

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية لنشر الدراسات الشرعية والقانونية / المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك . العدد 119 : شتنبر 2022

❖ مواضيع العدد :

- الأحكام الإجرائية للجرائم الإلكترونية.
- المسكوت عنه في قانون التحكيم والوساطة.
- أثر التطور التقني على حرية الصحافة .
- قواعد الفقه المالي في المذهب المالكي.
- الأساليب الحديثة لتعزيز أسنة العقوبة.
- الإثبات في حالة عدم وجود عقد تدبيري.
- جريمة الاتجار بالأطفال وآليات مكافحتها.

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

| الموضوع | المؤلف |
|--|--------|
| استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها بحل فصلية الأستاذ الدكتور محمد محروني أستاذ القانون الخاص (2012/08/30) ... | |
| كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فصلية الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الخديوي عضو جامعة لاهي الدولية (2012/10/21) ... | |
| إعلاء نظرية الإعدام بين الفقه الإسلامي والقانون المغربي : الدكتور صلاح الدين دكدك، مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17) ... | |
| قرابة في نظام القانوني للزواج (قانون 02/15) : الأستاذ الفقيه الطيب بن محمد بيهجة الربيع كيميكت (2012/10/14) ... | |

العدد 119 شتنبر 2022

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعى ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- معلومات الكاتب مع ملخصين بالعربية والانجليزية.
- ألا تقل الصفحات عن 3000 كلمة وأن لا تتجاوز 9000 .
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد 119 لشهر شتنبر 2022

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 119 لشهر شتنبر 2022 ، بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك...03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. الأحكام الإجرائية للجرائم الالكترونية - (دراسة تحليلية مقارنة) : مستشار دكتور محمد جبريل

إبراهيم ، نائب رئيس هيئة قضايا الدولة - جمهورية مصر العربية.....06

3. المسكوت عنه في القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية : فيصل بجي ، دكتور في

القانون الخاص ، كلية الحقوق سلا، جامعة محمد الخامس - الرباط.....28

4. ممارسة حرية الرأي والتعبير عبر التطور التكنولوجي : الحسين الزقيم محمد عبد الرحيم ، دكتور في

القانون العام ، كلية الحقوق جامعة أسيوط - جمهورية مصر العربية.....44

5. قواعد الفقه المالي في دراسات المذهب المالكي : الدكتور علي أحمد الندوي ، أستاذ مشارك بمعهد

الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز - جدة.....77

6. شرعية تعديل العقوبات السالبة للحرية المحكوم بها ؛ أسلوب حديث لتعزيز أنسنة العقوبة : سعيد

الكاهية ، دكتور في الحقوق جامعة القاضي عياض - مراكش.....103

7. وسائل إثبات المساهمة في تنمية الأموال المكتسبة بين الزوجين في حالة عدم وجود عقد تدبيري : أمال

قاسيمي ، باحثة بسلك الدكتوراه ، كلية الشريعة ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله - فاس.....122

8. جريمة الاتجار بالأطفال واليات مكافحتها في المواثيق والاتفاقيات الدولية : أحمد الفجي ، باحث بسك

الدكتوراه ، جامعة سيدي محمد ابن عبد الله - كلية الشريعة بفاس.....142

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد 119 لشهر شتنبر 2022



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكالك

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين و بعد ،
نضع بين أيديكم العدد 119 لشهر شتنبر 2022 من مجلة الفقه و القانون
الدولية و قد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات و الأبحاث الهامة
من عدة كليات و جامعات ونخص بالذكر :

- كلية الحقوق ، جامعة القاهرة - جمهورية مصر العربية.
- كلية الحقوق سلا، جامعة محمد الخامس - الرباط.
- كلية الحقوق ، جامعة أسبوط - جمهورية مصر العربية.
- معهد الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز- جدة.
- كلية الحقوق ، جامعة القاضي عياض - مراكش.
- كلية الشريعة ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله - فاس.

- 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 العدد الجديد ما يلي :
- الأحكام الإجرائية للجرائم الالكترونية - (دراسة تحليلية مقارنة) .
 - المسكوت عنه في القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية .
 - ممارسة حرية الرأي والتعبير عبر التطور التكنولوجي .
 - قواعد الفقه المالي في دراسات المذهب المالكي .
 - شرعية تعديل العقوبات السالبة للحرية المحكوم بها ، أسلوب حديث لتعزيز أنسنة العقوبة .
 - وسائل إثبات المساهمة في تنمية الأموال المكتسبة بين الزوجين في حالة عدم وجود عقد تدييري .
 - جريمة الاتجار بالأطفال واليات مكافحتها في المواثيق والاتفاقيات الدولية .
- ختاما لا تنسوننا من دعائكم وتوجيهاتكم ، وجعلنا العلي القدير مثل
البيان المرصوص يشد بعضه بعضا .

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكداك

المملكة المغربية ردمد : 0615 - 2336

<https://web.facebook.com/majalahdroit>

دراسات وأبحاث بالعربية : ✓

الأحكام الإجرائية للجرائم الالكترونية : (دراسة تحليلية مقارنة)



مستشار دكتور¹ محمد جبريل إبراهيم نائب رئيس هيئة قضايا الدولة
عضو الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع

Doctor Consultant Mohamed Gebril Ibrahim

Vice President of the State Litigation Authority

ملخص :

الأحكام الإجرائية للجريمة الالكترونية هي عبارة عن القواعد التي تنظم سير إجراءات وقائع الجريمة منذ لحظة ارتكابها وحتى تنفيذ العقوبة علي مرتكبها .

ومع تزايد ارتكاب الجرائم الالكترونية فقد وجب علي المشرع وضع القواعد الإجرائية التي تلائم هذه الجرائم وتناسبها ، من حيث جمع الأدلة والاستدلال ، وضبط وتفتيش ، وفي هذا الفصل سنقوم بعرض خصوصية القواعد الإجرائية في النظام القانوني ، وفيما يلي سنعرض لخصوصية الضبط والتحقيق في الجريمة الالكترونية ، ثم نعرض لمسرح الجريمة الالكترونية والاستعانة بالخبرة الفنية وحجية الدليل الرقمي ، وأخيراً معرض لإجراءات المنع من السفر وترقب الوصول والصلح والتصالح في الجرائم الالكترونية .

• الكلمات المفتاحية : الأحكام ,الإجرائية ,للجرائم ,الالكترونية.

¹ Email : gebrelmohamed865@gmail.com

abstract :

The procedural provisions of the electronic crime are the rules that regulate the conduct of the procedures of the facts of the crime from the moment of its commission until the execution of the penalty for the perpetrator.

With the increase in the commission of electronic crimes, the legislator has to set the procedural rules that are appropriate and proportionate to these crimes, in terms of collecting evidence and inference, and seizing and inspecting, and in this chapter we will present the specificity of the procedural rules in the legal system. We present the cyber crime scene, using technical expertise and the authenticity of the digital evidence, and finally an exhibition of travel ban procedures, anticipation of arrival, reconciliation and reconciliation in electronic crimes.

• **Keywords :** judgments, procedural, crimes, electronic.

مقدمة :

بظهور التقنيات الحديثة توازي مع ذلك أيضاً ظهور مظاهر إجرامية حديثة تحت مسمى الجريمة الإلكترونية ، كجرائم إساءة استخدام الإنترنت ، أو استخدامه في أغراض إجرامية كانتهاك الخصوصية ، والقرصنة والانتفاع بدون حق بخدمات الشبكات ، أو الدخول غير المشروع لموقع إلكتروني غير مصرح بالدخول عليه ، ذلك ما استدعي اللجوء إلي إجراءات خاصة بهذه الجرائم ، فالجريمة الإلكترونية من الجرائم المستجدة التي تنتج عن الممارسات السيئة لثورة تقنية التكنولوجيا المعلوماتية والتي تختلف كثيراً عن الجريمة التقليدية في طبيعتها ومضمونها ووسائلها وأدواتها، وحتى في خصوصية مرتكبها .

ولذلك لاقت هذه الجريمة الاهتمام التشريعي والفقهني علي المستوي الدولي والداخلي ، ومن الناحية الموضوعية والإجرائية ، للتصدي لها من خلال إصدار التشريعات المناسبة ، وإجراء التعديلات على القوانين العامة و الخاصة ذات الصلة و أهمها قانون العقوبات و قانون الإجراءات الجنائية ، ولقد كان حرص المشرع المصري في هذا المجال ملحوظاً بمواكبة المستجدات التي يعيشها العالم من خلال ثورة التكنولوجيا والمعلومات ، فتم إصدار التشريعات الحاكمة لذلك ومنها قانون تنظيم الاتصالات رقم 10 لسنة 2003 ، والقانون رقم 15 لسنة 2004 بتنظيم التوقيع الإلكتروني ، ثم إصدار القانون رقم 175 لسنة 2018 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات .

وتأتي أهمية هذا البحث بعد ازدياد الجرائم الإلكترونية في ظل النظام القانوني العقابي والإجرائي المعمول به ، لقد شهدت السنوات الأخيرة تطورا علمياً وتقنياً في شتى مناحي الحياة، ومن بين ما يشهده العالم من مستجدات التكنولوجيا هو ما يعرف بالشبكة المعلوماتية التي استحوذت على أغلب مجالات

الحياة، فلا تكاد أن تخلو أي دار من موبايل أو جهاز حاسب آلي ، ولا تكاد تخلو أي مؤسسة أو بنك أو جهة حكومية من حاسب آلي يتولى الدور الأساسي والفعال في تسيير حركة العمل داخل هذه الجهة، وقد أدى انتشار هذه الحواسيب إلى قيام ما يعرف بثورة المعلومات ودخول العالم إلى مرحلة جديدة من الحضارة تعتمد اعتماداً كبيراً على التكنولوجيا، وقد ساهم هذا التطور في انبعاث تجارة إلكترونية عالمية، تتم فيها الصفقات المالية الضخمة.

وتظهر خطورة الجرائم الإلكترونية في أنها تطل الحق في المعلومات وتمس الحياة الخاصة للأفراد وكذا تهدد الأمن و السيادة الوطنية وتشيع فقدان الثقة بالتقنية وتهدد إبداع العقل البشري.

لذا فإن إدراك ماهية الجرائم الإلكترونية، واستظهار موضوعها وخصائصها و مخاطرها وحجم الخسائر الناجمة عنها وسمات مرتكبيها ودوافعهم يتخذ أهمية استثنائية لسلامة التعامل مع هذه الظاهرة ونطاق مخاطرها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وكذا الأمنية ، وإعداد الإجراءات الجنائية المناسبة لمواجهةها .

• أهمية الدراسة :

تأتي أهمية الدراسة من أهمية موضوعها ، وما تتسم به الجرائم الإلكترونية من خطورة ، حيث تعد من أحدث أنواع الجرائم، ومسرحها العالم الافتراضي غير الملموس ، والبعيد عن أي مظهر من مظاهر الجريمة التقليدية فهي جريمة عابرة للحدود يرتكبها مجرمون ذو مستوى عالي في أي مكان ، ويتمتعون بالذكاء والتميز في المجال التقني، مما يؤدي إلى تشتيت الجهود الدولية في محاولة تعقبها و التحري عنها، أو الوصول إلى مرتكبها.

وتبدو أهمية الدراسة أيضاً في الأثر الواسع للضرر الناتج عن الجرائم الإلكترونية ، فهي قد تقف عن ضحية واحدة ، بل تعدد الضحايا عن هذه الجرائم ، مع الإصابة بالضرر الفادح ، مع سهولة ارتكاب الجريمة وصعوبة اكتشاف مرتكبها الذي عادة ما يصعب معرفته و يفلت بسهولة من العقاب .

أما الأهمية البارزة لموضوع الدراسة فهو ارتباطه بجريمة الإرهاب الإلكتروني ، فلا شك أن الجريمة الإلكترونية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بسلوكيات الإرهاب ، مما يكون له أكبر الأثر بأمن واستقرار الدول .

• إشكالية الدراسة :

تتمثل إشكالية الدراسة في المصطلحات المستخدمة في عناصر هذه الدراسة ، و التي يجب نحتها بداية حتي نستطيع الإلمام بالبنيان القانوني للجريمة ، فلحكم علي الشيء فرع من تصوره ، ولم يعتاد الباحث القانوني كثيراً علي استخدام مصطلحات كالمستخدمة في الجريمة الإلكترونية ، كالتقنيات الإلكترونية ، وشبكات الإنترنت ، والمنصات الإلكترونية ، والأكواد والشفرات والحروف والرموز والإشارات ، وشبكة

المعلومات والحساب الخاص والبريد الإلكتروني والدليل الرقم والدعامة الإلكترونية ، فتنبع الإشكالية في دراسة هذه الجرائم من خصوصية المصطلحات المستخدمة للدلالة علي السلوك الذي تنشأ به الجريمة .

كما تتمثل إشكالية هذه الدراسة في صعوبة الإلمام والمتابعة لجرائم الحاسب الآلي و الإنترنت و كذا الكشف عنها، لتطلبها فنيات عالية في هذا المجال ؛ لأن هذه الجرائم لا تترك أثراً فليست هناك أموال أو مجوهرات مفقودة، وإنما هي أرقام تتغير في السجلات و معظم جرائم الحاسب الآلي تم اكتشافها بالصدفة و بعد وقت طويل من ارتكابها، كما أن الجرائم التي لم تكتشف هي أكثر بكثير من تلك التي كشف الشر عنها .

كما تبدو الإشكالية في هذا الدراسة أيضاً في أن هذا النوع من الجرائم يصعب إثباتها، ويصعب معرفة توقيتها، فهي جرائم لا تترك أثراً ظاهراً بعد ارتكابها، كما يصعب الاحتفاظ بأثرها إن وجد، كما إنها تحتاج إلى خبرة فنية و يصعب على المحقق التقليدي التعامل معها، لأنها تعتمد على الخداع في ارتكابها و التضليل في التعرف على مرتكبها، بالإضافة إلى أن ارتباط الجريمة الإلكترونية بجهاز الحاسب الآلي و شبكة الإنترنت أضفى عليها مجموعة من الخصائص التي تميزها عن الجرائم التقليدية ، كالسرية ، والتشفير والخفاء التام، فهي أشبه ما يكون بالجرائم الصامتة .

• الهدف من الدراسة :

نظراً لتزايد مخاطر الجرائم الإلكترونية وتهديدها للحق الخصوصية، والمساس بالحياة الخاصة للأفراد، وكذا تهديد الأمن و السيادة الوطنية، مما يؤدي إلي فقدان الثقة في كل ما يحيط بالفرد . لذا كان من الضروري إلقاء الضوء علي الجوانب الإجرائية للجرائم الإلكترونية ، وإدراك ماهيتها ، واستظهار خطواتها وخصائصها، حتي يتم اتخاذ الاحتياطات التشريعية اللازمة والاستثنائية لسلامة التعامل مع هذه الظاهرة ونطاق مخاطرها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وكذا الأمنية، ومن ثم مواجهتها علي كافة المستويات الأمنية والتشريعية والتنفيذية .

• منهج الدراسة :

أخذنا في البحث منهج استقراء وتحليل نصوص قانون العقوبات وإسقاط الجرائم الاللكترونية المتنوعة على نصوصه لنرى ما إذا كانت تلك النصوص كافية للتصدي للجرائم الاللكترونية، أم أن تلك الجرائم كلها أو بعضها بحاجة إلى نصوص خاصة بها حتى لا يفلت مجرمي هذا العصر ومفرزاته من العقاب، والبحث في المنظومة التشريعية عن قوانين قد تسعفنا لتكملة النقص التشريعي إن وجد.

وبما أن السلطات المنوط بها ملاحقة هذا النوع من الجرائم تستند في عملها ابتداء على القانون الموضوعي " العقابي " ومن ثم تسير وفق ما يرسمه لها القانون الإجرائي، فإن إشكالية أخرى قد تقع فيها تلك

السلطات إذا ما كان القانون الإجرائي عاجز عن تقديم ما يلزم لتلك السلطات لملاحقة تلك الجرائم، فالقانون الإجرائي يعد وبحق المساعد الأول لتطبيق القانون العقابي.

لما تقدم فإننا سنركز دراستنا هذه على الإشكاليات الإجرائية في النظام القانوني فيما يخص مدى إمكانية ملاحقة الجريمة والتحقيق فيها للوصول إلى الجاني وإنزال العقوبة عليه ، وإلا فإننا سنكون أمام قصور تشريعي يسمح لمرور الكثير من الجرائم الالكترونية دون ملاحقة ودون عقاب.

لذلك فإن هذا البحث سيعتق المنهج الاستقرائي الاستنباطي القائم على دراسة النصوص القانونية لنرى مدى توافقها وانطباقها على الجوانب الإجرائية للجرائم الالكترونية، ومدى صلاحيتها لملاحقة هذه الجرائم وتكييفها تكييفاً قانونياً يتطابق مع أركان الجريمة الالكترونية بمفهومها العصري المستقر عليه في الفقه الحديث.

• خطة الدراسة :

خطة بحثنا ستكون علي النحو الأتي : الأحكام الإجرائية للجريمة الالكترونية في القانون المصري .

المبحث الأول : خصوصية الضبط والتحقيق في الجريمة الالكترونية.

أولاً : خصوصية الضبط في مرحلة جمع الاستدلالات :

ثانياً : خصوصية التفتيش في الجريمة الالكترونية.

ثالثاً : مرحلة التحقيق الابتدائي.

رابعاً : مرحلة الأوامر القضائية المؤقتة .

المبحث الثاني : مسرح الجريمة الالكترونية والاستعانة بالخبرة الفنية وحجية الدليل الرقمي.

المطلب الأول : مسرح الجريمة الالكترونية .

المطلب الثاني : إجراءات الاستعانة بالخبرة الفنية .

المطلب الثالث : حجية الأدلة الرقمية في الجرائم الالكترونية .

المبحث الثالث : إجراءات المنع من السفر وترقب الوصول والصلح والتصال في الجرائم الالكترونية.

المطلب الأول : إجراءات المنع من السفر وترقب الوصول .

المطلب الثاني : الصلح والتصال في الجرائم الالكترونية .

المبحث الأول

خصوصية الضبط والتحقيق في الجريمة الالكترونية

تتميز الجرائم الالكترونية بالتقنية العالية التي تحتاج إلي متخصصين في ذات المجال سواء في مرحلة الضبط أو التفتيش أو التحقيق أو إصدار الأوامر ، وذلك ما سنعرض له فيما يلي :

أولاً : خصوصية الضبط في مرحلة جمع الاستدلالات :

يتولى مأموري الضبط القضائي البحث والاستقصاء وجمع الأدلة عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق في الدعوى الجنائية وإثباتها ، ولقد نصت المادة الخامسة من القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات علي أنه يجوز بقرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص منح صفة الضبطية القضائية للعاملين بالجهاز أو غيرهم ممن تحددهم جهات الأمن القومي، بالنسبة إلى الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون والمتعلقة بأعمال وظائفهم⁽¹⁾.

والمقصود بالجهاز هو الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات وقد أجاز القانون للوزير المختص وهو وزير الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات أن يستصدر قراراً من وزير العدل بمنح صفة الضبطية القضائية للعاملين بالجهاز القومي لتنظيم الاتصالات أو غيرهم ممن تحددهم جهات الأمن القومي بالنسبة إلى الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون والمتعلقة بأعمال وظائفهم .

والمقصود بجهات الأمن القومي في تطبيق أحكام هذا القانون رئاسة الجمهورية ووزارة الدفاع ووزارة الداخلية والمخابرات العامة وهيئة الرقابة الإدارية .

وفي مرحلة جمع الاستدلالات يقوم مأموري الضبط القضائي بمجموعة من الإجراءات التي أجاز لهم القانون القيام بها لجمع الأدلة قبل إحالة هذه الاستدلالات للنيابة العامة للقيام بتحقيقاتها، وهذه الإجراءات نصت عليها بوجه عام المادة 22 من قانون الإجراءات الجنائية وهي على النحو التالي :

- 1- قبول البلاغات والشكاوى التي ترد إليهم بشأن الجرائم وعرضها دون تأخير على النيابة العامة .
- 2- إجراء الكشف والمعاينة والحصول على الإيضاحات اللازمة لتسهيل التحقيق، والاستعانة بالخبراء المختصين والشهود دون حلف يمين .
- 3- اتخاذ جميع الوسائل اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة.
- 4- إثبات جميع الإجراءات التي يقومون بها في محاضر رسمية بعد توقيعها منهم ومن المعنيين بها.

(1) د/ حسن ربيع: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري - بدون دارنشر - ص 26.

وهذه الإجراءات التي يجب على مأمور الضبط القضائي في حال وقوع جريمة أن يقوموا بها جاءت لكافة الجرائم دون تخصيص، مما يجعلنا نقرر أن الجريمة الالكترونية في حال وقوعها تقوم الشرطة المختصة بإجراءات جمع الاستدلالات فيما يخصها، فيحق لرجال الشرطة الاستعانة بالخبراء المختصين الكترونياً لكشف الجريمة واتخاذ جميع الوسائل اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة.

وفي الحقيقة فإن هذه المهام المنوطة بمأموري الضبط القضائي بالنسبة للجريمة الالكترونية لها خصوصية وخاصة في مرحلة جمع الاستدلالات، ومن ثم فكان لا بد من البحث عن مفهوم عصري يتلاءم مع جريمة عصرية كالجريمة الالكترونية، فلا يكفي أن يستعين رجل الشرطة بخبير مختص للبحث في الجريمة الالكترونية، بل لا بد من أن يكون رجل الشرطة ذاته هو المختص وذلك من خلال إنشاء وحدات متخصصة في الشرطة مختصة في ملاحقة الجرائم الالكترونية وهو ما تسعى لتحقيقه كثير من الدول العربية حديثاً ومنها فلسطين، وإزاء ذلك فقد أجاز المشرع المصري في المادة الخامسة من قانون مكافحة جرائم تقنيات المعلومات لوزير العدل بالاتفاق مع وزير الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات منح الضبطية القضائية للعاملين بالجهاز القومي لتنظيم الاتصالات⁽¹⁾.

ويرجع ذلك إلي أن مرحلة جمع الاستدلالات في الجريمة الالكترونية يتم عبر شبكة الانترنت وأجهزة الحاسب الآلي، وهي تحتاج إلي التخصص الفني للحصول على كافة البيانات والمعلومات اللازمة المرتبطة بالجرائم التي تقع بواسطة الحاسب الآلي أو أية وسيلة الكترونية لضبط جرائم الكمبيوتر والانترنت، وحيث أن مرحلة جمع الاستدلالات هي مرحلة جمع المعلومات والأدلة، ومن ثم فإنه يلزم لها شخص متخصص في هذا المجال⁽²⁾.

وهو ما يتطلب بالضرورة إعداد كوادر بشرية من رجال الشرطة أو العاملين بالجهاز القومي لتنظيم الاتصالات ليستطيعوا التعامل مع الجريمة الالكترونية وإلا تعرضنا لفقدان الدليل، لأن الشرطة هنا ستتعامل مع بيانات دقيقة على الأجهزة الالكترونية وعدم التعامل معها بشكل فني دقيق سيؤدي إلى فقدانها، لا سيما وأن نوعية المجرم الالكتروني تختلف في أسلوبه الإجرامي عن المجرم التقليدي الذي يرتكب جريمته باستعمال أدوات مادية يسهل التعامل معها وضبطها والتحفظ عليها⁽³⁾.

ولقد انتهج المشرع الاماراتي نفس النهج في منح وزير العدل مهمة تحديد مأموري الضبط القضائي ومنحهم الضبطية القضائية، ولكنه لم يحدد مهامهم علي وجه الدقة⁽⁴⁾.

(1) المستشار/ بهاء المري : جرائم السوشيال ميديا - مرجع سابق - ص 265.

(2) د/ سعيد عبد اللطيف حسن : إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الانترنت - دار النهضة العربية 1999- ص 44.

(3) د/ جميل عبد الباقي الصغير: الجوانب الإجرائية للجرائم المتعلقة بالانترنت - دار النهضة العربية 2001- ص 46.

(4) راجع نص المادة 49 من القانون الاتحادي بالامارات العربية المتحدة الخاص بمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

ثانياً : خصوصية التفتيش في الجريمة الالكترونية.

التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق ، ولا يجوز القيام به إلا في حالة الجريمة المتلبس بها وإلا وجب إصدار إذن به من جهة التحقيق المختصة ، وإذا كانت الجريمة تتعلق بالمساس بأمن الدولة أو نشر مواد مناهضة لنظامها السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي أو بالتحريض علي الارهاب أو بث الفتنة الطائفية وما شابه ذلك وكانت الجريمة غير متلبس بها فإن الأمر في هذه الحالة يتطلب إعداد محضر تحريات من الجهة المختصة لعرضه علي النيابة العامة أو جهة التحقيق المختصة للإذن بضبط المتهم وضبط جهاز الكمبيوتر الذي أرسلت منه المادة المجرمة قانوناً أو الدخول علي موقع الجاني أو شبكة الانترنت لاستبيان اتصالاته بها⁽¹⁾.

ومتي أذنت النيابة العامة بضبط وتفتيش الجهاز كان للمختص من رجال الضبط القضائي أو لمن يندبه إذا رخصت له النيابة في ذلك لدي إصدارها الأذن ، ومن ثم يكون له الدخول علي كومبيوتر المتهم للتفتيش فيه ، وكذلك تفتيش مكتبه أو مسكنه في الحدود التي صدر فيها الإذن لضبط ما يكون متصلاً بالجريمة من أوراق أو أجهزة أخرى أو مخرجات جهاز الكمبيوتر الخاص به وخلافه .

والتفتيش في هذه الحالة يشمل جميع مكونات الحاسب الألي مثل برامج النظام والتطبيقات التي يستعملها صاحب الجهاز وكذلك الأجهزة المتصلة به مثل الطابعة وشبكات الاتصال الخاصة به .

أما إذا كانت الجريمة متلبساً بها فيكون ذلك من حق مأمور الضبط القضائي المختص بدون إذن من جهة التحقيق .

خضوع تفتيش الحاسب الآلي للقواعد العامة :

يخضع تفتيش المكونات المادية للحاسب الآلي لضبط ما عليه من أدلة رقمية سواء كانت مخزنة أو من خلال ما نسخ علي أنظمة المعلومات من معلومات لدي اتصاله بشبكة الانترنت يتوقف علي ما إذا كان الحاسب الآلي في مكان عام أم مكتن خاص ، فإذا كان في مكان عام جاز لمأمور الضبط القضائي تفتيشه بدون إذن من جهة التحقيق ، أما إذا كان في مكان خاص مثل مسكن المتهم أو مكان يأخذ حكم المسكن مثل سيارته الخاصة أو في أحدي ملحقات مسكنه المتصلة بالمسكن فلا يجوز تفتيشه إلا بإذن مسبب من جهة التحقيق بناء علي تحريات جدية ترجع وقوع جريمة فعلاً⁽²⁾ .

(1) د/ حسن ربيع : الإجراءات الجنائية في التشريع المصري - مرجع سابق - ص 26 .

(2) د/ جميل عبد الباقي الصغير: الجوانب الإجرائية للجرائم المتعلقة بالإنترنت - دار النهضة العربية 2001 - ص 46 .

وإذا كانت الأدلة الرقمية علي حاسب آلي أو هاتف محمول بجز شخص في مكان عام بطبيعته أو بالتخصيص فإن تفتيش هذا الحاسب أو الهاتف لا يجوز إلا في الأحوال التي يجوز فيها تفتيش هذا الشخص .

وتفتيش الحاسب الآلي يشمل عنصرين :

المكونات المادية للحاسب الآلي : وهو المكان الموجود فيه الحاسب الآلي والتفتيش هنا لا يكون داخل النظام المعلوماتي وإنما في أية متعلقات أخرى لها صلة بالحاسب مثل المخرجات الورقية التي تم طبعها منه ، أو الطابعة المتصلة به لا سيما إذا كانت مما يخزن معلومات عن المخرجات أو أقراص مدمجة أو وسائط تخزين مثل هارد ديسك إضافي أو ميموري (1) .

المكونات المعلوماتية للحاسب الآلي : وهي البيانات والمعلومات الرقمية الموجودة في ذاكرة الحاسب والقرص الصلب الداخلي ونسخ الكوكيز التي تنتج عن إتصاله بالمواقع الالكترونية

ثالثا : مرحلة التحقيق الابتدائي :

وهنا يأتي دور النيابة العامة في التحقيق والاستجواب في الجريمة الالكترونية، وهي المرحلة الأهم ومنها نبدأ في تحريك الدعوى الجنائية ضد المتهم في الجريمة الالكترونية، ولقد أسند المشرع لجهة التحقيق المختصة مهمة تحديد المهام والاختصاصات التي يقوم بها مأموري الضبط المختص (2) .

ولذلك أجاز قانون الإجراءات الجنائية لسلطة التحقيق الاستعانة بالخبراء المختصين لإثبات حالة الجريمة المرتكبة تحت إشراف وكيل النيابة وبحضوره إذا قدر أن مصلحة التحقيق تستدعي ذلك .

وعلى الرغم من أن قانون الإجراءات الجنائية أجاز للنيابة المختصة بالتحقيق الاستعانة بمن يريد من الخبراء المختصين في عالم الالكترونيات، إلا أن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال عدم ضرورة إعداد كادر مختص من وكلاء النيابة للتحقيق في الجرائم الالكترونية، ذلك أن أخطر مرحلة من مراحل التحقيق التي يقوم بها وكلاء النيابة هي استجواب المتهم، فكيف سيتم استجواب المتهم في جريمة الكترونية دون أن يكون وكيل النيابة المحقق ملم بكافة جوانب وتفاصيل أركان الجريمة الالكترونية من ناحية قانونية من جانب، ومن ناحية فنية تقنية من جانب آخر فيما يتعلق بالأدلة التي بين يديه سواء في البيانات المخزنة على الأجهزة الالكترونية من أرقام وصور ودلالاتها في ارتكاب الجريمة.

(1) د/ سعيد عبد اللطيف حسن : إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الانترنت - مرجع سابق- ص 51 .

(2) انظر المادة السادسة من القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات .

رابعاً: مرحلة الأوامر القضائية المؤقتة :

يصدر أمر الحجب للموقع في حالة ارتكاب جريمة ما ، وهو ما تنص عليه المادة السادسة من القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات ، حيث تنص على أنه لجهة التحقيق المختصة، بحسب الأحوال، أن تصدر أمراً مسبباً، لمأموري الضبط القضائي المختصين، لمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمرة واحدة، متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة على ارتكاب جريمة معاقب عليها بمقتضى أحكام هذا القانون بواحد أو أكثر مما يأتي :

1 - ضبط أو سحب أو جمع أو التحفظ على البيانات والمعلومات أو أنظمة المعلومات، وتتبعها في أى مكان أو نظام أو برنامج أو دعامة إلكترونية أو حاسب تكون موجودة فيه. ويتم تسليم أدلتها الرقمية للجهة مصدرة الأمر على ألا يؤثر ذلك على استمرارية النظم وتقديم الخدمة أن كان لها مقتضى.

2 - البحث والتفتيش والدخول والنفوذ إلى برامج الحاسب وقواعد البيانات وغيرها من الأجهزة والنظم المعلوماتية تحقيقاً لغرض الضبط.

3 - أن تأمر مقدم الخدمة بتسليم ما لديه من بيانات أو معلومات تتعلق بنظام معلوماتي أو جهاز تقني، موجودة تحت سيطرته أو مخزنة لديه، وكذا بيانات مستخدمى خدمته وحركة الاتصالات التي تمت على ذلك النظام أو الجهاز التقني ، وفي كل الأحوال، يجب أن يكون أمر جهة التحقيق المختصة مسبباً. ويكون استئناف الأوامر المتقدمة أمام المحكمة الجنائية المختصة منعقدة في غرفة المشورة في المواعيد، ووفقاً للإجراءات المقررة بقانون الإجراءات الجنائية.

لجهة التحقيق المختصة، متى قامت أدلة على قيام موقع يثبت داخل الدولة أو خارجها، بوضع أى عبارات أو أرقام أو صور أو أفلام أو أى مواد دعائية، أو ما فى حكمها بما يُعد جريمة من الجرائم المنصوص عليها بالقانون، وتشكل تهديداً للأمن القومي أو تعرض أمن البلاد أو اقتصادها القومي للخطر، أن تأمر بحجب الموقع أو المواقع محل البث، كلما أمكن تحقيق ذلك فنياً.

