضرورة التوفيق بين أعباء المنزل ومسؤوليات العمل¹.

وبعد مناقشة إمكانية حصول المرأة على فترة للقيام بمسؤوليتها العائلية المتعلقة أساسا بالأمومة بعد انتهائها من إجازة الوضع، أصدر المكتب الدولي للعمل التوصية المذكورة أعلاه، وبموجبها أوصى باتخاذ إجراءات للسماح للنساء اللاتي لا يتمكن بسبب مسؤولياتهن العائلية من الالتحاق بعملهن فورا بعد انتهاء مدة إجازة الوضع في التشريعات الوطنية وبأن يمدد عطلتهم لبعض من الوقت دون أن يفقدن عملهن ومع ضمان كل الحقوق المترتبة عنه².

وبالتالي؛ يكون للمرأة الحق في الاستفادة من عطلة في شكل تمديد وذلك لأسباب عائلية مرتبطة بالأمومة تدخل فيها على سبيل المثال تربية الطفل أو رعايته في حالة ما إذا كان مريضا أو غير ذلك من الأسباب التي تكون وثيقة الارتباط بالأمومة³.

إن التشريع العربي من خلال الاتفاقيات التي أقرها مؤتمر العمل العربي في دورته الخامسة، كان سباقا كذلك في تكريس هذا الحق، في إطار الاتفاقية العربية بشأن المرأة العاملة الصادرة بالإسكندرية في مارس 1976، ونصت المادة 14 منها على أن : " للمرأة العاملة الحق في الحصول على إجازة بدون أجر للتفرغ لتربية أطفالها، وذلك طبقا للشروط التي يحددها التشريع في كل دولة، ويحتفظ للمرأة العاملة بوظيفتها خلال هذه الإجازة".

وانسجاما من المشرع المغربي مع المقتضيات الدولية، فإنه لم يقصر رعاية الطفل على منح الأم العاملة راحة للرضاعة، بل إنه استحدث نظاما يعطيها الحق في الحصول على إجازة بدون أجر لرعاية طفلها، ومنح الحق للأم الأجيعة عند الاقتضاء ألا تستأنف عملها بعد انتهاء إجازة الوضع، وذلك لتربية مولودها، شريطة أن تشعر مشغلها في أجل أقصاه خمسة عشر يوما من انتهاء إجازة الأمومة وفي هذه الحالة فإن فترة التوقف لا تتجاوز تسعين يوما⁴. كما أتاحت للمرأة إمكانية الاتفاق مع المشغل للاستفادة من عطلة غير مدفوعة الأجر لمدة سنة لتربية مولودها.

أنظر في هذا الصدد:

¹ VALTICOS (Nicolas): DROIT INTERNATIONAL Du TRAVAIL. DALLOZ. PARIS, première édition. 1970. P 469.

² راجع التوصية رقم 123 لسنة 1965 المتعلقة بتشغيل النساء ذات مسؤوليات عائلية، المكتب الدولي للعمل . جنيف. 1965

³ JUNTER LOISEAU(Annie): La condition juridique de la femme au travail, thèse, rennes,1981, p132

⁴ أنظر المادة 156 من مدونة الشغل المغربية.

وفي سياق حديثه عن المقتضيات الواردة في المادة 156 من مدونة الشغل المغربية حول إمكانية المرأة باتفاق مع مشغلها بالتمتع بإجازة لا تتجاوز السنة منزوعة الأجر، عدّ أحد الفقه المغربي¹ أنها تبقى فارغة من أي محتوى إذ قلما تتجه الأجيال إلى التفكير في التمتع بإجازة لمدة سنة بدون أجر نظرا لما للأجر من طابع معيشي ونظرا لأن جل الأسر أصبحت تعتمد في مصروفها اليومي عن أجر الزوجة مما يجعل التفكير في التمتع بهذه الإجازة إجراء لا تعتمد إليه الأم الأجيال إلا في حالة الإكراه الشديد، هذا فضلا على أن ترك الأجيال لشغلها مدة سنة سيحرمها حتما من الامتيازات التي حازت عليها هذا إن لم يحرمها من شغلها، كما أن الأجيال في هذه الفترة تواجهها تكاليف طبية واجتماعية لها - من حيث كونها نفساء - ولولودها في غياب التغطية الصحية الكاملة.

بالنسبة للمشرع الفلسطيني، فإن المادة 105 تنص على أنه: "وفقا لمصلحة العمل يجوز للمرأة العاملة الحصول على إجازة بدون أجر لرعاية طفلها أو لمرافقة زوجها".

للمرأة بموجب هذه المادة الحصول على إجازة من دون أجر لمدة سنة في حالتين، الأولى لرعاية طفلها، ومن دون تحديد خاص لعمر الطفل، ولغايات هذه الإجازة تحسب من تاريخ انتهاء إجازة الولادة وحتى بلوغ الطفل سن الخامسة عشرة، وهو السن المستند عليه لاعتبار المولود حدثا في سياق المادة 93 من قانون العمل. أما الحالة الثانية، فتكون لمرافقة زوجها سواء كانت المرافقة في نفس مكان الإقامة المعتاد، أو بسبب السفر، ولكن دائما يشترط أن تكون لرعاية الزوج. ويلاحظ أن هذه الإجازة لا تكون إلا بموافقة صاحب العمل، وضمن مقتضيات مصلحة العمل.

ولكن ما يلاحظ أن المشرع الفلسطيني ربط حق المرأة في هذه الإجازة بمصلحة العمل، ما يعني أنه فضل مصلحة المقابلة على مصلحة المرأة العاملة وما يترتب عن ذلك من إمكانية منع النساء العاملات من الحصول عليها إذا كانت تتعارض مع مصلحة صاحب العمل، كما أنه لم يحدد مدة هذه الإجازة على خلاف نظيره المغربي.

خاتمة :

نستنتج من خلال الدراسة المنجزة أن المشرعين الاجتماعيين المغربي والفلسطيني عملا على تكريس المقتضيات الدولية المتعلقة بحماية الأم العاملة، من خلال ترسانة من النصوص القانونية المنظمة لعملها الواردة في قانون العمل الفلسطيني ومدونة الشغل المغربية.

وإن كان يتفق المشرعان الاجتماعيان المغربي والفلسطيني في التوجهات العامة الرامية إلى حماية الأم العاملة، وصولا إلى تحقيق التوازن بين دورها الأسري والمهني، لكن الخوض في تفاصيل المقتضيات الواردة في تشريعاتهم الاجتماعية، يوضح لنا أن المشرع المغربي كان أكثر تقدما من نظيره الفلسطيني في هذا المجال، وأذكر على سبيل المثال في هذا السياق أن المشرع المغربي لم يشترط قضاء المرأة العاملة مدة معينة من العمل داخل نفس المقابلة لاستحقاق إجازة الوضع، على خلاف نظيره الفلسطيني الذي اشترط ضرورة قضائها مدة معينة من العمل كي تستفيد من إجازة الوضع. كما أننا لاحظنا أن مدة إجازة الوضع في التشريع الفلسطيني أقل من المدة الواردة في التشريع المغربي. ونشير أيضا إلى إغفال المشرع الفلسطيني التنصيص على الحالات غير العادية لإجازة الوضع مخالفا في ذلك نظيره المغربي.

¹ جميلة العماري، المرأة وحق الشغل أية حماية، مرجع سابق، ص 49.

وبناء على ما سبق؛ بات من الضروري على المشرع الفلسطيني إعادة النظر في العديد من المقتضيات المتعلقة بحماية الأم العاملة الواردة في قانون العمل الفلسطيني، وجعلها أكثر انسجاماً مع الاتفاقيات الدولية الواردة بهذا الشأن، والتوجهات التشريعية المقارنة الحديثة.

❖ لائحة المراجع :

أولاً : المراجع باللغة العربية :

- أحمد تركي، حماية حقوق المرأة العاملة في التشريع المصري والمغربي، مجلة الميادين، العدد الرابع، 1989.
- الكسندر كولونتاي، محاضرات في تحرير النساء، ترجمة هنري عبودي، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 1980.
- إيلانور فليكس، نضال المرأة لنيل حقوقها وحريتها، ترجمة كدار بسمارجي، دار اليقظة العربية للتأليف والترجمة والنشر، بدون سنة نشر.
- أحمد إد الفقيه، إشكالية الشغل النسوي وضعية المرأة العاملة في إطار القانون الاجتماعي المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط 1989
- المصطفى طليل، المقتضيات الزجرية لحماية المرأة والحدث في مدونة الشغل، مجلة الملف، عدد 20، فبراير 2013.
- تاج عطاء الله، المرأة العاملة في تشريع العمل الجزائري بين مبدأ المساواة والحماية القانونية دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007.
- جميلة العماري، المرأة وحق الشغل أية حماية، مقال منشور بمجلة الفرقان، عدد59، سنة 2007.
- حسام عرفات، شرح قانون العمل الفلسطيني -دراسة مقارنة-، إصدار الكلية العصرية، ط1، راما لله، 2017.
- حسن كيرة، أصول قانون العمل (عقد العمل)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط3، 1977.
- دنيا مباركة، النظام الحمائي للمرأة العاملة في التشريع الاجتماعي المغربي، مجلة المناهج، العدد الأول، سنة 2001.
- رحاب القدومي، حقوق المرأة في قانون العمل الأردني، منشورات المركز الإرشادي لحقوق المرأة، عمان، الأردن، 2000.
- سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط1، 2004 .
- علي حسين نجيد، الوجيز في قانون العمل والتشريعات الاجتماعية لدولة الإمارات العربية المتحدة، منشورات كلية شرطة، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ط1، دون تحديد سنة نشر.
- علي العريف، شرح تشريع العمل في مصر. ، مطبعة عطايا باب الحلق، القاهرة، الجزء الثالث، ط2، 1955.

- عصام الحموري، الحماية القانونية للطفل والمرأة العاملة في قانون العمل الأردني، بحث مقدم لمؤتمر حقوق المرأة والطفل في ظل التشريعات الوطنية والدولية، المنعقد في الفترة من 16-18 تموز 2001، منشورات جامعة اليرموك، الجزء الثاني.
- ليلي عبد الله سعيد: الشريعة الإسلامية وحقوق الطفل في محيط الأسرة و العدالة (مجلة) تصدرها وزارة العدل بالعراق. مركز البحوث القانونية، العدد الثالث، تموز - آب - أيلول 1979
- همام زهران، قانون العمل (عقد العمل الفردي)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية :
- JUNTER LOISEAU (Annie): La condition juridique de la femme au travail, thèse de doctorat, université de rennes,1981..
- VALTICOS (Nicolas): DROIT INTERNATIONAL Du TRAVAIL. DALLOZ. PARIS, première édition. 1970.

الإلزام بالتصرف لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي



إعداد : أنيس بن عبد الله بن أحمد
باحث بصف الدكتوراه بالمعهد العالي
لأصول الدين جامعة الزيتونة - تونس

الملخص :

إنّ التوازن بين المصلحتين العامة والخاصة، مصلحة صاحب الحق ومصلحة الغير، يفرض على الشخص أحيانا بذل المال أو الجهد والمنفعة جلبا للصالح ودفعاً للفساد الذي قد يصيب الناس منتجين ومستهلكين، حتى وإن كان ذلك بطريق الإلزام من ولي الأمر. فالحاكم وبفضل سلطة التمثيل المجتمعي التي تمتلكها الدولة بوصفها مؤسسة سياسية وجهازا إداريا، يوازن بين حقوق الأفراد واختصاصاتهم وبين مصالح الجماعة. فإذا قدر أنّ حاجة الناس تتوقف على بذل فرد ما ماله أو جهده ألزمه بإجراء ذلك التصرف، حتى وإن لم يكن راغبا فيه، ولم تكن له فيه منفعة قريبة. وفي الوقت نفسه، فإنّ الحق الشخصي لا يُهدر، وإنما يعوض عنه التعويض العادل إما من قبل المستفيد، وإما من قبل الدولة نفسها التي أذنت في اقتحام حرم الحق والملك الشخصي.

المقدمة :

الأصل في الشريعة وفي القوانين البشرية أنّ الشخص حرّ في الإقدام أو الإحجام عن تولي تصرف اقتصادي ما، من باب المعاوضة، أو من باب التبرع، من نوع التصرف أحادي الإرادة، أو متقابل الإرادتين. غير أنّ واقع الحياة وظروفها العادية، وطروء الحوادث ومقتضياتها الاستثنائية، يغيران صفة التصرف الحرّ نحو التصرف الملزم لبعض الأشخاص والفئات التي تحتاج مصلحة الآخر فردا أو جماعة أو دولة إليهم، لجلب نفع أو دفع ضرر. وفي هذا الإطار فإنّ ولي الأمر له أن يجبر الفاعلين الاقتصاديين في ظروف محددة، على أن يمارسوا نشاطا اقتصاديا ما لفائدة فرد تتوقف مصلحته الضرورية أو الحاجة عليه، أو لفائدة الجماعة التي تتضرر إن ترك الفرد ذلك التصرف.

- إشكالية البحث : هل من أساس شرعي لتدخل الحاكم في حرية الشخص منعا وتقييدا أو إلزاما وإجبارا على إجراء تصرف اقتصادي تقتضيه مصلحة الغير الخاصة أو العامة؟
- منهج البحث : لا يخلو بحث ما من اعتماد الدارس على طريقة في البحث والتفكير تحكم مراحلها من تصور المشكل وجمع المادة العلمية وتصنيفها وتنظيمها وفق منطق عام يجيب عن الأسئلة المطروحة.

- الاستقراء : تقصي المسائل المتصلة بالمسألة المدروسة وتتبع الأحكام المتعلقة بالتطبيقات الاقتصادية لحكم إجبار المتعاقدين والفاعلين الاقتصاديين على التصرف لمصلحة الآخر في مظانها من المصنفات العلمية التي تؤلف مدونة هذا البحث.

- التحليل والمقارنة : جمع النصوص المتشابهة إلى بعضها ومقارنتها فيما بينها بغاية تمييز ما يتصل بموضوع البحث منها وإخراج ما ليس منها، ومعرفة ما يتعلق بالإشكالية تعلقا مباشرا وكبيرا، وما يتصل بها اتصالا ضعيفا.

- الاستدلال : ليس الانطلاق من الفروع أولى في كل البحوث، أو الاعتماد على الكليات أنسب في كل الدراسات، وإنما كلا المنهجين يجب أن يتخذ مطية لتحصيل نتيجة هي أقرب إلى الحقيقة يستدل بها على صحة الفرضية التي انطلق منها البحث..

• أهداف البحث :

- تأكيد حرص الشريعة على حماية الحق المالي الشخصي والعيني للأفراد.
- إثبات أنّ الشريعة الإسلامية أبدعت نظاما محكما للحكم والسياسة ضببطت به تصرفات الرعايا فيما بينهم، شعاره حفظ المصلحة، والجمع بين النفع العام والخاص، وترجيح مصلحة عموم الأمة على خصوص أفرادها وذلك عند التعارض وتعذر الترجيح.
- إثبات قدرة الدولة التوفيق بين المصلحتين الخاصة والعامة، في الحالات العادية وفي الحالات الاستثنائية عند الأزمات والطوارئ. وذلك عبر تقييد بعض الحقوق وتحديد بعض الحريات في التصرف المالي.

• مدونة البحث : اعتمدنا في هذا البحث على مصنفات الأئمة وفقهاء المذاهب في الفقه العام والمقارن وفي مدونات الأصول والقواعد والنظائر. واستفدنا من كتب الأموال والسياسة الشرعية والأحكام السلطانية. واستعنا ببعض مصادر التفسير والحديث واللغة، في مراوحة بين المصادر الأصيلة القديمة والمراجع والدراسات المعاصرة.

• خطة البحث :

المقدمة.

المبحث الأول : التأصيل القواعدي للإجبار على إجراء التصرفات الاقتصادية.

المطلب الأول : قاعدة ضمان القيمة.

المطلب الثاني : قاعدة تقييد الحاكم لإذن المالك وإلزامه بإجراء التصرف الاقتصادي.

المطلب الثالث : قاعدة الاضطرار إلى مال الغير.

المبحث الثاني : المبحث الثاني : نماذج من الإلزام بالتصرف للمصلحتين الخاصة والعمامة.

المطلب الأول : إجبار المدين مدعي الإعسار على التكسب لقضاء ديونه.

المطلب الثاني : الإجبار على النفقة.

المطلب الثالث : الإجبار على عتق العبد المشترك والممثل به.

المطلب الرابع : إجبار الشريك على القسمة.

المطلب الخامس : فرض التحويلات المالية عند الأزمات والحلجات العمامة.

الخاتمة.

المبحث الأول : التأصيل القواعدي للإجبار على إجراء التصرفات الاقتصادية :

إذا كان مضمون الحق سلطة للفرد على موضوع عيني أو شخصي، يحصل له بمقتضاها الاستئثار، وإذا كان الفرد في الإسلام مندمجا في صلب الجماعة، فإنه بجمع المقدمتين تحصل لنا نتيجة واضحة وهي أن الفرد يجب ألا يمنع بعضا من حقه عن مجموع أفراد المجتمع، بما لا يأتي على ملحته الخاصة، وبما لا يضر بالمصلحة العمامة. وقد نظمت الشريعة هذه المسألة، سواء كان الأمر واقعة شرعية أم تصرفا تعاقديا، من طرفين وإرادتين، أم من جهة واحدة وبإرادة واحدة، وسواء تم التصرف بعلم المالك أم بغير علمه، وبإذنه أم بغير إذنه، بواسطة مجموعة من القواعد أهمها قاعدة الإذن العام والإذن الخاص، وقاعدة الضمان، وأولها قاعدة الاضطرار الذي يبيح الممنوع.

المطلب الأول : قاعدة الاضطرار إلى مال الغير :

حق الفرد محرم على غيره إلا بإذنه ورضاه، غير مغصوب ولا مكره. وإذا ما اضطر الشخص إلى أخذ حق ليس له، كله أو بعضه للضرورة الملجئة، فإن حق صاحبه لا يسقط فيه. تقول القاعدة الفقهية "الاضطرار لا يبطل حق الغير" وهي قاعدة متفرعة عن القاعدة الكبرى "المشقة تجلب التيسير"¹، والضرورة أو الضرر هي الضيق والشدة. والاضطرار هو الاحتياج على الشيء. فمتى تبيح الحاجة والضرورة لأحد أن يأخذ مال أحد؟

¹ - الزرقاء، أحمد، شرح القواعد الفقهية، مراجعة: مصطفى الزرقاء، دار القلم، دمشق، ط2، 1409هـ/ 1989م، ص213، 214. والسدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، دار بلنسية، الرياض، ط1، 1417هـ، ص297.

يجب أن تعالج المسألة من جهتين: جهة الأصل والابتداء، وجهة العارض والاستثناء. فالقانون الأصلي في احترام أموال الناس هي مضمون الحديث « لا يجل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه من طيب نفس»¹. والقاعدة كما عند الشافعي (-204ه/820م) : " أن الحاجة لا تحق لأحد أن يأخذ من مال غيره لأن حق الغير محافظ عليه شرعا"².

وأما من جهة الاستثناء، فإن " الاضطرار لا يبطل حق الغير". وهي قاعدة تقيد أصل "الضرورات تبيح المحظورات"، وتدل على أن الاضطرار إذا كان في بعض المواضع يقتضي تغيير الحكم من الحرمة إلى الإباحة كأكل الميتة، وفي بعض المواضع يقتضي الترخيص في فعله مع بقاء حرمة كالنطق بالكفر، إلا أنه قي كل حال لا يبطل حق الآخرين³، ولا ينتقل تبعاً لذلك الاختصاص بالحق من صاحبه الأصلي إلى المضطر إليه، وإنما يكتفى بإباحة الانتفاع. فمعنى القاعدة حينئذ أن الاضطرار يظهر في حل الإقدام لا في رفع الضمان. ولو لم يضمن لكان من قبيل إزالة الضرر بالضرر وهو غير جائز⁴. ولذلك قيد الشافعية قاعدة يجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها، بإضافة شرط لها وهو عدم نقصانها عنها أي عدم نقصان الضرورات عن المحظورات⁵. واشترطوا لتطبيق القاعدة :

- ألا يؤدي فعل الاضطرار إلى إهدار حق الغير.
- أن تتحقق الضرورة بالفعل وليس بمجرد دعوى لاستحلال الحرام.
- أن تغلق أمام المضطر الأبواب كلها ولا يجد سبيلاً غير مال الغير.
- ألا يصبح المباح للضرورة أصلاً، بل يبقى استثناء مؤقتاً ينقضي بزوال الضرورة. فما أبيع للضرورة يزول بزوالها. وما أجزع لعذر يبطل بزواله⁶.

المطلب الثاني : قاعدة تقييد الحاكم لإذن المالك وإلزامه بإجراء التصرف الاقتصادي :

عند دراسته لمسألة تقييد إذن المالك في المنع أو البذل في علاقته بمن يرتفق بملكه أو ينتفع بما لديه، أصل ابن رجب (-795ه/1393م) هذه القاعدة: "من حرم عليه الامتناع من بذل شيء سئله فامتنع، هل يسقط إذنه بالكلية، أو يعتبر ويجبره الحاكم؟". ومعناها أن من حرم عليه بوجوب بذل شيء من خالص ملكه لمصلحة غيره، وحد من سلطة

¹ - البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، دار الفكر، دت، 6 / 160. وقد ذكر القرطبي في تفسير الآية 4 من النساء " أن مال المرأة من صداق وغيره ممنوع من زوجها إلا بإباحتها بطيب نفسها لأنها مالكة لمالها فهو ممنوع بملكها مباح بطيب نفسها. وعلى هذا فكل من كان مالكا لماله فهو ممنوع بملكه محرم إلا بطيب نفسه". القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: محمد إبراهيم حفاوي، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1414هـ/ 1994م، 5/30.

² - الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم، الموافقات في أصول الفقه، عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003م، 2/254. والقواعد والضوابط من كتاب الأم، ص 150.

³ - البورنو، محمد صدقي، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2003م، مج 2، ص 208.

⁴ - الزحيلي، محمد، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي، جامعة الكويت، ط1، 1999، ص 262.

⁵ - السيوطي، جلال الدين (-911ه) الأشباه والنظائر، مطبعة البابي الحلبي، مصر، 1959م، ص 84. والشافعي، محمد بن إدريس، الأم، تحقيق: رفعت عبد المطلب، دار الوفاء، مصر، ط1، 1422هـ/2001م، 5/386.

⁶ - أشباه السيوطي، 84، 85 و القواعد والضوابط من كتاب الأم، ص 131.

استثارة به، فهل يجوز للمأذون له أن يصل إلى المأذون فيه دون إذن المالك فيسقط، أم يبقى إذنه معتبرا قائما، ويتوقف الانتفاع حينها على رفع الأمر للحاكم الذي يجبره على رفع يده وتحجير منعه حتى يصل المنتفع إلى مراده؟¹.

المسألة الأولى : الإيجابار على التصرف لمصلحة الأفراد : ثم قسم ابن رجب المطلوب بذله إلى قسمين : فإما أن يكون المطلوب منه إذنا مجردا. وإما أن أن يكون المطلوب منه تصرفا².

فمن الصور التي اندرجت تحت كون المطلوب إذنا مجردا بعض صور الانتفاع والاستعمال والارتفاق من بينها: وضع الخشب على جدار الجار إن لم يضر به، والدخول إلى أرضه وأخذ فضل الماء والكلأ منها³، وإيجابار الجار على إرسال مائه إلى جاره الذي انهدمت بثره، وله زرع يخاف عليه، ومعه الثمن⁴، وبذل حق الضيافة الواجبة، وتحصيل نفقة الزوجة. وقال معلقا على هذه الصور: "وإنما قط اعتبار الإذن في هذه الصور لأنّ اعتباره يؤدي إلى مشقة وحرَج. ربما أدى إلى فوات الحق بالكلية"⁵.

ومن الصور التي تندرج تحت بند كون المطلوب تصرفا ذكر ابن رجب : لزوم الإجابة إلى القسمة في المشترك والإيجابار على بيع الرهن عند الامتناع، والإيجابار على الإنفاق على حيواناته، وإيجابار الغريم أو الكفيل على قضاء الدين، وإذا أبقى الدائن القبض يشهد على ذلك، ويقبضه الحاكم وتبرأ ذمته. وكذلك الحوالة على المليء تصح بغير رضا المحال ويجبر عليها⁶، وسيأتي تفصيل بعضها في المبحث الموالي.

ونحتم هذه النبذة بمسألة من فقه الأحناف أوردها محمود حمزة (- 1305هـ/1887م) قال : "إنّ المزارع إذا ترك العمل الواجب عليه أجبره الحاكم عليه. ولو أنّ المزارع ترك سقي الأرض حتى يبس الزرع مع القدرة، يضمن قيمة الزرع نابتا"⁷. فهذه مقتطفات من مواطن تُجبر فيها الدولة الأفراد على أداء تصرف مالي لمصلحة نظرائهم من الأفراد. وفيما يلي نبذة عن الإيجابار على بذل مال أو خدمة تشمل منفعتها عموم المجتمع.

المسألة الثانية : الإيجابار على التصرف لمصلحة الجماعة : يمكن للحاكم أن يلزم الأفراد بإجراء تصرف ما ببذل عناية أو تحقيق غاية يعود نفعه على مصلحة أفراد أكثر أو على الجماعة عموما.

1- (ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمان (-795هـ) القواعد في الفقه الحنبلي، دار المعرفة، بيروت، دت، ق 23، ص 31.

2- م ن، ص 32.

3- ر: أحاديث النبي عن منع فضل الماء في: ابن تيمية، مجد الدين عبد السلام، المنتقى في الأحكام الشرعية من كلام سيد البرية. تحقيق: محمد صبحي الحلاق، مؤسسة الريان ودار ابن حزم، بيروت، ط1، 1424 هـ/2003م، 479/2. والمنأوي، الجامع الأزهر، 3/103.

4- الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحي (- 914 هـ) إيضاح المسالك إلى قواعد أبي عبد الله مالك، تحقيق: الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2006م، ق 107، ص 158. و" ابن قيم الجوزية " أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر (691-751هـ) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: أيمن عرفة، المكتبة التوفيقية، القاهرة، دت، ص 276.

5- ابن رجب، م س، ص 31، 32.

6- م ن، ص 32

7- حمزة، محمود (-1305هـ) الفرائد الهية في القواعد والفوائد الهية، دار الفكر، دمشق، ط1/1406هـ/1986م، ص 120.

ومن الأمثلة إجبار جار المسجد إذا ضاق بأهله، واحتاجوا لتوسعته، على بيع عقاره الملاصق له، ليلحق بالمسجد الذي ينتفع به المسلمون. وكذا جار الطريق والساقية إذا أفسدها السيل يؤخذ مكانها بالقيمة. أفتى بذلك ابن رشد محتجا بقول سحنون: يجبر ذي أرض تلاصق طريقا هدمها نهر، لا يمر للناس إلا فيها، على بيع طريق فيها بثمان يدفعه الإمام من بيت المال (الانتزاع للمصلحة العامة) وبفعل الخلفاء في توسيع المسجد. كما أن صاحب الفدان في رأس الجبل إذا احتاج الناس إلى أن يتحصنوا فيه لتحقيق الأمن على أنفسهم، فإنه يمنع من الاستئثار بملكه. ويجبر على تخليته ليحتمي به الناس¹.