وعلى جهة التحقيق عرض أمر الحجب على المحكمة المختصة منعقدة في غرفة المشورة، خلال أربع وعشرين ساعة مشفوعاً بمذكرة برأيها. وتصدر المحكمة قرارها فى الأمر مسبباً إما بالقبول أو بالرفض، فى مدة لا تتجاوز اثنتين وسبعين ساعة من وقت عرضه عليها⁽¹⁾.

ويجوز فى حالة الاستعجال لوجود خطر حال أو ضرر وشيك الوقوع، أن تقوم جهات التحرى والضبط المختصة بإبلاغ الجهاز، ليقوم بإخطار مقدم الخدمة على الفور بالحجب المؤقت للموقع أو المحتوى أو المواقع أو الروابط المذكورة فى الفقرة الأولى من هذه المادة وفقاً لأحكامها. ويلتزم مقدم الخدمة بتنفيذ مضمون الإخطار فور وروده إليه ، وعلى جهة التحرى والضبط التي قامت بالإبلاغ أن تحرر محضراً تثبت فيه ما تم

(1) انظر نص المادة السابعة من القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات .

من إجراءات وفق أحكام الفقرة السابقة يُعرض على جهات التحقيق خلال ثمان وأربعين ساعة من تاريخ الإبلاغ الذى وجهته للجهاز، وتتبع فى هذا المحضر ذات الإجراءات المبينة بالفقرة الثانية من هذه المادة، وتصدر المحكمة المختصة قرارها فى هذه الحالة، أما بتأييد ما تم من إجراءات حجب أو بوقفها . فإذا لم يُعرض المحضر المشار إليه فى الفقرة السابقة فى الموعد المحدد، يعد الحجب الذى تم كأن لم يكن. والمحكمة الموضوع أثناء نظر الدعوى أو بناءً على طلب جهة التحقيق أو الجهاز أو ذوى الشأن أن تأمر بإنهاء القرار الصادر بالحجب أو تعديل نطاقه، وفى جميع الأحوال، يسقط القرار الصادر بالحجب بصدور أمر بالألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية، أو بصدور حكم نهائى فيها بالبراءة.

المبحث الثاني

مسرح الجريمة الالكترونية والاستعانة بالخبرة الفنية وحجية الدليل الرقمي

ترتكب الجريمة الالكترونية عبر شبكات المعلومات الدولية بواسطة الحاسب الآلي أو الموبايل ، ولكن لا يوجد مسرح مادي ملموس للجريمة فيما يعرف بمسرح الجريمة ، ولذلك استوجب هذا الوضع الجديد الاستعانة بالخبرة الفنية التي تتقن هذه المستجدات ، حتى تستطيع استخراج الأدلة والحفاظ عليها وتفريغها وتبيان دلالتها ، وذلك ما سنعرض له فيما يلي :

المطلب الأول : مسرح الجريمة الالكترونية .

المطلب الثاني : إجراءات الاستعانة بالخبرة الفنية .

المطلب الثالث : حجية الأدلة الرقمية في الجرائم الالكترونية .

المطلب الأول

مسرح الجريمة الالكترونية

يعرّف مسرح الجريمة بأنه المكان الذي شهد وقوع الجريمة ، و يشمل على العديد من الأدلة التي تسهل التحقيق الجنائي ، وتسهل الاستدلال على الجاني الذي ارتكب الجريمة .

ويُعد كل مكان اتصل بالنشاط الإجرامي الذي ترتب عليه وقوع الجريمة أو حوى دليلاً يتصل بها مسرحاً للجريمة ، وكما نعلم بأن أول مهمة لرجال الضبط القضائي بمجرد علمهم بوقوع جريمة الانتقال إلى مسرح الجريمة وتأمينه إلى حين حضور وكيل النيابة المختص لمباشرة عمله وإجراء كافة التحقيقات اللازمة

في مسرح الجريمة من سماع شهود وتنظيم محضر كشف على مسرح الجريمة وتوصيفه بدقة وضبط أدوات الجريمة الموجودة في مسرح الجريمة لمواجهة المتهم بها حين استجوابه⁽¹⁾.

وفي الجرائم العادية وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية يجب على مأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية أو جنحة أن ينتقل فوراً إلى مكان الجريمة، وبعين الآثار المادية لها ويتحفظ عليها، ويثبت حالة الأماكن والأشخاص وكل ما يفيد في كشف الحقيقة ويسمع أقوال من كان حاضراً ، أو من يمكن الحصول منه على إيضاحات في شأن الجريمة ومرتكبيها، ويجب عليه أن يخطر النيابة العامة فوراً بانتقاله، كما يجب على عضو النيابة المختص بمجرد إخطاره بجناية متلبس بها الانتقال فوراً إلى مكان الجريمة⁽²⁾.

وفي الجرائم التقليدية يكون مسرح الجريمة بسيط و واضح المعالم ، وكل ما يتطلب من مأمور الضبط القضائي وعضو النيابة المختص بالتحقيق معاينته وتحديد أوصافه وضبط ما فيه من أدوات مستخدمة في الجريمة، بينما يكون مسرح الجريمة الالكترونية في صورة مغايرة ، وعلي شكل مختلف كأختلاف طبيعة الجريمة الالكترونية ، فهو حتماً ليس ببساطة ووضوح مسرح الجريمة التقليدية العادية⁽³⁾.

ويمكن القول أن مسرح الجريمة الالكترونية يتمثل في عالم افتراضي لا حدود مكانية له ، وإنما البحث سينصب علي وسائل وأدوات تتم بها الجريمة عبر أجهزة الكترونية وشبكات الكترونية ، وسيتم ذلك باستخدام الأجهزة الالكترونية أيضاً ؛ لأن الأدلة الالكترونية لها أشكال مختلفة، فقد تكون رسالة أو صورة حملة علي كمبيوتر أو علي هاتف خلوي .

كما أن طريقة فحص وسائل ارتكاب الجريمة الالكترونية في مسرح الجريمة بواسطة الأجهزة الالكترونية ليس بالأمر البسيط، فقد تكون جهاز كمبيوتر واحد وقد تكون عدة أجهزة، وقد يكون الجهاز في حالة تشغيل ، وعلي ذلك فقد يتضمن مسرح الجريمة وسائل ارتكاب الجريمة التي تتمثل في الموبايل ، أو الحاسب الآلي بما يشمله من مواقع الكترونية أو محتوى أو حساب خاص أو بريد الكتروني ، وكذلك يتضمن مسرح الجريمة شبكة الانترنت التي تربط الحاسبات الآلية ، وذلك ما سنفصله فيما يلي :-

الموبايل :تعد البرامج التي يحتوي عليها الموبايل مسرحاً للجريمة ، فقد تقع الجريمة باستخدام صفحة فيس بوك أو أحدي برامج الموبايل سواء حال الاتصال به بمحمول آخر أو بشبكة الانترنت ، مثل إرسال عبارات تشكل قذفاً أو سباً أو إرسال صور إباحية أو تهديداً ، ويتم في هذه الحالة تفريغ هذه البرامج والتحفظ عليها ، وإثبات رقم الخط الذي تم الإرسال منه .

(1) د/ سعيد عبد اللطيف حسن : إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الانترنت - مرجع سابق- ص 54 .

(2) د/ جميل عبد الباقي الصغير: الجوانب الإجرائية للجرائم المتعلقة بالإنترنت - مرجع سابق - ص 44 .

(3) د/ جميل عبد الباقي الصغير: الانترنت والقانون الجنائي - الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالانترنت - دار النهضة العربية 1999- ص 76 .

الحاسب الآلي: هو كل جهاز أو معدة تقنية تكون قادرة على التخزين، وأداء عمليات منطقية، أو حسابية، وتستخدم لتسجيل بيانات أو معلومات، أو تخزينها، أو تحويلها، أو تخليقها، أو استرجاعها، أو ترتيبها، أو معالجتها، أو تطويرها، أو تبادلها، أو تحليلها، أو للاتصالات.

وقد تقع الجريمة باستخدام الحاسب الآلي ، فيقوم مأمور الضبط القضائي بمعاينة الجهاز وأجزائه المادية ، ومكوناته التي تخزن فيها المعلومات، وكذلك معاينة الصفحة التي تم التواصل من خلالها بشبكة الانترنت ، وتفريغ محتواها ، وإثبات رقم الخط الأرضي الذي تم الارسل منه ، وتوقيت ارتكاب ذلك .

الموقع الإلكتروني : وهو مجال أو مكان افتراضى له عنوان محدد على الشبكة المعلوماتية، ويهدف إلى إتاحة البيانات والمعلومات للعامة أو الخاصة علي حسب نوعية البيانات والمعلومات .

الحساب الخاص: وهو مجموعة من المعلومات الخاصة بشخص طبيعي أو اعتباري، تحول له الحق دون غيره الدخول على الخدمات المتاحة أو استخدامها من خلال موقع أو نظام معلوماتي.

فهو موقع إلكتروني عبر الإنترنت خاص بالتواصل الاجتماعي، و يتمكن المستخدم من خلاله من التواصل والتفاعل مع المستخدمين الآخرين للموقع، حيث يسمح هذا الموقع للمستخدمين بإنشاء ملفات شخصية تُحمل من خلالها الصور ومقاطع الفيديو وتُشارك عبر الموقع، وإرسال الرسائل واستقبالها، بالإضافة إلى التحدث عما يفعله المستخدم، وغيرها العديد من الخدمات الأخرى التي يوفرها هذا الموقع .

البريد الإلكتروني: وهو وسيلة لتبادل رسائل إلكترونية على عنوان محدد، بين أكثر من شخص طبيعي أو اعتباري، عبر شبكة معلوماتية، أو غيرها من وسائل الربط الإلكترونية، من خلال أجهزة الحاسب الآلي وما فى حكمها.

المحتوى: وهو أى بيانات تؤدى بذاتها، أو مجتمعة مع بيانات أو معلومات أخرى إلى تكوين معلومة أو تحديد توجه أو اتجاه أو تصور أو معنى أو الإشارة إلى بيانات أخرى.

الدعامة الإلكترونية: تعنى أى وسيط مادي لحفظ وتداول البيانات والمعلومات الإلكترونية ومنها الأقراص المدجة أو الأقراص الضوئية والذاكرة الإلكترونية أو ما فى حكمها.

الشبكة المعلوماتية: وهي مجموعة من أنظمة المعلومات مرتبطة معاً، ويمكنها تبادل المعلومات والاتصالات فيما بينها، ومنها الشبكات الخاصة والعامة وشبكات المعلومات الدولية، والتطبيقات المستخدمة عليها⁽¹⁾ .

وهذه الشبكات هي التي يرتبط بها الحاسب الآلي أو الموبايل المطلوب الاستحصال منه علي الدليل الرقمي ، وقد يكون مرتبطاً بجهاز آخر من خلال شبكة معلوماتية أي شبكة حواسيب مربوطة ببعضها

(1) د/ جميل عبد الباقي الصغير: الانترنت والقانون الجنائي – الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالانترنت – دار النهضة العربية 1999- ص 76 .

البعض ، فإن هذه الشبكة حينئذ تكون مسرحاً للجريمة ، وهو ما يثير كثيراً من الإشكاليات كما لو كان أحد الأجهزة الأخرى موجود في مكان آخر لا يخضع لاختصاص مأمور الضبط القضائي ، أو كان في دولة أخرى ، وهو الأمر الذي يتسبب في مشكلات عملية من ناحية تطبيق القانون .

ونري أن الجريمة المطلوب ضبط دليلها الرقمي إذا كانت تتعلق بأمر يهدد الأمن القومي أو أمن المجتمع أن تصدر جهة التحقيق أمر من القاضي بمراقبة الاتصالات وفقاً للقواعد المعمول بها في قانون الاجراءات الجنائية ، حيث أن المشرع المصري قد اشار في ديباجة قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات إلي قانون الإجراءات الجنائية الذي يبيح مراقبة الاتصالات في حالة وجود جريمة تستخدم فيها وسائل الاتصال⁽¹⁾ .

ويجب علي مأمور الضبط القضائي الذي يقوم بمعاينة مسرح الجريمة الالكترونية أن يكون على دراية كافية في التقنيات الالكترونية حتى يتمكن من تحديد الدليل الذي يبحث عنه، وعليه فيجب على المحقق في محضر الكشف على مسرح الجريمة مراعاة الأمور التالية :

- تصوير الحاسب والأجهزة الطرفية المتصلة به، على أن يتم تسجيل وقت وتاريخ ومكان التقاط كل صورة.
- العناية بملاحظة الطريقة التي تم بها إعداد النظام.
- ملاحظة وإثبات حالة التوصيلات والكابلات المتصلة بكل مكونات النظام حتى يمكن إجراء عمليات المقارنة والتحليل حين عرض الأمر فيما بعد على المحكمة.
- عدم نقل أي مادة معلوماتية من مسرح الجريمة قبل إجراء اختبارات للتأكد من خلو المحيط الخارجي لموقع الحاسب من أي مجال لقوى مغناطيسية يمكن أن يتسبب في محو البيانات المسجلة.
- التحفظ على معلومات سلة المهملات من الأوراق الملقاة أو الممزقة وأوراق الكربون المستعملة والشرائط والأقراص الممغنطة غير السليمة، وفحصها، ويرفع من عليها البصمات ذات الصلة بالجريمة.
- التحفظ على مستندات الإدخال والمخرجات الورقية للحاسب ذات الصلة بالجريمة، لرفع ومضاهاة ما قد يوجد عليها من بصمات.
- قصر مباشرة المعاينة على الباحثين والمحققين الذين تتوافر لهم الكفاءة العلمية والخبرة الفنية في مجال الحاسبات.

(1) د/ جميل عبد الباقي الصغير: الجوانب الإجرائية للجرائم المتعلقة بالإنترنت - مرجع سابق - ص 46.

المطلب الثاني

إجراءات الاستعانة بالخبرة الفنية

تناولت المادة الأولى من القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات تعريف الخبرة بأنها كل عمل يتصل بتقديم الاستشارات أو الفحص أو المراجعة أو التقييم أو التحليل فى مجالات تقنية المعلومات.

و تلعب الخبرة الفنية دوراً هاماً فى عملية الإثبات وكشف طلاسم الجريمة الالكترونية ، حيث تتم معاينة مسرح الجريمة لتوفير أدلة الإثبات من قبل خبير بالتقنيات المعلوماتية ، فإذا وقعت الجريمة باستخدام التلفون المحمول سواء حال الاتصال منه بمحمول آخر أو بشبكة الانترنت ، مثل إرسال عبارات تشكل قذفاً أو سباً أو إرسال صورة إباحية أو تهديداً ، أو كان وسيلة لارتكاب أي سلوك مما يشكل جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات ، فيتم معاينة الصفحة التي تم الاتصال بها من خلاله بشبكة الانترنت لاستبيان محتوى هذا السلوك الاجرامي .

فلا شك أن الجرائم الالكترونية يستلزم فحصها وجود خبراء فنيين لمعاونة رجال الضبط القضائي والتحقيق والمحكمة وتقديم المشورة الفنية حال طلبها ، ولقد أحسن المشرع المصري بالنص صراحة فى الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات علي الاستعانة بخبراء فنيين فى عملية البحث والتحري وجمع الاستدلالات ⁽¹⁾ .

ولأعمال الخبراء أهمية كبيرة فى البحث عن الدليل الالكتروني ، فالخبرة تنير الطريق لجهة التحقيق والقضاء ، وخاصة فى ظل الخصوصية التي تتميز بها الجرائم الالكترونية التي تعد من المسائل الفنية المعقدة والتي يصعب علي أي شخص الإلمام بها ، ومن ثم لزم لكشف غموضها وتجميع أدلتها الارتكان إلي هؤلاء الخبراء لانجاح أعمال التحقيق وعمليات الاستدلالات ، فقد يؤدي الاستغناء عن الخبراء طمس الأدلة أو تدميرها أو عدم الإلمام بها وأهمالها ، بسبب جهل المحقق غير الخبير فى هذه التقنيات وعدم العلم بها ، وتطبق علي الخبراء فى ممارسة عملهم وتحديد التزاماتهم وحقوقهم القواعد والأحكام الخاصة بقواعد تنظيم الخبرة أمام جهات القضاء ⁽²⁾ .

ويعد الخبير تقريراً يضمنه خلاصة ما توصل إليه من نتائج بعد تطبيق الأسس والقواعد العلمية الفنية على المسألة محل البحث ، ولم يوجب المشرع إتباع شكل معين فى تقرير الخبير، فقد يكون شفويّاً أو كتابياً

(1) د/ جميل عبد الباقي الصغير: الجوانب الإجرائية للجرائم المتعلقة بالإنترنت – مرجع سابق - ص 65 .

(2) راجع الفقرة الثانية من المادة 10 من القانون 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات .

وفقا لما تحدده طبيعة المأمورية، لكن الواقع العملي أثبت أن ما يتم في الغالب الأعم هو أن يطلب من الخبير تقديم تقريره كتابة.

المطلب الثالث

حجية الأدلة الرقمية في الجرائم الالكترونية

الدليل الرقمي هو المعلومات الالكترونية التي يكون لها قوة أو قيمة في الاثبات مخزنة أو منقولة أو مستخرجة أو مأخوذة من أجهزة الحاسب الألي أو الشبكات المعلوماتية وما في حكمها⁽¹⁾.

وقد تكون هذه الأدلة من مخرجات جهاز الكمبيوتر كالأوراق أو الرسوم أو الصور أو الفيديوهات أو المقاطع الصوتية، كما قد تكون مخرجات رقمية، وأكثر ما يعيق هذه الأدلة هي أنها في كثير من الأحيان يتم الحصول عليها بطريقة غير قانونية، مما يعرضها للبطلان⁽²⁾.

ولقد تناولت المادة الأولى من القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن جرائم تقنية المعلومات تعريف الدليل الرقمي، فعرفته بأنه أى معلومات إلكترونية لها قوة أو قيمة ثبوتية مخزنة أو منقولة أو مستخرجة أو مأخوذة من أجهزة الحاسب أو الشبكات المعلوماتية وما فى حكمها، ويمكن تجميعها وتحليلها باستخدام أجهزة أو برامج أو تطبيقات تكنولوجية خاصة.

ولقد اشترطت المادة الحادية عشر من القانون سالف الذكر أن يكون للأدلة المستمدة أو المستخرجة من الأجهزة أو المعدات أو الوسائط الدعامات الإلكترونية، أو النظام المعلوماتى أو من برامج الحاسب، أو من أى وسيلة لتقنية المعلومات ذات قيمة وحجية الأدلة الجنائية المادية فى الإثبات الجنائى متى توافرت بها الشروط الفنية الواردة باللائحة التنفيذية لهذا القانون⁽³⁾.

وتشير هذه الضوابط والشروط إلى ضرورة أن تستخرج هذه الأدلة بدون تحريف أو تحديث أو محو أو إتلاف للأجهزة أو المعدات، أو تدمير للبيانات والمعلومات أو أنظمة البرامج أو الدعامات الالكترونية، كما يشترط أن تكون هذه الأدلة ذات صلة بالواقعة محل الموضوع المطلوب إثباته أو نفيه وفقاً لقرار جهة التحقيق، وأن يتم تحرير هذه الأدلة بمعرفة مأمور الضبط القضائي المخول له التعامل في هذه النوعية من

(1) المستشار: بهاء المري : شرح جرائم تقنية المعلومات - مرجع سابق - ص 380.

(2) القاضي / عمر محمود الحوتي : الوجيز في الحماية الجنائية من جرائم تقنية المعلومات - مرجع سابق - ص 181.

(3) راجع المادة الحادية عشر من القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

الأدلة أو الخبراء أو المتخصصين ، وأن يتم توثيقها في محضر الإجراءات من قبل المختص ، وكذلك توثيق مكان ضبطه ومكان حفظه ومكان التعامل معه ومواصفاته⁽¹⁾ .

فمن المتعارف عليه أن الأدلة التقنية هي أدلة معقدة وتحتاج إلي ضرورة توافر شروط ومواصفات معينة ومغايرة للأدلة المادية التقليدية ، وهو ما فطن إليه المشرع المصري ، ومن ثم فقد اشترط الشروط والضوابط المشار إليها سابقاً في الفقرة الأخيرة من المادة الحادية عشر سالفه الذكر لقبول هذه الأدلة التقنية في الإثبات ، وهي ضرورة أن يتوافر فيها الشروط والضوابط والمواصفات الفنية التي تمنحها القوة الثبوتية حتي يعتد بها ، بأن يكون للأدلة المستمدة أو المستخرجة من الأجهزة أو المعدات أو الوسائط أو الدعامات الالكترونية أو من النظام المعلوماتي أو من برامج الحاسب أو من أي وسيلة لتقنية المعلومات ذات قيمة وحجية الأدلة الجنائية المادية في الإثبات الجنائي متي توافرت بها الشروط الفنية الواردة باللائحة التنفيذية لهذا القانون⁽²⁾ .

المبحث الثالث

إجراءات المنع من السفر وترقب الوصول والصلح والتصالح في الجرائم الالكترونية

إجراء المنع من السفر وترقب الوصول هو إجراء وقائي لضمان تحقق الأمن العام وتأمين المصالح القومية والاقتصادية للبلاد ، فالمنع من السفر ليس عقوبة جنائية ؛ ولكنه يفرض عند وجود أدلة كافية على جدية الاتهام في ارتكاب جريمة من الجرائم .

أما الصلح والتصالح في الجرائم الالكترونية فيتم وفقاً لإجراءات معينة ، ونعرض فيما يلي لإجراءات المنع من السفر وترقب الوصول ، وكذلك الصلح والتصالح في الجرائم الالكترونية على النحو الآتي :

المطلب الأول :- إجراءات المنع من السفر وترقب الوصول .

المطلب الثاني :- الصلح والتصالح في الجرائم الالكترونية .

المطلب الأول

إجراءات المنع من السفر وترقب الوصول

نصت الفقرة الأولى من المادة التاسعة من القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات علي أنه :- " يجوز للنائب العام أو من يفوضه من المحامين العامين الأول بنيابات الاستئناف،

⁽¹⁾ الأستاذة / إلهام أبو الطمين : الإثبات الجنائي في مجال الجرائم الالكترونية - رسالة ماجستير جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي - كلية الحقوق 2018 - ص 60 .

⁽²⁾ لقد بينت اللائحة التنفيذية للقانون 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة الجرائم الالكترونية أهم الشروط والضوابط الواجب توافرها في الدليل التقني ومنها أن تستخرج بدون تحريف أو تحديث أو محو ، وأن تكون ذات صلة بالواقعة محل الموضوع ، وأن يتم تحرير الدليل بمعرفة مأمور الضبط القضائي ، ويتم توثيقه في محضر الإجراءات .

ولجهات التحقيق المختصة، عند الضرورة، أو عند وجود أدلة كافية على جدية الاتهام فى ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون أو الشروع فى ارتكابها، أن يأمر بمنع المتهم من السفر خارج البلاد أو بوضع اسمه على قوائم ترقب الوصول، بأمر مسبب لمدة محددة... "

ويتضح من ذلك أن المختص بإصدار الأمر بالمنع من السفر أو الوضع على قوائم ترقب الوصول هو النائب العام أو من يفوضه من المحامين العامين الأول بنيابات الاستئناف وجهات التحقيق المختصة ، فلا يجوز لغير هؤلاء إصدار أياً من الأوامر السابقة فقد ورد تحديدهم على سبيل الحصر .

ويشترط لصحة الأمر بالمنع من السفر صدوره من المختص بإصداره ، وأن تتوافر حالة من حالات ضرورة إصداره ، وأن يصدر بناء على أدلة كافية تبين جدية الإتهام ، وأن يصدر مسبباً ، ومحدد المدة .

ولمن صدر ضده أمر المنع من السفر أن يتظلم من هذا الأمر أمام محكمة الجنايات المختصة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه به، فإذا رُفض تظلمه فله أن يتقدم بتظلم جديد كلما انقضت ثلاثة أشهر من تاريخ الحكم برفض التظلم.

ويكون التظلم بتقرير يودع قلم كتاب محكمة الجنايات المختصة، وعلى رئيس المحكمة أن يحدد جلسة لنظر التظلم تُعلن بها النيابة العامة والمتظلم، وعلى المحكمة أن تفصل فى التظلم خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ التقرير به، بحكم مسبب بعد سماع أقوال المتظلم والنيابة العامة أو جهة التحقيق المختصة حسب الأحوال، ولها فى سبيل ذلك أن تتخذ ما تراه من إجراءات أو تحقيقات ترى لزومها فى هذا الشأن.

ويحدد القانون أصحاب الحق فى التظلم ، حيث نص فى المادة التاسعة على أنه لمن صدر ضده أمر المنع من السفر أن يتظلم من هذا الأمر .

ويكون التظلم من أمر المنع من السفر أمام محكمة الجنايات المختصة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه به، فإذا رُفض تظلمه فله أن يتقدم بتظلم جديد كلما انقضت ثلاثة أشهر من تاريخ الحكم برفض التظلم.

ولقد أجاز القانون إعادة تقديم التظلم فى حالة رفض التظلم الأول ، حيث نصت المادة التاسعة سالفه الذكر على أنه لمن صدر ضده أمر المنع من السفر أن يتظلم من هذا الأمر أمام محكمة الجنايات المختصة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه به، فإذا رُفض تظلمه فله أن يتقدم بتظلم جديد كلما انقضت ثلاثة أشهر من تاريخ الحكم برفض التظلم .

المطلب الثاني

إجراءات الصلح والتصالح في الجرائم الالكترونية

من الأسباب الخاصة التي تنقضى بها الدعوى الجنائية التنازل عن الدعوى أو طلب الصلح فيها⁽¹⁾ ، ولقد أجاز المشرع المصري الصلح والتصالح في جرائم تقنية المعلومات ، وهو اتجاه تتبناه معظم التشريعات ، ولقد تضمنت المادة 42 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات هذا الأمر حيث نصت على أنه : - " يجوز للمتهم فى أية حالة كانت عليها الدعوى الجنائية، وقبل صيرورة الحكم باتا، إثبات الصلح مع الجنى عليه أو وكيله الخاص أو خلفه العام، أمام النيابة العامة أو المحكمة المختصة بحسب الأحوال .

ويلاحظ أن المشرع قيد الصلح والتصالح بنوع معين من الجرائم وهى جرائم الجنح الواردة فى نصوص محددة وهذه النصوص هى المتعلقة بالجنح المنصوص عليها فى المواد (١٤، ١٥، ١٧، ١٦، ١٨، ١٩، ٢٣، ٢٦، ٢٨، ٣٠، ٣١) من هذا القانون.

متى ينتج الصلح أو التصالح أثره :

ولا ينتج إقرار الجنى عليه بالصلح المنصوص عليه بالفقرة السابقة أثره إلا باعتماده من الجهاز بالنسبة للجنح المنصوص عليها بالمواد (١٤، ١٧، ١٨، ٢٣) من هذا القانون. كما لا يُقبل التصالح إلا من خلال الجهاز بخصوص الجنح المنصوص عليها بالمادتين (٢٩، ٣٥) من هذا القانون ، ولا يسقط حق المتهم فى التصالح برفع الدعوى الجنائية إلى المحكمة المختصة إذا دفع ثلثى الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة أو قيمة الحد الأدنى أيهما أكثر، وذلك قبل صدور حكم نهائى فى الموضوع. وفى جميع الأحوال، يجب على المتهم الذى يرغب فى التصالح أن يسدد قبل رفع الدعوى الجنائية مبلغاً يعادل ضعف الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة. ويكون السداد إلى خزانة المحكمة المختصة أو النيابة العامة بحسب الأحوال ، ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية، ولا أثر للصلح على حقوق المضرور من الجريمة أو على الدعوى المدنية .

(1) د/ حسن ربيع : الإجراءات الجنائية فى التشريع المصري - مرجع سابق - ص 26 .

خاتمة الدراسة :

بعد أن انتهينا من إعداد هذا البحث توصلنا إلى وجود مشكلة حقيقية في وقوع الجريمة الالكترونية في مصر، ذلك أن قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات لا يغطي كافة المشكلات الإجرائية للجرائم المعلوماتية و الالكترونية الحديثة والمتوقع وقوعها في أي لحظة .

وبعد البحث في الجانب الإجرائي للجريمة الالكترونية من حيث التحقيق ومسرح الجريمة فيها والتفتيش والضبط وجدنا أن هذا النوع من الجرائم يحتاج إلي رجال تحقيق مدربون وأصحاب خبرة واختصاص في الأجهزة الالكترونية، فهي تختلف كل الاختلاف من حيث التحقيق عن الجرائم التقليدية.

• نتائج الدراسة :

تعتبر الجريمة الالكترونية من الجرائم المستحدثة لذلك فإن المعالجة القانونية للجوانب الإجرائية تكون حديثة تبعاً لذلك ، فمن ناحية خصوصية الإثبات في هذا النوع من الجرائم فإنها لا تخلو من الصعوبات الجمة والتي تكتنف رصد واحتواء الدليل المتحصل من مسرح الجريمة سواء المادي أو الافتراضي ، وذلك كون الأدلة الرقمية صعبة الاحتواء وسهلة الاختفاء والمحو ، وكذلك يمكن التضليل بشأن كشفها أو الاطلاع على مضمونها .

وأما خصوصية الملاحقة فإنها تنبع من الجانب التقني لهذه الجرائم والتي تتطلب قدرات خاصة لدى الأشخاص المختصين بالمتابعة والملاحقة لمثل هذا النوع من الجرائم ، وكذلك الآليات القانونية التي يجب اقرارها للمساعدة في التنقيب عن الأدلة الالكترونية ، ومشروعية الإجراء الذي يمكن إتباعه للكشف عن الدليل وهذا عوضاً عن مشروعية الدليل نفسه.

• توصيات الدراسة :

نوصي في البداية أنه يجب على الأفراد أخذ الحيطة والحذر عند التعامل مع وسائل الاتصال و التقنيات الحديثة وذلك بإتباع التالي :-

- أخذ الحيطة والحذر وعدم تصديق كل ما يروج عبر الإنترنت والتأكد من صدق الإعلانات .
- وضع الرقم السري بشكل مطابق للمواصفات الأمنية ويفضل الاحتفاظ ببرامج حماية سرقة الأرقام السرية.
- المحافظة علي سلامة الأجهزة الحاسوبية والمعدات الالكترونية وما عليها من برامج ومعلومات ومعطيات خاصة.

ونوصي بوجه عام :

- تدريب المحققين في الجرائم الالكترونية علي الفنيات الالكترونية حتى يستطيعون التعامل مع تلك الجرائم، لما تحتاجه من خبرة ومعرفة حتى يتمكن من يحقق في تلك الجريمة الوصول إلى الأدلة .
- ضرورو العمل المستمر علي تحديث التشريعات المعلوماتية والالكترونية من الناحية الموضوعية والإجرائية لمواكبة التطورات التكنولوجية .
- ضرورة إعادة النظر في النظم الإجرائية المتعلقة بالتحري والتحقيق في مجال الجريمة الالكترونية .
- تفعيل التعاون الدولي علي المستوي التشريعي والقضائي والأمني في مجال مكافحة الجرائم الالكترونية .
- إنشاء سلطات تحقيق متخصصة في الجرائم الالكترونية ، وكذلك نيابات ودوائر قضائية خاصة لنظر هذه الجرائم .