والعمل للمصلحة العامة فرض كفاية. فيجبر عليه الحاكم الحرفيين والمزارعين ومختلف مسدي الخدمات التي يحتاج إليها المجتمع ويتضرر بفقدانها. ولذلك فإنّ الشريعة تجبر المحتكرين من التجار والمنتجين على بيع الطعام المخزون عند الحاجة إليه. فالمسلمون في ذلك العصر إذا لم يجلب لهم ما يكفيهم من الأقطار، فلا بدّ لهم من أحد ينتج لهم الثياب والطعام. فيجبر الحرفيون على العمل. وكذا إن احتاجوا إلى السلاح والعتاد لإقامة الدين وحماية الأوطان²، يجبر صناعها على العمل بأجرة المثل، أي بقيمتها دون زيادة، ويسميه ابن تيمية تسعير الأعمال أو التسعير الواجب. ولا فرق عنده بين بذل الأموال وبذل المنافع. بل المنافع أولى لأنه فرض على الكفاية³.

نفهم من هذا النص أنّ العمل حق يجوز ممارسته، ومباح يجوز التوقف عن ممارسته، ولكن لا يجوز بحال التعسف فيه أداء أو امتناعا. فلما كانت بعض الأعمال في بعض الظروف لازمة لعموم الناس، فلا تحفظ مصالحهم إلا بها، فإنّ المباح يرتقي حينها إلى مرتبة الواجب عينيا أو كفاثيا، فيلزم الحاكم من باب موازنة الضرر وترجيح الصالح العام أهل الصنائع على توفير حاجة المجتمع منها. ويقيد علاوة على ذلك حقهم في الربح، بأن يقدره بريح المثل من دون الزيادة التي تستغل حاجة الناس وتستفيد من الطلب الملح عليها. وكما أنّ التسعير جائز في أثمان البياعات، فهو جائز في ثمن الأجرة وقيم الأعمال والخدمات. وللدولة سلطة على مواطنيها في فرض السعر في الحالتين.

أورد ابن تيمية (-/661هـ/1328م) وابن القيم (-/751هـ/1350م) هذه المسألة: " إذا قُدِّرَ أن قوما اضطروا إلى السكنى في بيت إنسان لا يجدون سواه، أو النزول في خان مملوك، أو استعارة ثياب يستدفئون بها، أو رحي للطحن، أو دلو لنزع الماء، أو قدر، أو فأس، أو غير ذلك، وجب على صاحبه بذله بلا نزاع. لكن هل له أن يأخذ عليه أجرا؟ قولان"⁴.

¹-الحطاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، عناية: زكريا عميرات، 2003م، 6/ 52. والزرقاني، عبد الباقي بن يوسف (- 1099 هـ) شرح الزرقاني على مختصر خليل، ضبط: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422 هـ/ 2002م، 5/ 17. وإيضاح المسالك، ص 158.

²- تحت قاعدة إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر حرج المالكية إجبار صاحب الفرس ويقاس عليها كل أدوات الجهاد وأنواع السلاح على بذلها إذا طلبها السلطان. إيضاح المسالك، ق 107، ص 158 ومواهب الجليل، 49/6.

³- هذا النص ملخص من مؤلفي ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم، الحسبة في الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت، دت، 19-25-26-49 ومجموع الفتاوى، جمع وتبويب عبد الرحمان بن قاسم، مكتبة المعارف، الرباط، دت، 29/ 192، 194.

⁴- ابن تيمية، الحسبة، ص 37 وابن القيم، الطرق الحكمية، ص 275.

ونحن ننقل الجواب في المسألة الموالية من مصادر الحنابلة والمالكية.

المطلب الثالث : قاعدة ضمان القيمة :

يندرج جواب المسألة تحت قاعدة الملك إذا دار بين أن يبطل بالجملة أو من وجه واحد. هل الثاني أولى أم لا؟¹ وتحت قاعدة تقرير الإذن العام من قبل الشارع في التصرفات والإذن الخاص من قبل الأدمي المالك، وبيان ترتب الضمان عليهما وعدمه.²

خرّج القرافي (-/684هـ/1285م) مسألة ضمان قيمة من اضطر إلى طعام غيره فأكل من المخصصة وقال فيها قولان: أولهما أنه لا يضمن لأنّ الدفع واجب على المالك. وثانيهما أنه يضمن وهو الأشهر لأنّ إذن المالك لم يوجد. وإنما وجد إذن الشارع فانتفى الإثم ولم ينتف الضمان.³

وعند أصحاب أحمد (-/241هـ/855 م) القولان : وجوب البذل مجاناً وجواز أخذ العوض. ومن جوز أخذ الأجرة قيدها بقيمة المثل. ولو امتنع صاحب الحق المحتاج إليه عن بذله إلا بأكثر من سعره فلا يستحق إلا سعره.⁴ ويستند القول الثاني بوجود البذل مجاناً إلى حديث أبي هريرة (-/59هـ/678م) في الصحيحين: « ما حق الإبل؟ قال: حلبها على الماء وإعارة دلوها وإعارة فحلها ومنيحتها وحمل عليها في سبيل الله»⁵. وحديث ابن عمر (-/73هـ/693م) في البخاري (-/256هـ/810م) أنّ «النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب الفحل»⁶. أي عن أخذ الأجرة عليه والناس يحتاجون، فوجب البذل مجاناً بلا أجرة.⁷

وفي المبحث الموالي نبحث نماذج مختارة من الإيجاب على : قضاء الدين (المطلب الأول) ونفقة الأقارب (المطلب الثاني) وإعتاق العبد المشترك أو الممثل به (المطلب الثالث) والقسمة (المطلب الرابع) وفرض التحويلات المالية عند الأزمات والحلجات العامة (المطلب الخامس).

¹-إيضاح المسالك، ق42، 94.

²-الأول لا يسقط الضمان والثاني يسقطه. القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي (-/684هـ)، أنوار البروق في أنواء الفروق، ضبط وتصحيح: خليل المنصور، دارالكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1998م، ف 32، 1/340

³-البقوري، أبو عبد الله محمد بن إبراهيم (-/707هـ) ترتيب فروق القرافي وتلخيصها والاستدلال عليها، تحقيق: الميلودي بن جمعة والحبيب بن طاهر، مؤسسة المعارف، بيروت، ط2، 2008م، 119، 120.

⁴- ابن تيمية، الحسية، ص 23

⁵- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، الصحيح، دارالاعتصام، القاهرة، دت، ح 988، ص 452.

⁶- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (-/256هـ) الجامع الصحيح، دار الغد الجديد، مصر، ط1، 1434هـ/2013م، كتاب الإجارة (37) باب (21) عسب الفحل، ح 2284، ص 410.

⁷-الطرق الحكمية، ابن القيم، ص 449.

المبحث الثاني : نماذج من الإلزام بالتصرف للمصلحتين الخاصة والعامة :

المطلب الأول : إجبار المدين مدعي الإعسار على التكسب لقضاه ديونه :

صورة هذه المسألة أنّ شخصا مدينا أحاطت التزاماته التي عليه بجميع ما لديه من مال، ولم تف ذمته المالية بقضاء حقوق الناس. فهل يلزم في الفقه - وهو القادر والمحترف - على التكسب من أي فرع من فروع الإنتاج ليحصل مالا أو يؤجر نفسه لرب الدين في صيغة من صيغ المقاصة حتى يسدد دينه؟ وإن لم يفعل هل يعدّ آثما ديانة؟ وهل للقاضي أن يقضي بإلزامه؟

اختلفت المدارس الفقهية في ذلك على قولين: قول الحنابلة وقول بقية المذاهب. ونحن ندرس هذه المسألة لنبين سلطة الدولة في تقييد حرية العمل أو عدم العمل. والتقييد لا يكون بالحد فقط، وإنما يكون بالإجبار على الفعل، إن تعلق الأمر بالامتناع عن مباح أو عن واجب. والإجبار على العمل قد تتعدد موجباته من ذلك: العمل للتكسب وقضاء الدين، والعمل لنفقة الأقارب الواجبة، والعمل للضرورة الاجتماعية والمصلحة العامة.

الفرع الأول : إلزام المدين بالاكْتساب :

المسألة الأولى : الأساس الشرعي لهذا الرأي : من المعلوم في الشريعة أنّ الله تعالى يجب المؤمن المحترف الذي يسعى لكسب رزقه من عمل يده، وأنه يكره العبد البطل. وقد كان الصحابة يعجبون بالشاب يمر بين أيديهم، فإن سألوا عن عمله فقيل هو عاطل سقط من أعينهم.

والإسلام يدعو المؤمن إلى ممارسة حق من حقوق الإنسان الأساسية ألا وهو العمل، ليعف نفسه، ويكفي أهله، ويمنعه من التعرض لسؤال الناس. كما إنّ الدين يفرض على المدين السعي في قضاء دينه. فإن وجد مالا حاضرا يفي به حقوق الناس قضاهم منه. وإن لم يجد، فما على اللبيب من ذوي الهمة العالية، ممن يحفظ سمعته أن توسم بوسم الماطلة - والمطل من القادر يجل العرض - ومن يحفظ حقوق الغارمين ألا يأكلها بالباطل، ما عليه حينئذ إلا أن يسعى لكسب المال بالسبل المشروعة للوفاء بما عليه. وفي هذا الإطار الأخلاقي والشرعي يتنزل قول الحنابلة بإجبار المدين على التكسب لوفاء حقوق الناس. وهو قول الزهري (-124هـ/742م) الذي قال : " يؤاجر لما عليه من الدين حتى يقضي عنه"¹، وقول عمر بن عبد العزيز (-101هـ/720م) وسوار العنبري (-245هـ/859م)². وحكى العيني (-855هـ/1451م) أنّ هذا القول وجه عند الشافعي، وعند مالك (-179هـ/795م) إذا اعتاد إجارة نفسه، وأنه الذي عليه عمل القضاة لظهور الماطلة³.

¹ - الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار المصنف، القاهرة، ط2، دت ، 199/2.

² - (ابن) قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله المقدسي، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1417 هـ/1997 م ، 581/6.

³ - العيني، أبو محمد محمد بن أحمد، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط2، 1999م، 32/8.

وقد خرج الحنابلة هذه المسألة على قاعدة القدرة على اكتساب المال بالصناعات غني بالنسبة إلى نفقة النفس والأهل. ومن بين فروعها القوي المتكسب لا يباح له أخذ الزكاة بجهة الفقر فإنه غني بالاكتساب. وهل له الأخذ بجهة الغرم؟ وجهان: أحدهما الجواز، والثاني أنه لا يجوز، وبه جزم الشيخ مجد الدين بن تيمية (-/652/1254م). وهذا الخلاف يرجع إلى الخلاف في إجبار المدين على التكسب لوفاء الديون. ففرق بين حقوق الله مثل الحج فلا يجبر على التكسب، وحقوق الناس كالدين فيجبر عليه للوفاء. وفي المسألة روايتان مشهورتان الأصح أنه يجبر¹. وفي المذهب قول بتخصيص وجوب العمل لوفاء الدين بمن له حرفة وكان قادرا على التكسب دون من لا حرفة له². وقد كان المحتسب ينكر على المتسولين تعرضهم لسؤال الناس إذا كانوا مستغنين عنها بمل أو عمل وكانوا من أصحاب القوة والقدرة على العمل. وكان يؤدبه ويعزره ويأمره بالاحتراف والإقلاع عنها³. وهذا الإجراء من إجراءات الحسبة يثبت أن الدولة في الإسلام كانت لها عمليا سلطة فرض العمل على بعض الفئات، وتسد أمامهم طريقا من طرق الكسب السهل وهو التسول.

المسألة الثانية : دليل هذا الحكم : حديث سُرَّق وهو رجل دخل المدينة وادعى أن له مالا فداينه الناس حتى كثرت ديونه ولم يكن له مال فسمه الرسول سُرِّقا وباعه بـ 400 أبعرة⁴. قالوا في فقه الحديث أن الحر لا يباع، فثبت أنه باع منافعه لأن الإجارة عقد معاوضة تجري مجرى الأعيان في صحة العقد عليها وفي وفاة الدين منها، فأجبر عليها كما يجبر المدين على بيع ماله في قضاء دينه⁵. وأنكروا أن يكون الحديث منسوخا لأن النسخ بالاحتمال لا يجوز. وقاسوا إجبار المدين على التكسب لقضاء الدين على إجباره عليه لنفقة زوجته. والدين أقوى من النفقة لأنه يسقط بالزمان⁶.

الفرع الثاني : عدم إلزامه بالاكتساب شرعا وعدم إجباره قضاء :

المسألة الأولى : أصحاب هذا الرأي : مذهب المالكية أن الحر إذا أفلس لا يؤاجر. قال مالك في المدونة: الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه أن الحر إذا أفلس لا يؤاجر. ومضى أصحابه على ذلك فلا يكلف المفلس عندهم، إذا أحاطت ديونه بماله ولم يقض ما عليه من حقوق الغرماء، على التكسب للوفاء حتى لو كان ذا صنعة⁷. وكما أنه لا

1- المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، عناية: رائد بن صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004، 1/902، 917، 918.

2- القواعد، ابن رجب، ق 132، 297 والعكبري أبو المواهب الحسين بن محمد، رؤوس المسائل الخلافية بين جمهور الفقهاء، تحقيق: ناصر السلامة وخالد الخشلان، دار إشبيلية، دت، 2/822، 823.

3- الماوردي، أبو الحسن علي، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، دت، ص 309 والفراء، أبو يعلى محمد بن الحسين، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006م ص 292.

4- سنن البيهقي، كتاب التفليس، باب ما جاء في بيع الحر إذا أفلس، 6/50.

5- العكبري، م س، 2/824.

6- ابن قدامة، المغني، 6/581.

7- (ابن) شاس، جلال الدين عبد الله بن نجم (616هـ) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1423هـ/2003م، 2/788. ويوساق، محمد المدني، المسائل التي بناها مالك على عمل أهل المدينة، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1421 هـ/2000م، 2/789.

يجبر على التكسب، فإنه لا يجبر على قبول الصدقة والهدية وسؤال الناس لتحصيل ما به واجب الوفاء¹. ووافق المالكية الحنفية² والشافعية وإحدى الروايتين عند الحنابلة³ والظاهر من قول أبي جعفر الطبري (-310هـ/923م)⁴ ومذهب الهادوية⁵، مستدلين بأدلة النقل والعقل.

المسألة الثانية : الاستدلال على الحكم : أمر الله تعالى المدين بقضاء الدين الواجب عليه وحرّم عليه المطل والإنكار. وحضّ في المقابل الدائنين على إنظاره وإمهاله عند تعسره. قال تعالى : (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ) سورة البقرة/280.

فهم هؤلاء منها أنّ الله تعالى لم يأمر باكتسابه، وإنما الذي أمر به الإنظار والإمهال. يشهد لذلك حديث أبي سعيد (-693م/74هـ) في الرجل الذي كثر دينه فجاء الغرماء يقتضونه فقال لهم الرسول صلى الله عليه وسلم: « خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك »⁶. ذلك أنّ ماله الحاضر لم يف بجميع ديونه فتخاصص الغرماء فيه، وما بقي لهم عليه أمرهم النبي صلى الله عليه وسلم بأن يضعوه عنه. ولم يأمره بالسعي إلى تحصيله عبر الاكتساب أو تأجير نفسه، لأنّ الدين إنّما تعلق بذمته لم يتعلق ببدنه. وذمته لم تعمر إلا بما وجدوه.

وأجابوا عن الاستدلال بحديث سرق بأنه ضعيف. وعلى فرض صحته فالظاهر أنّ هذا الرجل كان عبداً ولذلك أورده الدارقطني (-385هـ/995م) في كتاب المكاتب، أو أنّ ذلك محمول على بدايات الإسلام، جريا على ما كانت عليه العادة من بيع الرجل المعسر بالدين، ثم نسخ ذلك.

الفرع الثالث : الرأي المختار في المسألة :

قد لا يكون دائما رأي الجمهور هو الصالح للعمل به مع تغير الظروف وخصوصية الزمان. وفي هذه المسألة رأي الأكثرية من المذاهب والعلماء هو عدم الإيجاب من الحاكم على التكسب. ورأي الأقلية هو إيجاب المدين الذي أحاطت به الديون، وما زال للغرماء حقوق غير مستوفية على التكسب لتحصيل مال جديد يسد به ما عليه. وهو

1- القاضي عبد الوهاب، أبو محمد عبد الوهاب البغدادي (-422 هـ) الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: الجيب بن طاهر، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1420 هـ/1999م، 2/590.

2- العيني، البناية، 8/32.

3- ابن قدامة، المغني، 6/581.

4- لدى تفسيره الآية 280 من سورة البقرة. الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير (-310هـ) جامع البيان في تفسير القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1412هـ/1992م، 3/112، 113.

5- (ابن) مفتاح، أبو الحسن عبد الله، شرح الأزهري، مكتبة التراث الإسلامي، صعدة، اليمن، ط1، 1424 هـ/2003م، 9/565.

6- صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، ح18 (1556) ص772. و(أبو) داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، السنن، دار الفجر للتراث، القاهرة، ط2، 1434 هـ/2013م، كتاب الإجارة، باب وضع الجائحة، ح3469، 586. والترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، السنن، دار الفجر للتراث، القاهرة، ط2، 2013م، كتاب الزكاة، باب في من تحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم، ح655، قال أبو عيسى حديث أبي سعيد حسن صحيح في الباب عن عائشة وجويرية وأنس، ص182.

الرأي الذي نميل إليه ليس ذلك من باب التشهي، وإنما بالاعتماد على فهم الدليل الخاص، وإدراك النظام العام للشريعة.

فأما قوله تعالى: (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ) فمعناه الظاهر ندب الدائنين إلى إمهال المدين المتعثر إذا حلَّ أجل دينه، رفقاً به وليس إسقاطاً لحقوقهم، وتضييعاً لها. ولا يتعارض ذلك مع إيجاب التكسب. بل غاية ما في الأمر ألا يلجأ أصحاب الحق إلى إجراء تصعيدي: كالادعاء عليه أمام القاضي لتفليسهِ والحجر عليه وبيع ماله لاستخلاص حقوقهم أو حبسه. ولا نعتقد أنّ الإيجاب على التكسب أعظم للمعسر من الحبس، بل هو أقل. ومن لزمه الأكثر لزمه الأقل. وما النظرة إلى الميسرة في رأينا إلا إشارة إلى تبدل الحال من الإعسار إلى اليسر. ولا يتبدل حاله من تلقاء نفسه، إلا إذا غنم مالا من وجه مشروع. ومن الوجوه المشروعة السعي والعمل.

وما يصدق على الآية يصدق على حديث « خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك » فليس فيه ما يمنع التكسب، بل فيه ما يدل على أنّ الصحابة تصدقوا عليه ولكن رغم ذلك بقي في ذمته شيء. فهذا كل من أكل السعي والتكسب. فكيف يقول المانعون بأنّ المدين لا يجبر على قبول الصدقة التي تساعد في قضاء ديون الناس؟ فهل تراهم يرون أنّ عيب قبول الصدقة جارح لشخصيته أكثر من إثم إضاعة أموال الناس ومقابلة الله تعالى بديون لم تقض. والحال أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يصلي في أول أيامه على من مات وعليه دين.

ومما أصله الفقهاء من قوانين الشريعة أنّ "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب". وقضاء الدين هو واجب. وإذا كان هذا الوجوب لا يتحقق إلا بأن يبذل من موارده من ميراث أو ربح أو هبة، فعليه بذلك. وإن لم يكن له من ذلك شيء، وكان واجب الوفاء لا يتم إلا بالتكسب والعمل، فذلك هو الواجب. ولو فتح الباب للقول بعدم إلزام المدين بالتكسب، لأقدم كل مدعي الإعسار على أخذ أموال الناس، ولم يجتهد في صيانتها، ولم يشغل نفسه بهمّ قضائها، لعلمه حينها بأنه غير مؤاخذ من طرف سلطة القضاء، وليس عليه تكليف، ولا التزام في ذلك.

ومن الجيد أنّ بعض الشافعية اعتبروا معيار سبب ثبوت الحق عليه. قالوا إن كان قد ثبت عليه الدين بطريق المعصية كإتلاف مال عدواناً، فربما ذهب بعض الأصحاب إلى إيجاب التكسب عليه، لأنّ التوبة لا تصح إلا بإرجاع الحقوق إلى أهلها. وهذا استدلال بارع منهم يقوم على قاعدة الوسائل والمقاصد. أما إن كان سبب الدين غير معصية فلا يجب عليه الاكتساب. وبه قال أكثر العلماء¹.

نخلص بهذا إلى أنّ إيجاب المعسر على التكسب حكم تطمئن به نفس القاضي إذا أصدره. وأمر من أمور السياسة الشرعية يحفظ حقوق الناس، ويضمن الثقة في نظام التعاملات الاقتصادية، في زمان كثر فيه المماطلون. بقي أنه يجب على الحاكم أن يعتبر ظروف المدين المعسر البدنية والمالية، وأن يقدر منزلته الاجتماعية، ويحكم عليه في حدود ما يليق بمثله. هذا وإنّ الاتجاهات الحديثة في علم الجريمة والعقوبة، تنحو نحو العقوبات البديلة المتمثلة في خدمة

¹-(ابن) الوكيل، أبو عبد الله محمد بن مكي بن المرحل (- 717 هـ) الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1423 هـ/ 2002م، 137. وأشباه السيوطي، 180، 182.

المصلحة العامة للمجتمع فترة من الزمن، عوضاً عن العقوبات السالبة للحرية بالسجن، مما لا ينفع الغريم، ولا يحصل من المدين حقه. فإذا كان جائزاً أن يعمل المذنب أو المجرم مدة في بعض المصالح والدوائر التي يعود نفعها للمصالح العام، فلا بأس أن يجبر المدين على العمل لمصلحة الدائنين مباشرة، أو يكون مقابل عمله مروداً لقضاء الديون. وليكن ذلك مثلاً في كل صندوق تكافلي أو هيئة تأمين تضامني.

المطلب الثاني : الإيجاب على النفقة :

ورد في مسائل الإمام أحمد لأبي داود (-275/889 م) صاحب السنن قال : " سمعت أحمد سئل: هل تجبر العصابة على نفقة الكبير والصغير؟ قال نعم إن كان زمناً¹. والظاهر من تقييد الإمام الكبير بوصف الزمن²، أن الكبير القادر على التكسب لسلامة جسده ومتانة صحته، ولا يتكسب على نفسه، لا يجبر أحد من قرابته على الإنفاق عليه. وبما أن الكبير الزمن تلزم نفقته على عصبته لعجزه في نفسه، فإن الصغير والمعوق وذوي الاحتياجات الخاصة أيضاً يُنفق عليه لنفس الوصف، مهما كان سنه.

الفرع الأول : مراتب الإنفاق الواجب :

وأما مراتب الإنفاق فإنه يبدأ بنفسه كائناً من كان رجلاً أو امرأة، كبيراً أو صغيراً، ثم ينفق على كل من لزمته نفقته، ممن لا مال له ولا قدرة على التكسب، من أبوين وإن علوا، وبنين وبنات وإن سفلوا، والإخوة والأخوات والزوجات، ويسوي بينهم ولا يقدم أحداً على أحد. فإن بقي له مال بعد هؤلاء من الأصول والفروع والأزواج والحواشي، أُجبر على النفقة على ذي الرحم المحرمة ومورثيه من الأعمام والعمات وإن علوا، وبنين الإخوة وإن سفلوا العاجزين الفقراء³. وهذا الحكم خاص بالورثة العصابة الذين لا يجربون من ميراثه، دون الورثة الذين يمكن أن يجربوا، فلا شيء عليهم من نفقاتهم⁴. ويجبر الرجل على أن يتكسب إن لم يكن له مال لينفق على ولده وزوجه. وإن لم يفعل ظلماً وإضراراً فإنه يجبس⁵.

¹ أبو داود، سليمان بن الأشعث، مسائل الإمام أحمد، عناية: محمد رشيد رضا، نشر: محمد أمين دمج، بيروت، ط2، دت، ص 217.

² الزمن: المرض والآفة والعاهة التي تصيب الإنسان. (ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم (-711هـ/1311م) لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي، دار المعارف، القاهرة، دت، 3/1867.

³ بالتخريج على قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف (م 27 أ ع العثمانية) وبالترجيح بين الضرر الأشد على الضرر الأخف على الأغنياء فإن نفقة الأقارب الفقراء تفرض على أرحامهم الأغنياء. الزرقاء، مصطفى، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق، ط10، 1387هـ/1968م، 2/983.

⁴ (ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد (-456هـ) المحلى، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، ط1، 1352هـ، 10/99-100.

⁵ شرح الأزهاري، 9/565. وابن الوكيل، الأشباه والنظائر، ص 136. وابن نجيم، سراج الدين عمر بن إبراهيم (-1005هـ) النهر الفائق شرح كثر الدقائق، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2002م، 3/617، 618.

وفي الأم هذا الأثر: " أخبرنا الربيع قال أخبرنا الشافعي أخبرنا مسلم بن خالد عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أنّ عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا"¹.

فمن اجتهاد أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه (-23/هـ/644م) في سياسة الرعية أنه أمر ولاته على الحرب بأن يجبروا الجند على إرسال نفقات زوجاتهم أو على تسريحهن بطلاق. فمن غاب عنها زوجها ولم يترك لها ما يكفيها أثناء غيابها، فإنه ينقض عروة من عرى الزواج. وحتى من طلق منهم، فإنهم يجبرون على دفع نفقة المدة التي غابوا فيها جسديا، وضيعوا النفقة ماديا، واحتسب عليهم ديناً، لا يسقط بالتقدم، وبما أحدثوا من الطلاق.

فالفقه أن من غاب عنها زوجها وهو المكلف ديانة وقضاء بالإنفاق، والحمول عليه واجب القوام وخاصة إن لم يكن لها مصدر للدخل فإنّ السلطان يفرض لها نفقتها من بيت المال ويعتبرها ديناً على زوجها على الأرجح². وذلك أنه مطالب بالإنفاق على الزوجة طعاما وكسوة وسكنا وعلاجاً بالمعروف وبحسب الوسع. قال تعالى: (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ) (الطلاق/7). وهذا أمر بالإنفاق شامل للأغنياء وللفقراء، يتوجه إلى من اتسع رزقه، ولا يسقط عن قليل ذات اليد. حتى إنّ الشرع أباح لهند ولغيرها من مثيلاتها أن تأخذن حقوق النفقات، ولو من دون علم الزوج الممتنع أو الشحيح³. وللأم عند امتناع الأب عن النفقة عليها وعلى ولده، أن تنفق على نفسها وعليه بقصد الرجوع على الوالد⁴.

الفرع الثاني: الأصناف الأخرى المستحقة للإنفاق:

هل تتوقف النفقة الواجبة على الأهل وذي القربى؟ قال أبو الحسن الماوردي (-450/هـ/1058م): " كما يجب الرجل على الإنفاق على أفراد عياله يجب على الإنفاق على من تحت يديه ممن يملكهم من العبيد والإماء. فعلى السيد واجب الإنفاق على عبده وكسوته ويلزمه الحاكم بذلك"⁵. فالمسألة بهذا الحسم لا خيرة فيها للسيد ينفق ماله أو يمسكه كما يشاء، وإنما حرّيته في منع المال محدودة، وحقه مقيد بحق الآخرين، وللدولة السلطة عليه في إجراء أرزاقهم عليهم كما يتضح من نص الماوردي. وهذه صفحة مشرقة من صفحات الإشراق الإسلامي في ميدان المواطنة الاجتماعية والمساواة العصبية والعرقية.

1- الأم، 277/6، 278.

2- أم، ن. ص. وفي مسألة فرض السلطان نفقة الزوجة على زوجها انظر: سحنون، المدونة للإمام مالك (179هـ) رواية الإمام سحنون عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ/1994م، كتاب النكاح الثاني، 2/180.