❖ قائمة المراجع :

- /أحمد محمود مصطفى : جرائم الحاسبات الآلية في التشريع المصري - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى 2010
- /أيمن ظاهر : شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، دراسة مقارنة مع القانونين المصري والأردني وفق اجتهادات محكمة النقض والتمييز، الجزء الأول، 2011 .
- المستشار بهاء المري : جرائم السوشيال ميديا - دار الأهرام للنشر والتوزيع 2022
- /جميل عبد الباقي الصغير : الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي - دار النهضة العربية 2010 .
- /حنان ريجان مبارك المضحكي : الجرائم المعلوماتية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2014.
- /خالد عبد العظيم أبو غابة : التقدم التكنولوجي وأثره علي جرائم العرض -دراسة مقارنة - مكتبة الوفاء القانونية 2021 .
- /رامي متولي القاضي : مكافحة الجرائم المعلوماتية في التشريعات المقارنة وفي ضوء الاتفاقيات والمواثيق الدولية ط 2011
- /سامي علي حامد عياد : الجريمة المعلوماتية وإجرام الإنترنت، دار الفكر الجامعي، 2007.
- /عبد الله عبد الكريم عبد الله : جرائم المعلومات والإنترنت - الجرائم الإلكترونية - منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2011

- د/ علي عبد القادر القهوجي : الحماية الجنائية لبرامج الحاسب - بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق -جامعة الاسكندرية 1997 .
- د/ عمر الفاروق : المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية - طبعة 1995 . القاضي / عمر محمود الحوتي : الوجيز في الحماية الجنائية من جرائم تقنية المعلومات وفق أحكام القانون 175 لسنة 2018 -دار النهضة العربية 2012 .
- د/ غنام محمد غنام : عدم ملائمة القواعد التقليدية في قانون العقوبات لمكافحة جرائم الكمبيوتر - بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت - كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات المتحدة 2000 .
- د/ فتحي محمد أنور عزت : جرائم العصر الحديث -دار الفكر والقانون 2010 .
- د/ فتوح عبد الله الشاذلي : جرائم الكمبيوتر - منشورات الحلبي 2003 .
- د/ مدحت رمضان : جرائم الاعتداء علي الأشخاص والانترنت - دار النهضة العربية 2000 .
- د/ محمد سامي الشوا: ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات - دار النهضة العربية. القاهرة 1994 .
- د/ محمد سامي الشوا : الغش المعلوماتي كظاهرة إجرامية مستحدثة - بحث منشور في مؤتمر الجمعية المصرية للقانون الجنائي - القاهرة في 25/28 أكتوبر 1993 .
- د/ محمد أحمد أمين الشوابكة : الجريمة المعلوماتية - دار الثقافة، عمان. طبعة 2004.
- د/ محمد علي العريان : الجرائم المعلوماتية - دار الجامعة الجديدة للنشر. طبعة 2004 .
- د/ نبيلة هبة هروال : الجوانب الإجرائية لجرائم الانترنت، دار الفكر الجامعي، ط1 - 2007.
- د/ نهلة عبد القادر المومني : الجرائم المعلوماتية، ط1، دار الثقافة، عمان 2012 .
- د/ هشام محمد فريد رستم : جرائم الحاسب المستحدثة - دار الكتب القانونية - مصر 1999
- د/ هدى حامد قشقوش : جرائم الحاسب الالكتروني في التشريع المقارن، 1992، دار النهضة العربية، القاهرة.
- د/ يونس عرب : إيجاز في المفهوم والنطاق والخصائص والصور والقواعد الإجرائية للملاحقة والإثبات، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الأمن العربي 2002 - تنظيم المركز العربي للدراسات والبحوث الجنائية - أبو ظبي 10-12/ 2/ 2002.

المسكوت عنه في القانون رقم 95.17

المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية

The Unspoken in Law No : 95.17

on Conventional Arbitration and Mediation



فيصل بجي : دكتور في القانون الخاص

باحث في الوسائل البديلة لفض المنازعات

كلية الحقوق سلا ، جامعة محمد الخامس – الرباط

Dr – Faïçal BIJJI : Doctor of private law

Researcher in alternative means of dispute resolution

Faculty of Law Salé, Mohammed V University in Rabat

ملخص :

صدر القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية بتاريخ 24 ماي 2022، الذي عمل على فصل المقتضيات المنظمة للتحكيم والوساطة الاتفاقية عن قانون المسطرة المدنية، مع تجميعها لمواكبة المستجدات التي تعرفها التجارة والاستثمار الدوليين. وإذا كان المشرع قد حاول العمل على تجويد هذا النص ليصبح في مصاف القوانين المتقدمة والأكثر جاذبية ليستجيب للمعايير الدولية ولانتظارات المعنيين، ويساهم في الرفع من جودة مناخ الأعمال بالمغرب، فإنه سكت عن بعض المقتضيات، كما أن تنزيله تعثره مجموعة من التحديات، سواء على المستوى القانوني أو على مستوى الممارسة، وهو ما يثير مجموعة من التسؤلات، خاصة في ظل الانفتاح الاقتصادي على الأسواق الدولية وعلى الاستثمار الأجنبي، بالموازاة مع رهانات تحسين جاذبية الاستثمار وطمأنة الفاعلين الأجانب إلى الاستثمار داخل المغرب والسعي لضمان تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية لا سيما بعد مخلفات جائحة كورونا وتداعيات الحرب الروسية الأوكرانية. فما هي أهم المضامين التي جاء بها وكذا المقتضيات التي سكت عنها، وما مدى استجابته للتطور الهائل الذي يعرفه عالم التجارة والاستثمار بعد مرور حوالى عقد ونصف على صدور القانون رقم 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، وإلى أي حد يمكن لهذه المستجدات الإسهام في تطوير منازعات التجارة والاستثمار في أفق مأسسة الوسائل البديلة لفض المنازعات كإطار لتكريس العدالة التصالحية؟

- الكلمات المفاتيح : التحكيم، الوساطة الاتفاقية، العدالة التصالحية، الاستثمار، التجارة الدولية.

abstract :

Law No. 95.17 relating to Conventional Arbitration and Mediation was issued on May 24, 2022, which worked to separate the provisions regulating Conventional arbitration and mediation from the Civil Procedure Code, while updating it to keep pace with developments in international trade and investment. If the legislator has tried to improve this text to become among the advanced and most attractive laws in order to respond to international standards and the expectations of those concerned, and contribute to raising the quality of the business climate in Morocco, It was silent about some requirements, and downloading it faces a set of challenges, both at the legal level or at the level of practice, which raises a number of questions, especially in light of the economic openness to international markets and to foreign investment, in parallel with the bets on improving the attractiveness of

investment and reassuring the actors Foreigners are encouraged to invest in Morocco and seek to ensure economic and social development, especially after the remnants of the Corona pandemic and the repercussions of the Russian-Ukrainian war. What are the most important contents that it came with, as well as the requirements that it was silent about, and how much did it respond to the tremendous development that the world of trade and investment knows, Almost a decade and a half after the issuance of Law No. 08.05 relating to Conventional Arbitration and Mediation, To what extent can these developments contribute to encircling trade and investment disputes on the horizon of institutionalizing alternative means of dispute resolution as a framework for establishing restorative justice?

Keywords : arbitration, agreement mediation, restorative justice, investment, international trade.

مقدمة :

دفعت التحولات الاقتصادية والتكنولوجية التي يعرفها العالم، خاصة مع اكتساح جائحة كوفيد-19 العالم مع مطلع سنة 2020، العديد من الدول إلى المرور للسرعة القصوى في التدافع لفتح أسواقها على التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي، وهو ما يتطلب توفير مرونة وسرعة كبيرتين لتيسير انتقال رؤوس الأموال، مع تحسين مناخ الأعمال لتطوير بنيتها الاقتصادية، وفي هذا الإطار استمر المغرب في مباشرة إصلاحاته على المستوى الاقتصادي بالموازاة مع تحديث المنظومة القانونية المؤطرة للمال والأعمال، كتعديل الكتاب الخامس من مدونة التجارة المتعلق بصعوبات المقاول، إضافة إلى تعديل القوانين المتعلقة بالشركات التجارية، وإصدار قانون الضمانات المنقولة وغيرها، طبعاً إضافة إلى الاستمرار في الاشتغال على تنزيل أهداف وتوصيات ميثاق إصلاح منظومة العدالة الصادر في يوليوز 2013، وإن كان يعرف بقاء شديدا وتراجعا عن بعض مخرجاته¹.

في هذا الصدد كذلك، صدر القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية بتاريخ 24 ماي 2022²، الذي يهدف إلى فصل المقتضيات المنظمة للتحكيم والوساطة الاتفاقية عن قانون المسطرة المدنية،

¹ - تم إطلاق الحوار الوطني حول الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة وتنصيب أعضاء هيئتها العليا بتاريخ 08 ماي 2012.

² - صادق المجلس الحكومي بتاريخ 5 مارس 2020 على مشروع القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، وتمت إحالته على مجلس النواب بتاريخ 30 من نفس الشهر، ليتم إحالته كذلك على لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بنفس المجلس يوم 3 أبريل 2020، وفي هذا الإطار قدم وزير العدل مشروع القانون أمام هذه اللجنة بتاريخ 22 أبريل 2020، وتمت المصادقة على مشروع القانون في الجلسة العامة بالإجماع بتاريخ =

مع تحيينها لمواكبة المستجدات التي تعرفها التجارة والاستثمار الدوليين¹، بعد مخاض عسير استمر زهاء ست سنوات منذ طرحه أمام الأمانة العامة للحكومة سنة 2016².

لن نخصص هذه المقالة لبسط أسباب تأخر إقرار القانون قيد البحث، لكن سيتم إفراد هذه الأسطر لمناقشة المضامين التي جاء بها وكذا المقتضيات التي سكت عنها، ومدى استجابته للتطور الهائل الذي يعرفه عالم التجارة والاستثمار بعد مرور حوالى عقد ونصف على صدور القانون رقم 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية³، وإلى أي حد يمكن لهذه المستجدات الإسهام في تطويق منازعات التجارة والاستثمار في أفق مأسسة الوسائل البديلة لفض المنازعات كإطار لتكريس العدالة التصالحية؟

قبل مناقشة هذا التساؤل، لا بد من التأكيد على أن المغرب كان من أوائل البلدان التي أقرت نظام التحكيم من خلال قانون المسطرة المدنية الصادر سنة 1913، كما أن قانون المسطرة المدنية الصادر سنة 1974 أعاد التنصيص عليه دون التطرق لا إلى الوساطة ولا إلى التحكيم الدولي، ولم يتم تدارك الأمر إلا بعد مرور حوالى 34 سنة، بإصدار القانون رقم 08.05 الأنف الذكر سنة 2007، الذي وضع قواعد جديدة للتحكيم وتبنى لأول مرة الوساطة الاتفاقية، ليتم في هذه المرحلة سن القانون رقم 95.17، وعلى هذا الأساس سيتم معالجة الموضوع.

أولاً: قراءة في شكل القانون رقم 95.17

بشكل إجمالي يمكن القول بأن القانون رقم 95.17 قد حافظ على هندسة القانون رقم 08.05، فجاه مكونا من 105 مواد موزعة على ثلاثة أقسام⁴، قسم خاص بالتحكيم ويتفرع إلى ثلاثة أبواب، باب خاص

=== 22 يونيو 2021، لتتم إحالته في اليوم الموالي على رئيس الحكومة ووزير الدولة المكلف بحقوق الإنسان والعلاقات مع البرلمان والأمين العام للحكومة ومجلس المستشارين، ليتم المصادقة عليه بالإجماع مع تعديلات بتاريخ 1 فبراير 2022، ليحال مرة أخرى إلى مجلس النواب في قراءة ثانية بتاريخ 25 أبريل 2022، ليعرف القانون أخيراً طريقه إلى النور بعد أن صدر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.22.34 الصادر في 23 من شوال 1434 (24 ماي 2022)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 7099، بتاريخ 13 ذو القعدة 1443 (13 يونيو 2022)، ص 3579.

¹ جاء هذا القانون تنفيذا للتوجهات الملكية في مجال الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، لا سيما تلك الواردة في خطاب 20 غشت 2009 بمناسبة الذكرى 56 لثورة الملك والشعب، التي أكدت على ضرورة تطوير الطرق القضائية البديلة كالوساطة والتحكيم والصلح، وكذلك في إطار تنزيل أهداف وتوصيات ميثاق إصلاح منظومة العدالة، خاصة التوصيتان رقم 137 و138 الراميتان إلى تطوير نظام الوساطة كحل بديل لفض المنازعات وتشجيع اللجوء إلى الصلح والتحكيم، إلى جانب الاستجابة لتطلعات المستثمرين، خاصة الأجانب، المتعلقة بتبسيط المساطر الإدارية والقضائية في عملية الاستثمار لا سيما ما يتعلق بالتحكيم والوساطة، وكذا في إطار التعاطي الإيجابي مع مجموعة من التوصيات الداعية إلى إفراد هاتين الوسيلتين بنص خاص مستقل عن قانون المسطرة المدنية.

² - تناوب على إعداد هذا القانون أربع وزراء للعدل، ينتمون لأربعة أحزاب مختلفة، وهذا في حد ذاته كاف لتأجيل إخراجها بسبب قيام كل وزير بوضع مساته التي تختلف عن سالفه لعدة أسباب.

³ - يتعلق الأمر بالقانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.069 بتاريخ 19 ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5584، بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3894.

⁴ - تكون القانون بداية من 107 مواد قبل إحالته على مجلس النواب للمرة الأولى.

بالتعريف والقواعد العامة، وباب للتحكيم الداخلي، وباب آخر ينظم التحكيم الدولي، ثم قسم ثانى يتعلق بالوساطة الاتفاقية، فيما يتعلق القسم الثالث بالأحكام الانتقالية والمتفرقة، وهى تقريبا نفس هندسة القانون رقم 08.05 مع اختلاف في التبيوب الذي فرضته ضرورة إدماجه في قانون المسطرة المدنية، غير أن المشرع كان حينها مضطرا لتكرار الفصل 327 لـ 70 مرة، أما القانون الجديد فقد تجاوز ذلك، وهذه من حسناته.

إذن فشكل القانون جاء أكثر دقة، وصياغة نصوصه جاءت أكثر وضوحا، خلافا لما كان عليه الأمر في القانون رقم 08.05 الذي نظم التحكيم الداخلي في الفرع الأول، والتحكيم الدولي في الفرع الثانى. كما نظم القانون الجديد كذلك موضوع تجريح الهيئة التحكيمية وخصها بفرع مستقل، في حين كان قد نظمها في القانون رقم 08.05 في باب القواعد العامة.

عموما يمكن القول بأن صياغة القانون رقم 95.17 سواء من حيث الشكل أو الهندسة قد عرفت بعض التطور، كما حاول المشرع من خلالها العمل على تجاوز بعض العيوب السابقة، ومنها على الخصوص تفادي إدماج قواعد تنظم التحكيم والوساطة الاتفاقية، اللتان تعدان كنوع من القضاء الخاص، ضمن قانون إجرائى عام ينظم التقاضي أمام المحاكم الرسمية.

ثانيا : أهم مستجدات القانون رقم 95.17 :

بالاطلاع على مقتضيات القانون رقم 95.17 يمكن الوقوف على ملاحظة أولية، وهى أنه جاء بالأساس ليغير بعض مقتضيات مجال التحكيم بنوعيه الداخلى والدولى، ويعمد إلى وضع مجموعة من التعريفات الخاصة ببعض المفاهيم التى همت التحكيم بالأساس، والتي ظلت متفرقة في مواد القانون رقم 08.05. لكن مع ذلك يحق التساؤل، هل يجب على المشرع العمل على وضع التعاريف أم يترك هذه المهمة للفقه؟

عمل القانون أيضا على التنصيص على بعض المقتضيات الجديدة، من ذلك توسيع مجال التحكيم الداخلى، ليشمل النزاعات ذات الطابع المدنى، فتم إسناد الاختصاص بمنح الصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية المتعلقة بالمادة المدنية إلى رئيس المحكمة الابتدائية، كما تم اعتماد خيار عدم إخضاع المحكم لرقابة أي جهة قضائية، مع ترك أمر تحديد كفيات مسك قائمة المحكمين وشروط التسجيل فيها والتشطيب منها لنص تنظيمى، وتحويل أطراف النزاع ورئيس المحكمة المختصة مسألة تعيين المحكم، حسب الحالة، مع إمكانية تعيينه من خارج قائمة المحكمين¹، إضافة إلى إسناد اختصاص منح الصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية الصادرة في إطار التحكيم الداخلى في المادة الإدارية لرئيس المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم

¹ - المادتان 12 و13 من القانون رقم 95.17.

التحكيمي في دائرتها، أو لرئيس المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني، وذلك بهدف توحيد جهة الاختصاص المألحة للصيغة التنفيذية في رئيس المحكمة، وهذه مسألة إيجابية، وكذا تحقيقا للسرعة والمرونة المطلوبتان في منحها، إلى جانب إسناد اختصاص تعيين الهيئة التحكيمية في مجال التحكيم الدولي لرئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء عوض رئيس المحكمة التجارية بالرباط في حال اعترضت الأطراف صعوبة في تشكيلها وإذا اتفقوا على تطبيق قانون التحكيم المغربي؛ وهذه المسألة وجيهة على اعتبار أن مدينة الدار البيضاء تعد العاصمة الاقتصادية للمملكة باحتضانها للقطب المالي وأغلب المعاملات التجارية الدولية تتمركز بها.

من جانب آخر، نص القانون على إمكانية إبرام اتفاق التحكيم¹، وكذا اتفاق الوساطة²، بواسطة رسالة إلكترونية معدة وفقا للنصوص القانونية الجاري بها العمل، أي وفقا للقواعد المنظمة للمعاملات الإلكترونية، بمعنى أنها ستخضع للقانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية³، وهو أمر كان ضروريا بسبب التطور الذي عرفته منظومة التواصل بشكل عام، وكذا انسجاما مع التوجه الذي تبناه المغرب بخصوص استغلال الوسائل التكنولوجية الحديثة في المعاملات القانونية ورقمنة الإدارة، خاصة بعد انتشار فيروس كورونا عبر العالم مع مطلع سنة 2020 والاضطرار للجوء إلى هذه الطرق في المعاملات بعد تنظيم العمل عن بعد، إضافة إلى مواكبة عملية تسوية المنازعات بالسرعة والتبسيط اللازمين.

ثالثا: المسكوت عنه في القانون رقم 95.17

لا بد من التسليم بأن الوساطة على خلاف التحكيم، لا زالت تصطدم بالعديد من المعوقات التي تكبل تطورها ومشاركتها في تحقيق العدالة التصالحية، خاصة في مجال التجارة والاستثمار، الأمر الذي يجعل من هذه الآلية غير ذات جدوى، ولا تستأثر بالاهتمام بشكل واضح، ذلك ما يدعو للعمل على تطويرها وتشجيعها بالمغرب من طرف الجهات الرسمية وباقي الفاعلين، غير أنه يلاحظ بأن القانون قيد الدراسة لم يعر أي اهتمام لهذا التطوير ولم يقيم بأي تعديل ظاهر على الوساطة، وخص كل جهده للتحكيم فقط، كما أغفل تنظيم وسائل أخرى لتسوية المنازعات التي أثبتت نجاعتها في العديد من الأنظمة المقارنة.

هذا يدعو إلى طرح بعض تلك الجوانب التي لا توفر البيئة المناسبة لتطوير هذه الآلية، منها ما هو تشريعي ومنها ما هو تنظيمي.

¹ - المادة 3 من نفس القانون.

² - المادة 89 من نفس القانون.

³ - القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.129 الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)، الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3879.

1- الجوانب التشريعية :

إن كل قاعدة قانونية مهما بلغت صياغتها من الأحكام وأجزاؤها من الكمال، فإنها تبقى نسبية وتشوبها بعض النواقص والقصور باعتبارها قوانين وضعية، ومن خلال الاطلاع على القانون، يمكن ملامسة حدود توفيق المشرع في إحكام هذه القواعد وسد الثغرات التي ظلت تعترى آليات تسوية المنازعات ببلادنا، على أن يتم التطرق للمواضيع التي أغفلها، ليتم بعد ذلك مناقشة بعض الإشكاليات المطروحة.

يلزم التذكير قبل ذلك، بأنه خلال مراحل سابقة تم تدارس مسودة مشروع قانون التحكيم، وتم طرح خيار بين سن مدونة خاصة بالتحكيم، وبين دمج المقتضيات الجديدة في قانون المسطرة المدنية، فوقم الاختيار في البداية على التقنية الأولى، لما لها من وقع ببيكولوجى على المعنيين بالأمر، وخاصة المستثمرين الأجانب، وإثارة انتباههم إلى وجود قانون خاص بالتحكيم، غير أنه سرعان ما تم التراجع عن هذا الخيار لفائدة التقنية الثانية، المتمثلة في دمج القانون رقم 08.05 ضمن قانون المسطرة المدنية تأسيا بالمشرع الفرنسى، والآن يتم العودة مرة أخرى إلى تبني التقنية الأولى، ما ينم عن وجود تدبب عند المشرع. لكن مع ذلك وبخلاف ما كان ينتظر، فلم يتم سن تشريع عام يضم جميع الوسائل البديلة لحل النزاعات أو أهمها، بحيث يشمل التحكيم والوساطة والصلح والتوفيق وغيرها، إنما ارتأى المشرع تنظيم التحكيم والوساطة الاتفاكية فقط، ولم يتطرق إلى التوفيق بالرغم من تنظيمه في العديد من التشريعات المقارنة والاتفاقيات الثنائية والدولية، وفي نفس الاتجاه لم يتم تنظيم الصلح، وهذا أمر غير مفهوم، إذ لم يتم مراعاة كون الصلح كان ولا زال متجذرا في الأعراف والتقاليد المغربية، وأنه يتطور في إطار غير منظم، ومن شأن تنظيمه أن يسهم في ضبطه وتشجيع اللجوء إليه.

فيما يتعلق بالاختصار على الوساطة الاتفاكية، فلا يمكن الاختلاف على أن هذه الأخيرة توفر مجالا هاما للأطراف الذين بوسعهم تكييف إجراءات القانون مع قضيتهم، ما يؤمن لهم إطارا أساسيا للمواقف التي لم يتوقعوها أو ولم يضموها إلى العقد، إضافة إلى تفادي حالات عرض النزاع على القضاء الرسمي. وإذا كان القانون رقم 95.17 قد كرس نمطا غير تقليدي لحل النزاعات، عبر قيام المتنازعين بتعيين وسيط يتم تكليفه بتسهيل الاتفاق بينهم، دون اللجوء للقضاء، فإن العديد من المهتمين كانوا ينتظرون من المشرع العمل على دمج الوساطة القضائية، حتى أنه لم يفتح المجال أمام القاضي لاقتراحها على الخصوم، وأنه بهذا الإحجام عن إقرارها يكون قد أغلق الباب عن إمكانية التدارك في بعض القضايا التي يمكن حلها دون حكم قضائي أو تحكيمي، ولعل ذلك راجع لعدة أسباب، وقد يرى المشرع بأن الأخذ بالوساطة القضائية فيه نوع من الإهدار للزمن القضائي في الحالة التي لا تنجح فيها هذه الآلية، لتعود القضية إلى المحكمة من جديد، وهو ما قد يؤخر الفصل في القضية لزم أطول، غير أنه يجب الانتباه إلى أن هناك بعض القضايا البسيطة التي يمكن فيها للوساطة القضائية أن تعمل بمثابة جهاز امتصاص أو مصفاة للحيلولة دون إثقال كاهل القضاء، بالإضافة إلى

أن الوساطة التي تتم تحت إشراف القضاء قد يكون لها وقعا مهما على المتقاضين الذين سيشعرون بأهميتها في فض النزاعات. وهكذا نصل إلى نتيجة مفادها أن تخلف القانون رقم 95.17 عن التنصيص على الوساطة القضائية، يكون قد أهدر فرصة هامة وقفز على خطوة أساسية من خطوات إصلاح منظومة العدالة. ليس هذا فقط ما تم إغفاله، فالقانون لم يفصل في أحكام الوساطة كما فصل في التحكيم، ولم يعمل على إقرار النفاذ المعجل في الوساطة كما أقره في التحكيم، إضافة إلى أنه لم ينظم الوساطة الدولية على غرار ما أقره في التحكيم الدولي.

يتضح إذن بأن القانون رقم 95.17 لم يتوسع في معالجة أحكام الوساطة، لكن هناك من سيعتبر بأن سبب هذا الاختيار قد يعزى إلى أن دور الوسيط يظل محصورا فقط في تيسير الحوار وتقريب وجهات النظر بين أطراف النزاع، وتسهيل الوصول إلى الحل، ولذلك لم تكن الحاجة إلى ضمانات إجرائية كما هو الحال بالنسبة للتحكيم، لكن بالرغم من ذلك فقد كان على المشرع أن يتوسع في معالجة تلك الأحكام، بما يضمن نجاعتها.

وبعيدا عن المواضيع غير المثارة في القانون المعالج، تطرح إلزامية اتفاق الوساطة أكثر من تساؤل، فهذا الاتفاق نابع عن سلطان إرادة أطراف النزاع، ومعلوم أن هناك عدة مقتضيات قانونية تلزم بالاتفاقات المكتوبة¹، كما أن المبدأ العام يعتبر بأن العقد شريعة المتعاقدين، لكن بالرجوع إلى مقتضيات المادة 100 من القانون رقم 95.17 التي تنظم الرقابة القضائية على هذا الاتفاق، نجد أنها تنص على أن الصلح يكتسي مباشرة قوة الشيء المقضي به²، ويستفاد من منطوق المقطع الأول من هذه المادة أن قوة الشيء المقضي به يكتسيها الصلح دونما حاجة إلى التذييل بالصيغة التنفيذية، فلماذا نحتاج إلى هذا التذييل إذن؟

يبدو أن هذه العبارة التي ورثها القانون المذكور عن القانون رقم 08.05 قد تسربت بشكل معيب إلى صياغة هذه الفقرة دون استدراك، إذ يلاحظ أن عبارة "قوة الشيء المقضي به"، وردت قبل عبارة "التذييل بالصيغة التنفيذية"، وهو أمر قد يثير مجموعة من الإشكالات، وقد كان حريا بالمشرع استخدام عبارة "حجية الشيء المقضي به" عوض عبارة "قوة الشيء المقضي به" على غرار ما تم التنصيص عليه في الفقرة الأولى من المادة 53 في شأن الأحكام التحكيمية³.

كما أن هناك إشكالا آخر يطرح بخصوص ما ورد بالمقطع الثاني من ذات المادة، التي اعتبرت أن الصلح يمكن أن يذيل بالصيغة التنفيذية، والملاحظ أنها تنص على إمكانية اختيار هذا المقتضى دون إجباريته، وهو

¹ خاصة المقتضيات المتعلقة بالفصول من 1098 إلى 1116 من قانون الالتزامات والعقود.

² تنص المادة 100 من القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية على أنه: "يكتسي الصلح بين الأطراف قوة الشيء المقضي به، ويمكن أن يذيل بالصيغة التنفيذية من قبل رئيس المحكمة المختصة محلليا للبت في موضوع النزاع داخل أجل سبعة أيام".

³ تنص الفقرة الأولى من المادة 53 من القانون المذكور على أنه: "تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الشيء المقضي به بخصوص النزاع الذي تم الفصل فيه، وتكون واجبة النفاذ مع مراعاة أحكام هذا القانون".

ما تثيره عبارة "يمكن"، الأمر الذي قد يفتح المجال أمام إشكالية الامتناع عن التنفيذ، وهو أمر يمكن تلافيه لو أن المشرع نص على إجبارية تذييل مقرر الوساطة بالصيغة التنفيذية، ليصبح سندا تنفيذيا قابلا للتنفيذ العادي أو الجبري.

قد يثار إشكال في هذا الصدد، عندما يمتنع أحد الأطراف عن تنفيذ مقتضيات الصلح، خاصة عند عدم تذييله بالصيغة التنفيذية من طرف رئيس المحكمة المختصة، مما يدفع بالطرف الثاني إلى اللجوء للقضاء في إطار دعوى مؤسسة على القواعد العامة للالتزامات، الشيء الذي لا يمس بصلة بالهدف المنشود من القانون المدروس، الذي يهدف إلى تخفيف العبء عن القضاء، إضافة إلى السرعة التي يحققها لأطرافه، وكان الأولى أن يتم التنصيص على مقتضيات تفرض الإلزام بمسطرة أيسر وأسرع، وأن يتم التنصيص على تطبيق القواعد المتعلقة بالتنفيذ المعجل للأحكام القضائية على مقتضيات الصلح، الذي تم عبر الوساطة، كما نص على ذلك بخصوص الأحكام التحكيمية¹.

وإذا كان هذا النكوص أو الامتناع عن التنفيذ من بعض الأطراف، ينبع عن فكر غير مشيع بثقافة الالتزام بالاتفاقات، فإنه في بعض الأنظمة الأنكلوساكسونية لا يثار هذا الإشكال، كون الاتفاقات المبرمة عن طريق الوساطة لا يتم تذييلها بالصيغة التنفيذية، إذ يصبح مقرر الوسيط بشأن الصلح قابلا للتنفيذ بمجرد توقيعه عليه إلى جانب الأطراف.

يبقى إشكالا آخر يمكن إيرادها في هذا الباب، وهو ما يتعلق بمآل الصلح بعد انصرام أجل التذييل بالصيغة التنفيذية المنصوص عليه في المادة 100 المذكورة، لأن القانون لم يتطرق لهذه المسألة، ونعتقد أنه كان يتعين على المشرع التطرق لهذه الحالة.

هذه الإشكاليات وغيرها تقودنا إلى طرح إشكالية أخرى تتعلق بمسألة الرقابة على عمل الوساطة، حيث يمكن القول بأن المراقبة التي يبسطها القضاء على الوساطة من خلال قيام رئيس المحكمة المختصة بمراقبة مدى مراعاة الشروط المنصوص عليها في القانون، من شأنها إفراغ الوساطة من أهدافها، إذ يمكن أن ينتج عن ذلك التصريح برفض طلب التذييل بالصيغة التنفيذية، أو الحكم ببطان اتفاق الوساطة، كما هو منصوص عليه ضمن مقتضيات المادتان 90 و 91 من القانون، أي أنه سيعيد اتفاق الصلح إلى نقطة الصفر، وهو ما يتنافى مع الأهداف العامة لفلسفة الوساطة، مع مراعاة النظام العام طبعاً. وفي هذا الصدد يمكن الإشارة إلى ما ذهبت إليه المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 18 مارس 2008 عندما رفضت قبول طلب التذييل بالصيغة التنفيذية للصلح المنجز بين طرفين عن طريق الوساطة في إطار مقتضيات القانون رقم 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية²، إذ جاء في التعليق: "... حيث لئن أجاز المشرع في الفصل

¹ - تنص الفقرة الثانية من المادة 53 من القانون المذكور على أنه: "تطبق القواعد المتعلقة بالتنفيذ المعجل للأحكام القضائية على الأحكام التحكيمية التي لا يطلب تذييلها بالصيغة التنفيذية".

² - الملف عدد 2008/1/1146، غير منشور.

55-327 للأطراف الاتفاق على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح ينهي النزاع، فإن الفقرة 62 من نفس الفصل اشترطت تحرير شرط الوساطة كتابة في الاتفاق الأصلي، أو في وثيقة تحيل إليه، وأن يتضمن إما تعيين الوسيط أو الوسطاء، وإما التنصيب على طريقة تعيينهم. وحيث أن الطالب لم يدل بعقد الوساطة ولا ما يفيد اتفاق الأطراف على عرض النزاع على وسيط معين، أو اتفاقهم على تعيين السيد (...) وسيطاً، إذ أن عقد الوساطة الذي يتم بمقتضاه تعيين الوسيط، هي الوثيقة التي يستمد منها هذا الأخير صلاحيته المتمثلة في تسهيل إبرام صلح لإنهاء النزاع، مما يبقى معه الطلب مخالفاً لمقتضيات الفصل 62-327 من قانون المسطرة المدنية ويتعين التصريح برفضه. لأجله نصرح برفض الطلب".

يتجلى من خلال هذا الأمر، أن رئيس المحكمة المختصة ييسر رقابته على عملية الوساطة ككل، حتى مسألة ثبوت الاتفاق، وهو المستفاد من هذا التعليل، غير أن مثل هذه القرارات من شأنها أن تحول دون إنجاح مسلسل اتفاقات الصلح بسبب خطأ أو سهو أو إهمال ناتج عن السرعة المطلوبة في احتواء النزاع، خاصة في الحالة التي لا يتم فيها التنصيب على اللجوء إلى الوساطة في العقد محل النزاع، وإنما يتم الاتفاق على اللجوء إليها بعد نشوب النزاع، وفي هذا الصدد كان على المشرع التنصيب على مقتضيات مرنة من شأنها تجاوز مثل هذه الإشكالات المسطرية التي تعيد النزاع إلى نقطة الصفر، كمنح رئيس المحكمة إمكانية مساعدة الوسيط والأطراف في تصحيح الخطأ، عبر توقيع اتفاق بين الأطراف على عرض النزاع على الوسيط المعني أو إعداد وثيقة تحيل على الوساطة، وأن تتضمن إما تعيين الوسيط أو الوسطاء وإما التنصيب على طريقة تعيينهم، ثم إعادة تحرير وثيقة الصلح بما يتلاءم ومقتضيات القانون، على اعتبار أن الأطراف قد توصلوا إلى حل النزاع، وهي الغاية التي يتوخاها كل من المشرع والقضاء والأطراف كذلك.