3- الشح والبخل قريبان. فالشح هو البخل مع حرص على منع الخير، والبخل منع الحق. والبخل يختص بمنع المال. والشح يعم كل شيء. ر: الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق عبد الستار أحمد فراج، سلسلة التراث العربي، مطبعة حكومة الكويت، 1403هـ/1989م، 6/498. والعسكري، أبو هلال الحسن بن عبد الله، الفروق اللغوية، تحقيق: عمار زكي البارودي، دار التوفيقية للتراث، القاهرة، دت، ص 186.

4- الأشباه والنظائر للسبكي، 1/264. ولابن الملقن، 2/111.

5- الأحكام السلطانية للماوردي، ص 320.

ولنصف من الشعر بيتا، ولتساءل هل تتوقف النفقة الملزمة قضائيا على نفقة بني آدم؟ أجاب محمود حمزة الحنفي بمقتضى مذهبه قال: "عند الأحناف نفقة الأدمي واجبة على الإنسان ديانة، يجبر عليها قضاء بخلاف نفقة الحيوان فإنها واجبة ديانة، ولا يجبره عليها الحاكم"¹.

وذهب ابن حزم (-1064/456م) إلى أكثر من ذلك فقال: "يجبر على نفقة حيوانه كله أو تسريجه للرعي. فإن أبى بيع عليه كل ذلك لأنه إضاعة للمال وهو حرام. ومنع الحيوان مما لا معاش له إلا به من علف أو رعي فساد في الأرض وإهلاك. وقال بأن الإجماع يشمل حتى سقي الشجر والزرع"². وعند الحنابلة والشافعية إما أن ينفق على دابته، وإن أبى يبيعه عليه الحاكم. ففي كتاب البيع من الأشباه والنظائر للسيوطي (-911هـ/1505م) ضمن مسألة ما يجبر فيه المالك على بيع ملكه قال: "من ملك رقيقا أو بهيمة ولم ينفق عليها يجبر على بيعها وإن لم يكن له مال غيرها"³. وأضاف النووي (-676هـ/1277م) درجة أخرى للحكم وهي وجوب النفقة لاستحياء الحيوان حتى إن كان ملكا للغير. قال في المجموع: "كما يجب بذل المال لإبقاء الأدمي المعصوم يجب بذله لإبقاء البهيمة المحترمة وإن كانت ملكا للغير"⁴. والمالكية يفرضون على المالك "نفقة الدابة والرقيق وإلا بيع عليه كتكليفه من العمل ما لا يطيق"⁵ في حكم يشبه حكم تخلية يد المالك الذي يمثل بعبد ويؤذيه أذى بينا في جسده مما ستأتي دراسته. وهذه صفحة أخرى من صفحات إشراق الشريعة الإسلامية يخطها علماء أدركوا روحها، وعرفوا حكماتها، وعلموا أن مقتضيات الاستخلاف تشمل كل الكائنات والقوى الطبيعية اللازمة لحياة الإنسان. وما من غرابة أن يصدرها هذه الأحكام الملزمة في شريعة ضربت لهم مثلا بامرأة بغية غفر لها ذنبها بإرواء عطش كلب، وبامرأة دخلت النار في هرة حبستها، لم تطعمتها، ولم تركها تأكل من خشاش الأرض.

المطلب الثالث: الإجماع على عتق العبد المشترك والممثل به:

الفرع الأول: الإعتاق بالمثلة:

المسألة الأولى: آراء الفقهاء في المسألة: يقول الجمهور بأن من آذى عبدا فمثل به وأضرّ بجسده ضررا بينا، فإنه يضمن ما نقص من قيمته. بينما يقول مالك وأحمد والليث (-175هـ/791م) والأوزاعي (-157هـ/774م) بأن من مثل بعبد فإنه يعتق عليه. ويخصّ الأوزاعي العتق بمن مثل بعبد غيره⁶. قال ابن الجلاب (-378هـ/988م): "من مثل بعبد

1- الفرائد البهية، ص 22

2- المحلى، مس 1932، 10/99، 100.

3- الأشباه والنظائر، ص 453. وقواعد ابن رجب، ق 23، ص 32.

4- النووي، معي الدين، المجموع شرح المذهب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، دت، 51/9.

5- خليل بن إسحاق الجندي، مختصر خليل ومعه التيسير لمعاني مختصر خليل، أحمد الطهطاوي، دار الفضيلة، القاهرة، ط1، 2011، ص 198.

6- (ابن) رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد (-595هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الغد الجديد، مصر، ط1، 1433هـ/2012م، 4/176. وقواعد ابن رجب، ق

23، ص 32.

أو أمته عتقا عليه بالحكم. وقد قيل يعتق عليه بالفعل دون الحكم. والمثلة أن يقطع عضوا من أعضائه، أو يؤثر أثرا فاحشا في جسده قاصدا فعله¹.

المسألة الثانية : الاستدلال على الحكم والترحيح : عمدة هذا الرأي حديث ابن عمر أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته عتقه »². وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه قال: « جاء رجل مستصرخ إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: جارية يا رسول الله. فقال: ويحك مالك؟ قال: شراً، أبصر سيده جارية فجبّ مذاكيره. فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: عليّ بالرجل. فلم يقدر عليه. فقال الرسول: اذهب فأنت حرّ » [حسن]³.

ولئن كان بالإمكان ترحيح رأي الأوزاعي في تخصيص العتق بإذابة العبد المملوك لغير المعتدي على قاعدة الغصب. فكأنّ من مثلّ بعبد غيره يغصب حقاً ليس له، فيجازى بتعويض ما غصب لما في فعله من إتيان على القيمة الأصلية للعبد، ومنع لسيد من الانتفاع به، فإنه يعتق عليه ويعوّض للمالك. فإنه في المقابل يظهر أنّ رأي مالك والليث يتصل أيما اتصال بموضوع تقييد الحق ومنع التعسف في استعماله. فالعبد برقبته ومنافعه مملوك لسيد، غير أنّ ملكيته لا تبيح له الإضرار به، وإلحاق المثلة بجسده لكونه إنساناً ذا كرامة حتى لو كان رقيقاً. ولما كان الإسلام يتشوف لتحرير الناس، ولما كان عتق العبد غاية من غايات الإسلام الكبرى ووسيلة من وسائل استرداد الحرية، فإنّ رأي مالك والأوزاعي والليث هو أقرب لروح الإسلام ولمقاصد الشريعة.

الفرع الثاني : إعتاق العبد بإعتاق أحد مالكيه أو بإعتاق جزء منه :

المسألة الأولى : إعتاق أحد الشريكين نصيبه في العبد المشترك : وهذه مسألة تظهر حدود تصرف المالك فيما يملك بالشركة، وأنّ هذا الملك لا يكون دائماً كاملاً بل يقيد أحياناً ويجبر على التخلي عنه. يروي الشيخان بالسند الذهبي: حديث «من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبالغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد. وإلا فقد عتق عليه ما عتق»⁴.

المسألة الثانية : إعتاق السيد جزءاً من عبده : هذا فيما يخص العبد المشترك بين سيّدين، وأما العبد المملوك لسيد واحد فأعتق بعضه أي جزءاً منه. فالجمهور من علماء العراق والحجاز على أن عتق جزء من العبد هو عتق لكل العبد. وأبو حنيفة (-150ه/767م) وأهل الظاهر يخصّون العتق بما كان منه، ويفرضون على العبد السعي في الباقي. والقول الأول منقول عن طاوس (-106ه/724م) وحامد (-179ه/795م). وعمدة الجمهور أن السنة لما أثبتت

1- (ابن الجلاب، أبو القاسم عبيد الله بن الحسين البصري (-378ه) التفرغ، تحقيق: حسين بن سالم الهمداني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408ه/1987م، 2/24. و(ابن أبي زيد، أبو محمد عبد الله القيرواني (310 - 386 ه)، الرسالة الفقهية، تحقيق: الهادي حمو ومحمد أبو الأجنان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1406 ه/1986م، ص 99.

2- صحيح مسلم، كتاب الإيمان (27) باب (8) الممالك وكفارة من لطم عبده، ح 29 (1657) ص829.

3- سنن أبي داود، كتاب الديات (33) باب (7) من قتل عبده أو مثّل به أيقاد منه، ح 4519، ص755.

4- صحيح البخاري، كتاب العتق (49) باب (5) إذا عتق نصيباً في عبد وليس له مال، ح 2522، ص459.

إعتاق نصيب الغير على الغير، كان أولى وجوب ذلك فيما كان من ملكه. وعمدة أبي حنيفة أن الحكم الأول خاص بعلة الضرر على الشريك. أما فيما تمحض ملكه لسيد واحد فليس فيه ضرر عليه¹.

المسألة الثالثة : فائدة دراسة هذه المسألة : بالرغم من أنّ هذه المسألة ليست لها فائدة عملية راهنة في أيامنا لذهاب الرق، فإن لها فائدة علمية وفكرية تظهر في إجلاء موقف الفقهاء اللذين يغتمون كل مناسبة للتحريض على تحرير الناس من نير العبودية، ويحكمون على السادة الأحرار بعقوبتهم مع كل شبهة. وأما تعلقها بموضوع الدراسة فواضح من جهة كون السيد صاحب حق في رقبة المملوك وفي منفغته. غير أنّ هذا موضوع هذا الحق ليس كباقي الممتلكات المادية الحسيسة مهما علت قيمتها، وإنما موضوعه هو النفس البشرية التي لسوء حظها، فقدت أصل الحرية الإنسانية الفطرية التي يفترض أن يتساوى فيها بنو آدم، ولأجل ذلك فإنّ السيد يمنع من التصرف في البشر تحت ولايته تصرفاً تعسفياً، ورغم أنّ حقه فيه ثابت، إلا أنّ قوة حقه تضعف بأدنى شبهة اعتداء على كرامة النفس البشرية.

المطلب الرابع : إجبار الشريك على القسمة :

رأينا سابقاً أنّ العبد المشترك الذي كانت منفغته قسمة بين الشريكين تكون شراكتة سبباً للإجبار على عتقه إذا بادر أحدهما بعقوبته نصيبه منه. ومن هنا ندرس مسألة القسمة في الأموال المشتركة.

الفرع الأول : التعريف بالقسمة :

المسألة الأولى : مفهوم القسمة : ملكية الأعيان المنقولة والثابتة إما تتمحض لذات واحدة تنفرد بها وتستأثر بالتصرف فيها، وإما يجتمع اثنان أو أكثر في الانتفاع بها على الشركة. والقسمة من قسمت الشيء إذا جعلته أقساماً. والقسم هو النصيب². فالقسمة هي تمييز بعض الأنصبة من بعض. وفائدتها تمكين كل واحد من الشريكين من التصرف في ملكه على الكمال³.

المسألة الثانية : ما يقسم وما لا يقسم : المعيار الذي يعتبره الفقهاء في التفريق بين ما يجوز قسمته بين الشركاء وما لا يجوز هو معيار التماثل والتفاضل بين الأعيان والأموال المشتركة، بالنظر إلى مآل القسمة إن حصلت هل تسبب ضرراً وهلاكاً للمال المشترك، أم تبقى صفاته ويبقى الانتفاع به.

فما كان من الأعيان متماثلاً، وما كان من السلع متشابهاً، وما لم يكن في قسمته ضرر إن قُسم بين الشركاء، من قبيل النقود والماشية والمكيلات والموزونات من جنس واحد، والعقارات والدور الكبيرة والأراضي الواسعة

¹ - بداية المجتهد، 4/ 175. (بتصرف).

² - الهوتي، منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، د ت ، ص715.

³ - حاشية البجيرمي على الخطيب، سليمان بن محمد البجيرمي(-1221 هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996 م، 5/ 343.

والمقاربة في الجودة والرداءة جاز جمعها في القسمة¹. وكل ما يمكن قسمته بالتعديل جازت قسمته². والزرع في الأرض المزروعة لا يمنع القسمة فتقسم الأرض دون الزرع³. وقال الصاحبان يقسم الرقيق لاتحاد الجنس، مخالفين إمامهم الذي قال لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما، لأن التفاوت في الأدمي فحش بسبب تفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف⁴. وكل ما كان من الأعيان متفاضلا ومتفرقا فلا قسمة فيه، وكذلك ما يتضرر الإنسان بقسمته بسبب التفاوت في المنفعة والقيمة كأرض غير مثمرة وأخرى فيها ثمار أو بناءات⁵. والأعيان التي إن قسمت في ذاتها بطلت منفعتها بالكلية كالجواهر، يمنع قسمتها لأنها من باب إتلاف المال وهو ممنوع⁶.

الفرع الثاني: إجبار الحاكم للشريك الممتنع عن القسمة:

إذا طلب أحد الشريكين الخروج من الشركة والانتقال إلى الاختصاص، وطلب قسمة المشترك بينهما، ولم يجبه شريكه. فهل إذا ما رفع أمره إلى الحاكم أجبر الممتنع منهما؟ الجواب أنه ينظر في ذلك إلى نوع الملك المشترك ويوقع نوع القسمة المناسبة بحسب العين إن كانت تتضرر بالقسمة أو لا تتضرر. فللحاكم حينئذ أن يجبر أحد الشريكين على القسمة، وبالتالي التخلي عن حقه أو عن جزء من حقه لا يتصرف فيه بمطلق يده.

المسألة الأولى: إجبار الشريك الممتنع على القسمة: إذا كان الملك المشترك من جنس واحد وطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر، أجبر القاضي الشريك الممتنع على إمضاءها، وحدّ من سلطة تصرفه في كامل الملك الذي كان بينهما، لما في ذلك من معنى الإفراز لتقارب المقاصد، والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين⁷.

فما كان من التماثلات وما تساوت أجزاءه من الدور والأرض مما لا يقع في قسمته الضرر على أحد الشريكين، ولا يفوت الانتفاع به، ولا يبطل القصد منه، مما سبق تفصيله، فإن طالب بالقسمة ورام الانتفاع بماله، وأراد التخلص من المشاركة، والانفراد بالملك، وطلب إزالة الضرر عنه، وعن شريكه من شركة الملك، فوجبت إجابته إلى طلبه⁸. إن أبى الآخر أجبره الحاكم على القسمة⁹.

1- ابن غازي: أبو عبد الله المكتاسي (- 919هـ) الكليات الفقهية، ضمن مؤلف مشترك بعنوان من خزنة المذهب المالكي، عناية جلال علي الجهاني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2006م، ص182. والرسالة الفقهية لابن أبي زيد، 113.
2- المجموع، 6/ 430. وحاشية البجيرمي على الخطيب، 5/ 348. و (ابن) قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله المقدسي، الكافي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، مصر، ط1، 1417 هـ/ 1997م، 6/ 139.
3- المجموع، 22/ 242.
4- البرني، محمد عاشق إلهي، التسهيل الضروري لمسائل القدوري، مكتبة الشيخ كراتشي، ط2، 1411 هـ، 2/ 208.
5- المجموع، 22/ 430.
6- الأنصاري، زكريا، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1998م، 2/ 380 وابن قدامة، الكافي، 6/ 140.
7- البناية، 10/ 482.
8- الشيرازي، أبو إسحاق، المذهب، تحقيق: محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط1، 1992م، 5/ 530. و (ابن) الملقن، عمرو بن علي، التذكرة، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2006، ص 148. والنووي، المجموع، 6/ 430.
9- ابن قدامة، الكافي، 6/ 140. والمدخل الفقهي، الزرقا، 2/ 982.

المسألة الثانية : عدم إجبار الشريك الممتنع على القسمة : وفي مقابل ذلك لا يجبر القاضي على قسمة الأملاك مختلفة الأجناس وفحشة التفاوت لتعذر تحقيق المعادلة بين الشركاء. ولو تراضوا على القسمة جاز لهم ذلك لأنهم أصحاب الحق¹. وإن كانت الأملاك متماثلة وجهان : أولهما الجبر، والأخر عدم الجبر².

وما في قسمته ضرر بالنظر إلى اختلاف قيمة المقسوم كأرض بيضاء وأخرى عليها بناءات أو فيها ثمار، فإنه يجعل سهامها وتقويم المنشآت ويحصل كل شريك على نصيبه، ويردّ من أخذ الأرض الأعلى قيمة أنصبة الشركاء من ثمنها، فكأنه باعه منهم بهذه أرض لم تتساو أجزاؤها فلا يجبر على البيع والشراء³. وما كان ضرره من جهة بطلان الانتفاع به كالجواهر إن قسمت فإنها تكسر وقطع الثياب والحريير وغيره مما يشبهه، فإنه لا يجبر الممتنع على قسمته لحديث «لا ضرر ولا ضرار» ولأنه إتلاف مال يسبب ضررا بالشريكين⁴.

المطلب الخامس : فرض التحويلات المالية عند الأزمات والحاجات العامة :

الفرع الأول : الأصول الشرعية لبذل المال الخاص للمصلحة العامة عند الأزمات :

لا تقف حقوق المجتمع والدولة في مال الأفراد عند الزكاة المقدره المفروضة عند بلوغ المال النصاب، ولا عند التبرعات الطوعية منهم حيناً بعد حين، في مناسبة وفي غير مناسبة، وإنما تتعدى ذلك إلى ما تفرضه القوانين من ضرائب مختلفة على الأشخاص وعلى الأموال محددة في مواعيدها ومقاديرها، وحتى إلى الضرائب الخاصة والإلزامات الطارئة، عند حدوث الآفات والأزمات غير المتوقعة، وذلك عند عجز صندوق الدولة عن الوفاء بما تفرضه هذه الطوارئ. ولذلك أقرّ كثير من الفقهاء بأنّ الحاكم يجوز له أن يجبر الأغنياء من الشعب على بذل المال للمصلحة العامة من باب التضامن الاجتماعي، وتحقيقاً لمقصد التكافل الإنساني وبمقتضى قول الله تعالى: (وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ) وقول النبي صلى الله عليه وسلم «إنّ في المال حقاً سوى الزكاة»

المسألة الأولى : تخريج حديث " في المال حق سوى الزكاة" والتعليق عليه : روى الحديث أئمة كثر كل بسنده وطريقه. والأحاديث رغم ضعفها إلا أن شواهدا ومتابعاتها متى تعددت عضدت بعضها البعض. فالدارقطني مثلاً يروي عن شعيب بن الحبحاب قوله: « قلت يا رسول الله في المال حق سوى الزكاة؟ قال نعم. ثم قرأ (وَآتَى الْمَالَ

¹ - العيني، البناية، 483/10.

² - المجموع، 444/22.

³ - المجموع، 430/6.

⁴ - الشيرازي، المهذب، 530/5، 531. وابن قدامة، الكافي، 140/6، 141.

عَلَى حُبِّهِ..) الآية¹. ويروي عن فاطمة بنت قيس قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إنَّ في المال حقا سوى الزكاة ثم تلا هذه الآية: (لَيْسَ الْبِرُّ أَنْ تُوَلُّوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ..) سورة البقرة/ 177 " [ضعيف]².

ويروي ابن أبي شيبه (-235ه/849م) وابن سلام (-224ه/839م)³ رواية بهذا اللفظ، عن الحسن وقزعة عن ابن عمر. ورواه مجاهد (-104ه/722م) في تفسيره لقوله تعالى: (وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ..) الآية⁴. وأما ما رواه ابن ماجه (-275ه/887م) عن فاطمة بنت قيس بلفظ " ليس في المال حق سوى الزكاة " فقد رجح الشارح أبو الحسن السندي (-1138ه/1726م): " أن المرفوع ضعيف، والأصح أنه من قول الشعبي. وحاصل الاستدلال أن الآية قد جمع فيها بين إيتاء المال على حبه، وبين إيتاء الزكاة بالعطف المقتضي للمغايرة. وهذا دليل على أن في المال حقا سوى الزكاة لتصح المغايرة. ومن نظر بين الروایتين يرى أن رواية المصنف (ابن ماجه) أقرب للخطأ من رواية الترمذي (-279ه/892م) لقوة روايته بالدليل الموافق لها⁵.

قال العلماء في تفسير كلمة الحق أنه سوى الزكاة وقيل: " المراد هو الزكاة وهو بعيد لأن الآية مكية والزكاة إنما فرضت في المدينة. وقيل إن الآية منسوخة بالزكاة، والنسخ لا يحتاج إليه، لأنه يكون مع التعارض، ولا تعارض بين الزكاة والنوافل. وتسمية النوافل بالحق كقوله تعالى: (حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ) وإن كان غير واجب⁶.

المسألة الثانية: نصوص وآثار في المسألة: بالإضافة إلى الحديث السابق يمكن الاستشهاد بحديث أبي سعيد الخدري: « بينما نحن في سفر مع النبي إذ جاء رجل على راحلة له فجعل يصرف بصره يمينا وشمالا فقال رسول الله: من كان عنده فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له. ومن كان له فضل زاد فليعد به على من لا زاد له. قال فذكر من أصناف المال ما ذكر حتى رأينا أنه لا حق لأحد منا في فضل⁷. » علق ابن حزم على قول أبي سعيد بأنه إجماع الصحابة وأعلن موافقته لمضمون الخبر⁸. ولعل هذا الفهم هو الذي رآه عمر في استدراكه على ما ترك للأغنياء من فضول الأموال عندما اكتفى منهم بالصدقة المقدره. يقول رضي الله عنه: " لو استقبلت من أمري ما استدبرت لأخذت

¹ - الدارقطني، علي بن عمر، السنن، عناية: عبد الله هاشم يماني، دار المعرفة، بيروت، 1966م، كتاب الزكاة (9) باب (10) زكاة الحلي، ص 441.

² - م ن، كتاب الزكاة، باب (17) تعجيل الصدقة قبل الحول، ص 457. يرويه الترمذي ويعلق بأن هذا الحديث إسناده ليس بذلك وأبو حمزة ميمون الأعور يضعف. ولكن بيان وإسماعيل بن سالم روا هذا الحديث وقال عنه هذا أصح سنن الترمذي، كتاب الزكاة، باب ما جاء أن في المال حقا سوى الزكاة، ح 659 و660، ص 183.

³ - (ابن أبي) شيبه أبو بكر عبد الله بن محمد الكوفي، المصنف في الحديث والآثار، ضبط وتصحيح: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416ه/1995م، ر: 10525 و10526 و10529، 3/412. و(ابن) سلام، أبو عبيد القاسم، الأموال، تحقيق: أبوأنس سيد بن رجب، دار الهدي النبوي، مصر، دار الفضيلة، السعودية، ط1، 1408ه/2007م، ص 490.

⁴ - (ابن) زنجويه، حميد، الأموال، تحقيق: شاكرفياض، مركز الملك فيصل للدراسات الإسلامية، د ت، 792/2.

⁵ - السندي، أبو الحسن الحنفي، شرح سنن ابن ماجه، دار الجيل، بيروت، ط1، دت، 546/1.

⁶ - (ابن) عطية، أبو محمد عبد الحق بن غالب الأندلسي (-546ه) المحرر الوجيز، تحقيق: المجلس العلمي بفاس، وزارة الأوقاف، المغرب، ج1، 1395ه/1975م و3، 1397ه/1977م، 1/243. وابن جزي، أبو القاسم محمد الغرناطي (-741ه) التسهيل لعلوم التنزيل، الدار العربية للكتاب، د ت، ص 658.

⁷ - صحيح مسلم، كتاب اللقطة (31) باب (4) استحباب المؤاساة بفضول المال، ح 18 (1928) ص 873 و سنن أبي داود، كتاب الزكاة (3) باب (33) في حقوق المال، ح 1663، ص 281.

⁸ - المحلي، مس 725، 6/158.

فضول أموال الأغنياء فقسمتها على فقراء المهاجرين" وإسناده في غاية الصحة والجلالة¹. ويقول علي بن أبي طالب (-/40هـ/661م): "إن الله تعالى فرض على الأغنياء في أموالهم بقدر ما يكفي فقراءهم فإن جاعوا أو عروا وجهدوا فبمنع الأغنياء. وحق الله تعالى أن يجاسبهم يوم القيامة ويعذبهم عليه"².

المستفاد من الآثار أن فضل المال ينظر إليه نظرتين: الأولى قاصرة على الواجب وهو الزكاة. والثانية تغوص في أعماق حاجات الناس الاجتماعية والاقتصادية. فلا يكتفي الناس غالباً من مجرد تحويلات الزكاة المتنوعة. والملاحظة تثبت عجزها عن الكفاية بالفقراء، وخاصة عندما تخلت الدولة عن واجب تحصيلها، وأسندتها إلى ذمة الناس الذين أصبحوا يرونها مسألة شخصية من باب حرية المعتقد والضمير فيتهاونون فيها. ولذلك تضطر الأمة إلى استدعاء تحويلات مالية أخرى علاوة على الحقوق المفروضة على الأغنياء، موردها هذه المرة من فضول المال، ومقاديرها غير ثابتة، بل متروكة لتقدير أولي الأمر. أما تعطيل فضل المال عن الخدمة الاجتماعية فهو أشبه بالكنز الذي لا يؤدي دوره في تمويل نفقات التنمية الطارئة، وفي سد حاجات الأمة الاقتصادية والاجتماعية والأمنية. وعلى هذا سار أغلب العلماء المتقدمين والمتأخرين إلا ما روي عن الضحاک بن مزاحم. فإنه قال: نسخت الزكاة كل حق في المال. وهذا الذي جعل ابن حزم يستهزئ به فيقول: "وما رواية الضحاک بحجة فكيف برأيه"³.

المسألة الثالثة: أقوال العلماء في المسألة: كيف يتصرف الحاكم عند خلو بيت المال من الموارد التي تكفي لمجابهة ما يطرأ من نفقات السلاح، وتجهيز العتاد العسكري، والمصاريف الاجتماعية والخدمات التنموية؟ يقول الغزالي والماوردي وأبو يعلى الفراء أن الحاكم له أن يجبر أغنياء البلد وذوي المكنة واليسار في حالة عوز بيت المال عن القيام بشؤون الناس العامة، بسبب نقص موارده أو انعدامها، على البذل من أموالهم لفائدة الفقراء خاصة والمجتمع عموماً. فمثلاً إذا تعطل شرب البلد، أو تهدمت بعض مرافقه العامة، أو أصاب القحط المسلمين وأشرفوا على الهلاك، فيفرض على الكفاية تدخل الأغنياء ليرفعوا عنهم ما حل بهم. فإن الفقراء عالة على الأغنياء ينزلون منهم منزلة الآباء أو الأبناء أو الأقارب. ويكون ذلك إما بالتطوع كل على قدر جهده بحكم واجب التضامن الاجتماعي، وإما بالإلزام لا على سبيل الاقتراض على حساب بيت المال. ومن أعوزه المال وقلة ذات اليد فإنه يعين بالعمل باليد⁴. يبين الشيخ محمد أبو زهرة طريقة إجبار أفراد الأمة على الاشتراك في النفقة العامة سلماً وحرماً: "أن يجبر القادرين المطيقين على العمل ويجبر الأغنياء الموسرين على دفع أجور من يعمل ونفقات الترميم"⁵.

ومن أوكد المناسبات التي يندب فيها الأغنياء إلى بذل فضول أموالهم التهديدات الأمنية والحربية. فالأمن هو حجر الزاوية في نجاح البرامج التنموية. وما من تنمية تتحقق إلا إذا أمن المجتمع على نفسه. وقد أدرك العلماء قيمة

¹ م. ن. ص، والأموال، ابن زنجويه، 2/789 وهو من طريق عبد الرحمان بن مهدي عن سفيان الثوري عن حبيب بن أبي ثابت عن أبي وائل.