بعيدا عن ذلك، وبمناسبة قيامه بمهامه قد يقع الوسيط في بعض الأخطاء المادية أثناء تحرير وثيقة الصلح، والتي قد تطرح إشكالات من الناحية التطبيقية، فهل يمكن والحالة هذه الاحتكام إلى القضاء، أو رفع دعوى المسؤولية المدنية ضد الوسيط لمطالبته بالتعويض عن الضرر، وهل يوقف طلب التصحيح تنفيذ اتفاق الصلح، إذن كيف يمكن تصحيح الأخطاء المادية في هذه الحالة وفق القانون الجديد؟

الواقع أن القانون لم يتطرق لهذه المسألة، ونعتقد أنه يتعين حل هذا الإشكال، وفي هذا الصدد يمكن النهل من التجارب المقارنة والممارسات الفضلى، من ذلك ما ذهب إليه قرار للمحكمة العليا بولاية فلوريدا الأمريكية، التي قضت بأن: "المحكمة الابتدائية رفضت طلب الطعن الذي يوضح الخطأ الوارد في اتفاق تسوية الطلاق، بإعطاء الزوجة 25 سهما فقط بدل 2505 أسهم، وبما أنه لم يلحظ أحد الخطأ الوارد

في اتفاق التسوية، فالحكمة تقتصر فقط على شهادة وتصريحات الوسيط والوثائق الخاصة بشروط الاتفاق المتداولة في جلسة الوساطة¹.

هكذا كان بالإمكان التنصيص ضمن القانون على مقتضيات على النحو الذي يمنح رئيس المحكمة المختصة حق تصحيح الخطأ دون المساس بالجوهر، عبر اعتماد تصريحات الوسيط والاطلاع على وثائق الملف وإن اقتضى الأمر الاستماع إلى الأطراف. لكن بالمقابل يتعين كذلك التنصيص على إمكانية تأمين الوسطاء عن المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية التي قد يقعون فيها.

2- الجوانب التنظيمية :

فيما يتعلق بالجوانب التنظيمية، لا بد من الإشارة إلى بعض مظاهر الغموض التي تكتنف عملية الوساطة، وكذا بعض إشكالات ممارستها، إذ لم يتطرق القانون رقم 95.17 إلى إجراءات الوساطة التي ظلت غامضة منذ سن القانون رقم 08.05 ، وفي هذا الإطار يمكن التمييز بين الجانب المسطري والجانب التنفيذي.

إذا كانت صياغة المادة 93 من القانون رقم 95.17²، قد تجاوزت عيوب صياغة الفصل 64-327 من قانون المسطرة المدنية³، فقد تطرقت المادة 94 إلى المدة التي يجوز بموجبها للأطراف تمديد مهمة الوسيط، حيث اقتضت الصيغ السابقة لمشروع القانون، بما فيها الصيغة التي وافق عليها مجلس النواب في 22 يونيو 2021، على تحديد مدة الوساطة التي لا يجب أن تتجاوز خلال المرة الأولى ثلاث أشهر ابتداء من تاريخ قبول

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا بفلوريدا في القضية: «Haffa V. Haffa, 11 TH Judicial, circuit court, #93-13422-FC12, DADE COUNTY FL» (تاريخ القرار غير مذكور)، منشور بالموقع الإلكتروني لمجموعة وساطة فلوريدا: <http://www.floridamediationgroup.com> تاريخ الاطلاع: 2022/07/27.

² تنص المادة 93 من القانون رقم 95.17 على أنه: "يمنع على المحكمة المختصة النظر في نزاع كان موضوع اتفاق وساطة إلى حين انتهاء مسطرة الوساطة أو بطلان اتفاق الوساطة، ويجب عليها التصريح بعدم قبول الدعوى إذا أثير الدفع أمامها بوجود اتفاق وساطة من أحد الأطراف، ما لم يكن هذا الاتفاق باطلاً.

لا يمكن للمحكمة أن تصرح تلقائياً بعدم القبول دون إثارة الدفع من الأطراف".

³ ينص الفصل 64-327 من ق. م. على أنه: "يجب على المحكمة المحال إليها نزاع في مسألة أبرم الأطراف في شأنها اتفاق وساطة وفقاً لمقتضيات هذا الفرع أن تصرح بعدم القبول إلى حين استنفاد مسطرة الوساطة أو بطلان اتفاق الوساطة.

إذا كان الوسيط لم يعرض عليه النزاع بعد، وجب على المحكمة أيضاً أن تصرح بعدم القبول ما لم يكن اتفاق الوساطة باطلاً بطلاناً واضحاً.

لا يجوز للمحكمة في كلتا الحالتين أن تصرح تلقائياً بعدم القبول".

جاءت هذه الصياغة بشكل مهم، حيث اعتبر هذا الفصل أن تصريح المحكمة بعدم قبول الدعوى يعد أمراً وجوبياً مع وجود اتفاق وساطة، سواء تم اللجوء إليها في مرحلة عرض النزاع على الوسيط أو قبل ذلك، كما يتعين عليها إثارته دون قيد أو شرط شكلي، إذ أنه متى وجد عقد أو شرط الوساطة ولم يتم استنفاد هذه المسطرة الخاصة، فإن يد المحكمة تكون مبسوطة للتصريح بعدم القبول، لكن الفقرة الموالية جاءت غير منسجمة مع مقتضيات المذكورة عندما نصت على أنه: "لا يجوز للمحكمة في كلتا الحالتين أن تصرح تلقائياً بعدم القبول"، ما يعني أنه لا يمكن للمحكمة أن تصرح بعدم القبول من تلقاء نفسها، لكن يجب إثارة ذلك من قبل أحد أطراف النزاع. إذن كانت هذه الصياغة تجعل الفهم السليم مستعصياً إلى حد ما، إذ أنه في نفس النص، نجد الفقرتان الأولى والثانية تنصان وجوب التصريح بعدم القبول، أما الفقرة الثالثة فجعلتها مقيدة بشرط الدفع بذلك ممن له المصلحة، وهو تناقض كان الأولى تجاوزه في حينه لخلق الانسجام، ليس فقط بين مواد القانون الواحد ولكن بين فقرات المادة الواحدة.

الوسيط، وأن هذه المدة قابلة للتجديد وفق ما اتفق عليه أطراف النزاع بنفس الشروط المعتمدة لإبرام اتفاق الوساطة، ودون أن تحدد عدد مرات التجديد، وهو ما من شأنه أن يضرب بأحد أهم خصائص الوساطة المتمثلة في سرعة الفصل في النزاعات إذا ما تم الإصرار على تجديدها كل مرة، غير أنه تم تدارك الأمر في الصيغة النهائية بمجلس المستشارين عندما حسمت المادة المذكورة مدد التمديد مجتمعة في 3 أشهر إضافية، قبل أن يوافق عليها مجلس النواب كذلك في قراءة ثانية.

في نفس الاتجاه يلاحظ بأن القانون تدارك إشكالية آجال تقديم اتفاق الصلح للتذليل بالصيغة التنفيذية لرئيس المحكمة المختصة، من خلال ما نصت عليه المادة 100 من القانون، غير أنه مع ذلك ظلت المسطرة والشروط التي يلزم الوسيط أو الأطراف أو وكلائهم باتباعها غير واضحة.

بالمقابل، وفيما يتعلق بالتنفيذ، لم يتطرق القانون المدروس إلى مآل اتفاق الصلح الذي رفض طلب تذييله بالصيغة التنفيذية من طرف رئيس المحكمة المختصة، فهل يتم إرجاع وثيقة الصلح إلى الوسيط للقيام بإجراء الصلح بين الطرفين من جديد، أم يتم إلغاؤه نهائياً، أم يتم إحالة القضية على المحكمة للحسم في النزاع، أم تترك الحرية في ذلك للأطراف؟

أمام هذا الفراغ التشريعي، وبالبحث في التشريعات المقارنة، نجد أن المشرع السويسري مثلاً أوجب على القاضي أن يفحص ويصادق على اتفاق الوساطة، بحيث إذا كان الاتفاق كلياً أو جزئياً، يتعارض مع النظام العام أو القانون، فإن القاضي يأمر الأطراف بتعديل النقط المتعارضة، وذلك داخل أجل ثلاثين يوماً، كما يبلغ الوسيط بقرار رفض المصادقة. وإذا لم يلتزم الطرفان بذلك، أو ما إذا كان الاتفاق الجديد لا يستجيب للشروط المشار إليها، فإن القاضي يصدر حكماً، كما نصت على ذلك المادة (j) 71 من القانون رقم 8931 المعدل لقانون الإجراءات المدنية السويسري (E 3 05)¹.

من جهة أخرى، لم يسع القانون إلى تنظيم التحكيم والوساطة كمهن مساعدة للقضاء، وهو ما لن يسهم في فاعليتها وتطورها بالشكل المطلوب خاصة ما يتعلق بالوسيلة الثانية، إذ أن القانون عهد فقط بممارسة التحكيم أو الوساطة إلى شخص ذاتي كامل الأهلية مع بعض الشروط²، محافظاً بذلك على ما كان قد جاء به القانون رقم 08.05 وكذا توجهات بعض التجارب الأجنبية.

¹ - Les deux premiers alinéas de l'article 71 (j) de la loi 8931 modifiant la loi de procédure civile de la suisse (E 3 05) (Médiation civile), stipulent ce qui suit:

«1_ Si la convention est, en tout ou partie, contraire à l'ordre public ou au droit impératif, le juge donne par ordonnance la faculté aux parties de la modifier, en précisant les points susceptibles de ne pas être homologués et en leur impartissant à cet effet un délai qui, dans la règle, n'excède pas trente jours. Il informe en outre le médiateur d'un éventuel refus d'homologation.

2_ Si les parties ne donnent pas suite à son ordonnance ou si la nouvelle convention ne satisfait pas non plus aux conditions de l'alinéa 1, il remet la cause pour conclure et plaider et rend un jugement. Il procède ensuite conformément à l'article 116, alinéa 3».

² - المادتان 11 و 97 من القانون رقم 95.17.

هذا الفراغ الذي تركه المشرع، يحمل في طياته أكثر من معنى، والذي يمكن من خلاله القول بجواز ممارسة المهمة من طرف أي شخص طبيعي، وجد في نفسه الأهلية والشروط للقيام بذلك، وهو ما يدعو للاطلاع على بعض التجارب المقارنة في هذا المجال، إذ يعهد النظام الأنكلوساكسوني وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية بممارسة الوساطة مثلاً إلى كل شخص طبيعي أو معنوي، شريطة أن يكون مؤهلاً لذلك، حيث يمارسها القضاة المتقاعدون وقدماء المحامون والخبراء والمستشارون القانونيون، وهو ما يمكن الأخذ به في المغرب، فالقضاة المتقاعدون راكموا خبرات وتجارب طيلة سنوات من العمل والممارسة والاحتكاك بالملفات وأطراف الدعاوى، وهم بذلك يعتبرون مؤهلين لممارسة مهام التحكيم أو الوساطة، كما أن الأراضية القانونية لمهنة المحاماة تسمح بالقيام بهذه المهام، وذلك في إطار مقتضيات الفقرة الثالثة للمادة 9 من القانون رقم 28.08 المتعلق بمهنة المحاماة¹، التي اعتبرت أن القيام بمهام التحكيم والوساطة بانتداب من القضاء، أو بطلب من الأطراف، لا يتنافى مع مهنة المحاماة، هذا بالإضافة إلى إمكانية ممارستها من طرف الغرف المهنية والمراكز المحدثة ببعضها، كمراكز الوساطة والتحكيم.

بالمقابل نجد أن بعض التشريعات المقارنة عملت على تنظيم ممارسة هذه المهمة، خصوصاً في الأنظمة اللاتينية التي تتسم تشريعاتها بنوع من الدقة والتفصيل، لا سيما التشريعين الفرنسي والبلجيكي، حيث وضعت شروطاً للوسيط، فالتشريع البلجيكي أحدث لجنة فيدرالية للوساطة²، يدخل ضمن اختصاصاتها وضع معايير لقبول الوسيط حسب تخصصاتهم، إضافة إلى قبولهم واعتمادهم، أفراداً أو هيئات، وكذا سحب الرخص الممنوحة لهم بصفة مؤقتة أو نهائية، في حال إخلالهم بالشروط المنصوص عليها في الفصل 1726 من القانون القضائي البلجيكي³، ثم وضع ونشر لائحة الوسطاء المقبولين بدوائر المحاكم، مع الإشراف على تكوينهم المستمر عبر اعتماد آليات للتكوين والتدريب.

هذا التنظيم المحكم الذي وضعه التشريع البلجيكي، لحري بالمشرع المغربي أن يأخذ به في إطار انفتاحه على التجارب والممارسات الفضلى وبالأخص تجربة ولاية كاليفورنيا، لكن والحالة هذه، فالتشريع الحالي لا يتضمن أية دلالات على ذلك، كما أنه لم يشر في المقتضيات الانتقالية على أنه سيتم إصدار مرسوم تنظيمي لمهمة الوساطة، ويكون بذلك قد ترك فراغاً كبيراً على مستوى ممارسة هذه المهمة.

بغض النظر عن الملاحظات المقدمة، يمكن القول بأنه من شأن هذا القانون أن يقدم قيمة مضافة للترسانة القانونية الوطنية المؤطرة للتجارة الدولية والاستثمار، وأن يعزز الجهود المبذولة في هذا الإطار، وأن يساهم في توفير الحقل التشريعي الوطني على منظومة قانونية متكاملة ومنسجمة في مجال المال والأعمال.

¹ - القانون رقم 28.08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.101 الصادر في 20 من شوال 1429 الموافق 20 أكتوبر 2008 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة، الجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 7 ذو القعدة 1429 (6 نوفمبر 2008)، ص 4044.

² - المادة 1727 من القانون القضائي البلجيكي المعدل بقانون 21 فبراير 2005.

³ - من هذه الشروط: الأهلية؛ الخبرة والتجربة؛ المروءة والأخلاق الحسنة؛ انعدام السوابق القضائية والإدارية والتأديبية؛ التأهيل المناسب والكفاية المهنية اللازمة؛ ضمانات الاستقلالية والحياد.

خاتمة :

لقد أكد جلاله الملك من خلال الرسالتين الساميين الموجهتين إلى المشاركين في الدورتين الأولى والثانية لمؤتمر العدالة المنعقد بمراكش سنتي 2018 و2019، أن مسألة توفير المناخ المناسب للاستثمار لا يتوقف فقط عند تحديث التشريعات والقوانين، بل يتجاوزه إلى توفير الضمانات القانونية والاقتصادية الكفيلة بتحقيق الثقة في النظام القضائي، وتوفير الأمن الكامل للمستثمرين، وإقامة نظام قانوني ملائم يتوخى الحد من المنازعات، وهو ما يمكن أن تحققه الوسائل البديلة لتسوية المنازعات إذا ما وجدت لها البيئة المناسبة، باعتبار أنها لا تعمل فقط على فض المنازعات بالسرعة والمرونة اللازمتين، لكنها تعمل كذلك على الحفاظ على العلاقات بين مختلف الفاعلين، وهو غاية الطلب.

إذا كان المشرع قد حاول العمل على تجويد هذا النص ليصبح في مصاف القوانين المتقدمة والأكثر جاذبية ليستجيب للمعايير الدولية ولانتظارات المعنيين، ويساهم في الرفع من جودة مناخ الأعمال بالمغرب، فإنه سكت عن بعض المقتضيات، كما أن تنزيله تعثره مجموعة من التحديات، سواء على المستوى القانوني أو على مستوى الممارسة، منها وضعية المحكمين وتأهيلهم بالنظر إلى حساسية مجال الاستثمار، إذ ينطوي الرهان القادم على إعداد وتكوين المحكمين والوسطاء وتأهيل المراكز ذات الصلة ومواكبتها ودعمها وتشجيع إحداثها، لا سيما في ظل الانفتاح الاقتصادي على الأسواق الدولية وعلى الاستثمار الأجنبي، بالموازاة مع رهانات تحسين جاذبية الاستثمار وطمأنة الفاعلين الأجانب إلى الاستثمار داخل المغرب والسعي لضمان تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية لا سيما بعد مخلفات جائحة كورونا وتداعيات الحرب الروسية الأوكرانية.

وإذا كانت الإجراءات القضائية المتسمة بالبطء وارتفاع التكلفة تعد معطى عاما يمس غالبية الدول، فإن الرهان على مسلك الوسائل غير التقليدية تبقى مسألة حتمية لضمان حقوق المستثمر، وبما أن القضاء المغربي لا يخرج عن هذا المعمار، فإنه مطالب بمواكبة هذه التحديات، خاصة ما يتعلق بتبسيط المساطر القضائية وكذا تكلفة التقاضي، في أفق إنضاج وتطوير الوسائل البديلة لتسوية المنازعات كأداة استراتيجية للعدالة التصالحية، ليس فقط لتشجيع التجارة والاستثمار الدوليين، وإنما كذلك لإعادة بناء العلاقات بين مختلف الفاعلين، كخيار أصبح يفرض نفسه في ظل العولمة الاقتصادية القائمة على المنافسة وهيمنة معيار رأس المال على باقي المعايير المحددة للسياسات العامة في مختلف بلدان العالم.

❖ لائحة المراجع المعتمدة :

1- الخطب الملكية :

- الخطاب الملكي السامي بتاريخ 20 غشت 2009 بمناسبة الذكرى 56 لثورة الملك والشعب.

2- القوانين الوطنية :

- القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.22.34 الصادر في 23 من شوال 1434 (24 ماي 2022)، الجريدة الرسمية عدد 7099، بتاريخ 13 ذو القعدة 1443 (13 يونيو 2022)، ص 3579.

- القانون رقم 28.08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.101 الصادر في 20 من شوال 1429 (20 أكتوبر 2008) المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة، الجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 7 ذو القعدة 1429 (6 نوفمبر 2008)، ص 4044.

- القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.069 بتاريخ 19 ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)، الجريدة الرسمية عدد 5584، بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3894.

- القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.129 الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)، الجريدة الرسمية عدد 5584، بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3879.

- الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741.

- ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بقانون الالتزامات والعقود.

3- الأحكام والقرارات القضائية الوطنية :

- قرار رئيس المحكمة التجارية بالرباط في الملف عدد 2008/1/1146، بتاريخ 18 مارس 2008، حول طلب التذليل بالصيغة التنفيذية، (قرار غير منشور).

4- القوانين الأجنبية:

- القانون القضائي البلجيكي المعدل بقانون 21 فبراير 2005.

- القانون رقم 8931 المعدل لقانون الإجراءات المدنية السويسري (E 3 05) (الوساطة المدنية).

5- الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية :

- قرار صادر عن المحكمة العليا بولاية فلوريدا الأمريكية في القضية:
« Haffa V. Haffa, 11 TH Judicial, circuit court, #93-13422-FC12, DADE
COUNTY FL »

منشور بالموقع الإلكتروني لمجموعة وساطة فلوريدا :
<http://www.floridamediationgroup.com> تاريخ الاطلاع : 2022/07/27.

ممارسة حرية الرأي والتعبير عبر التطور التكنولوجي

Exercise of freedom of opinion and expression

through technological developmrent



الحسين الزقيم¹ محمد عبد الرحيم دكتور في القانون

العام ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط - جمهورية مصر العربية

Al-Hussein Al-Zeqeim Mohmed Abd Al-Raheim : Doctor

of Public Law, Faculty of Law, Assiut University, Arab Republic of Egypt

ملخص:

إذا كان من حق كل إنسان أن يتولى التعبير عن رأيه، وكذا عما يجول بخاطره من أفكار وآراء، إضافة إلى حقه في القيام بنشر هذه الأفكار والآراء بأي صورة من صور النشر، سواء بالقول أو بالكتابة أو غير ذلك من الوسائل، فأساس ذلك هو ما كفلته الدساتير بشأن حرية التعبير والصحافة والنشر.

لذا أصبح الاهتمام بوسائل الإعلام يتزايد ويأخذ أبعاداً أكثر عمقاً وشوئاً وأهمية وتأثيراً خاصة في ظل توعيه وتوجيه الرأي العام وتوحيد صفوفه ولو كان متعدد العقائد أو الأعراق، وذلك من خلال تطور الأدوات والتقنيات الإعلامية الحديثة من الصحافة الإلكترونية ، والإرسال التلفزيوني عبر الأقمار الاصطناعية، وشبكة الإنترنت ، التي مكنت وفي حدث غير مسبوق لحوالي ثلاثة مليارات فرد هم نصف سكان الأرض، أن يتابعوا بالصوت والصورة الحية في وقت واحد، الأحداث العالمية.

• الكلمات المفتاحية : التطور التكنولوجي - حرية الرأي والتعبير - الصحافة - البث الإذاعي - الحماية الدولية والدستورية والقضائية.

¹ Email : husseinalzeqeim@gmail.com

Abstract :

If every human being has the right to express his opinion as well as the ideas and opinions he wanders to add to his right to disseminate these ideas and opinion in any form of publishing, whether by word, writing or other means, this is what constitutions have guaranteed about freedom of expression, press and publishing.

So the interest in the media is growing and taking on more profound, comprehensive, important and influential dimensions, especially in the right of the awareness and orientation of the General Ray and the unification of its ranks, even if it is multi-faith or multi-ethnic, through the development of modern media tools and techniques from the electronic press, satellite television transmission and the internet, which has enabled and in an unprecedented event of about three billion people, half of the Earth's population, to follow.

- **Key word :** Technological development – Freedom of opinion and expression – Press – Broadcast – International, constitutional and judicial protection.

المقدمة :

شهدت الأعوام الأخيرة تطورات سريعة في ميدان الاتصال، انعكست بصورة كبيرة على ميدان الإعلام عموماً، حيث خلفت هذه التطورات أنماطاً إعلامية جديدة في مقدمتها الإعلام الإلكتروني على شبكة الإنترنت، التي تعتبر أكثر هذه الوسائط إثارة للجدل، حيث واكب ظهورها انتشار مظاهر شديدة التغيير عصفت بالمبادئ التقليدية للإعلام⁽¹⁾، ومن ضمن هذه التطورات أيضاً التي شهدها قطاع تكنولوجيا الاتصالات إمكانية البث بواسطة الأقمار الصناعية⁽²⁾، وظهور القنوات الفضائية العربية والأجنبية، واستخدام الأقمار الصناعية للراديو الصوتي بطريقة تختلف عما هو متبع في استخدام القنوات التلفزيونية⁽³⁾.

(1) أمنية نببح (المدونات الإلكترونية العربية المكتوبة بين التعبير الحرو والصحافة البديلة) بحث منشور في مجلة الخليج ، العدد 85، ص53.

(2) د/ طارق الشاري (الإعلام الإذاعي) الناشر/ دار أسامة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان ، سنة 2010م، ص 42 ، 43.

(3) د/عبد الفتاح بيومي حجازي (الجرانيم المستحدثة في نطاق تكنولوجيا الاتصالات الحديثة) الطبعة الأولى، سنة 2009م، ص16.

ومع ارتباط حرية الرأي والتعبير وحرية الحصول علي المعلومات وتداولها بشكل وثيق بمبادئ الحكم الرشيد والشفافية والنزاهة ومكافحة الفساد، خاصة في ظل التطور التكنولوجي الهائل الذي أحدث ثورة في الفرص المتاحة أمام تدفق المعلومات عبر الإنترنت وغيره من وسائل الاتصال تحولت هذه التقنيات إلي وسائط جبارة لتداول المعلومات بين البشر جعل الدول تتدخل بمحاولات أولية للمعالجة التشريعية لهذا التطور وهو أمر يعيب الدول التي تحكمها أنظمة سلطوية التي تفرض طوقاً علي عقول الأمة وتحصرها بسياج منيع لا ينفذ إلا ما تسمح به فيختفي بذلك النقد الجاد والبناء وتضمير المعارضة، وتنهار بورصة الأفكار وتختفي الديمقراطية⁽¹⁾.

• أهمية موضوع الدراسة :

تكمن أهمية هذا الموضوع في أن : الإنسان هو المحور الذي تدور حوله كافة الحقوق والحريات العامة صوتاً لذاته وإبقاءً لكيانه.

وتكمن أيضاً في أن : التطورات التكنولوجية لعبت دوراً كبيراً في بناء الحضارة الإنسانية الحديثة، وإن كانت قد أسهمت وبشكل جدي في انتهاك الحقوق والحريات العامة للأفراد.

كما تكمن أيضاً في أن : الحماية الدولية الواردة في المواثيق الدولية والإقليمية والحماية الدستورية والقضائية لحقوق الإنسان بمثابة الوثيقة الحارسة والضامنة الحامية لحقوقه وحياته الأساسية في معظم دول العالم.

• أهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلى : عرض دراسة تحليلية على المستويين الدولي والداخلي من خلال النصوص الدولية والدستورية والقانونية والقضائية في ظل تزايد مخاطر التطور التكنولوجي الذي أسهم بدوره في انتهاك وانتقاص الحق في حرية الرأي والتعبير.

وتهدف هذه الدراسة أيضاً إلي معرفة : أثر التطور التكنولوجي على وسائل الإعلام (الصحافة - البث الإذاعي - وشبكات التواصل الاجتماعي) من خلال الوقوف على الجوانب الايجابية والسلبية وذلك لاعتبار أن وسائل الإعلام من أقوى صور ممارسة حرية الرأي والتعبير إن لم تكن أقواها على الإطلاق.

كما تهدف هذه الدراسة أيضاً إلي معرفة : الضمانات الدولية والدستورية والقضائية التي تكفل حماية حرية الرأي والتعبير، ومدى بلوغها الحد المأمول لصون الكرامة الإنسانية.

(1) د/ شريف بسيوني ، أ / محمد هلال (الجمهورية الثانية في مصر) كتاب منشور على موقع جريدة الشروق المصرية .

- سبب اختيار موضوع الدراسة :

لكل دراسة دوافع وأسباب دفعت الباحث الكتابة عنها من هذه الدوافع والأسباب : أهمية موضوع الدراسة المتضمنة عالمية الحقوق والحريات الإنسانية الطبيعية المكفولة بنصوص الشريعة الإسلامية وكافة الأديان السماوية والمواثيق الدولية والدساتير الداخلية والقوانين الوضعية، والأحكام القضائية لمعظم دول العالم.

ومن هذه الدوافع والأسباب أيضاً : المكانة الهامة لوسائل الإعلام (الصحافة، البث الإذاعي، وشبكات التواصل الاجتماعي) التي تعتبر من المسائل الحيوية التي لا بد وأن تتناولها التشريعات بمزيد من الاهتمام والعناية في ظل ثورة الاتصالات والمعلومات.

كما أن من هذه الدوافع والأسباب أيضاً: غياب النصوص القانونية التي تنص علي حرية تداول المعلومات وكذلك انعدام الاجتهادات القضائية وندرة أحكامها.

- إشكاليات الدراسة :

تعالج هذه الدراسة بعض الإشكاليات التي ظهرت في الآونة الأخيرة: المتمثلة في الأحداث العربية والدولية وذلك عن طريق قيام الثورات والانتفاضات التي كانت من أبرز مطالبها تحقيق العدالة الاجتماعية والكرامة الإنسانية، الأمر الذي أعقب خلفه بيئة خصبة لوسائل الإعلام.

وتعالج هذه الدراسة أيضاً التعارض الواقع بين المصلحتين المتعارضتين : في حق الأفراد بوجه عام وحق الصحفيين بوجه خاص في التعبير عن آرائهم وأفكارهم من خلال أحقية حصولهم على المعلومات والأخبار من مصادرها المختلفة، وفي حق الدولة في الدفاع عن مصادرها العليا إذا ما تحولت تلك المعلومات والأخبار التي في حوزة الصحفيين إلى أداة تطل بها سلامة الدولة وأمنها الوطني.

كما تعالج هذه الدراسة أيضاً: حالة عجز النصوص التشريعية عن حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وعن كفالة حق الدولة في الحفاظ علي أمنها واستقرارها وسلامتها الداخلية والخارجية.

- تساؤلات وفروض الدراسة :

عندما تطرح هذه الدراسة علي بساط البحث يثار في ذهن الباحث عدة تساؤلات :

ما هي الأسباب التي يمكن أن تبرر فرض القيود على حرية الرأي والتعبير؟

ما هي النتائج المترتبة على التطور التكنولوجي الواقع على وسائل الإعلام؟

هل الحماية الدستورية والقانونية والقضائية تعمل على تحقيق مظاهر الديمقراطية في الظروف العادية والاستثنائية؟

• منهجية البحث في الدراسة :

اتبعت في هذه الدراسة أسلوب: البحث التحليلي وذلك باعتباره أكثر الأساليب العلمية المستخدمة في البحث العلمي، وكذلك لما يتمتع به من مرونة كبيرة وقدرة على دراسة الواقع بشكل كبير، والبحث المقارن وذلك من خلال توضيح موقف الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر والكيفية التي واجه بها المشرع التطور التكنولوجي الذي أثر بدوره على حرية الرأي والتعبير.

• هيكل الدراسة أو خطة الدراسة :

تتكون هذه الدراسة من مقدمة ومبحثين وخاتمة ونتائج وتوصيات .

المبحث الأول : التطور التكنولوجي لحرية الصحافة والبت الإذاعي.

المطلب الأول : أثر التطور التكنولوجي على حرية الصحافة والبت الإذاعي.

المطلب الثاني : الضوابط الأخلاقية والمهنية لحرية الصحافة والبت الإذاعي.

المبحث الثاني : الحماية الدولية والدستورية والقضائية لحرية الرأي والتعبير.

المطلب الأول : الحماية الدولية والإقليمية لحرية الرأي والتعبير.

المطلب الثاني : الحماية الدستورية والقضائية لحرية الرأي والتعبير.

الخاتمة والنتائج والتوصيات.

قائمة المراجع.

المبحث الأول

التطور التكنولوجي لحرية الصحافة والبث الإذاعي

تعتبر حرية الصحافة من أقوى صور ممارسة حرية الرأي والتعبير إن لم تكن أقواها علي الإطلاق، في ظل وجود صحافة حرة مستقلة لا تخضع للسيطرة الحكومية⁽¹⁾، ففي عقد الثمانينات شهدت الصحافة تطوراً ملحوظاً، تمثل في إدخال الحاسبات الإلكترونية في معظم جوانب العملية الصحفية، مما أحدث تطوراً جذرياً في صناعة الصحافة⁽²⁾.

ولقد أدى هذا الزخم التكنولوجي إلي ظهور شبكات التواصل الاجتماعي كـ (تويتر، فيسبوك، الوات ساب) باعتبارها وسيلة للتواصل بين الناس، فلا أخال أحداً ينكر أن الإنترنت أصبح مسرّحاً لوسائط الإعلام المتعددة من نص وصوت وصورة ولقطات فيديو، وأحد المعايير الأساسية في تقسيم مؤهلات ومعارف الصحفي⁽³⁾.

كذلك نجد أن البث الفضائي اليوم أصبح يشكل عصب الاتصالات الدولية، فقد ألغى المسافات وأصبح يشكل قضية سياسية في عصر تكنولوجيا الاتصال، حيث أتاحت الأجهزة الاتصالية المتطورة اليوم الاتصال السريع والمباشر ومعايشة الأحداث أولاً بأول، فالقنوات الفضائية اليوم تمثل أكبر وأخطر انعطاف في ثورة الاتصالات⁽⁴⁾، من خلال ما سبق ذكره يتبين لنا أن للتطور التكنولوجي أثراً علي حرية الصحافة وحرية البث الإذاعي، لذلك قمت بتقسيم هذا المبحث إلي مطلبين :-

المطلب الأول : أثر التطور التكنولوجي على حرية الصحافة والبث الإذاعي.

المطلب الثاني : الضوابط الأخلاقية والمهنية لحرية الصحافة والبث الإذاعي.

(1) محسن عوض (الشرطة وحقوق الإنسان) محاضرات وبحوث الدورات التدريبية لضباط الشرطة في مجال حقوق الإنسان عامي 2005/2004م، القاهرة، سنة 2006م، ص 201.

(2) نزار يعقوب عثمان علي (تأثير المواقع الإلكترونية علي التغطية الصحفية) دراسة تطبيقية على عدد من المواقع والصحف السودانية في الفترة 2011/2013، رسالة دكتوراه، كلية الإعلام، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، سنة 2010م، ص 45.

(3) السيد بخيت (الصحافة والإنترنت) الناشر/ دار العربي للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 2000 م ، ص 31، 32.

(4) محمد كحط عبيد الربيعي (الدور الثقافي للقنوات الفضائية العربية) المضامين والإشكال والتلقي ، دراسة تحليلية وميدانية لنماذج مختارة من القنوات الفضائية، رسالة ماجستير، مقدمة لمجلس الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، سنة 2007م، ص 37.