² المحلي، ن ص.

³ م ن، 6/158، 159.

⁴ الغزالي، أبو حامد (450-505هـ) شفاء الغليل في بيان بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، تحقيق: حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد بغداد، ط1، 1390هـ/

1971م، ص 242 والماوردي، الأحكام السلطانية، ص 305، 306 وابن الفراء، الأحكام السلطانية، ص 289، 290.

⁵ أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص 87.

هذا الأمر حين قال الشاطبي (-790هـ/1388م): " إذا قررنا إماما مطاعا مفتقرا إلى تكثير الجند لسد الثغور وحماية الملك، وخلا بيت المال، وارتفعت حاجات الجند إلى ما لا تكفيهم، فللإمام أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافيا لهم في الحال، إلى أن يظهر مال بيت المال. ثم النظر إليه في توظيف ذلك على الغلات والثمار وغير ذلك. وإنما لم ينقل مثل هذا عن الأولين لاتساع بيت المال في زمانهم بخلاف زماننا. فإنه لو لم يفعل الإمام ذلك بطلت شوكة الإسلام"¹.

ويفرع الجويني (-1085/478م) هذه المسألة إلى ثلاث صور لخلو بيت المال: أولها أن يطأ الكفار دار الإسلام. وثانيها ألا يطؤوها وإنما يتوقع اختلال قوة الجيش إذا انعدم المال. والثالثة أن يكون الجيش على الثغور على أهبة وعناد وشوكة. ولكنه قد يحتاج إلى زيادة الاستعداد تحسبا لكل الطوارئ.

ففي الصورتين الأوليين يتعين الدفع بالنفس والمال، ولا يجلب تأخير النظر، لأنّ الدفع أهون من الرفع. والصورة الثالثة هي موقع النظر ومجال الفكر. هل يكلف الأغنياء ببذل المال ما يحصل به الكفاية؟ أم ينتظر؟ والذي اختاره الجويني القول الأول بالتحسب والاحتياط، لأنّ " الأمور في الولايات إذا لم تؤخذ من مبادئها جرت أمور يعسر تداركها عند تماديها"².

يتضح من كلام الإمامين وهما رأسان في مناهج الأصول وقواعد الاستدلال، اعتمادهما في تأصيل المسألة على النظر المصلحي المقاصدي، واعتبارهما للوسيلة والغاية، وتوقيهما من المآلات الفاسدة، ودفعهما للشر الأكبر المتوقع يقينا، أو بالظن الغالب، أو حتى بمجرد الشك المنقذ دليلا في الذهن. ويظهر التأصيل لقواعد السياسة الشرعية للحاكم المنظمة للتصرف في الأموال باعتبارها وسيلة وليست غاية. فالمال وسيلة لحفظ الأمن العام للأغنياء والفقراء، لأنّ الضرر إذا نزل بساحة أمة لم يفرق بين موسر ومعسر. بل لعله يكون أشدّ بأسا على الأثرياء لكثرة ما يمتلكونه من العين والعقار، وكثرة ما يتعلق بدمهم المالية لهم أو عليهم، من الحقوق والالتزامات، ولعظم استحقاقهم من عموم مقدرات الوطن. فإذا علمنا أن حاجة الفقير ليست كحاجة الغني، فإن واجب هذا المذكور أخيرا سيكون أكبر. وعلى هذا الأساس يجب أن يفهم الأغنياء أن الحاكم إذا ما دعاهم أو أجبرهم إلى بذل أموالهم لحماية الوطن وإقامة ركنه، لم يكن ذلك من التعسف في استعمال الحق والسلطة، ولم يكن من باب التكليف بما يفوق الطاقة، ولا يصح أن يعتبر هذا الموجب مفسدا لقيمة شرعية هي المساواة في التكليف، ولبدأ مواطني مدني هو العدالة الجبائية، وإنما هو عين العدل والإنصاف، ومقتضى التصرف المنوط بالمصلحة. ولو أنّ الحاكم تراخى، وقعد الغني عن البذل، فلن تنفعهم بعد الهلاك الأموال التي منعوها، بعد أن ينتشر الخوف، ويفقد الأمن، ويختل النظام العام. أما إذا أقبلوا على ما أمرهم به الحاكم، فإنّ خيرها سيعود عليهم قبل غيرهم.

1- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي (-790 هـ) الاعتصام، ضبط وتعليق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة التوحيد، دت، 3/ 25، 26. والغزالي، شفاء الغليل، ص 263.

2- الجويني، أبو المعالي عبد الملك (-478 هـ) غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق: مصطفى حلي وفؤاد عبد المنعم، دار الدعوة، الإسكندرية، دت، ص 191، 192، 193.

الخاتمة :

بتحرير هذه المسألة قواعديا وأصوليا، وبتتبع كثير من فروعها المدرجة تحتها، يظهر أنّ التوازن بين المصلحتين العامة والخاصة، مصلحة صاحب الحق ومصلحة الغير، يفرض على الشخص بذل المال أو الجهد والمنفعة دفعا للفساد الذي قد يصيب المحتاج والمضطر، حتى وإن كان ذلك بطريق الإلزام. فلحاكموبفضل سلطة التمثيل الاجتماعي التي تمتلكها الدولة بوصفها مؤسسة سياسية وجهازا إداريا، توازن بين حقوق الأفراد ومصلحتهم وبين مصالح الجماعة. وفي الوقت نفسه، فإنّ الحق الشخصي لا يُهدر، وإنما يعوض عنه التعويض العادل إما من قبل المستفيد، وإما من قبل الدولة نفسها التي أذنت في اقتحام حرم الملك الشخصي. وهذا هو معنى الموازنة والعدالة والتضامن في فلسفة الحق في الإسلام، وفي السياسة الشرعية لدولته، من دون أن تكون دولة دينية تيوقراطية، بل هي دولة حديثة، آلياتها الاقتصادية عقلانية، وسياساتها المالية اجتماعية تضامنية تنموية. حيث يكون فيها حق المالك في منع بذل ماله - وهو حق مكفول له من جهة الأصل - مقيدا بالإجبار عليه عند الضرورة. ويكون حق المستفيد في الانتفاع، مقيدا بإيجاب دفع القيمة العادلة، إما بنفسه، وإما نيابة عنه بواسطة ولي الأمر. ولو أنّ يد المضطر أو المحتاج، فردا أو حكومة، أطلقت في ملك الناس بلا صيانة ولا تعويض، لكان من باب إزالة الضرر بالضرر. ولو أنّ يد المالك أطلقت في التصرف، فلربما منع المضطرين والمحتاجين وشركاءه في الوطن وفي الثروة الوطنية، وكان بذلك تصرفه جالبا لضرر على غيره في مقابل منفعة له هي حماية ملكه، ومصلحة بالمقارنة والترجيح تافهة، وهذا هو معيار نظرية التعسف في استعمال الحق.

❖ قائمة المصادر والمراجع :

- أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996 .
- الأنصاري، زكريا، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1998م.
- البرني، محمد عاشق إلهي، التسهيل الضروري لمسائل القدوري، مكتبة الشيخ كراتشي، ط2، 1411هـ.
- البجيرمي، سليمان بن محمد (- 1221 هـ) حاشية البجيرمي على الخطيب دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996م.
- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (-256هـ) الجامع الصحيح، دار الغد الجديد، مصر، ط1، 1434 هـ/ 2013م.
- البقوري، أبو عبد الله محمد بن إبراهيم (707هـ) ترتيب فروق القرافي وتلخيصها والاستدلال عليها، تحقيق: الميلودي بن جمعة والحبيب بن طاهر، مؤسسة المعارف، بيروت، ط2، 2008م.
- البهوتي، منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، دت.
- البورنو، محمد صدقي، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2003م.
- بوساق، محمد المدني، المسائل التي بناها مالك على عمل أهل المدينة، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1421 هـ/ 2000م.
- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، دار الفكر، دت.

- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، السنن، دار الفجر للتراث، القاهرة، ط2، 2013م.
- (ابن) تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم، الحسبة في الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت، دت.
- (ابن) تيمية، تقي الدين، مجموع الفتاوى، جمع وتبويب عبد الرحمان بن قاسم، مكتبة المعارف، الرباط، دت.
- (ابن) تيمية، مجد الدين عبد السلام، المنتقى في الأحكام الشرعية من كلام سيد البرية، تحقيق: محمد صبحي الحلاق، مؤسسة الريان و دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1424 هـ/ 2003 م .
- (ابن) جزبي، أبو القاسم محمد الغرناطي (- 741 هـ) التسهيل لعلوم التنزيل، الدار العربية للكتاب، دت.
- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار المصحف، القاهرة، ط2، دت.
- (ابن) الجلاب، أبو القاسم عبيد الله بن الحسين البصري (- 378 هـ) التفریع، تحقيق: حسين بن سالم الهمداني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408 هـ/ 1987 م .
- الجويني، أبو المعالي عبد الملك (- 478 هـ) غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق: مصطفى حلمي وفؤاد عبد المنعم، دار الدعوة، الإسكندرية، دت.
- (ابن) حزم، أبو محمد علي بن أحمد (456 هـ) المحلى، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة الميرية، ط1، 1352 هـ.
- الخطاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، طبعة دار الفكر، دمشق، ط2، 1978 م. وطبعة عالم الكتب، عناية: زكريا عميرات، 2003 م.
- حمزة، محمود (- 1305 هـ) الفرائد البهية في القواعد والفوائد البهية، دار الفكر، دمشق، ط1/ 1406 هـ/ 1986 م.
- خليل بن إسحاق، مختصر خليل ومعه التيسير لمعاني مختصر خليل، أحمد الطهطاوي، دار الفضيلة، القاهرة، ط1، 2011.
- الدارقطني، علي بن عمر، السنن، عناية: عبد الله هاشم يماني، دار المعرفة، بيروت، 1966 م.
- (أبو) داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، السنن، دار الفجر للتراث، القاهرة، ط2، 1434 هـ/ 2013 م .
- (أبو) داود، سليمان بن الأشعث، مسائل الإمام أحمد، عناية: محمد رشيد رضا، نشر: محمد أمين دمج، بيروت، ط2، دت.
- (ابن) رجب، أبو الفرج عبد الرحمان (795 هـ) القواعد في الفقه الحنبلي، دار المعرفة، بيروت، دت.
- (ابن) رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد (520-595 هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الغد الجديد، مصر، ط1، 1433 هـ/ 2012 م.
- الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق عبد الستار أحمد فراج، سلسلة التراث العربي، مطبعة حكومة الكويت، 1403 هـ/ 1989 م.
- الزحيلي، محمد، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي، جامعة الكويت، ط1، 1999.
- الزرقاء، أحمد، شرح القواعد الفقهية، مراجعة: مصطفى الزرقاء، دار القلم، دمشق، ط2، 1409 هـ/ 1989 م.

- الزرقاء، مصطفى، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق، ط1، 10، 1387هـ/1968م.
- الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف (- 1099 هـ) شرح الزرقاني على مختصر خليل، ضبط: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط1، 1422 هـ/2002م.
- (ابن) زنجويه، حميد، الأموال، تحقيق: شاعر فياض، مركز الملك فيصل للدراسات الإسلامية، دت
- (ابن أبي) زيد، أبو محمد عبد الله القيرواني (310 - 386 هـ)، الرسالة الفقهية، تحقيق: الهادي حمو ومحمد أبو الأجنان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1406 هـ/1986م.
- سحنون، المدونة للإمام مالك (179هـ) رواية الإمام سحنون عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ/1994م.
- السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، دار بلنسية، الرياض، ط1، 1417هـ.
- (ابن) سلام، أبو عبيد القاسم، الأموال، تحقيق: أبو أنس سيد بن رجب، دار الهادي النبوي، مصر، دار الفضيلة، السعودية، ط1، 1408 هـ/2007م.
- السندي، أبو الحسن الحنفي، شرح سنن ابن ماجه، دار الجيل، بيروت، ط1، دت.
- السيوطي، جلال الدين (-911هـ) الأشباه والنظائر، مطبعة البابي الحلبي، مصر، 1959م.
- (ابن) شاس، جلال الدين عبد الله بن نجم (616هـ) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميد بن محمد لحمير، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1423هـ/2003م.
- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي (- 790 هـ) الاعتصام، ضبط وتعليق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة التوحيد، دت.
- الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه، عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003م.
- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، تحقيق: رفعت عبد المطلب، دار الوفاء، مصر، ط1، 1422هـ/2001م.
- (ابن أبي) شيبة أبو بكر عبد الله بن محمد الكوفي، المصنف في الحديث والآثار، ضبط وتصحيح: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ/1995م.
- الشيرازي، أبو إسحاق، المهذب، تحقيق: محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط1، 1992م.
- الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان في تفسير القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1992م.
- (القاضي) عبد الوهاب، أبو محمد عبد الوهاب البغدادي (- 422 هـ) الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: الجبيب بن طاهر، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1420 هـ/1999م.
- العسكري، أبو هلال الحسن بن عبد الله، الفروق اللغوية، تحقق: عمار زكي البارودي، دار التوفيقية للتراث، القاهرة، دت.
- (ابن) عطية، أبو محمد عبد الحق بن غالب الأندلسي (481 - 546 هـ) المحرر الوجيز، تحقيق: المجلس العلمي بفاس، وزارة الأوقاف، المغرب، ج1، 1975/1395 و ج3، 1977/1397.