المطلب الأول

أثر التطور التكنولوجي على حرية الصحافة والبث الإذاعي

كان لثورة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات أثر كبير على شبكة الاتصال ومحتواها وأساليب إنتاجها والمتغيرات المشتركة في عملية الإنتاج، وقد تأثرت صناعة الصحافة كأحد أشكال الاتصال بالتطور التكنولوجي بشكل ملحوظ وهو الأمر الذي انعكس على كم ونوع المضمون، حيث شهد العقد الأخير من التسعينات تطويراً متعاضماً في المعالجة الرقمية للصحافة في مختلف مجالات العمل الصحفي، وهو تطويراً يكاد يقلب أوضاع الصحافة ويهدد في المستقبل المنظور بهدم الأسس الجوهرية التي يقوم عليها مفهوم الصحف باعتبارها دورية مطبوعة تصدر بشكل منتظم وفي مواعيد ثابتة متقاربة أو متباعدة⁽¹⁾.

بجانب أن النمو السريع لشبكة الاتصال الكونية مثل الإنترنت جعل توصيل الأخبار أسرع وأعمق مما قبل والأكثر من ذلك أن توصيل الأخبار على الإنترنت يختلف بشكل جوهري عن وسائل الإعلام التقليدية، ليس فقط في معدلات سرعتها أو تنوعها ولكن في الطريقة التي تقوم بها الأخبار، والطريقة التي يستهلك بها المستقبل هذه الأخبار، عن طريق تقديم خدمات إخبارية منقحة ومصنفة⁽²⁾.

لذا ظهرت صحافة الإنترنت وتطورت كنتاج لشبكة الإنترنت العالمية، التي هي عبارة عن مزج بين ثورة تكنولوجيا الحاسبات بما يعرف بالتقنية الرقمية، وكانت هي البدايات الفعلية لما أحدثته ثورتا الاتصال والمعلومات وما نجم عنها من تقنيات وتطورات ألفت بظلالها على الصحافة المطبوعة⁽³⁾، وساعدها على القيام بدورها في التغطية الصحفية بشكل أفضل وبصورة أكثر تفاعلية عما كانت عليه من قبل، وبالتالي زيادة تأثيرها على العلاقات السياسية والاقتصادية بين الدول، حيث تمثل البيانات والمعلومات التي تنقلها الصحف من مصادرها المختلفة أحد المتدخلات التي تبني عليها السياسات المختلفة، هذه السياسات هي التي تحدد في النهاية شكل وطبيعة العلاقات السياسية والاقتصادية بين الدول⁽⁴⁾.

ومن الملاحظ أن هناك العديد من التطورات التي شهدتها قطاع تكنولوجيا الاتصالات، منها إمكانية البث بواسطة الأقمار الصناعية، وعملياً يتكون نظام البث الإذاعي من سلسلة تبدأ بمحطة البث وتنتهي عند أجهزة الاستقبال (جهاز الراديو) والهدف من شبكة البث الإذاعي هو توفير تغطية لمنطقة معينة باستخدام

(1) فاروق أبو زيد (مدخل إلى علم الصحافة) عالم الكتب، الطبعة الثانية، القاهرة، سنة 1998م، ص23، 44.

(3) Newnkang and Junho H. Choi : structural Implications of the crossposting network of international news in cyberspace in the communication Research , Lomdon sage publications, vol 26 No 4 , 1999, P454- 455.

(3) فارس حسن شاكر المهداوي (صحافة الانترنت) دراسة تحليلية للصحف الإلكترونية بالفضائيات الإخبارية، رسالة ماجستير غير منشورة ، قسم الإعلام والاتصال الأكاديمية العربية ، كلية الآداب والتربية ، الدنمارك ، سنة 2007م ، ص 51، 50.

(4) سلام أحمد عبده (التأثير المتبادل بين حجم التغطية الصحفية وتوجهها وطبيعة النظام الصحفي والعلاقات السياسية والاقتصادية بين الدول العربية) رسالة دكتوراه غير منشورة ، كلية الإعلام ، جامعة القاهرة ، سنة 1998م، ص42.

عدد معين من الرسائل، وتوفير إمكانيات الاستقبال ذاتها في أية نقطة من تلك المنطقة⁽¹⁾، لذا يعد البث الإذاعي سواء التقليدي أو المباشر عبر القمر الصناعية أحد أنواع الاتصالات اللاسلكية.

ولما كانت القنوات التليفزيونية تشكل من خلال أخبارها وبرامجها الإخبارية من توجيه المجتمع وإشارة أفراده وتبصيرهم بقضايا التنمية وأهدافها، وهو ما أكده (هنري كاسير) بأن التلفزيون أثبت تأثيراً لا مثيل له في نقل الأنباء والمعرفة⁽²⁾، ويساعد علي خلق الإدراك السياسي لدي المشاهدين والإدراك السياسي هو الدرجة التي يصل إليها الفرد في فهم كافة المعلومات عن بلاده بصفته مواطناً صالحاً يقوم بواجباته السياسية على وجه صحيح، وفي تطوير الروح القومية والتعرف علي العالم الخارجي عن مجتمعهم مما ينعكس علي إدراكهم السياسي والاجتماعي⁽³⁾.

ولما كانت الثقافة السياسية مهمة في دعم قيم الولاء والانتماء وإحدى الثقافات في النظام الثقافي العام لأي مجتمع من المجتمعات، وإحداث تغيير بعض القيم السياسية التقليدية، فإن عوامل هذا التغيير عديدة منها التقدم التكنولوجي وقيام الثورات ونمو الديمقراطية والاتصال أو الاحتكاك الثقافي، والاتصال الثقافي هو تلك الظواهر الناتجة عن الاتصال المستمر بين الأفراد ذوي الثقافات المختلفة وما ترتب علي ذلك من تغييرات في الأنماط الثقافية⁽⁴⁾.

لذلك تعتبر المحطات التليفزيونية من أهم أدوات الاتصال الثقافي بين جميع دول العالم، ولعل هذا ما دفع (مارشال ماكلوهان) إلي القول بأن وسائل الإعلام خاصة التلفزيون حولت العالم إلي قرية علمية⁽⁵⁾، حيث أصبح من السهولة التبادل الإخباري اليوم خصوصاً عن طريق القمر الصناعي فهي جزء من الانفتاح علي ثقافات دول العالم المختلفة للمادة السياسية غير المباشرة، وبذلك تستطيع جذب الجمهور الإعلامي وتقديم المفهوم السياسي لهم في قالب مناسب مثل بعض البرامج الكوميديّة التي تتناول بالنقد بعض القضايا السياسية⁽⁶⁾.

ونظراً لأهمية وخطورة دور الأقمار الصناعية في تطوير البث التليفزيوني، وظهور القنوات الفضائية العربية والأجنبية التي من خلالها يتمكن المشاهد في أي مكان في الكرة الأرضية من متابعة الحدث مشاهدة حية حال وقوعه في أي مكان⁽⁷⁾، لذا عمدت النخب الحاكمة بتوظيف الإذاعة في التنشئة السياسية لمجتمعاتها

(1) د/ طارق الشاري، مرجع سابق، ص 42 ، 43 .

(2) محمد سعيد عبري (الخبر في وسائل الاتصال) مجلة الفن الإذاعي، العدد 93 ، اتحاد الإذاعة والتلفزيون ، القاهرة ، سنة 2008م، ص 15.

(3) مجدي محمد عبد الرحيم (التلفزيون والثقافة السياسية) مكتبة المعرفة الحديثة ، القاهرة ، سنة 2001م، ص 66 ، 67 .

(4) يوسف الشهاب (وسائل إعلامي بين الإثارة والموضوعية) وزارة الإعلام إدارة البحوث والترجمة ، الكويت ، سنة 2004م، ص 82 ، 83 .

(5) جلال غريب (مقدمة في وسائل الإعلام) مكتبة الشرق ، الزقازيق ، سنة 2003م، ص 52 .

(6) إبراهيم فؤاد خصاونة (تأثير المحطات التلفزيونية الأردنية الخاصة علي طلاب الجامعات في ضوء نظرية المسؤولية الاجتماعية) الناشر/

الجامعة الأردنية ، عماد البحث العلمي ، المجلد 41 ، العدد الأول ، سنة 2014م، ص 242 .

(7) د/عبد الفتاح بيومي حجازي (الجرائم المستحدثة في نطاق تكنولوجيا الاتصالات الحديثة) الطبعة الأولى ، سنة 2009م ، ص 16.

بهدف غرس قيم سياسية معينة تروج لها تلك النخب، وتعميق الولاء للنظام الحاكم القائم والشخصية الوطنية والكيان السياسي، والوحدة الوطنية داخل كل دولة.

ففي فرنسا: يعتبر دستور سنة 1946 من أهم الدساتير في فرنسا، حيث ذكر حرية الصحافة باعتبارها واحدة من أهم الحريات الأساسية للإنسان، وأورد في مقدمته ما يلي (يعلن الشعب الفرنسي بصورة علنية تمسكه بحقوق الإنسان وبمبادئ عرفت بإعلان سنة 1789) وأكدت وأكملت بمقدمة دستور سنة 1958 وتعديلاته سنة 2008، وهذا يعني أن دستور 1958 الصادر في 4 أكتوبر 1958 قد أحل مسألة تنظيم الحقوق والحريات العامة ومنها حرية الصحافة إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة 1789 الذي تؤكد مفهومة في مقدمة دستور 1946⁽¹⁾، ولم ينص أيضاً على حرية الرأي والتعبير صراحة، فقد تحدثت المادة (11) علي أن الاتصال الحر للأفكار والآراء أحد الحقوق النفسية للإنسان فكل مواطن يمكنه أن يتكلم ويكتب ويطلع بحرية مع عدم التعسف في هذه الحرية في الحالات المحددة قانوناً⁽²⁾.

لذلك تحتل حرية الصحافة مكانة كبرى في فرنسا تبين ذلك من خلال المجلس الدستوري الفرنسي المشكل وفقاً لدستور 1958 من تسعة أعضاء إلى جانبهم أعضاء آخرين بقوة القانون هم رؤساء الجمهورية السابقين، بأن أكدوا على حرية الرأي والتعبير وحرية الصحافة بأنها حرية أساسية، وضمها إلى قائمة الحريات الأساسية التي ينبغي أن تنال حماية أكثر من غيرها من بقية الحريات في مواجهة كافة سلطات الدولة (التنفيذية والتشريعية والقضائية) وقد أضفي المجلس على حق المواطن في الإعلام طابعاً دستورياً بحكمة الصادر في 1984/10/11م استناداً للمادة (11) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة 1789⁽³⁾.

في حين أن هناك قيوداً تم فرضها على حرية الصحافة وتداول المعلومات في قانون سنة 1881 الخاص بالصحافة استجابة لرغبة ملحة في وضع قانون خاص يميز بين ما يرتكبه المواطنون من مخالفات وجرائم يعاقب عليها القانون العام، وما يمكن أن يصدر عن الصحفيين من كتابات أو تعليقات تصنف في خانة المخالفات، ومن أهم القيود الواردة على حرية الصحافة في هذا القانون :-

حماية النظام العام وحقوق الغير وحماية القيم الخاصة بالجمهورية والتي يتمثل بعضها في الآتي :-

- القيود المفروضة على المعلومات والحصول على الوثائق المتصلة بشئون الدفاع والأمن القومي والمعلومات العسكرية التي لم تجعلها الحكومة علنية من أسرار الدفاع القومي، ويحظر نشرها بموجب قانون أو مرسوم من مجلس الوزراء.

(1) رشا خليل (حرية الصحافة تنظيمها وضماناتها) الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2014م، ص12

(2) نبيل صقر (جرائم الصحافة في التشريع الجزائري) دار الهدى ، الجزائر ، سنة 2007م، ص 5 .

(3) J.Robert,Droit.de L'homme et libertes fondamentals ,1996 ,p.15.

- تعطيل مبدأ حق الصحفي في حماية مصادرة في بعض القضايا مثل قضايا الإرهاب.
 - استمرار الدعم الحكومي للصحف اليومية الذي يمكن من خلاله أن تفرض السيطرة عليها من خلال الدعم المباشر وغير المباشر الذي تقدمه لها⁽¹⁾.
- وفي مصر: حرصت الدساتير المصرية المتعاقبة النص على حرية الرأي والتعبير، ولما كانت حرية الصحافة صورة من صور حرية الرأي والتعبير الأكثر أهمية والأبلغ أثراً خاصة في تكوين وتوجيه الرأي العام والتأثير فيه، لذلك أولتها الدساتير المصرية عناية خاصة بأن أفردت لحمايتها نصوصاً مستقلة تظهر من خلال المراحل التي مرت بها: -

- الدستور المصري عام 1923 :

نصت المادة (14) من دستور 1923 على أن (حرية الرأي مكفولة ، ولكل إنسان الإعراب عن فكره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو بغير ذلك في حدود القانون)، ونصت المادة (15) من ذات الدستور علي أن (الصحافة حرة في حدود القانون، وإنذار الصحف أو وقفها أو إلغاؤها بالطريق الإداري محظور كذلك، إلا إذا كان ذلك ضرورياً لوقاية النظام الاجتماعي).

- الدستور المصري عام 1971 :

نصت المادة (47) من دستور 1971 علي أن (حرية الرأي مكفولة، ولكل إنسان التعبير عن رأيه بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون، والنقد الذاتي والنقد البناء لسلامة البناء الوطني)، ونصت المادة (48) من ذات الدستور علي أن (حرية الصحافة والطبع والنشر ووسائل الإعلام مكفولة، والرقابة علي الصحف محظورة وإنذارها أو وقفها أو إلغاؤها بالطريق الإداري محظور، ويجوز استثناء في حالة الطوارئ أو زمن الحرب أن يفرض علي الصحف والمطبوعات ووسائل الإعلام رقابة محددة في الأمور التي تتصل بالسلامة العامة أو أغراض الأمن القومي وذلك كله وفقاً للقانون)، وأكد ذات الدستور الساقط نفس الحكم مرة أخرى في المادة (208) منه⁽²⁾.

- الدستور المصري عام 2012 :

نصت المادة (45) من دستور 2012 علي أن (حرية الفكر والرأي مكفولة ، ولكل إنسان التعبير عن رأيه بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل النشر والتعبير)، ونصت المادة (48) من ذات الدستور أيضاً علي أن (حرية الصحافة والطباعة والنشر ووسائل الإعلام مكفولة، وتؤدي رسالتها بحرية واستقلال لخدمة المجتمع والتعبير عن اتجاهات الرأي العام والإسهام في تكوينه وتوجيهه في إطار المقومات الأساسية للدولة والمجتمع والحفاظ علي الحقوق والحريات العامة واحترام حرمة الحياة الخاصة

(1) حسني محمد نصر (قوانين وأخلاقيات العمل الإعلامي) الطبعة الأولى ، دار الكتاب الجامعي ، الإمارات العربية المتحدة ، سنة 2010م، ص 43 .

(2) وفي ذلك تكرار معيب للأحكام الدستورية جاء بمناسبة تعديل دستور عام 1980 وإضافة باب سابع إليه بعنوان "أحكام جديدة" جاء الفصل الثاني منه تحت عنوان "سلطة الصحافة " وقد كررت المادة الرابعة من قانون تنظيم الصحافة المصري الملغي نفس الحكم الوارد بالمادة 48 من الدستور الساقط وأضافت المادة الخامسة منه أن (يحظر مصادرة الصحف أو تعطيلها أو إلغاء ترخيصها بالطريق الإداري).

للمواطنين ومقتضيات الأمن القومي، ويحظر وقفها أو غلقها أو مصادرتها إلا بحكم قضائي، والرقابة علي ما تنشره وسائل الإعلام محظورة، ويجوز استثناء أن تفرض عليها رقابة في زمن الحرب أو التعبئة العامة).

- الإعلان الدستوري لعام 2013 :

عقب قيام ثورة 30 يونيو 2013 عطل دستور 2012 وصدر إعلان دستوري في 8 يوليو 2013، وبالرغم من أن عدد مواد هذا الإعلان 33 مادة إلا إنه لم يغفل النص علي حرية الرأي والتعبير، فقد نص في مادته (7) على أن (حرية الرأي مكفولة، ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشرة بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون)، ونصت المادة (8) من ذات الإعلان أيضاً علي أن (حرية الصحافة والطباعة والنشر وسائر وسائل الإعلام مكفولة، والرقابة علي الصحافة وما تنشره وسائل الإعلام محظور، ويجوز استثناء في حالة إعلان الطوارئ أو زمن الحرب أن يفرض علي الصحف والمطبوعات ووسائل الإعلام رقابة محددة في الأمور التي تتصل بأغراض الأمن القومي، وذلك كله وفقاً للقانون).

- الدستور المصري عام 2014 :

نصت المادة (65) من دستور 2014 على أن (حرية الفكر والرأي مكفولة، ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه بالقول أو بالكتابة أو بالتصوير، أو غير ذلك من وسائل التعبير والنشر)، ونصت المادة (70) من ذات الدستور أيضاً على أن (حرية الصحافة والطباعة والنشر الورقي والمرئي والمسموع والإلكتروني مكفولة، وللمصريين من أشخاص طبيعية أو اعتبارية عامة أو خاصة حق ملكية إصدار الصحف وإنشاء وسائل الإعلام المرئية والمسموعة، ووسائل الإعلام الرقمي، وتصدر الصحف بمجرد الإخطار علي النحو الذي ينظمه القانون، وينظم القانون إجراءات إنشاء وتملك محطات البث الإذاعي والمرئي والصحف الإلكترونية).

في حين أن هناك قيوداً تم فرضها علي حرية الصحافة وتداول المعلومات منذ عام 1923 وحتى الآن قيوداً تشريعية لتنظيم ممارسة حرية الصحافة وتداول المعلومات منها :-

- تقييد حق إصدار الصحف :

نصت المادة (206) من دستور 1971 الساقط علي أن (حرية إصدار الصحف وملكيته للأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة وللأحزاب السياسية مكفولة طبقاً للقانون)، ومن ثم فإن هذا النص كان يحرم الأشخاص الطبيعيين من الحق في إصدار الصحف وملكيته، وانعكس النص الدستوري السابق بشكل واضح في قوانين الصحافة المختلفة التي حرمت الأفراد من الحق في إصدار الصحف وملكيته، وهو ما يشكل قيوداً غير مبرر لحرية الأفراد في التعبير عن آرائهم.

وقد عدلت أحداث يناير 2011 دستور 1971 ليحل محله دستور 2012 المعطل الذي تلافي العيب السابق ونص في مادته (52) على أن (حرية إصدار الصحف وتملكها بجميع أنواعها مكفول لكل شخص مصري طبيعي أو اعتباري بمجرد الإخطار علي النحو الذي ينظمه القانون)

- تقييد تداول وتوزيع المطبوعات :

يعد قانون المطبوعات رقم 20 لسنة 1936 من أقدم القوانين التي تعوق حرية تدفق المعلومات، ذلك القانون الذي صدر عام 1936 ليلغي القانون رقم 98 لسنة 1931 والذي قامت فلسفته علي وضع نظام عقابي للحد من حركة المطبوعات وضمان السيطرة عليها سواء داخل مصر أو المطبوعات القادمة من الخارج ويقصد بكلمة مطبوعات في تطبيق أحكام هذا القانون وفقا للمادة الأولى منه (كل الكتابات والرسوم أو الصور الشمسية) ووفقاً لهذا التعريف فإن المطبوعات تشمل الصحف والكتب والدوريات والقصص المصورة وما إلي ذلك من وسائل نقل وتداول المعلومات المطبوعة .

- تقييد حق الحصول علي المعلومات المتعلقة بأنشطة الجهات العسكرية والأمنية :

كان أول تدخل تشريعي في مصر لمعالجة هذا التطور وفرض سيطرة الدولة علي الإفراط المحتمل في تدفق المعلومات هو قرار السيد رئيس الجمهورية رقم 101 لسنة 1998⁽¹⁾، بشأن إنشاء جهاز تنظيم الاتصالات السلكية واللاسلكية الذي يهدف علي وجه الخصوص إلي عدة أمور منها (حماية أهداف ومصالح الأمن القومي والحقوق السيادية للدولة)، والقانون رقم 100 لسنة 1971 المعدل بالقانون رقم 1 لسنة 1989 بشأن المخبرات العامة⁽²⁾ التابع لرئيس الجمهورية مباشرة.

فضلاً عن أن هناك عدد من القوانين الخاصة التي تحظر الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بالقوات المسلحة وبعض الأجهزة الأمنية كالمخبرات العامة، وكذلك بعض النصوص الواردة في قانون العقوبات، بوصفه القانون العقابي العام ولعل من أبرز القوانين التي تحظر نشر المعلومات العسكرية والجهات الأمنية:-

- القانون رقم 313 لسنة 1956⁽³⁾ المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 1976 الذي يحظر نشر أي أخبار عن القوات المسلحة.

- القانون رقم 58 لسنة 1937 المعدل بالقانون رقم 189 لسنة 2020 عدد من النصوص التي تجرم نشر أو تداول نوع معين من المعلومات⁽⁴⁾.

- حالة الطوارئ وتقييد حرية تداول المعلومات :

قانون الطوارئ رقم 162 لسنة 1958 هو قانون استثنائي يعاني المجتمع المصري منه منذ إصداره عام 1958 وحتى الآن، فهو بطبيعته يشكل أحد القوانين المقيدة للحريات العامة وحرية المعلومات خاصة، إذ

(¹) قرار رئيس الجمهورية رقم 101 لسنة 1998، إنشاء جهاز تنظيم مرفق الاتصالات السلكية واللاسلكي، نشر بالجريدة الرسمية، بتاريخ 1998/5/4م.

(²) القانون رقم 100 لسنة 1971 بشأن المخبرات العامة، نشر بالجريدة الرسمية، بتاريخ 1971/11/11م.

(³) القانون رقم 313 لسنة 1956 بشأن حظر نشر أي أخبار عن القوات المسلحة، نشر بالجريدة الرسمية، بتاريخ 1956/8/18م.

(⁴) د/احمد فتحي سرور (الوسيط في شرح قانون العقوبات) القسم الخاص، الطبعة الرابعة، القاهرة، سنة 1991م، ص 63.

ينطوي علي بعض النصوص التي تعطي لرئيس الجمهورية سلطات مطلقة تقيد من حرية تداول المعلومات، وعلي الرغم من أن هذا القانون هو قانون استثنائي إلا أنه أكثر القوانين المعيقة لحرية تداول المعلومات حيث كثيراً ما اعتمدت عليه الحكومة في التنصل من التزاماتها الدولية فيما يتعلق بإتاحة المعلومات للجمهور ومن أبرز التطبيقات المقيدة لحرية تداول المعلومات أثناء فرض حالة الطوارئ:-

- الأمر الجمهوري رقم 1 لسنة 1967⁽¹⁾ الذي صدر استناداً للمادة الثالثة من القانون رقم 162 لسنة 1958 بشأن حالة الطوارئ يوم 5 يونيو 1967 المعروف بنكسة 67، والأمر الجمهوري رقم 69 لسنة 1974⁽²⁾ بتعديل الأمر السابق وذلك بإلغاء الرقابة علي المكالمات..... .
- القرار الجمهوري رقم 174 لسنة 2021 بإعلان حالة الطوارئ⁽³⁾ في جميع أنحاء البلاد..... وبإحالة بعض الجرائم من النيابة العامة إلي محاكم أمن الدولة طوارئ..... .
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1165 لسنة 2021 بشأن مد حالة الطوارئ لمواجهة تداعيات انتشار فيروس كورونا⁽⁴⁾.

تعقيب الباحث :

يرى الباحث أن الوقت الذي يستمر فيه تقدم تكنولوجيا المعلومات وازدياد كثافة تدفق المعلومات وتعدد النظم الاجتماعية والسياسية والاقتصادية في العالم، وشعور الأفراد المتزايد بكيانهم الذاتي وفاعليتهم كأفراد في بناء مجتمعاتهم، جعل نظرتهم تتغير نحو تلك المعلومات والتكنولوجيات، وظهر موقف جديد يعبر عن عهد جديد أكثر إيجابية، هذا الموقف الجديد أصبح يطلق عليه اسم (عصر المشاركة) الذي تزايدت فيه دوائر الاتصال والتبادل اتساعاً بغير حدود أو قيود، هذا العصر يضم الملايين من الأفراد الذين يشاركون في مناقشة المشكلات وإيجاد الحلول، بل وإثارة مسائل وقضايا جديدة عن طريق الشبكات الدولية، وأهمها الشبكة العنكبوتية (الانترنت).

آية ذلك ودليله التغيير الإيجابي الذي شهدته حرية الرأي والتعبير في مصر خلال عام 2011، وبصفة خاصة أحداث يناير التي حطمت الكثير من القيود التي كانت تحد من ممارسة الأفراد لحقهم في التعبير عن آرائهم بحرية، وتزايد الدور المؤثر لشبكات التواصل الاجتماعي علي شبكة الانترنت وتطورها وتضاعف عدد مستخدميها، بعد أن أسهمت وبشكل غير مسبوق في ثورة 30 يونيو الثورة التي استطاعت استنقاذ الشعوب والأمم من أنياب ومخالب الذئاب الضالة الجارحة، والتي أجهضت المخطط الأسود الملعوم الذي أوشك أن يفقد في الإنسان الذات واللذات ويقبر الحقوق والحريات.

(1) الأمر الجمهوري رقم 1 لسنة 1967- نشر في الجريدة الرسمية - العدد 63 مكرر - بتاريخ 1976/6/5م.

(2) الأمر الجمهوري رقم 96 لسنة 1974- نشر في الجريدة الرسمية - بتاريخ 1974/9/23م.

(3) الجريدة الرسمية - العدد 16 (مكرر) في 25 ابريل سنة 2021م.

(4) الجريدة الرسمية - العدد 21 (مكرر) في 31 مايو سنة 2021م.

وفي النهاية أرى أن التطورات التكنولوجية هي أحد الأدوات الرئيسية لضمان حرية تداول المعلومات، باعتبار أنها تبث من خلالها لعدد غير محدود من الجماهير بشكل مباشر دون تدخل من الدولة، فضلاً عن ضمانه تعدد المصادر المعلوماتية، هذا التعدد في تقديري يعد ضمانه للمتلقي في مساعدته للوقوف على الآراء المتباينة حول أي موضوع سياسي كان أم غير سياسي واختلافاته في التناول، مما يساعده على تكوين رأي خاص به، كما أنه يعد ضمانه ضد الدول والأنظمة التي تفرض رقابة على المعلومات.

المطلب الثاني

الضوابط الأخلاقية والمهنية لحرية الصحافة والبث الإذاعي

لا يمكن بحال من الأحوال مقارنة العمر الطويل للصحافة التقليدية بالصحافة الإلكترونية التي لا زالت في عقودها الأولى، لكن هذا العمر القصير كان كافياً ولو بشكل نسبي لإبراز خصائص متعددة ومرتبطة بهذه الظاهرة المتنامية، كما لا يغيب عن البال أيضاً دور البث الإذاعي وما ينفرد به من مزايا قد لا تتوفر في وسائل الإعلام، ومن هذه المزايا نقل الأحداث والوقائع في منازلنا في صورة متكاملة، تعتمد مشاهدتها على الصوت والصورة والحركة واللون في صورة أقرب للواقع، خاصة إذا اقترن الخبر الإذاعي برؤيته على الشاشة الصغيرة مصوراً في موقعة فإن ذلك أدعي إلي تصديقه⁽¹⁾.

وعلى الرغم من هذه المزايا والسمات التي تتسم بها الصحافة الإلكترونية، والبث الإذاعي المباشر إلا أن هناك أخلاقيات وممارسات مهنية يجب توافرها، فضلاً عن الإيجابيات والسلبيات التي تسببت فيها التقنية التكنولوجية الحديثة التي أثرت بدورها عليهما.

أولاً :- الضوابط الأخلاقية لحرية الصحافة الإلكترونية :

تمثل ظاهرة الصحافة الإلكترونية تحدياً أخلاقياً جديداً للعمل الإعلامي في عصر الإعلام الجديد، حيث تشمل الصحافة الإلكترونية كل أشكال التعبير الإلكتروني الموجودة على شبكة الإنترنت بداية من النسخ الإلكترونية للصحف الورقية، وانتهاء بصحافة المواطن، لذا تعد الممارسة الإعلامية مهنة نبيلة يجب أن تمارس في إطار الأسس الأخلاقية القانونية والتشريعية والمهنية، فالمؤسسة الإعلامية مسؤولة أمام المجتمع وأمام الرأي العام، ومسؤولة أخلاقية كبيرة جداً عندما تضخم أشياء وتحجب أشياء أخرى، فجريمة التضليل والتزييف والمخالطة والكذب أخطر بكثير من أي جريمة أخرى، فعندما تكذب المؤسسة الإعلامية أو تغالط فأنها تكذب على ملايين البشر وليس على شخص واحد، وهنا تكمن أهمية الأخلاق والالتزام والنزاهة التامة في العمل الإعلامي⁽²⁾.

(1) د/ محمد فهدى (الصوت والصورة) سلسلة كتب من الفن والحياة، الناشر/ دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص47.

(2) محمد قيراط (المعوقات المهنية والتنظيمية للصحافة العربية) بحث منشور على موقع البوابة العربية لعلوم الإعلام والاتصال.

لذلك يمكن تقسيم تاريخ أخلاقيات الصحافة إلى خمس مراحل تقريباً، جميعها مرتبطة بنظريات ومبادئ وأهداف العمل الصحفي : -

المرحلة الأولى : بدأت مع بداية ظهور الصحافة الغربية خلال القرنين السادس والسابع عشر، وعلى الرغم من أن الصحافة في هذه المرحلة كانت تعتمد على الطرق البدائية لجمع الأخبار، إلا أنها كانت تتمتع بالنزاهة والمصداقية في ظل النظرية السلطوية التي كانت ترى الصحافة خادمة لها.

المرحلة الثانية : كانت بداية ما يسمى بأخلاقيات العلم كعقيدة أساسية للصحافة التي تخدم المجتمع وبالأخص في المجتمع الفرنسي وفي الولايات المتحدة الأمريكية، حيث حارب الصحفيون هناك من أجل الحفاظ علي حقوق المواطنين، وتحولت الصحافة إلي مؤسسة اجتماعية هدفها الخدمة العامة، وتعتبر هذه المرحلة هي بداية الاعتراف بالصحافة كسلطة رابعة في المجتمع⁽¹⁾.

المرحلة الثالثة : جاءت خلال القرن التاسع عشر التي افترضت أن وجود صحافة حرة مستقلة هو أمر ضروري للحفاظ علي الحريات العامة.

المرحلة الرابعة : بدأت هذه المرحلة لأخلاقيات الصحافة التي اعتمدت علي نظرية المسؤولية الاجتماعية التي تم تطويرها علي يد مجموعة من العلماء والإعلاميين، وهي تطالب بصحافة حرة ولكن مسؤولة لتستطيع أن تدافع عن مصالح الجماهير.

المرحلة الخامسة : وهي أخلاقيات الصحافة مع ظهور الإنترنت، فقد حدثت حالة من التواصل بين الوسائط الإعلامية، ففي هذه المرحلة تحولت وظائف الصحفيين وأدوارهم وتغيرت في النموذج الاتصالي كله وانضمت فئات جديدة إلي صفوف القائمين بالاتصال مما أحدث خلل كبير في منظومة الأخلاق الصحفية.

ونظراً لكون الصحافة الإلكترونية مهنة كغيرها من المهن يجب أن يتخلق العاملون بها بالأخلاقيات التي تكسبهم الاحترام وثقة الناس، فمن هذه الأخلاقيات ما يلي : -

الحقيقة : يجب على الصحفيين الإلكترونيين السعي بإصرار للحصول على الحقيقة وتقديم الأخبار بدقة وفي سياقها وعلى أكمل وجه.

الإنصاف والعدل : يجب على الصحفيين الإلكترونيين عرض الأخبار بإنصاف وحيادية وإضافة قيمة أساسية على ما هو مهم وذو علاقة.

الصدق : يجب على الصحفيين الإلكترونيين أن يقدموا الأخبار بصدق وشرف وأن يتجنبوا تضارب المصالح وأن يجترموا كرامة وذكاء الجمهور.

(1)Stephen j.a.word.global journalism ethics: widening the conceptual base, global media journal, volume1. Issuel .2008,p140.

الاستقلالية: يجب أن يدافع الصحفي عن استقلاليته ويدفع الذين يسعون إلى التأثير عليه والسيطرة على مضمون خبره.

الحاسبة: يجب على الصحفيين الإلكترونيين أن يدركوا أنهم معرضون للمحاسبة على أعمالهم أمام الجمهور والمهنة وأنفسهم⁽¹⁾.

ثانياً - الممارسة المهنية لحرية البث الإذاعي المباشر :

تنقل المحطات التلفزيونية رسالة تأثيرية إلى داخل الإنسان، فهي سيد الرسالة غير المباشرة، كما أنها ليست حصّة للتلقين ولا خطاباً مباشراً ولا مادة تقدم للحفظ، بل تعطي تأثيرها الأكبر بشكل غير مباشر على الأفراد وخاصة الشباب ويبرز ذلك من خلال منظور نظرية المسؤولية الاجتماعية فيما يلي⁽²⁾:-

الحفاظ علي القيم: وهي عملية خلق الاستمرارية الكلية للثقافة.

تطوير القيم: وذلك إما أن يكون عن طريق استعارة قيم ثقافية سياسية، أو عن طريق تنمية سلوك التغير في الإطار الثقافي.

توليد القيم: تسهم المحطات التلفزيونية في توليد قيم الولاء والانتماء عن طريق إثارة المناقشة حول المسائل السياسية وإظهار رأي القادة وجعل المسائل المطروحة واضحة مما يؤثر علي اتجاهات الأفراد.

لذا تكمن الجوانب الايجابية لحرية البث الإذاعي عبر التطور التكنولوجي في :-

أن البث الإذاعي اليوم أصبح يشكل عصب الاتصالات الدولية، فقد ألغى المسافات وغدا يشكل قضية سياسية في عصر تكنولوجيا الاتصال، حيث أتاحت الأجهزة الاتصالية المتطورة اليوم الاتصال السريع والمباشر ومعايشة الأحداث أولاً بأول، وبلا شك فإن القنوات الفضائية اليوم تمثل أكبر وخطر انعطاف في ثورة الاتصالات⁽³⁾.

فضلاً عن أن تأثير الخبر الإذاعي في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية أو غيرها علي نحو معين، وذلك من خلال الاطلاع علي العديد من التعريفات والاستنتاجات⁽⁴⁾، ويتميز التلفزيون في ظل البث المباشر ببعض من المزايا التي يشارك فيها وسائل الإعلام الأخرى وينفرد بمزايا قد لا تتوافر في بقيتها، ومن هذه المزايا الأحداث والوقائع التي نشاهدها في منازلنا في صورة متكاملة تعتمد علي الصوت والصورة

(1) الصحافة الإلكترونية، على موقع الإنترنت -/https://www.youm7.com- تاريخ الزيارة 2017/1/12م- الساعة 9 صباحاً.

(2) محمد عرفة (الإعلام والتنمية السياسية) الناشر/ دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2007م، ص 142.

(3) محمد كحط عبيد الربيعي (الدور الثقافي للقنوات الفضائية العربية) المضامين والإشكال والتلقي، دراسة تحليلية وميدانية لنماذج مختارة من القنوات الفضائية، رسالة ماجستير، مقدمة لمجلس الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، سنة 2007م، ص 37.

(4) إبراهيم إمام، (الإعلام الإذاعي والتلفزيوني)، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2008م، ص 13.

والحركة واللون في صورة أقرب للواقع⁽¹⁾، كما يتفوق التلفزيون في أنه وسيلة إخبارية في ظل ثورة الاتصال التي أتاحت إمكانية معالجة الأحداث عن بعد⁽²⁾، كما يتمتع التلفزيون أيضاً بالمصداقية والثقة العالية لدى الجمهور⁽³⁾.

وعلى الرغم من كل الجوانب الإيجابية إلا أنها أثرت تأثيراً سلبياً في تغيير القيم والاتجاهات بالنسبة للأفراد⁽⁴⁾ : -

عدم وضوح الأهداف الأساسية للسياسة الثقافية التي تنتهك وسائل الإعلام وعلي رأسها المحطات التلفزيونية، أيضاً قيامها بتضليل الرأي العام عن طريق بث مواد إعلامية مغلوطة وعدم التزام الحيادية في تغطيته للأخبار ومواضيع الساعة، بالإضافة إلى مساهمته في الانحلال الخلقي في المجتمع بسبب البرامج الخادشة للحياء والمتعارضة مع قيم ومبادئ المجتمع العربي⁽⁵⁾.

تعقيب الباحث :

يري الباحث أن المجالس العليا لتنظيم الإعلام المكلفة بضمان حماية الصحافة والبث الإذاعي لدية السلطة ليس فقط في ضمان الالتزام بأصول المهنة وأخلاقياتها، بل أيضاً في الرقابة علي مصادر تمويلها، وانطلاقاً من هذه السلطة المخولة له وبصفة خاصة في ظل الإطار الحالي للضوابط والمعايير الواجب الالتزام بها، وفي ظل وجود معايير غامضة تتعلق بمقتضيات الأمن القومي الغير محددة، فضلاً عن السيطرة التاريخية للدول علي وسائل الإعلام للحد من حرية الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام الأخرى، أري أنه لا بد من تنظيم قانون خاص بوسائل الإعلام في مصر يعمل إلي أقصى مدي ممكن بتضمين شروطاً والتزامات وضوابط وأحكاماً تخص ممارسة المهنة الإعلامية، علي أن يؤخذ في الحسبان الأهمية القصوى لحرية التعبير في مجتمع ديمقراطي.

كما أري أيضاً ضرورة استقلالها عن الحكومة لضمان حياديتها ونزاهتها وتأكيداً لمصداقيتها بين الناس، ولممارسة دورها المعهود في نقل المعلومات والأخبار والتعبير عن آراء الجمهور وطموحاته.

(1) د/ محمد فهدى (الصوت والصورة) سلسلة كتب من الفن والحياة ، الناشر/ دار النهضة العربية ، بدون تاريخ نشر ، ص 47.

(2) نبي عاطف العبد (دور نشر الأخبار في القنوات الفضائية العربية في ترتيب أولويات الجمهور المصري نحو القضايا المصرية والدولية) رسالة دكتوراه غير منشورة ، كلية الإعلام ، جامعة القاهرة ، سنة 2006م، ص 192.

(3) رشا محمد أحمد مرسي (تأثير استخدام تكنولوجيا الاتصال علي إنتاج نشرات الإخبار بالتلفزيون المصري) دراسة علي المضمون والقائم بالاتصال بالقناة الأولى، دراسة مقدمة لنيل درجة الماجستير، قسم الإعلام، كلية الآداب، جامعة أسيوط، سنة 2010م ، ص 123 .

(4) بدر الدين أبو غازي (التكامل بين التخطيط الثقافي والتخطيط الإعلامي) مطبوعات المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، الطبعة الثالثة، القاهرة، سنة 2001م، ص 61.

(5) فاطمة الزهراء بن غزة (الإذاعة المحلية ودورها في تحديد توجهات الرأي العام) إذاعات العرب الجزائري نموذجاً ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ، في علم الاجتماع والاتصال، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة أبي بكر بلقايد ، السنة الجامعية 2016/2017م ، ص

المبحث الثاني

الحماية الدولية والدستورية والقضائية لحرية الرأي والتعبير

أصبحت حرية الرأي والتعبير التي تمارس عبر وسائل الإعلام (الصحافة - والبث الإذاعي) من الأساسيات المسلم بها ومن ثم فقد حرصت بعض الدول علي النص عليها في العديد من إعلانات حقوق الإنسان التي أعقبت ثوراتها، مثل إعلان حقوق الإنسان والمواطن الذي صدر في فرنسا في 26 أغسطس 1789 مقررًا مجموعة كبيرة من الحقوق، منها حرية الرأي والتعبير التي نصت عليها المادة (11) على أنه (حرية إيصال الأفكار والآراء من أغلي حقوق الإنسان) والدساتير المتعاقبة علي مصر.

وقد حرص المجتمع الدولي على إيلاء الحق في حرية الرأي والتعبير أهمية خاصة في المواثيق والصكوك الدولية التي صدرت علي مدار العقود الماضية، لتمثل خلاصة ما أنجزه الفكر الإنساني منذ صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948 وما تلاها من اتفاقيات دولية وإقليمية.

ولقد لعب القضاء دورًا بارزًا في مجال حماية الحريات العامة بشكل عام وحرية الرأي والتعبير بشكل خاص في مجالاتها المتعددة سواء أكانت المدنية أو السياسية أو المهنية، واعتبرها من الحريات الأساسية التي تحتمها طبيعة النظام الديمقراطي حيث عمل على تأطير هذه الحرية بتوضيح مفهومها وبيان أهميتها وحدودها وضوابطها بالشكل الذي لا ينقص من جوهرها في الوقت الذي كانت تنتهك فيه هذه الحرية من قبل السلطة.

ونظرًا لأهمية الحماية الدولية لحرية الرأي والتعبير عبر وسائل الإعلام المختلفة، منها ممارسة حرية الرأي عبر الصحافة والبث الإذاعي، لذلك قمت بتقسيم هذا المبحث إلي مطلبين :-

المطلب الأول : الحماية الدولية والإقليمية لحرية الرأي والتعبير.

المطلب الثاني : الحماية الدستورية والقضائية لحرية الرأي والتعبير.

المطلب الأول

الحماية الدولية والإقليمية لحرية الرأي والتعبير

أولاً :- الحماية الدولية لحرية الرأي والتعبير :

• الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽¹⁾ :

نصت المادة (19) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن (لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء دون مضايقة وفي التماس الأنباء والأفكار وتلقيها إلي الآخرين بأية وسيلة ودونما اعتبار للحدود)، لذا تعتبر المادة (19) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الأساس القانوني لحرية تداول المعلومات، وذلك في ثلاثة نطاقات رئيسية:-

النطاق الأول : الحق في التماس المعلومات سواء أخذت هذه المعلومات صيغة الأنباء، أم صيغة الأفكار.

النطاق الثاني : الحق في تلقي المعلومات، أي استلامها من الغير.

النطاق الثالث : الحق في نقل المعلومات، أي نشرها أو إذاعتها.

وأهم ما يميز نص المادة (19) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في معرض حماية تداول المعلومات، أنه لم يقيد ممارسة هذا الحق بأية قيود وهو ما تجاوزته المواثيق الدولية التي تلتها علي النحو القادم.

• العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية⁽²⁾ :

نصت المادة (19) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية علي أن :-

(لكل إنسان حق في اعتناق الآراء دون مضايقة)، (لكل إنسان حق في حرية التعبير، ويشمل هذا الحق حريته في التماس مختلف دروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دونما اعتبار للحدود، سواء علي شكل مكتوب، أو مطبوع، أو في قالب فني، أو بأي وسيلة أخرى يختارها).

تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة (2) من هذه المادة واجبات ومسئوليات خاصة، وعلي ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود، ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون، وأن تكون ضرورية:

- لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم. - لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الآداب العامة.

(¹) اعتمد ونشر علي الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 12 كانون الأول/ديسمبر 1948.

(2) اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول /

ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ 23 آذار/مارس 1976، وفقا للمادة 49.

ولقد أقرت المادة (19) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الحق في المعرفة وحرية تداول المعلومات بطريقة مشابهة لما جاءت به المادة (19) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من حيث نطاق ممارسة الحق وعدم اعتبار الحدود الجغرافية ونوع الوسيلة المستخدمة، إلا أن نص المادة 19 من العهد الدولي قيد ممارسة هذا الحق بعدة قيود:-

القيد الأول: احترام حقوق الآخرين.

القيد الثاني: احترام سمعة الآخرين.

القيد الثالث: حماية الأمن القومي.

القيد الرابع: حماية النظام العام.

القيد الخامس: حماية الصحة العامة.

القيد السادس: حماية الآداب العامة.

وقد حذ نص المادة (19) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية نطاقاً واضحاً بتطبيق الاستثناءات السابقة وهو أن تكون منصوص عليها بموجب قانون وأن تكون ضرورية، إلا أن نص المادة (19) من العهد الدولي يؤخذ عليه أنه كرر نفس الإشكالية التي تنتاب تشريعات الكثير من الدول الديمقراطية والاستبدادية علي السواء، حيث إنه لم يضع تعريفات واضحة للاستثناءات الواردة علي حرية تداول المعلومات لكل من الأمن القومي، والنظام العام، والآداب العامة.

ولقد صدقت مصر علي العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بتاريخ 14 يناير 1982 ونشر بالجريدة الرسمية في 15 ابريل من ذات العام، ومن ثم فإنها تكون ملزمة بتطبيق العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وفقاً لنص المادة الثانية منه، ومن ناحية أخرى فقد كان دستور 1971 الذي تم التوقيع والتصديق علي العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في ظله بنص المادة (151) منه علي أن رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها إلي مجلس الشعب مشفوعة بما يتناسب مع البيان وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة، أي أن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بمشتملاته يعد بمثابة قانون من قوانين الدولة المصرية وجزء من نظامها القانوني⁽¹⁾.

ووفقاً لما نصت المادة عليه المادة (93) من الدستور الحالي لسنة 2014 علي أن (تلتزم الدولة بالاتفاقيات والعهد والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي تصدق عليها مصر، وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً للأوضاع المقررة)، فإن كان ذلك كذلك فإن مصر يقع علي عاتقها التزاماً دولياً بكفالة واحترام وضمنان حرية الرأي والتعبير، هذا الالتزام نابع من توقيعها وتصديقها علي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وأي إخلال من جانبها في هذا الصدد يعد بمثابة إخلال بالتزاماتها الناشئة عن هذا العهد، فضلاً عن كون ذلك يشكل إخلالاً بدستورها وقوانينها الوطنية.

(1) د/ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 71 وما بعدها.

ثانياً :- الحماية الإقليمية لحرية الرأي والتعبير :

• في نظام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان :

أنشأت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ضمن الآليات التي وضعها مجلس أوروبا لحماية حقوق الإنسان، ومجلس أوروبا هو منظمة حكومية تحتضن 43 دولة أوروبية تهدف إلي الترويج لمبادئ حقوق الإنسان والتعليم والثقافة وتعتبر إحدى أهم الوثائق القانونية التي أصدرها مجلس أوروبا الميثاق الأوروبي لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، والذي نص في المادة (10) منه على أن (لكل إنسان الحق في حرية التعبير، هذا الحق يشمل حرية اعتناق الآراء وتلقي وتقديم المعلومات والأفكار دون تدخل من السلطة العامة، وبصرف النظر عن الحدود الدولية).

وقد فسرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حرية تداول المعلومات في العديد من أحكامها، وعلي سبيل المثال الحكم الصادر في الدعوي المقامة من إحدى منظمات حقوق الإنسان ضد دولة هنجاريا (المجر) الصادر في 14 ابريل 2009، حيث تتلخص وقائع هذه الدعوي في قيام أحد أعضاء البرلمان بدولة هنجاريا بتقديم شكوى إلي المحكمة الدستورية تتعلق بقانون المخدرات المطروح أمامها قبل دخوله حيز التنفيذ، وقد علمت احدي منظمات حقوق الإنسان الهنجرية بهذه الشكوى فتقدمت إلي المحكمة الدستورية للحصول علي نسخه من مشروع القانون سالف الذكر فرفضت المحكمة هذا الطلب مؤسسة رفضها علي أساس أن الإفصاح عن أي معلومات يتطلب إذن مسبق من مقدم هذه المعلومات والوثائق، وقد قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن هذا القرار يعتبر عائق أمام منظمات حقوق الإنسان فيما يتعلق بحقها في الحصول علي المعلومات المنصوص عليها في المادة (10) من الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية اللازم لتمكينها من القيام بدورها كمراقب لحالة حقوق الإنسان.

• في النظام الإفريقي لحماية حقوق الإنسان :

تبتت اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب إعلان مبادئ حرية التعبير في دورة انعقادها الثانية والثلاثين عام 2002، وقد أيد هذا الإعلان بوضوح الحق في إتاحة المعلومات مقررًا الآتي:-

إن الجهات العامة لا تحتفظ بالمعلومات لنفسها بل كنائب عن الصالح العام، وكل فرد يتمتع بالحق في إتاحة المعلومات.

سيتم ضمان حق الحصول على المعلومات من قبل القانون بموجب المبادئ التالية : -

يجق للجميع الحصول علي المعلومات التي تحتفظ بها جهات عامة ،.....

يتمتع الجميع بحق الحصول علي معلوماتهم الشخصية وتحديثها وبطريقة ما تصحيحها، سواء أكانت تحتفظ بها جهات عامة أم خاصة.

كما تنص المادة (9) من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب⁽¹⁾، على أن :-

من حق كل فرد أن يحصل علي المعلومات، يحق لكل إنسان أن يعبر عن أفكاره وينشرها في إطار القوانين واللوائح، ولكن الفقرة الأولى من المادة (9) من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب التي تكفل حق الأفراد في تلقي المعلومات لم تحيل تنظيم ممارسة هذا الحق إلي القوانين المحلية، كما لم تقيد النفاذ إليه بقيود محده علي عكس ما ورد في الفقرة الثانية من ذات المادة التي نظمت حرية التعبير بما يتفق مع القوانين واللوائح التي تصدرها الدول الأطراف في الميثاق.

تعقيب الباحث :

يرى الباحث أنه إذا كان الحق في حرية الرأي من الحقوق المطلقة التي لا يجوز تقييدها بأي حال من الأحوال، فإن الحق في حرية التعبير ليس كذلك إذ يجوز تقييده بشروط محددة وفي ظروف معينة بقصد تحقيق غايات أسمى، فقد أبحاث المواثيق والاتفاقيات الدولية تقييد الحق في حرية التعبير لحماية مصالح مختلفة، ويمكنني القول بأن سلطة تقييد الحق في حرية التعبير ليست مطلقة بل مقيدة هي الأخرى بمجموعة من الضوابط التي يتعين توافرها لكي يكون القيد الوارد علي حرية التعبير مشروعاً وخالياً من ثمة تعسف ينال من جوهرها ويفتتت عليها، فقد نصت المادة (3/29) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية علي وجوب أن تكون القيود الواردة علي حرية التعبير مقررة بموجب القانون، كما يجب أن يكون صدور هذا القانون ضرورياً لخدمة أحد الأغراض المنصوص عليها في الفقرتين (أ)، (ب) من الفقرة الثالثة وهي:- احترام حقوق الأفراد وسمعتهم، حماية الأمن القومي والنظام العام، حماية الأخلاق العامة، حماية الصحة العامة.

أما الفقرة الثانية من المادة (10) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان فقد توسعت في المقتضيات التي تتطلب فرض القيود علي حرية التعبير، فاشتترطت أن يكون القيد محدد بمقتضي قانون حسبما تقتضيه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي وسلامة الأراضي وأمن الجماهير وحفظ النظام العام ومنع الجريمة وحماية الصحة العامة والآداب العامة واحترام حقوق الآخرين ومنع إفشاء الأسرار، أو تدعيم السلطة وحياد القضاء، وتجدر الإشارة إلى أن هناك ثمة قيود أخرى علي حرية التعبير تضمنتها صكوك الأمم المتحدة تتعلق بحظر الدعاية للحرب والدعوة للكراهية القومية والتمييز العنصري والديني، وضرورة تجريم نشر الأفكار القائمة علي هذا الأساس.

(1) تم إجازته من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 18 في نيروبي (كينيا) يونيو 1981.

المطلب الثاني

الحماية الدستورية والقضائية لحرية الرأي والتعبير

من المسلم به أن القضاء هو حامي الحقوق والحريات، يمارس القضاء هذه الحماية بكفالة الضمانات التي يقررها له الدستور والقانون في مواجهة خطر التعسف أو التحكم أو الاعتداء حيث إن حماية الحقوق والحريات لا تكفل بمجرد النص عليها في الدستور أو القانون، وإنما بالتعرف علي مبادئها وتطبيقها وهو ما لا يتحقق إلا من خلال سلطة محايدة مستقلة كل الاستقلال عن غيرها من سلطات الدولة، أحكامها واجبه الاحترام من الجميع حكماً ومحكومين علي السواء هي (السلطة القضائية).

ويبرز أيضاً دور القضاء جلياً في حماية حرية الآراء المهنية الفردية عندما تغيب النصوص القانونية المتخصصة حيث يلعب دوراً استنباطياً وتطبيقياً للقواعد العامة علي مجريات الواقعة المتصلة بحرية الآراء المهنية الفردية للموظف العام محل التقاضي.

لذا كان لا بد من توضيح بعض الأحكام القضائية التي أقرها القضاء الفرنسي والمصري وطبقها في أحكامه وأسبغ عليها قدسية خاصة تظل قائمة ومستمرة كحصن منيع ودرع واقى حامي لحرية الرأي والتعبير لكل أطراف المجتمع :-

أولاً :- أحكام القضاء الفرنسي :

- قضى مجلس الدولة الفرنسي⁽¹⁾ في دعوي تتلخص وقائعها في: طلب جمعية " Génération Identitaire " ورئيسها والمتحدث باسمها إزالة تجاوز السلطة وإلغاء المرسوم الصادر في 3 مارس 2021 الذي أعلن بموجبه رئيس الجمهورية حل هذه الجمعية، وكذلك فرض مبلغ 4000 يورو على الدولة يدفع لكل من المتقدمين وفقاً لأحكام المادة 1-761 L. من قانون القضاء الإداري.

وقد أسست المحكمة حكمها علي الأتي: بموجب أحكام المادة 1-212 L. من قانون الأمن الداخلي: تُحل بموجب مرسوم في مجلس الوزراء، جميع الجمعيات أو المجموعات القائمة بحكم الواقع، من خلال شكلها العسكري وتنظيمها وطبيعة الجماعات المقاتلة أو الميليشيات الخاصة..... التي إما تثير التمييز أو الكراهية أو العنف ضد شخص أو مجموعة من الناس بسبب أصلهم أو عضويتهم أو عدم انتمائهم إلى مجموعة معينة أو أمة أو عرق أو دين، أو يُروجون لأفكار أو نظريات تميل إلى تبرير أو تشجيع هذا التمييز أو هذا الكراهية أو هذا العنف.

(1) Conseil d'État, 10ème - 9ème chambres réunies, 02/07/2021, 451741, Inédit au recueil Lebon.

- كما قضى مجلس الدولة الفرنسي أيضاً⁽¹⁾ في دعوي تتلخص وقائعها في : أن هذه القضية ترتبط بشكل أساسي بإلغاء تجاوز السلطة بشأن تجاوز الصلاحيات المنصوص عليها بالفقرتين 2.2.4 و3.1.4 من الخطة الوطنية لإنفاذ القانون المؤرخة 16 سبتمبر 2020 ، والتي تضع إطاراً جديداً لممارسة أمر إنفاذ القانون وإلزام وزير الداخلية بتضمين فقرة جديدة في النظام الشرطي الوطني.

وقد أسست المحكمة حكمها علي الآتي : يختص المشرع بموجب المادة(34) من الدستور بوضع القواعد المتعلقة بالضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامة، وذلك لضمان التوفيق بين ممارسة الحريات المكفولة دستورياً والمتمثلة في حرية القدوم والذهاب، وحرية التعبير والتواصل، والحق في التعبير الجماعي عن الأفكار والآراء من جانب، ومنعاً لاعتداءات على الجمهور لاسيما الهجمات على أمن الأشخاص والممتلكات وتحديدًا لنظام القانوني المطبق على حرية التظاهر في هذا الصدد من جانب آخر.

وبموجب أحكام المادة (11) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 فإن (حرية التعبير عن الأفكار والآراء هي من أئمن حقوق الإنسان، لذلك يمكن لكل مواطن أن يتحدث بحرية عن طريق الكتابة والطباعة للرد على التعدي على هذه الحرية في الحالات التي يحددها القانون)..... .

كما قضت محكمة النقض الفرنسية⁽²⁾ في دعوي تتلخص وقائعها في : غضون 27 يناير 2016م تم الاعتداء جنسياً علي أطفال قصر داخل إحدى كنائس مدينة ليون، وقامت هذه الشركة بالتعليق علي تلك الواقعة بعرض فيلم (اللهم الله) قرر عرضه في 20 يناير 2019م، وتم وقف عرض الفيلم..... .

وقد أسست المحكمة حكمها علي الآتي : وفقاً للمادة (6) من اتفاقية حقوق الإنسان والحريات الأساسية: لكل فرد الحق في محاكمة عادلة، وأن أي شخص متهم بارتكاب جريمة يعتبر بريئاً حتى تثبت إدانته قانوناً. ووفقاً للمادة (10) من ذات الاتفاقية أيضاً: لكل فرد الحق في حرية التعبير، حيث يشمل هذا الحق حرية الرأي وحرية تلقي أو نقل المعلومات أو الأفكار دون تدخل من السلطات العامة، إلا أن هذا النص لا يمنع الدول من إخضاع تعهدات الإذاعة أو الأفلام أو التلفزيون لنظام ترخيص.

ولقد أكدت المحكمة على أنه : لكل فرد الحق في حرية التعبير، إلا أن ممارسة هذا الحق يخضع لمجموعة من القيود التي نص عليها القانون والتي تشكل التدابير الضرورية بداخل المجتمع الديمقراطي، بهدف حماية السمعة وحقوق الآخرين في منع إفشاء المعلومات السرية أو ضمان سلطة ونزاهة القضاء.

- وكما قضت محكمة النقض الفرنسية أيضاً⁽³⁾ في دعوي تتلخص وقائعها في : بمداولة في 24 يونيو 2019م عدل مجلس نقابة المحامين في ليل إحدى المواد في لائحته الداخلية المتعلقة بالعلاقة مع المؤسسات وذلك بإضافة فقرة نصها كالتالي (... علامة تعبر ظاهرياً عن انتماء أو أي رأي ديني أو فلسفي أو مجتمعي

(1) Conseil d'État, 10ème - 9ème chambres réunies, 10/06/2021, 444849, Publié au recueil Lebon.

(2) Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 6 janvier 2021, 19-21.718, Publié au bulletin.

(3) Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 8 avril 2021, 20-20.185, Publié au bulletin.

أو سياسي)، وطرح التساؤل التالي وهو: هل تتعارض أحكام الفصل 19 من القانون رقم 71-1130 المؤرخ في 31 ديسمبر 1971 المتعلق بمهنة المحاماة مع الحقوق والحريات...؟ .
وقد أسست المحكمة حكمها علي الآتي: كفل الدستور وعلي وجه الخصوص الحق في الانتصاف القضائي الفعال في المادة (16) من إعلان حقوق الإنسان لعام 1789.....
ثانياً :- أحكام القضاء المصري :

اعتنقت الدساتير المصرية المتعاقبة مبدأ استقلال القضاء وحصانته لاعتباره ضماناً أساسية لحماية الحقوق والحريات وحظرت النص في القوانين علي تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ومؤدي ذلك أن القضاء في مصر هو الحارس للحقوق والحريات طالما كان استقلاله وحصانته ضمانان أساسيان لحمايتها، وطالما كانت رقابة القضاء علي المشروعية مكفولة دائماً بغير استثناء⁽¹⁾، لذا كان لابد من وجود قضاء عادل يكفل الحماية اللازمة لحرية الصحافة والبت الإذاعي لمكانتهما وأهميتهما داخل أي نظام ديمقراطي في إطار من المشروعية، ومحكمة وإنزال العقاب علي من يخالفها.

أحكام القضاء الدستوري :

أبانت المحكمة الدستورية العليا في العديد من أحكامها القوة الإلزامية للقواعد أو النصوص الدستورية بصفة عامة، ومنها تلك المتعلقة بالحقوق والحريات وكذا النتائج المترتبة علي مخالفتها بقولها إن (الدستور هو القانون الأساسي الأعلى الذي يرسي القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ويحدد السلطات العامة ويرسم لها وظائفها ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها ويقرر الحريات والحقوق ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها،، فإنه يتعين علي كل سلطة عامة أيأ كان شأنها وأيأ كانت وظيفتها وطبيعة الاختصاصات المسندة إليها أن تنزل علي قواعد الدستور ومبادئه، وأن تلتزم حدوده وقيوده، فإن هي خالفتها أو تجاوزتها شاب عملها عيب مخالفة الدستور، وخضع - متى انصبت المخالفة علي قانون أو لائحة - للرقابة القضائية التي عهد الدستور بها إلي المحكمة الدستورية العليا بوصفها الهيئة القضائية العليا التي اختصها دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح بغية الحفاظ علي أحكام الدستور وصونها وحمايتها من الخروج عليها، وقد حرصت الدساتير المصرية المتعاقبة جميعها - منذ دستور 1923- علي تقرير الحريات والحقوق العامة في صلبها، قصداً من المشرع الدستوري أن يكون النص عليها في الدستور قيدياً علي المشرع العادي فيما يسنه من قواعد وأحكام وفي حدود ما أراه الدستور لكل منها من حيث إطلاقها أو جواز تنظيمها تشريعياً، فإذا خرج المشرع فيما يقرره من تشريعات علي هذا الضمان، بأن قيد حرية أو حقاً ورد في الدستور مطلقاً أو أهدر أو انتقص من أيهما تحت ستار التنظيم الجائز دستورياً وقع عمله التشريعي مخالفاً للدستور⁽²⁾.

(1) د/ احمد فتحي سرور (الحماية الدستورية للحقوق والحريات) الناشر/ دار الشروق ، الطبعة الأولى، سنة 1999م، ص 586.

وينظر أيضاً:- د/ أحمد فتحي سرور (القانون الجنائي الدستوري) الناشر/ دار الشروق ، الطبعة الثالثة، سنة 2004م، ص 331، 332.

⁽²⁾ المحكمة الدستورية العليا ، القضية رقم 25 لسنة 8 ق ، جلسة 1992/5/16م ، الجزء الخامس، ص 324.

- ينظر أيضاً:- الحكم الصادر في القضية رقم 25 لسنة 22 ق ، جلسة 2001/5/5م، الجزء التاسع، ص 907.

أحكام القضاء الإداري :

انحاز قضاء مجلس الدولة بمحاكمة المختلفة علي رأسها المحكمة الإدارية العليا للدفاع عن الحقوق والحريات-ومنها حرية الرأي والتعبير وحماية الصحافة - ورد العدوان الواقع عليها، والحكم بزوال آثاره ورد الخارجين علي مبدأ المشروعية ومخالفة القانون.

- فقد قضي مجلس الدولة المصري⁽¹⁾ في دعوي تتلخص وقائعها في : إن المدعي أودع صحيفة دعواه قلم كتاب المحكمة طالباً في ختامها الحكم بقبول الدعوي شكلاً وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ وإلغاء القرار السلبي بالامتناع عن وقف نشاط وغلق شركة الموجز للصحافة والطباعة والنشر..... ، علي سند من القول إن جريدة الموجز تضمنت مواضيعها نشر الأكاذيب، فنشرت أخبار تمس المدعي في شخصه وكيانه ألحقت به إضراراً جسيمة.

- وحيث إن المستفاد مما تقدم أن المشرع الدستوري أكد علي حرية الرأي والتعبير عنه ، وحرص علي إكمالها بحرية الصحافة التي ارتقى بها إلى مصاف الحقوق والحريات العامة وكفل حمايتها وصونها من التدخل في شئونها من خلال أي قيد من شأنه أن يرهق رسالتها أو يعطل دورها في بناء المجتمع وتطويره باعتبارها من أعظم المنابع التي تكفل تدفق المعلومات والأنباء والأفكار ونقلها إلي القطاع الأوسع من الجماهير..... وحرص القانون علي التأكيد علي حرية إصدار الصحف في القانون رقم 96 لسنة 1996 بتنظيم الصحافة ليردد تلك المبادئ ويرسم سبلاً من الأمان يحيط بالصحافة وحرياتها في التعبير....).

- كما قضي مجلس الدولة المصري⁽²⁾ في دعوي تتلخص وقائعها في : إنه بتاريخ 2012/9/18 كان قد أقام الطاعن الطعن سالف الذكر أمام محكمة القضاء الإداري، ضد كلاً من رئيس مجلس الوزراء وآخرين طالباً الحكم بقبول الدعوي شكلاً وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ القرار السلبي بالامتناع عن حجب وحظر موقع اليوتيوب(www.youtube.com) بشبكة المعلومات الدولية الإنترنت داخل مصر ...، علي سند من القول إن أعداء الإسلام قاموا بإنتاج وعرض مقاطع لفيلم يسئ للرسول الكريم سيدنا (محمد ﷺ) وتجسيد شخصيته في مشاهد غير لائقة.....، مما أحدث ردود أفعال عنيفة اجتاحت مصر والعالم الإسلامي عقب عرض مقاطع الفيلم تنديداً به وبالمقاطع المعروضة له علي موقع اليوتيوب .
وحيث إنه لما كانت المادة (70) من الدستور المعدل والصادر في يناير 2014 تنص علي أن (حرية الصحافة والطباعة والنشر الورقي والمرئي والمسموع والالكتروني مكفولة.....)، وتنص المادة (71) من الدستور علي أن (يحظر بأي وجه فرض رقابة علي الصحف ووسائل الإعلام المصرية أو مصادرتها أو وقفها أو إغلاقها.....).

(1) محكمة القضاء الإداري في الدعوي رقم 14636 لسنة 62 ق - جلسة 2009/11/17م.