- العكبري، أبو المواهب الحسين بن محمد، رؤوس المسائل الخلافية بين جمهور الفقهاء، تحقيق: ناصر السلامة وخالد الخشلان، دار إشبيلية، دت.
- العيني، أبو محمد محمد بن أحمد، البنية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط2، 1999م.
- (ابن) غازي: أبو عبد الله المكناسي (- 919هـ) الكليات الفقهية، ضمن مؤلف مشترك بعنوان من خزانة المذهب المالكي، عناية جلال علي الجهاني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2006م.
- الغزالي، أبو حامد (450 - 505هـ) شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، تحقيق حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد بغداد، ط1، 1390هـ/ 1971م.
- (ابن) الفراء، أبو يعلى محمد بن الحسين، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006م.
- (ابن) قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله المقدسي، الكافي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، مصر، ط1، 1417 هـ/ 1997م.
- (ابن) قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله المقدسي، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1417 هـ/ 1997م.
- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي (- 684هـ)، أنوار البروق في أنواء الفروق، ضبط وتصحيح: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/ 1998م.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: محمد إبراهيم حفاوي، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1414هـ/ 1994م.
- " (ابن) قيم الجوزية " أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر (691 - 751هـ) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: أيمن عرفة، المكتبة التوفيقية، القاهرة، دت.
- الماوردي، أبو الحسن علي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية، بيروت، دت.
- المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، عناية: رائد بن صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004.
- مسلم، الصحيح، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار الاعتصام، القاهرة، دت.
- (ابن) مفتاح، أبو الحسن عبد الله، شرح الأزهار (المنتزع المختار من الغيث المدرار) مكتبة التراث الإسلامي، صعلة، اليمن، ط1، 1424 هـ/ 2003م
- (ابن) الملتن، عمرو بن علي، التذكرة، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2006.
- (ابن) منظور، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم (-711هـ/ 1311م) لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي، دار المعارف، القاهرة، دت.
- (ابن) نجيم، سراج الدين عمر بن إبراهيم (1005 هـ) النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2002م.
- النووي، محي الدين، المجموع، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، دت.

- (ابن) الوكيل، أبو عبد الله محمد بن مكّي بن المرّحل (665 - 717 هـ) الأشبه والنظائر، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1423 هـ/ 2002م.
- الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى (- 914 هـ) إيضاح المسالك إلى قواعد أبي عبد الله مالك، تحقيق: الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2006م.

✓ تقاریر جامعیة :

تقرير عن مناقشة أطروحة في القانون الخاص بكلية الحقوق بطنجة



في موضوع: "دور النيابة العامة في مجال الأعمال حماية النظام العام الاقتصادي": للطالب الباحث أنس الشتيوي

شهدت رحاب كلية الحقوق بطنجة صبيحة يوم الثلاثاء 27 يوليوز 2020 مناقشة أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص تقدم بها الطالب الباحث أنس الشتيوي نائب وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بميسور، حول موضوع "دور النيابة العامة في مجال الأعمال - حماية النظام العام الاقتصادي"، تحت اشراف فضيلة الدكتور عبد اللطيف البغيل استاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة. وقد تشكلت اللجنة العلمية أيضا من الأساتذة الأجلاء:

- الدكتور مرزوق ايت الحاج أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة.
- الدكتور هشام بوحوص أستاذ مؤهل بكلية الحقوق بطنجة
- الدكتور محمد أحذاف أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بمكناس.

وبعد مناقشة الأطروحة قررت اللجنة العلمية قبولها شكلا، وفي الموضوع منح الطالب الباحث أنس الشتيوي درجة الدكتوراه في القانون الخاص بميزة مشرف جدا.

وفيما يلي تقرير موجز بأهم مضامين هذا العمل الأكاديمي المتميز.

انطلق الطالب الباحث أنس الشتيوي في مناقشة موضوع أطروحته من ملاحظة مؤداها أن "النيابة العامة باعتبارها جزء لا يتجزء من المنظومة القضائية أصبحت ملزمة أكثر من أي وقت آخر بحماية النظام العام الاقتصادي والعمل

على صيانتته في إطار سيادة القانون وحماية حقوق الأفراد والجماعات. وهذا ما يبرز من خلال وظيفتها الزجرية والوقائية"، وهو الدور الذي اصطدم على مستوى التنزيل بعدة عراقيل، تبرز أهمية اختيار الموضوع والتي تتراوح بين :

- الأهمية العلمية : وتتجلى في أنه يسלט الضوء على أكبر قدر ممكن من قوانين الأعمال التي تتدخل فيها النيابة العامة بالرغم من تشعبها وكثرتها.
- والأهمية العملية : التي تتمثل في كونه من المواضيع التي من شأنها مساعدة قضاة النيابة العامة بمحاكم المملكة في تصريف القضايا اليومية ذات الصلة بالنظام العام الاقتصادي وبمجال المال والأعمال بالخصوص.

وأشار الباحث الى جملة من الصعوبات التي واجهت اعداد الأطروحة منها ما يرتبط بالعامل المتعلق بعدم جنة المراجع التي تناولت بعض جزئيات وعناصر الموضوع وعدم مواكبتها لمستجداته القانونية، ومنها ما له علاقة بتشعب مهام النيابة العامة في هذا المجال وصعوبة حصرها ضمن منهجية البحث والوقوف عند جميع الاختصاصات.

أما اشكالية البحث فتمثلت في الاجابة على السؤال الآتي: كيف يمكن للنيابة العامة التوفيق بين الدور الزجري وغير الزجري في مجال الأعمال خاصة إذا ما علمنا أن السياسة الجنائية في هذا المجال ومتطلبات حماية النظام العام الاقتصادي تسير في منحى تقليص القواعد الزجرية ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية استعان الطالب الباحث بعدة مناهج أهمها :

المنهج الوصفي التحليلي والذي ساهم في مقارنة جهاز النيابة العامة هيكليا ووظيفيا مع تحليل اختصاصاتها ووظائفها عموما وفي مجال الأعمال خصوصا.

المنهج المقارن الذي مكن من تحديد مميزات النيابة العامة بالمغرب في مجال الأعمال من خلال مقارنتها مع نظيرتها في باقي الدول ولاسيما في فرنسا.

وقد ارتأى الطالب الباحث تقسيم الموضوع وفق الخطة الآتية :

الباب الأول : القواعد العامة لعمل النيابة العامة في مجال الأعمال.

الفصل الأول : إقامة النيابة العامة للدعوى العمومية ومراقبتها.

الفصل الثاني : سلطة النيابة العامة في الطعن في الأحكام وتنفيذها.

الباب الثاني : التوجهات الحديثة للنيابة العامة في مجال الأعمال.

الفصل الأول : حماية النيابة العامة للنظام العام الاجتماعي في مجال الأعمال.

الفصل الثاني : حماية النيابة العامة للنظام العام الاقتصادي في مجال الأعمال.

وخلص الطالب الباحث أنس الشتيوي في أطروحته الى عدة خلاصات أهمها :

-أدوار مؤسسة النيابة العامة عرفت تحولات هامة من دورها التقليدي المتسم أساسا بالزجرجالى الدور الحقوقي والحدائى المتمثل فى حماية الحقوق والحريات بصرف النظر عن المركز القانونى للفرد سواء كان متهما أم ضحية أم شاهدا.

-حماية النيابة العامة للنظام العام الاجتماعى تعكس وظيفتها التقليدية فى إطار تمثيل الحق العام وحماية الأمن العمومى من مختلف الأفعال التى تشكل خطرا عليه، سواء كانت هذه الأفعال أفعالا عادية ومألوفة كالقتل أو الضرب أو السرقة... أو لها ارتباط بالجانب الاقتصادى والمالى كجرائم الشركات والجرائم الجمركية والضريبية.

-لوحظ من خلال هذا البحث أن النيابة العامة حتى وإن تعلق الأمر بمجال الاقتصاد أو مجال المال والأعمال، فإن هذا الطابع التقليدى لازال مسيطرا على فلسفة عملها وآليات اشتغالها، بل حتى الترسنة القانونية والبنية المؤسساتية للنيابة العامة تجعل من تدخلها فى هذا المجال تدخلًا زجرجالًا لا يختلف فى شىء عن تدخلها فى القضايا العادية، حيث تبقى الصيغة المعتمدة فى تدبير المساطر اليومية المحالة على النيابة العامة بشأن القضايا العادية هى نفسها المتبعة فى قضايا الأعمال، إذ لا توجد أية خصوصيات حقيقية وفعالة ذات إضافة نوعية تشمل هذه المساطر، لتبقى القواعد العامة ولاسيما المسطرية منها هى المعمول بها فى هذا المجال. وهو ما ينطوي على خطورة كبيرة لأنه يهدم الفلسفة التى يجب أن تتعامل بها النيابة العامة مع قضايا الأعمال التى تقتضى حرصًا أكثر حلى حماية المصلحة الاقتصادية بدل التركيز على المتابعة الزجرجالية بهدف توقيع العقاب على مجرم الأعمال.

-حتى فى إطار القضايا التى لا تتعلق بالنظام العام الاجتماعى، نجد بأن دور النيابة العامة فيها هو دور محدود ولا يكفى لتوفير حماية ناجعة للنظام العام الاقتصادى. ومن ذلك مثلا أنه بالنسبة لدور النيابة العامة لدى المحاكم التجارية، نجده مفرغا من أية وظيفة عملية غايتها حماية الاقتصاد أو تشجيع الاستثمار، بل إنه دور شكلى فقط لا يعطى أية نتائج مفيدة عمليا، مادام أنه مجرد حتى من تحريك الدعوى العمومية فبالأحرى أن تراعى فى تحريكها لهذه الدعوى فلسفة حماية النظام العام الاقتصادى لو خولت هذه الصلاحية.

-سواء فى ظل الوضع الحالى المتسم بتقليص دورها على مستوى المحاكم التجارية وحصرتها فى اختصاصات يغلب عليها الطابع الإدارى، أو حتى إذا ما خولت سلطة تحريك الدعوى العمومية، فإن الإشكال لن يحل، على اعتبار أنها إذا ما أعطيت هذه الصلاحية سوف تتعامل بنفس المنطق الذى تشتغل به النيابة العامة لدى المحكمة الابتدائية، أى أنها ستعمل الجانب الزجرجالى ذى البعد الاجتماعى وتهمل الجانب الوقائى ذى البعد الاقتصادى.

-حتى بالنسبة لتدخل النيابة العامة على مستوى المحاكم المالية، خاصة أقسام الجرائم المالية بمحاكم الاستئناف، فإن تدخلها هذا لا يراعى خصوصية المجرم المالى ولا يواكب هذا النوع من الجرائم لا من حيث تقنيات البحث ولا المتابعة ولا الإثبات. كما أن هناك بعض القواعد العامة كالتقادم مثلا، لا تنسجم مع طبيعة الإجرام المالى مما يتعين معه إعادة النظر فى هذه المقتضيات. لأنه لا يعقل أن تبقى للنيابة العامة الوسائل نفسها فى التعامل مع كافة القضايا دونما اعتبار لنوعيتها أو خصوصياتها، لكون النتيجة ستكون هى فقدان المؤسسة لقيمتها فى قضايا الأعمال وجعل حضورها فيها محل سؤال.

واختتم الطالب الباحث أنس الشتيوي أطروحته بتقديم مجموعة من التوصيات والحلول التي تهدف الى النهوض بواقع عمل النيابة العامة في مجال المال والأعمال، وهي كالآتي :

- تقوية دور النيابة العامة في المجال الاقتصادي لاسيما في الميدان التجاري، من خلال تكوين قضاة نيابة عامة متخصصين في المادة التجارية، ووضع قاضي النيابة العامة المناسب في المكان المناسب لتخصصه ومجال اشتغاله، وذلك انسجاما مع المستجد الذي طرأ على ظهور التنظيم القضائي المتمثل في حذف النيابة العامة لدى المحاكم التجارية؛
- إحداث آليات عمل جديدة لدى النيابة العامة في تصريف القضايا الاقتصادية وتجاوز الوسائل التقليدية المعمول بها في سائر القضايا.
- التخفيف من العقوبات الحبسية فيما يخص جرائم الشركات والاكْتفاء فقط بالغرامات المالية، ولا بأس في أن تكون قاسية لردع الجناة وبالتالي حماية النظام العام الاقتصادي من الانتهاك.
- إحداث مدونة خاصة بالجرائم الاقتصادية تفاديا لتشتتها في عدة قوانين أعمال مختلفة. لما فيه من تيسير العمل لقضاة النيابة العامة أثناء دراسة محاضر هذه القضايا.
- تفعيل الدور الحقيقي لمراقب الحسابات بجعله عين النيابة العامة داخل الشركة وتحويله صلاحية تبليغها بكافة الخروقات والجرائم التي تقع داخلها دون أن يشكل ذلك مساسا بواجبه في كتمان السر المهني، وذلك حتى تتمكن النيابة العامة من معرفة ما يدور داخل الشركة التجارية وبالتالي متابعة مجرمي الأعمال وتفادي إفلاتهم من العقاب، مثل ما هو عليه الشأن في فرنسا.
- تفعيل العقوبات البديلة عن العقوبات الموجودة حاليا في نصوص جرائم الأعمال، لكون التجربة في مختلف الدول المتقدمة أثبتت فعالية هذه البدائل في التخفيف من وطأة هذه الجرائم.
- التخفيف من قرينة افتراض الخطأ أو الخطأ المفترض في جرائم الأعمال وخاصة الجرائم الجمركية وجرائم الشركات، لكون هذه القرينة تشكل إرهاقا للمتهم الذي يتعين عليه إثبات العكس، الأمر الذي يهدم قرينة البراءة.
- خلافا لما تضمنه قانون التنظيم القضائي الجديد من حذف جهاز النيابة العامة من المحكمة التجارية وتعويضه ب ممثل عن النيابة العامة لدى المحكمة الابتدائية ينتدب لهذه المهمة بالمحاكم التجارية، ينبغي التراجع عن هذا المقتضى بسرعة وإرجاع الأمر إلى ما كان عليه يجعل النيابة العامة بالمحكمة التجارية مستقلة عن نظيرتها بالمحكمة الابتدائية، وتمكينها من وظائف وآليات عمل حقيقية تجعلها مساهمة بحق في حماية النظام العام الاقتصادي عوض الغياب الوظيفي الحالي.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.be.ma

المملكة المغربية

ردمد : 0615-2336