(2) محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم 60693 لسنة 66 قضائية - جلسة 2013/2/9م

وتنص المادة (19) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1966/12/16، والذي انضمت إليه مصر في 1967/8/4 وتم التصديق عليه بموجب القرار الجمهوري رقم 536 لسنة 1981 على إنه (1- لكل إنسان حق في اعتناق آراء دون مضايقة، 2- لكل إنسان حق في حرية التعبير، وعلي ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وان تكون ضرورية: أ- لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم: ب- لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة).

وردد القانون ذات مضمون الأحكام الدستورية الواردة بشأن حرية التعبير سالفه البيان، وحظر علي المؤسسات الصحفية والوسائل الإعلامية والمواقع الإلكترونية نشر أو بث ما يتعارض مع أحكام الدستور أو ما يدعو إلي مخالفة القانون أو النظام العام أو ميثاق الشرف المهني..... .

وحيث إنه من المعلوم بالضرورة أن حرية التعبير تنبع من فيض الكرامة الإنسانية التي أنعم بها المولي عز وجل علي البشرية جمعاء، وهي تعد أحد الأعمدة الرئيسية في بنين الحقوق والحريات الوارد بالنظام القانوني المصري.....، فقد كفلت الدساتير المصرية علي تعاقبها حرية التعبير وأولتها مكانا عليا وأكدت علي حمايتها، وكان آخرها الدستور المعدل والصادر في يناير 2014، والذي خول كل مواطن مصري حقه في التعبير عن رأيه بمختلف الوسائل، وكفل حرية الصحافة والطباعة والنشر الورقي والمرئي والمسموع والإلكتروني، وحظر علي نحو قاطع أن يفرض رقابة علي الصحف ووسائل الإعلام المصرية، أو أن تصدر أو يتم وقفها أو إغلاقها، واستثني من ذلك أحوال الحروب والتعبئة العامة، علي أن تكون الرقابة المفروضة عندئذ محددة بشكل واضح، وإمعاناً من الشارع الدستوري في حماية الحقوق والحريات بصفة عامة، فقد ألزم الدولة بما تصدق عليه من اتفاقيات ومواثيق دولية متعلقة بحقوق الإنسان وأسبغ عليها قوة القانون بعد أن يتم نشرها، وفي هذا السياق كفل العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية هو الآخر حرية التعبير، وحدد تخومها وعرفها بأنها حق كل إنسان في أن يتلقي مختلف المعلومات والأفكار وأن يعبر بدوره عنها وينقلها إلي الآخرين بالوسيلة التي يريتها، سواء في ذلك أن تكون الوسيلة مكتوبة أو مطبوعة أو أن تتخذ طابعاً فنياً..... .

أحكام القضاء العادي :

سجلت محكمة النقض المصرية منذ سيرتها الأولى انخيازاً واضحاً لحرية الرأي والتعبير سواء في دوائرها الجنائية والمدنية حيث قضت بأن الدستور قد كفل للصحافة حريتها بما يحول - كأصل عام - دون التدخل في شؤونها أو التغول عليها بقيود ترد رسالتها علي أعقابها بحسبانها صوت الأمة ونافذة لاطلاع المواطنين علي الحقائق التي لا يجوز حجبها عنهم، وفي ذات القضاء أوضحت محكمة النقض دور القضاء في حماية حرية الرأي والتعبير قائلة (.. والقضاء من بعد، إذ يقيم الحق والعدل، كما هو ملاذ كل مستغيث بالحق وكل من يبتغي الترضية القضائية العادلة، وكما هو عاصم للصحافة من كل دخيل عليها مسيء إليها - هو من يرد عنها كل عدوان عليها وكل نيل من حقوقها أو حريتها، فلا يتأتي لأحد أياً كان

هواه أو مبتغاة أو أي جهة أياً كان من شأنها أو مرماها أن تتدخل في أمورها بما يوهن عزائم رجالها إن اعتداءً أو إرغاماً أو ترغيباً أو ترهيباً⁽¹⁾.

كما قضت أيضاً أحد دوائرها المدنية بأنه (...إذا كان انتقاد العمل العام من خلال الصحافة أو غيرها من وسائل التعبير وأدواته حقاً مكفوفاً لكل مواطن وأن يتم التمكين لحرية عرض الآراء وتداولها بما يحول - كأصل عام - دون إعاقته أو فرض قيود مسبقة علي نشرها وهي حرية يقتضيها النظام الديمقراطي وليس مقصوداً بها مجرد أن يعبر الناقد عن ذاته، ولكن غايتها النهائية الوصول إلى الحقيقة من خلال ضمان تدفق المعلومات من مصادرها المتنوعة وعبر الحدود المختلفة....)⁽²⁾.

تعقيب الباحث :

من هنا يتبين لنا أهمية دور القضاء الدستوري والإداري والعادي في كل من فرنسا ومصر في حماية حرية الرأي والتعبير شريطة أن تتم ممارستها في إطار من المشروعية وعدم مخالفة القانون أو الخروج علي النظام العام والآداب العامة وعلي معتقدات ومقدسات ورموز الدين والدولة علي حد سواء.

الخاتمة :

بحمد الباري ونعمة منه وفضل ورحمة نضع قطراتنا الأخيرة متمنياً من الله عز وجل أن أكون قد وفقت وأوجزت فيه من الفائدة ما يثري المكتبة القانونية ويفيد الدارسين للأبحاث القانونية، من خلال تناولي في هذه الدراسة موضوع حديث وفي غاية الأهمية (ممارسة حرية الرأي والتعبير عبر التطور التكنولوجي).

حيث تناولت في هذه الدراسة طريق السرد العلمي والقانوني فكان من الصعب أن أقوم بعرض كامل لموضوع حرية الرأي والتعبير وذلك من خلال التعبير عن رأي الأفراد مباشرة دون واسطة أو عن طريق وسائل الإعلام المختلفة المتمثلة في (الصحافة، البث الإذاعي، شبكة الإنترنت، ومواقع التواصل الاجتماعي) وذلك بطريقة تسلسلية لموضوع الدراسة ممزوجة بالمقارنة بين النصوص الدستورية والقانونية والسوابق القضائية لكل من النظامين الفرنسي والمصري متخذاً شكل ومضمون آلة الزمن لسرد الحقوق والحريات العامة بين الماضي والحاضر، بين النص والتطبيق، بين العالمية والمحلية، بين الديمقراطية والديكتاتورية، في الظروف العادية والاستثنائية، ملتمساً ومبتغياً عدم الفتور والملل أو التكرار والإطالة، من خلال صفحات الدراسة التي تترى أمام العين صفحة تلو الأخرى مسابفاً الريح في أن أنهيها بالتعرف على ما حدث وما سيحدث ولماذا وكيف!؟

وفي نهاية دراستي التي تناولت فيها التطور التكنولوجي لحرية الرأي والتعبير عبر وسائل الإعلام، سوف أقوم بتوضيح أهم النتائج التي توصلت إليها وطرح أهم ما يستحق منها من توصيات ومقترحات :-

(1) محكمة النقض المصرية - الطعن رقم 20471 لسنة 60 ق - جلسة 1999/11/14 - مجلة المحاماة - نقابة المحامين - العدد الأول 2001 - ص 209.

(2) محكمة النقض المصرية - الطعن رقم 6937 لسنة 72 - جلسة 2005/5/8 - مجموعة الأحكام المدنية - السنة 56 - قاعدة 79 - ص 442.

- نتائج الدراسة :

- أن الثورة الهائلة التي شهدتها العالم في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات أتحت فضاءً أوسع لممارسة حرية الرأي والتعبير، ومكنت المستخدمين من التعبير عن آرائهم والتواصل مع آخرين حول العام مع احتفاظهم بهويتهم الشخصية سرًا.
- أن الصحافة الإلكترونية لعبت دوراً مهماً وحيوياً في تسويق القضايا السياسية والاجتماعية التي تهم جمهور الشعب وفي تكوين الرأي العام لدى جمهور المتلقين، بجانب البث الإذاعي المباشر في ظل ثورة المعلومات والاتصالات وشبكة الإنترنت كان له دوراً مهماً في جذب جمهور المستمعين وكثرة المشاهدين للتثقيف السياسي وزيادة الوعي والانتماء الوطني.
- أنه على الرغم من أن الصحافة الإلكترونية والبث الإذاعي المباشر كانا لهما الفضل في إثراء عملية التثقيف والوعي السياسي لدى الجمهور، إلا أنهما كانا بمثابة النقمة في كثير من المواقف والأحداث التي عصفت بحق الأفراد في حرمة حياتهم الخاصة .
- تزايد آليات سيطرة الحكومة على وسائل الإعلام لتصبح أدوات للتعبير عن النظام، فضلاً عن عدم وجود تعريفات واضحة للمصطلحات التي تحوز مكاناً جوهرياً ومؤثراً في مجال تداول المعلومات، كالسر، والأمن القومي، والنظام العام، والمصلحة العامة، والسلم العام، وهو ما يمكن الجهات القائمة على تطبيق هذه القوانين من التفسير الواسع لهذه المصطلحات الاستثنائية.
- توصيات ومقترحات الدراسة :
أوصي وأقترح بأنه :
- لا بد من مواكبة التطورات والتقنيات التكنولوجية الحديثة في مجال وسائل الإعلام، وكذلك في مجال الاتصالات لما لها من أثر وفضل على حرية الرأي والتعبير لسائر أفراد المجتمع وفقاً لنصوص المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية.
- علي أن تعمل كافة وسائل الإعلام " الصحافة، البث الإذاعي، شبكات الانترنت، ومواقع الاتصال الاجتماعي " علي تثقيف المجتمع من الناحية العلمية والسياسية من خلال نشر الأخبار والمعلومات وبث البرامج المفيدة التي تساهم في تكوين الرأي العام والعمل على استقرار أمن البلاد وعدم إثارة الفتن والفوضى.
- وأن يتم توفير الحماية اللازمة والفعالة للصحفيين للتعبير عن آرائهم ونشر كل ما يهم الشعب من أمور سياسة واجتماعية، وإزالة كافة العقبات والقيود، وتسهيل الوصول إلى كافة المعلومات والوثائق.
- والعمل علي عدم تناثر الاستثناءات الواردة على حرية تداول المعلومات في القوانين والقرارات الكثيرة والمتنوعة، مما يجعل من هذه الاستثناءات قيوداً شديدة على حرية تداول المعلومات.
- التعاون الدولي من كافة المختبرات العلمية المتخصصة للحصول على أحدث الوسائل العلمية الحديثة المستخدمة في علم الجريمة.

- تشكيل لجان قانونية وطبية من رجال القانون والطب لتنظيم زيارات فجائية لمراكز التحقيق للتأكد من سلامة الطرق المستخدمة في مراحل الاستجواب والتحقيق.
- وفي نهاية النتائج والتوصيات أرى أنه لا يمكن القول بأني قد وصلت إلى درجة الكمال فإني على يقين تام أن الكمال لله وحده الذي أختص به ذاته العليا، وأن العمل البشري دائماً ما يعتره النقص والخلل، فإن كان في هذه الدراسة من توفيق فهو من عند الله وحده وإن كان فيها من خطأ أو سهو أو نسيان فلي أجر المجتهد، وأسأل الله عز وجل أن يجنبني السهو الخطأ، وأن يجعل هذه الدراسة من العلم النافع الذي يستفيد منه بني البشر والأجيال القادمة من الباحثين وأن أنال بها الثواب في الدار الآخرة.

❖ قائمة المراجع :

أولاً :- المراجع باللغة العربية :

● الكتب القانونية :

- إبراهيم إمام (الإعلام الإذاعي والتلفزيوني)، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2008م.
- احمد فتحي سرور:
- (الحماية الدستورية للحقوق والحريات) الناشر/ دار الشروق، الطبعة الأولى، سنة 1999م،
- (القانون الجنائي الدستوري) الناشر/ دار الشروق، الطبعة الثالثة، سنة 2004م.
- (الوسيط في شرح قانون العقوبات) القسم الخاص، الطبعة الرابعة، القاهرة، سنة 1991.
- بدر الدين أبو غازي (التكامل بين التخطيط الثقافي والتخطيط الإعلامي) مطبوعات المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، الطبعة الثالثة، القاهرة، سنة 2001م.
- جلال غريب (مقدمة في وسائل الإعلام) مكتبة الشرق ، الزقازيق ، سنة 2003م.
- حسني محمد نصر (قوانين وأخلاقيات العمل الإعلامي) الطبعة الأولى ، دار الكتاب الجامعي ، الإمارات العربية المتحدة ، سنة 2010م .
- رشا خليل (حرية الصحافة تنظيمها وضماناتها) الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2014م.
- السيد بخت (الصحافة والإنترنت) الناشر/ دار العربي للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 2000م.
- شريف بسيوني ، أ / محمد هلال (الجمهورية الثانية في مصر) كتاب منشور على موقع جريدة الشروق المصرية .
- طارق الشاري (الإعلام الإذاعي) الناشر/ دار أسامة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان ، سنة 2010م.

- عبد الفتاح بيومي حجازي (الجرائم المستحدثة في نطاق تكنولوجيا الاتصالات الحديثة) الطبعة الأولى، سنة 2009م.
- فاروق أبو زيد (مدخل إلي علم الصحافة) عالم الكتب، الطبعة الثانية، القاهرة، سنة 1998م.
- مجدي محمد عبد الرحيم (التلفزيون والثقافة السياسية) مكتبة المعرفة الحديثة ، القاهرة ، سنة 2001م.
- محمد عرفة (الإعلام والتنمية السياسية) الناشر/ دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2007م.
- محمد فهمي (الصوت والصورة) سلسلة كتب من الفن والحياة، الناشر/ دار النهضة العربية، ب.خ. نشر.
- نبيل صقر (جرائم الصحافة في التشريع الجزائري) دار الهدي ، الجزائر ، سنة 2007م.
- يوسف الشهاب (وسائل الإعلام بين الإثارة والموضوعية) وزارة الإعلام إدارة البحوث والترجمة ، الكويت ، سنة 2004م.

• الرسائل العلمية :

رسائل الماجستير :

- رشا محمد أحمد مرسي (تأثير استخدام تكنولوجيا الاتصال علي إنتاج نشرات الإخبار بالتلفزيون المصري) دراسة علي المضمون والقائم بالاتصال بالقناة الأولى، دراسة مقدمة لنيل درجة الماجستير، قسم الإعلام، كلية الآداب، جامعة أسيوط، سنة 2010م.
- فارس حسن شاكر المهداوي (صحافة الانترنت) دراسة تحليلية للصحف الإلكترونية بالفضائيات الإخبارية، رسالة ماجستير غير منشورة، قسم الإعلام والاتصال الأكاديمية العربية، كلية الآداب والتربية ، الدنمارك ، سنة 2007م.
- محمد كحط عبيد الربيعي (الدور الثقافي للقنوات الفضائية العربية) المضامين والإشكال والتلقي ، دراسة تحليلية وميدانية لنماذج مختارة من القنوات الفضائية، رسالة ماجستير، مقدمة لمجلس الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، سنة 2007م.

رسائل الدكتوراه :

- سلام أحمد عبده (التأثير المتبادل بين حجم التغطية الصحفية وتوجهها وطبيعة النظام الصحفي والعلاقات السياسية والاقتصادية بين الدول العربية) رسالة دكتوراه غير منشورة ، كلية الإعلام ، جامعة القاهرة ، سنة 1998م.
- فاطمة الزهراء بن غزة (الإذاعة المحلية ودورها في تحديد توجهات الرأي العام) إذاعات العرب الجزائري نموذجاً ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ، في علم الاجتماع والاتصال، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة أبي بكر بلقايد ، السنة الجامعية 2016/2017م.

- نزار يعقوب عثمان علي (تأثير المواقع الإلكترونية علي التغطية الصحفية) دراسة تطبيقية على عدد من المواقع والصحف السودانية في الفترة 2011/2013، رسالة دكتوراه، كلية الإعلام، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، سنة 2010م.
- نهى عاطف العبد (دور نشر الأخبار في القنوات الفضائية العربية في ترتيب أولويات الجمهور المصري نحو القضايا المصرية والدولية) رسالة دكتوراه غير منشورة ، كلية الإعلام ، جامعة القاهرة ، سنة 2006م.
- الأبحاث والمقالات والمجلات :
 - إبراهيم فؤاد خصاونة (تأثير المحطات التلفزيونية الأردنية الخاصة علي طلاب الجامعات في ضوء نظرية المسؤولية الاجتماعية) الناشر/الجامعة الأردنية، عماد البحث العلمي، المجلد 41، العدد الأول، سنة 2014م.
 - أمنية نبیح (المدونات الإلكترونية العربية المكتوبة بين التعبير الحر والصحافة البديلة) بحث منشور في مجلة الخليج ، العدد 85.
 - محسن عوض (الشرطة وحقوق الإنسان) محاضرات وبحوث الدورات التدريبية لضباط الشرطة في مجال حقوق الإنسان عامي 2004/2005م، القاهرة، سنة 2006م.
 - محمد سعيد عبري (الخبر في وسائل الاتصال) مجلة الفن الإذاعي، العدد 93 ، اتحاد الإذاعة والتلفزيون ، القاهرة ، سنة 2008م.
 - محمد قيراط (المعوقات المهنية والتنظيمية للصحافة العربية) بحث منشور علي موقع البوابة العربية لعلوم الإعلام والاتصال.
- القوانين والقرارات والجرائد الرسمية :
 - الأمر الجمهوري رقم 1 لسنة 1967 - نشر في الجريدة الرسمية - العدد 63 مكرر - بتاريخ 1976/6/5م.
 - الأمر الجمهوري رقم 96 لسنة 1974 - نشر في الجريدة الرسمية - بتاريخ 1974/9/23م.
 - الجريدة الرسمية - العدد 21 (مكرر) في 31 مايو سنة 2021م.
 - الجريدة الرسمية - العدد 16 (مكرر) في 25 ابريل سنة 2021م.
 - القانون رقم 100 لسنة 1971 بشأن المخابرات العامة، نشر بالجريدة الرسمية، بتاريخ 11/11/1971م.
 - القانون رقم 313 لسنة 1956 بشأن حظر نشر أية أخبار عن القوات المسلحة، نشر بالجريدة الرسمية، بتاريخ 1956/8/18م.
 - قرار رئيس الجمهورية رقم 101 لسنة 1998، إنشاء جهاز تنظيم مرفق الاتصالات السلكية واللاسلكي، نشر بالجريدة الرسمية، بتاريخ 1998/5/4م.

• الأحكام القضائية المصرية :

- المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 25 لسنة 8 ق ، جلسة 1992/5/16م ، الجزء الخامس، وفي القضية رقم 25 لسنة 22 ق ، جلسة 2001/5/5م، الجزء التاسع.
- محكمة النقض المصرية – الطعن رقم 20471 لسنة 60 ق – جلسة 1999/11/14 – مجلة المحاماة – نقابة المحامين – العدد الأول 2001م.
- محكمة القضاء الإداري في الدعوي رقم 14636 لسنة 62 ق – جلسة 2009/11/17م.
- محكمة النقض المصرية – الطعن رقم 6937 لسنة 72 – جلسة 2005/5/8 – مجموعة الأحكام المدنية – السنة 56 – قاعدة 79.
- محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم 60693 لسنة 66 قضائية – جلسة 2013/2/9م.

ثانياً: – المراجع باللغة الأجنبية :

- Conseil d'État, 10ème - 9ème chambres réunies, 02/07/2021, 451741, Inédit au recueil Lebon.
- Conseil d'État, 10ème - 9ème chambres réunies, 10/06/2021, 444849, Publié au recueil Lebon.
- Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 6 janvier 2021, 19-21.718, Publié au bulletin.
- Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 8 avril 2021, 20-20.185, Publié au bulletin.
- J.Robert, Droit de L'homme et libertes fondamentals ,1996.
- Newnkang and Junho H. Choi : structural Implications of the crossposting network of international news in cyberspace in the communication Research , Lomdon sage publications, vol 26 No 4 , 1999.
- Stephen j.a.word.global journalism ethies: widening the conceptual base, global media journal, volume1. Issuel .2008.

ثالثاً: – المواقع الالكترونية :

- <https://www.youm7.com/>

قواعد الفقه المالي في دراسات المذهب المالكي

Maxims of financial transactions in Maliki literature



د. علي أحمد الندوي : أستاذ مشارك بمعهد

الاقتصاد الإسلامي ، جامعة الملك عبد العزيز - جدة

Dr Ali Ahmad Nadvi: Associate Professor Islamic

Economics Institute, King A. Aziz University, Jeddah

الملخص :

يهدف هذا البحث إلى كشف ثغرات وقعت في مجال القواعد الفقهية وثيقة الصلة بالمعاملات المالية، المدونة في المذهب المالكي. ومن الكتب المعول عليها في هذا الصدد : "الفروق" للقرافي (ت 684هـ)، و"القواعد" للمقري (ت 758هـ)، و"إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك"، للونشريسي (ت 914هـ). وبملاحظة أن تلك المؤلفات لم تستوعب الموضوع، تصدت هذه الورقة لمراجعة المصادر الفقهية الرئيسية الثمينة، وعلى رأسها: موطأ الإمام مالك بن أنس (ت 179هـ)، "التمهيد" و"الاستذكار" لابن عبد البر (ت 463هـ)، شرح صحيح البخاري لأبي الحسن علي بن خلف المعروف بـ "ابن بطل" (ت 449هـ) وشرح التلقين لأبي عبد الله المازري (ت 536)، وتم اختيارها من حيث إنه لم يتم استكشاف القواعد المبثوثة فيها. وتطرق البحث إلى شرح نموذجين منها أولهما: "قاعدة: لا ضرر ولا ضرار"، والثاني: "الأصل في البيوع أنها حلال إذا كانت عن تراض"، مكتفياً بما ورد في كتب المالكية في شأنها، ثم جاءت الخاتمة معبرة عن نتائج وتوصيات في ضوء الدراسة.

• الكلمات الدالة : الفقه، القواعد، المذهب المالكي.

Abstract :

The purpose of this paper is to explore the lacunae in the literature on maxims of Islamic jurisprudence, as written by the later scholars of the Maliki Madhab. The books considered include the Furuq of Qarafi, Qawaid of Maqqari, and Iyдахul Masalik of Winsharisi. As these books do not sufficiently discuss the maxims, this paper turns to older, richer resources, such as, the Muatta of Imam Malik and Ibn-Abdul Barr's Tamhid and Istizkar; the texts, which span from the second to the sixth century (Hijri), have been selected because they are relatively unexplored in the field of maxims. This study critically analyzes two examples of auxiliary maxims, both related to financial transactions, from literature by earlier Maliki scholars. The paper concludes that it is necessary to enlarge the current discourse on maxims of jurisprudence.

- **Keywords :** Jurisprudence, Maxims, Maliki Madhab.

مقدمة :

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله محمد وآله وصحبه أجمعين، وبعد ،

فانطلاقاً من الاهتمام والشغف بالقواعد والضوابط منذ أمد بعيد، رأيت من المفيد المهم أن أكتب هذا البحث في مجال قواعد المعاملات المالية، الخاصة بالمذهب المالكي، والقصد: الإسهام في استكمال مسيرة الموضوع بإضافة لبنات جديدة في بناء منظومة القواعد على طراز النظريات. فإليكم بيان ما يأتي حول هذا الموضوع :

قد خلت عصور كان فيها اعتناء بالغ بالقواعد عند المالكية، وألفت مؤلفات في هذا الشأن، وظهرت فيها تجليات الموضوع. ومن الكتب الشهيرة المعروفة: "الفروق" للإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (المتوفى 684هـ)، و"القواعد" لمحمد بن محمد بن أحمد المقرئ (المتوفى 758هـ)، و"إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك"، للعلامة أحمد بن يحيى الونشريسي (المتوفى 914هـ)، وقد جمع أولئك المؤلفون ومن جاء في عقبهم من علماء المذهب الشيء المفيد الكثير، ولكن بقيت ذخيرة ثمينة في هذا الموضوع رهينة في كثير من المصادر والمدونات العريقة، وعلى الرغم من سلسلة الاستدراك من خلال جهود متلاحقة، لم ينضب معينها، فلا تزال خلايا العلم تعسل بحمد الله تعالى.

وهذا ما يعزّزه قول العلامة محمد الفاضل ابن عاشور في معرض الحديث عن قضية الاجتهاد في كتابه "ومضات فكر": "مسالك الاستدلال المذكورة في أصول الفقه، الراجعة إلى مفاد الألفاظ وما يعرض لها وما يرجع إليها لا تقتضي منا جديدا كثيرا...، ولكن لنا في النصف الآخر، نصف القواعد سبحانه طويلا"⁽¹⁾.

ومنذ عقود من السنين برزت النهضة التأليفية في المقاصد والقواعد في المذاهب الفقهية السائدة ووجد الباحثون في مرحلتي الماجستير والدكتوراه في مختلف الجامعات بغيتهم وتنفسوا الصعداء تحت ظلال القواعد والضوابط. وظهرت على الساحة العلمية وفي أروقة الجامعات دراسات علمية جادة لا يستهان بقدرها وقيمتها، على أن هناك مراجع فقهية فيها الشيء الكثير الموثق من القواعد، التي ينبغي استخراجها وإبرازها. وفي هذا المقال أتناول استعراض نماذج من القواعد من مصادر رفيعة المنزلة في الفقه والحديث، وهي من مآثر المذهب المالكي.

ويكاد يكون بديهيا أن هذا الموضوع العريض لا يسعه هذا البحث، ولذا تحريت ذكر ما يرفد ويزيد في رصيد الدراسات المخصصة لخدمة المذهب المالكي، بحول الله تعالى وقوته.

فبالنظر إلى ضخامة الموضوع رأيت من المناسب أن أركز في إيراد النصوص المختارة على المراجع التي لم تحظ بعناية الباحثين في هذا الجانب الذي نحن بصدده.

وهاك بيان تلك المراجع من شروح الحديث والفقه أولا، ثم استعراض نماذج القواعد والضوابط الواردة فيها:

1- موطأ الإمام مالك بن أنس (ت 179هـ)

2- المدونة، لأبي سعيد عبد السلام التنوخي القيرواني الشهير بـ "سحنون" (ت 240هـ)

3- أصول الفتيا، محمد بن حارث الحشني (حوالي 361هـ)

4- "التمهيد" و"الاستذكار"، كلاهما لأبي عمر يوسف بن عبد الله ابن عبد البر (ت 463هـ)

5- شرح صحيح البخاري، لأبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك المعروف بـ "ابن بطلان" (ت 449هـ)

6- شرح التلقين، لأبي عبد الله محمد بن علي التميمي المازري (ت 536هـ)

7- المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، لأبي العباس عمر بن إبراهيم القرطبي (ت 656هـ)

⁽¹⁾ ابن عاشور، محمد الفاضل ، (1982م). ومضات فكر، تونس، الدار العربية للكتاب، ص 41

تمهيد : عقب المقدمة أرى من المفيد - قبل عرض نماذج القواعد والضوابط التي تمثل وتبلور إسهامات المالكية المتميزة في قواعد المعاملات المالية - أن أضع تمهيدا في ضوء كلام أئمة المذهب المالكي، يعبر عن مدى عناية فقهاء المذهب المالكي بقواعد المعاملات وإشاداتهم بأهميتها في معالجة النوازل. وهذا ما جرى توضيحه على النحو الآتي :

1- مدى اهتمام الفقهاء بقواعد المعاملات : لا يخفى على أهل العلم أن التأصيل الفقهي له جذور راسخة تتمثل في جوامع الكلم الطيب من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم. ونحن بصدد معالجة القضايا الحادثة أحوج ما نكون إلى الاسترشاد بتلك القواعد التشريعية الجليلة. وتحسن الإشارة إلى أنه على الرغم من توافر المادة العلمية الغزيرة المنبثة في بطون الكتب الفقهية قديما حول التعقيد الفقهي، لم يحظ موضوع القواعد والكلية الفقهية بالاهتمام الكافي في المناهج الدراسية، وهذا ما أورت ضعفا في صلاحية الاستنتاج والتخريج، فمن جملة أسباب التأخر في الفقه في رأي العلامة محمد الطاهر ابن عاشور (ت1393هـ) : "عدم العناية بجمع النظائر والقواعد للفروع المتحلة بذكر الحكم الجامعة بينها حتى يستغنى عن كثرة التفريع، وحتى تكون الفروع كالأمثلة للقواعد"⁽¹⁾.

على أننا إذا ألقينا نظرة عامة على مراجع الفقه الإسلامي، ألفينا قسم المعاملات المالية ذا الحظ الأوفر في تضمينه القواعد والضوابط الفقهية. وذلك لما يحتاج إليه هذا القسم من كثرة التعليل والتحليل والضبط نظرا إلى كثافة الاجتهادات والآراء المختلفة في إطار المعاملات، إذ الغالب عليها الاستنباط والاستنتاج في ضوء النصوص التشريعية. وتجدر الإشارة إلى أن هناك قواعد كلية لها أهمية قصوى في هذا المجال، قد عني بها العلماء بوجه خاص. ومما يعضد ذلك أن الإمام القاضي ابن العربي المالكي (543هـ)، الذي شرح "الموطأ" شرحاً وجيزاً قيماً في كتابه "القبس"، ثم شرحه شرحاً متوسطاً في كتابه "المسالك في شرح موطأ مالك"، وكذلك وضع شرحه على سنن الترمذي بعنوان "عارضه الأحوذني"، وقد ركز في هذه الكتب الثلاثة على التعليل والتفصيل الفقهي. وعلى هذا وضع عشر قواعد - منها عبارة عن نصوص شرعية ومنها مستنبطة من الكتاب والسنة في كتاب البيوع - وأدار عليها المسائل في الغالب، وجعلها أسساً تبنى عليها جملة من الأحكام المتفرعة من أحاديث "الموطأ" الواردة في تلك الأبواب المتعلقة بالمعاملات المالية، إذ يقول في موضع من "القبس": "وإذا انتهينا إلى هذا المقام فلا بد من تأسيس قواعد عشر نبني عليها معنى الكتاب ويرجع الناظر إليها في أثناء الأبواب"⁽²⁾.

2- مدى أهمية التعقيد الفقهي في ضبط المسائل وتخريج النوازل عليها : يظهر من خلال متابعة مسيرة القواعد عبر القرون أن اهتمام العلماء بها راجع إلى أهميتها القصوى في ضبط المسائل، مع تخريج النوازل عليها.

(1) ابن عاشور، محمد الطاهر. (1967م)، أليس الصبح بقريب، تونس، المصرف التونسي للطباعة، ص 199

(2) ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله. (1992م)، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم، ط 1، بيروت، دار الغرب

ومن هذا المنطلق قام الفقهاء برصدها وتتبعها، ولا يزال المجال فسيحا لتحصيل المزيد منها، وهذا أجدى من السعي وراء تقصي الفروع الفقهية ومحاولة تدوينها من جديد، فقد جاءت شروح الفقهاء كفيلا بتفصيل المسائل الجزئية بل مكتظة بها، ثم هو أمر عزيز المنال، بالإضافة إلى أن الأصل هو تعلم الصناعة وإتقانها في كل فن وعلم. ومن طريف ما يذكر أن الفقيه الفيلسوف العلامة ابن رشد قد شبه العالم الذي لا يعنى بالأصول وإنما يكتفي بمحفوظاته من الفروع ببائع خفّ عنده خفاف كثيرة ولكنه لا يحسن صناعتها، فيعجز عن صناعة ما يطلب منه.⁽¹⁾

ولا يخفى أنه قد برزت عناية الفقهاء بهذه القواعد في كتب الخلاف العالي - أي ما كان بين أئمة المذاهب، سواء المذاهب المدونة أو غيرها -، وفي كتب الخلاف النازل أيضاً - وهو ما كان بين علماء المذهب الواحد - . وذلك لأن إحكام الأصول والقواعد الفقهية من الوسائل الرئيسة لكسب الصناعة الفقهية وتربية ملكة التخريج. ومما يعزز القول بأن هذه القواعد أداة مهمة في مجال التخريج، هو دأب أئمة الاجتهاد على سلوك هذا المسلك مع تدريب تلاميذهم على ذلك.

ومنهم الإمام مالك - رحمه الله - ففي كثير من المسائل المطروحة أمامه تراه يضبط الجواب بقواعد وضوابط، لكي يتسنى التأصيل والتخريج عليها، ومن أمثلة ذلك: أنه سئل عما يؤدي إلى غلاء الأسعار في الدقيق ونحوه، فأجاب بقاعدة جامعة بقوله: "أرى أن كل ما أضر بالناس في أسعارهم يمنع منه الناس"⁽²⁾.

ومن خلال إجمالة النظر في "المدونة" يتبين تركيز تلميذه ابن القاسم أيضاً على ربط المسائل بقواعد كلية تصلح للتنظير الفقهي، ومما يؤكد ذلك أنه قد نبه في مواضع متعددة على سلوك هذا المنهج بقوله: "فخذ هذا القول على هذا..."⁽³⁾.

وقد سار الإمام أبو سعيد عبدالسلام التنوخي القيرواني الشهير بـ سحنون (240هـ) على نفس المنوال، فعقب في شتى المناسبات على رأي الإمام مالك قائلاً إن "ذلك أصل جيد، وكل مسألة توجد من هذا النوع فردها إلى هذه"⁽⁴⁾.

وهناك نصوص كثيرة من كلام العلماء في شأن أهمية القواعد الفقهية ومهمتها، حيث قد أشاد غير واحد من الأئمة الكبار بحفظ الأصول والقواعد والتنبه لها وتطبيقها لدى تعليل المسائل، وأكتفي هنا بذكر نبذة يسيرة من كلمات فقهاء المالكية تكشف عن هذا الاتجاه. فإليك بيانها على النحو الآتي:

(1) ابن رشد، أبو الوليد، محمد بن أحمد. (1987م)، بداية المجتهد، تحقيق: يوسف مرعشلي وعدنان شلاق، ط 1، بيروت، عالم الكتب، ج:3، ص:

1284

(2) القرطبي، أبو الوليد ابن رشد -الجد- (1988م)، البيان والتحصيل، تحقيق: محمد حجي، ط 2، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ج:9، ص:322

(3) التنوخي، سحنون بن سعيد. (1323هـ)، المدونة الكبرى، مصر، مطبعة السعادة، ج:4، ص:249-250

(4) المصدر السابق، ج:5، ص:124

- قال الإمام ابن عبد البر في موضع من " التمهيد " : " الفروع لا تخصى ولا تضبط إلا بضبط الأصول " (1).
- وقال ابن رشد في " بداية المجتهد " بعد ذكره مسائل من كتاب السلم: " وقصدنا من هذه المسائل إنما هو: الأصول الضابطة للشريعة لا إحصار الفروع، لأن ذلك غير منحصر " (i).
- منها ما ذكره العلامة محمد علي بن حسين المالكي في تهذيبه لفروق الإمام القرافي، في خاتمة " الفرق بين قاعدة تملك الانتفاع، وقاعدة تملك المنفعة "، وإليك نص كلامه :
- " قس على هذه المسائل ما يقع لك منها، واحمل مسائل تملك الانتفاع على بابها، ومسائل تملك المنفعة على بابها، ومسائل تملك الأعيان على الجهة التي قصرتها العادة وألغى الواقفين عليها، وأجر المحتمل على أصل بقاء الأملاك، إلا ما دل الدليل على انتقاله " (2).
- وقال الإمام ابن العربي في ختام عرض بعض المسائل المتعلقة بإحياء الموات: " فابنوا على هذه الأصول التي أصلناها لكم " (3).
- وجاء في كلامه أيضا بعد استعراضه بعض الأصول في باب القسمة: " وعلى هذه الأصول تبنى مسائل القسمة كلها " (4).
- وهنا يحسن أن يسترعى الأنظار إلى أن كلمة " الأصول " في مقام التأصيل والتفصيل ربما تنسحب على القواعد والضوابط الفقهية. وهذا ما يعبر عنه قول الإمام ابن تيمية: " أصول مالك في البيوع أجود من أصول غيره " (5). فتعني هذه الكلمة القواعد والضوابط التي بنيت عليها أبواب البيوع.
- وهذا ما يلوح من عبارة الإمام ابن عبد البر عند ذكر الشروط: " وهذه أصول يحتل أن يفرد لها كتاب " (6).
- المحور الأول : نماذج من القواعد ، الواردة في أمّات المصادر في المذهب المالكي - من القرن الثاني إلى القرن السابع الهجري -:

(1) ابن عبد البر، أبو عمرو يوسف بن عبد الله، (د. ت)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: لجنة من العلماء، ط1، طبعة المغرب، وزارة الأوقاف المغربية، ج: 14، ص: 369

(2) عادل بن عبد القادر قوتة (د. ت)، القواعد والضوابط الفقهية القرافية- زمرة التملكيات المالية-، ط1، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ج: 2، ص: 644

(3) ابن العربي، (2007م)، المسالك في شرح موطأ مالك، وعلق عليه: محمد بن الحسين السليمانى، عائشة بنت الحسين السليمانى، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ج: 6، ص: 404

(4) المرجع السابق، ج: 6، ص: 417-418

(5) ابن تيمية، تقي الدين احمد بن عبد الحليم. (د. ت)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام، جمع وترتيب: عبد الرحمن ابن محمد بن قاسم النجدي، القاهرة، مكتبة ابن تيمية، ج: 29، ص: 26

(6) ابن عبد البر، أبو عمرو يوسف بن عبد الله. (1413هـ)، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تحقيق: عبد المعطي قلعي، القاهرة، دار الوعى، ج:

1) من قواعد الإمام مالك بن أنس (المتوفى 179هـ): المذكورة في الموطأ، والمروية عنه في "المدونة الكبرى" للإمام سحنون بن سعيد التنوخي (240هـ):

" موطأ مالك بن أنس هو معظم علمه ومذهبه"⁽¹⁾، ولا تخفى ريادته الفذة في الرواية والدراية، والاستناد إليه لدى جمهور أهل العلم أمر مسلم معلوم، ولكن ربما يعزب عن الأنظار بعض خصائصه، منها: احتواؤه على أصول أغلبها ضوابط، نبه عليها في مختلف المناسبات. ولا سيما في إطار المعاملات المالية. وأحياناً نبه على قاعدة عامة، بمناسبة التعليق على نص من النصوص، فعلى سبيل المثال قال في توجيه الرأي القائل لبعض السلف بجواز تداوي المرأة المعتدة المتوفى عنها زوجها بدواء أو كحل: "إذا كانت الضرورة فإن دين الله يسر"².

نماذج القواعد والضوابط من كلا المصدرين المذكورين آنفاً:

1- الربا: فإنه لا يكون فيه إلا الرد أبداً، ولا يجوز منه قليل ولا كثير، ولا يجوز فيه ما يجوز في غيره"⁽³⁾.

ففي ضوء ما ورد من النصوص الصريحة الناهية عن الربا، ومنها: قول الله سبحانه وتعالى: (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا) (البقرة: 275)، وقوله سبحانه وتعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ) (البقرة: 278-279)، خلص الإمام مالك إلى وضع هذه القاعدة العاضدة للتحذير من الربا على أي وجه كان، سواء أكان كثيراً أم يسيراً.

- ومن الضوابط الفقهية المهمة الواردة في بابي القراض والمساقاة ما يأتي:

2- "شرط الضمان في القراض باطل"⁽⁴⁾.

3- "كل شيء... كان تافها لا خطب له فهو للعامل"⁽⁵⁾.

4- "كل مقارض أو مساق فلا ينبغي له أن يستثني من المال ولا من النخل شيئاً دون صاحبه"⁽⁶⁾.

- ومن الجدير بالتنويه بأن هناك نصوصاً من كلام الإمام مالك يمكن أن نصوغ بالنظر في فحواها قواعد، فعلى سبيل المثال تراه يربط المخاطرة بالغرر في طائفة من المسائل، وتمثلها قاعدة الغرر والمخاطرة، المصوغة بالعبارة الآتية:

(1) ابن العربي، المسالك شرح موطأ مالك، ج: 3، ص: 417

(2) مالك بن أنس. (1997)، الموطأ، تحقيق: بشار عواد معروف، ط 2، بيروت، دار الغرب الإسلامي ج: 2، ص: 116

(3) المصدر السابق، (باب ما لا يجوز من القراض)، ج: 2، ص: 223-224

(4) المصدر السابق، (باب ما لا يجوز من الشرط في القراض) ج: 2، ص: 227

(5) المصدر السابق، (باب ما جاء في القراض) ج: 2، ص: 237

(6) المصدر السابق، (باب ما جاء في المساقاة) ج: 2، ص: 241

5-الأصل منع كل بيع مآله : الغرر والمخاطرة :

وإليك نبذة من المسائل التي علل المنع فيها بما ذكر آنفا :

- قال مالك : ومن بيع الغرر والمخاطرة، أن يعمد الرجل قد ضلت دابته، أو أبق غلامه، وثن الشيء من ذلك خمسون دينارا، فيقول رجل: أنا آخذ منك بعشرين دينارا، فإن وجده المبتاع، ذهب من البائع ثلاثون دينارا، وإن لم يجده، ذهب البائع من المبتاع بعشرين دينارا.

قال مالك : وفي ذلك أيضا عيب آخر: إن تلك الضالة إن وجدت لم يدر أزدت أم نقصت، أم ما حدث بها من العيوب. فهذا أعظم المخاطرة.

- قال مالك : والأمر عندنا أن من المخاطرة والغرر اشتراء ما في بطون الإناث من النساء والدواب، لأنه لا يدري أيخرج أم لا يخرج. فإن خرج لم يدر أيكون حسنا أم قبيحا، أتما أم ناقصا. أذكرا أم أنثى، وذلك كله يتفاضل. إن كان على كذا، فقيمه كذا، وإن كان على كذا فقيمه كذا.

- قال مالك : ولا ينبغي بيع الإناث واستثناء ما في بطونها، وذلك أن يقول الرجل للرجل: ثمن شاتي الغزيرة ثلاثة دنانير، فهي لك بدنانير ولي ما في بطنها. فهذا مكروه، لأنه غرر ومخاطرة.

- قال مالك : ولا يحل بيع الزيتون بالزيت، ولا الجُلجان-أي السمسم في قشره- بدهن الجُلجان، ولا الزبد بالسمن، لأن المزابنة تدخله، ولأن الذي يشتري الحب وما أشبهه، بشيء مسمى مما يخرج منه، لا يدري أيخرج منه أقل من ذلك أو أكثر، فهذا غرر ومخاطرة.⁽¹⁾

- قال مالك : في رجل باع سلعة من رجل، على أنه لا نقصان على المبتاع: إن ذلك بيع غير جائز وهو من المخاطرة....⁽²⁾

- وجاء في معرض الحديث الوارد في النهي عن المزابنة أن ضمان النقصان من قبيل المخاطرة والغرر، كما لو قال : " أضمن ما نقص من ذلك على أن يكون لي ما زاد، فليس ذلك بيعا، ولكنه المخاطرة والغرر، والقمار يدخل هذا. لأنه لم يشتر منه شيئا بشيء أخرجه، ولكنه ضمن له ما سمي من ذلك الكيل أو الوزن والعدد...".⁽³⁾

ومن مستثنيات القاعدة : ما جرى العمل عليه من بیاعات الناس، ابتغاء رفع الحرج. وهذا يشهد له ما بعض النصوص المذكورة في باب الملامسة والمنابذة عقب باب الغرر، منها:

⁽¹⁾ المصدر السابق، (باب بيع الغرر)، ج: 2، ص: 194-195

⁽²⁾ المصدر السابق، (باب بيع الغرر)، ج: 2، ص: 196

⁽³⁾ ينظر: المصدر السابق، (باب ما جاء في المزابنة والمحاكلة)، ج: 2، ص: 150

قال مالك : وبيع الأعدال على البرنامج⁽¹⁾ مخالف لبيع الساج في جرابه⁽²⁾، والثوب في طيه، وما أشبه ذلك. فرق بين ذلك : الأمر المعمول به، ومعرفة ذلك في صدور الناس وما مضى من عمل الماضين فيه. وأنه لم يزل من بيوع الناس الجائزة بينهم التي لا يرون بها بأساً، لأن بيع الأعدال على البرنامج، على غير نشر، لا يراد به الغرر، وليس يشبه الملامسة.⁽³⁾

وعلى هذه الشاكلة يمكن أن نخلص إلى قواعد أو ضوابط من خلال النظر في مسائل أخرى، متقاربة ذات منط واحد.

ومن القواعد المثورة عن الإمام مالك في "المدونة" :

6- "القول قول من يدعي الصحة والحلال منهما، ولا يلتفت إلى قول من يدعي الفساد والحرام منهما إلا أن يكون له وعليه البيئة، فإن لم تكن بيئة أحلف الذي يدعي الصحة وكان القول قوله"⁽⁴⁾.

ومعناها: أنه في حال نزاع طرفي العقد في صحة العقد أو فساده، الأصل: أن يحكم بصحته، إذ الغالب أن يقع العقد ويتم وفق الأسس السليمة، فمجرد الدعوى بالفساد بدون حجة مقبولة مقنعة لا تؤخذ في الاعتبار، وبناء على ذلك تكون العبرة بقول من يدعي الصحة، لأن الصحة هي الأصل الذي تستقر عليه التصرفات والمعاملات. وعلى هذا : "لا يفسخ العقد الحلال القوي المستقيم"⁽⁵⁾.

7- "إنما ينظر في البيوع إلى الفعل ولا ينظر إلى القول..."⁽⁶⁾.

8- "الحُكْرَة⁽⁷⁾ في كل شيء من السوق من الطعام والزيت والكتان والصوف وجميع الأشياء وكل ما أضر بالسوق"⁽⁸⁾.

9- "كل بيع حرام، لا يقر على حال..."⁽⁹⁾.

10- "كل مستهلك ادعى المأمور فيه ما يمكن، وادعى الأمر غيره، فالقول قول المأمور..."⁽¹⁰⁾.

(1) كلمة فارسية معناها: الورقة المكتوب فيها ما في العدل.

(2) الساج: الطيلسان الأخضر أو الأسود، وجرابه هو الوعاء

(3) المصدر السابق، (باب بيع الغرر)، ج:2، ص: 197-198

(4) التنوخي. (1323هـ)، المدونة ج:4، ص: 45

(5) المصدر السابق، ج:4، ص: 186

(6) المصدر السابق، ج:4، ص: 127

(7) أي الاحتكار

(8) المصدر السابق، ج:4، ص: 291

(9) المصدر السابق، ج:4، ص: 318

(10) المصدر السابق، ج:4، ص: 249-250

11- "كل شيء جاز بيعه، فلا بأس أن يستأجر به".⁽¹⁾

12- "كل شيء قد عرفه الناس بينهم في الكراء فذلك لازم للمكري".⁽²⁾

(2) من قواعد الإمام محمد بن حارث الخشني (المتوفى حوالي سنة 361هـ) في كتابه: "أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك":

يمكن القول بأن هذا الكتاب هو الكتاب الرائد الأول في المذهب المالكي، الذي توخى فيه المؤلف استعراض طائفة من الأصول المعبرة عن قواعد وضوابط عند إمام المذهب وأصحابه، وقد أعرب عن هذا القصد في فاتحة كتابه، فمن جملة كلامه: "جمعت في هذا الكتاب أصول الفتيا في الفقه على مذهب مالك بن أنس والرواة من أصحابه جميعاً محكماً، قيدت فيه المعاني المكررة...، ولم أدع أصلاً يتفرع منه جياذ المعاني، ولا عقدة يستنبط منها حسان المسائل بلغ إليها علمي، ووجدتها حاضرة في ذهني، إلا أودعتها كتابي...".⁽³⁾

وإليك نماذج تمثل هذا الاتجاه:

1- "كل صفقة جمعت حلالاً وحراماً، فهي كلها حرام، ولا ينعقد البيع في الحلال منها خاصة".⁽⁴⁾

2- "كل ما تشاح فيه الأجير والمستأجر، حملوا فيه على سنة الناس وما تعارفوا في ذلك".⁽⁵⁾

3- "كل مقر أقر إقراراً مجملاً، فالقول قوله في تفسيره".⁽⁶⁾

4- "كل من ادعى في إقراره وجهاً يحتمله إقراره، صدق".⁽⁷⁾

5- "كل ما أكره عليه الإنسان مما كان يجب عليه أن يفعله من غير إكراه، فإنه يجزيه، ولا ضمان على المكره.

وذلك مثل: الصدقة المنذورة، والزكاة المفروضة، وما شاكل ذلك من الحقوق اللازمة".⁽⁸⁾

(3) من قواعد ابن عبد البر القرطبي (368-463هـ) في كتابه: "التمهيد" و"الاستذكار":

ظهرت عناية الإمام ابن عبد البر بالتأصيل والتعليل في كتابه: "التمهيد" و"الاستذكار"، لا سيما في الكتاب الأول، وذلك بمناسبة توجيه بعض الآراء الفقهية المستنتجة من نصوص الأحاديث. ومن أبرز أهدافه

⁽¹⁾ المصدر السابق، ج: 4، ص: 407

⁽²⁾ المصدر السابق، ج: 4، ص: 499-500

⁽³⁾ الخشني، محمد بن حارث. (1985م)، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، حققه وعلق عليه: محمد المجذوب، محمد أبو الأصفان، وعثمان بطيخ، تونس، الدر العربية للكتاب، ص: 44

⁽⁴⁾ المصدر نفسه، ص: 117

⁽⁵⁾ المصدر السابق، ص: 147

⁽⁶⁾ المصدر السابق، ص: 305

⁽⁷⁾ المصدر السابق، ص: 305

⁽⁸⁾ المصدر السابق، ص: 316

في هذه الموسوعة أن يمهّد الأصول التي عليها مدار فهم النصوص والآثار رواية ودراية. وهذا ما وقع التنويه به في نص كلامه الآتي :

"الغرض مما في كل باب من أبواب كتابنا هذا أن يتسع القول في أصوله، ونوضحها ونبسّطها، ونلوح من فروعه، مما يدل على المراد فيه، إذ الفروع لا تحصى ولا تضبط إلا بضبط الأصول".⁽¹⁾

ومن شواهد تلك القواعد :

1- "اليقين لا يزيله الشك"⁽²⁾ :

تطرق إلى ذكرها في مواضع متعددة، منها قوله في معرض شرحه الحديث الذي ورد فيه النهي عن صوم يوم الشك في نهاية شعبان قبيل بدء رمضان: "إن اليقين لا يزيله الشك، ولا يزيله إلا يقين مثله، لأنه صلى الله عليه وسلم أمر الناس ألا يدعوا ما هم عليه من يقين شعبان إلا بيقين رؤية واستكمال العدة، وأن الشك لا يعمل في ذلك شيئاً..."

وهذا أصل عظيم من الفقه: ألا يدعه الإنسان ما هو عليه من الحال المتيقنة إلا بيقين من انتقالها".⁽³⁾

ومما يتفرع على ذلك في فقه المعاملات المالية : "الأصل أن السلعة للبائع، فلا تخرج من ملكه إلا بيقين من إقرار أو بينة".⁽⁴⁾

2- "الأصل براءة الذمة"⁽⁵⁾.

والمراد منها أن ذمة كل شخص غير مشغولة بواجب أو التزام أو حق إلا بيقين وبينة وثبوت.

3- "الضرورات تبيح المحظورات"⁽⁶⁾، وهي تذكر غالباً ضمن القواعد المتفرعة عن القاعدة الفقهية الكبرى: "المشقة تجلب التيسير".

وقد أوردتها في موضع آخر من "التمهيد" بصيغة: "الضرورات تنقل المحذور إلى حل المباح"⁽⁷⁾.

4- "كل جان جنايته عليه، إلا ما قام بخلافه الدليل الذي لا معارض له. مثل إجماع لا يجوز خلافه، أو نص، أو سنة من جهة نقل الأحاد العدول، لا معارض لها فيجب الحكم بها...".⁽⁸⁾

وبقطع النظر عن تلك القواعد هناك قواعد تختص بفقه المعاملات المالية في كلا المصدرين، ومنها :

⁽¹⁾ ابن عبد البر، التمهيد، ج: 14، ص: 369

⁽²⁾ المصدر السابق، ج: 2، ص: 39

⁽³⁾ المصدر السابق، ج: 2، ص: 39

⁽⁴⁾ المصدر السابق، 297-296/24، ج: 24، ص: 297-296

⁽⁵⁾ ابن عبد البر، الاستذكار ج: 25، ص: 169

⁽⁶⁾ المصدر السابق، ج: 18، ص: 234

⁽⁷⁾ ابن عبد البر، التمهيد، ج: 17، ص: 319

⁽⁸⁾ المصدر السابق، ج: 6، ص: 485-484

- 5- "الأصل أن أرباب الأموال أمناء".⁽¹⁾
- 6- "الذمة تقوم مقام العين الحاضرة".⁽²⁾
- 7- "كل ما انتفع به، جاز أخذ البذل منه".⁽³⁾
- 8- " ما صرف إلى بيت المال من الأموال: فسييله أن يصرف إلى المصالح".⁽⁴⁾
- 9- "لا تجوز البياعات والمعاوضات في الجهولات".⁽⁵⁾
- 10- "لا يغرّم من استهلك شيئاً إلا مثله أو قيمته".⁽⁶⁾
- 4) من قواعد الإمام أبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك المعروف بـ "ابن بطل" (ت 449هـ) في شرحه لصحيح البخاري :

يتبوأ هذا الشرح مكاناً رفيعاً لدى شراح البخاري، وقد استفادوا منه كثيراً، وهو في الواقع شرح نفيس، ومن مزاياه : التععيد الفقهي.

وحسب المنهج المتبع في هذا البحث أسوق نصوصاً من عباراته، يستبين منها مدى اهتمام الشارح المؤلف بمنهج التعليل، على أن طائفة من تلك القواعد أوردها منسوبة إلى المهلب بن أحمد بن أبي صفرة (ت 435هـ) أحد الرواد في شرح صحيح البخاري، وإليك نبذة من القواعد ذات الصلة بفقه المعاملات المالية :

- 1- "الأموال مضمونة بالخطأ كما هو بالعمد".⁽⁷⁾
- 2- "جنايات الأموال لا تسقط عن المجانين وغير المكلفين، ويلزمهم ضمانها".⁽⁸⁾
- 3- "الصفة تقوم مقام المعاينة".⁽⁹⁾
- 4- " كل بيع صحيح: جائز، إذا انعقد على التراضي".⁽¹⁰⁾

⁽¹⁾ المصدر السابق، ج: 6، ص: 468

⁽²⁾ المصدر السابق، ج: 6، ص: 290

⁽³⁾ المصدر السابق، ج: 2، ص: 270

⁽⁴⁾ المصدر نفسه، ج: 9، ص: 169

⁽⁵⁾ ابن عبد البر، الاستذكار، ج: 23، ص: 48

⁽⁶⁾ المصدر السابق، ج: 22، ص: 259

⁽⁷⁾ ابن بطل، أبو الحسن علي بن خلف (2000 م)، شرح صحيح البخاري، ضبط نصه وعلق عليه: أبو تميم ياسر ابن إبراهيم، الرياض، مكتبة

الرشد، ط 1، ج: 8، ص: 261

⁽⁸⁾ المصدر السابق، ج: 5، ص: 256

⁽⁹⁾ المصدر السابق، ج: 6، ص: 275

⁽¹⁰⁾ المصدر السابق، ج: 7، ص: 11

ومن الملاحظ تميز هذه الصيغة في دقتها، فقد حسمت أن مجرد التراضي غير كاف، فلا عبرة به إذا كان منطويا على محذور شرعي. وإذا كان فاسدا فلا يصححه التراضي، إذ لا يجوز تخطي الحاجز الشرعي.

5- "كل شيء لا يعلم المشتري هل يحصل له أم لا فشاؤه غير جائز".⁽¹⁾

6- "كل من عقد عقدا ليس بعاص فيه، فالعقد له لازم وعليه الوفاء به".⁽²⁾

7- "لا يستباح دم ولا مال إلا بيقين لا شك فيه".⁽³⁾

8- "من وجب له حق، لا يؤخذ منه إلا عن إذنه".⁽⁴⁾

9- "المتعارف يقوم مقام الشيء المعين".⁽⁵⁾

10- "الهبات والصدقات لا تنفذ بالقول حتى يكون معه القبض من الذي ملكها".⁽⁶⁾

ومن خصائص شروح الحديث أنها تبرز مزية جديدة في مجال التعليل، وهي أن الأصل المعلن به ربما يكون مستتبطا من نص الحديث، ومنها ما هو من قبيل لطائف الاستدلال.

ومن هذا القبيل، قوله الآتي الذي عبر عنه بكلمة "قاعدة":

11- "المدعور لا يلزمه بيع ولا إقرار ولا غيره في حال فزعه".⁽⁷⁾

وتمثل هذه القاعدة رأي المالكية في عدم لزوم بيع ولا إقرار ونحوهما من التزامات في حال الذعر والفزع.

وهي واردة في أول باب من صحيح البخاري، وهو باب: كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، بمناسبة بيان قول النبي صلى الله عليه وسلم: "زملوني"، إذ لم يخبر بشيء حتى ذهب عنه الروع. قال ابن بطال: "فيه: أنه لا يجب أن يسأل الفازع عن شيء من أمره ما دام في حالة فزعه. وكذلك قال مالك وغيره: المدعور لا يلزمه بيع ولا إقرار ولا غيره في حال فزعه".⁽⁸⁾

⁽¹⁾ المصدر السابق، ج: 6، ص: 272.

⁽²⁾ المصدر السابق، ج: 7، ص: 408.

⁽³⁾ المصدر السابق، ج: 8، ص: 488.

⁽⁴⁾ المصدر السابق، ج: 6، ص: 75.

⁽⁵⁾ المصدر السابق، ج: 6، ص: 444.

⁽⁶⁾ المصدر السابق، ج: 8، ص: 172.

⁽⁷⁾ المصدر السابق، ج: 1، ص: 38.

⁽⁸⁾ المصدر السابق، ج: 1، ص: 38.

وبجانب تلك القواعد هناك أصول مستقرة جملة التطبيقات في أبواب مختلفة، ورد ذكرها في هذا الشرح الجليل
الماتع الممتع، ومنها القواعد الآتية :

12- "الشك لا يزيل اليقين".⁽¹⁾ أو "لا يقدر الشك في اليقين".⁽²⁾

13- "الذمة بريئة إلا بيقين".⁽³⁾

14- "الحكم للمعاني لا للألفاظ".⁽⁴⁾

15- "العدل فرض".⁽⁵⁾

16- "كل شرط يحظر المباح فهو باطل".⁽⁶⁾

(5) من قواعد الإمام المازري (ت536هـ):

الإمام أبو عبد الله المازري أحد أفاض العلماء في التاريخ الإسلامي، قد تميز في سعة اطلاعه في الفقه المالكي بوجه خاص، واضطاعه بالأصول والمقاصد والغوص في المعاني بوجه عام، كما يستبين ذلك من تعليقاته على جملة من أحاديث شرح صحيح مسلم في كتابه "المعلم"، وكتابه الموسوعي في المذهب المالكي "شرح التلقين"، وكتابه: "إيضاح المحصول من برهان الأصول"، الذي شرح فيه "البرهان" لأبي المعالي الجويني الشافعي، وغيرها من الكتب.

وقد بدت سمات التأصيل الفقهي عند الإمام المازري في مؤلفاته بصورة جلية. فهو أحد الأئمة المبرزين في تحرير القواعد والضوابط، ونجد "شرح التلقين" شاهد عدل على ذلك، فهو غزير المادة العلمية في مجال التععيد الفقهي. وربما صاغ قواعد بعبارات جزلة مبتكرة، منها قوله: "الشرع لا تتعدى حدوده ومراسمه".⁽⁷⁾

وكان يتحرى أن يكون دقيقاً أميناً فيما يقول ويفتي، بالتعويل على القواعد والضوابط. وتراه يطيل نفسه بعرض نظائر في تحقيق الرأي الذي يميل إليه. وربما يذكر مسائل باب في باب آخر لوجود الارتباط الوثيق فيما بينها. ويتمثل ذلك فيما ما حرره من قاعدة التبعية وما يتعلق بها في معرض الكلام حول أخذ الأجر على الأذان والإمامة، في الجزء الأول من كتاب الصلاة، حيث تصدى فيه لبيان الخلاف القائم في تقدير حصة

⁽¹⁾ المصدر السابق، ج: 1، ص: 223

⁽²⁾ المصدر السابق، ج: 1، ص: 225

⁽³⁾ المصدر السابق، ج: 4، ص: 425

⁽⁴⁾ المصدر السابق، ج: 3، ص: 419، ج: 4، ص: 41

⁽⁵⁾ المصدر السابق، ج: 4، ص: 504

⁽⁶⁾ المصدر السابق، ج: 7، ص: 272

⁽⁷⁾ المازري، أبو عبد الله محمد بن علي التميمي. (2008م)، شرح التلقين، تحقيق: محمد المختار السلامي، تونس، دار الغرب الإسلامي، ط1، ج: 6، ص:

من الثمن للتبع أو عدم تقديره في مسائل من البيوع. ومن نفيس تنبيهاته في معرض الحديث عن هذا الموضوع ما جاء في النص الآتي :

"واعلم أنه لا يخفى على أحد أن التجار يقصدون إلى جعل الثمن عوضا من جميع ما عقدوا عليه قلّ أو جلّ، ويجعلون لكل جزء مما اشتروه حصة من الثمن تابعا كان أو متبوعا. فالمخالفة لها هنا لا معنى لها، لأنها كالمخالفة في أمر محسوس".⁽¹⁾

ومن نماذج قواعده :

1- "الأصل: تحليل كل بيع".⁽²⁾

2- "أصول الشرع تقتضي ألا يخرج ملك إنسان بغير اختياره".⁽³⁾

3- "أملك المالكين لا يتصرف فيها إلا على حسب ما أذنوا فيه".⁽⁴⁾

4- "البياعات مبناها على المشاحة والحرص على الغبن".⁽⁵⁾

5- "بيع الضمان لا يجوز".⁽⁶⁾ أو "الضمان بعوض ممنوع".⁽⁷⁾

6- "الضمان يتعلق بالجاني على ملك غيره بإتلاف الشيء...، أو بإذهاب منفعه التي يمتلك لأجلها، أو وضع يد عادية عليه".⁽⁸⁾

7- "القصد معتبرة في العقود".⁽⁹⁾

8- "ما يحرم تملكه لا يجوز بيعه".⁽¹⁰⁾

9- "ملك الإنسان لا يباع عليه إلا بعد ثبوت سبب يوجب عليه بيعه بغير اختياره".⁽¹¹⁾

(1) المصدر نفسه، ج: 1، ص: 432-433

(2) المصدر السابق، ج: 4، ص: 330

(3) المصدر السابق، ج: 8، ص: 318

(4) المصدر السابق، ج: 4، ص: 104

(5) المصدر السابق، ج: 8، ص: 350

(6) المصدر السابق، ج: 4، ص: 125

(7) المصدر السابق، ج: 4، ص: 337

(8) المصدر السابق، ج: 7، ص: 56-57

(9) المصدر السابق، ج: 8، ص: 350

(10) المصدر السابق، ج: 6، ص: 919

(11) المصدر السابق، ج: 8، ص: 463

10- "من ملك الرقبة، ملك نساءها".⁽¹⁾

6 (من قواعد الإمام أبي العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي (578-656هـ): وهو أحد المحدثين الأصوليين، وفقه بارز في مجال التعليل والتأصيل، كما يتجلى هذا الجانب المشرق في كتابه القيم "المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم". وهو أحد المصادر المعول عليها في شرح الإمام النووي لصحيح مسلم، وفي "فتح الباري شرح صحيح البخاري"، للحافظ ابن حجر العسقلاني. ويتميز "المفهم" في توضيح مشكل الأحاديث بسلاسة البيان مع جزالة التعبير وقوة التعليل، وأثناء المطالعة وقع بصري على مجموعة من القواعد والضوابط الفقهية. ويكفي أن أسجل هنا أمثلة تشهد لما جرى التنويه به آنفا- مع ملاحظة أن منها قواعد عامة تمتد تطبيقها إلى عدة شعب الفقه، ومنها قواعد خاصة بشعبة المعاملات المالية:

1- "الأصل: التمسك بالأصل".⁽²⁾

2- "الأصل في الحقوق النفسية والمالية: المنع، فلا يحل شيء منها إلا بوجه شرعي".⁽³⁾

3- "الأصل: استصحاب السلامة".⁽⁴⁾

4- "الأصل: براء الذمم من الحقوق".⁽⁵⁾

5- "الأصل في شروط المسلمين: صحتها وبقاؤها".⁽⁶⁾

6- "الأصل في الأحكام: بقاؤها على ما قررت".⁽⁷⁾

7- "الأصل: منع التصرف في ملك الغير إلا بإذنه".⁽⁸⁾

8- "من ثبت له حق فالأصل بقاءه حتى يصرح بإسقاطه".⁽⁹⁾

(1) ينظر: المصدر السابق، ج: 8، ص: 419

(2) أبو العباس أحمد بن إبراهيم القرطبي (1417هـ)، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، تحقيق: محي الدين مستوولجنة من الباحثين، ط

1. دمشق، دار ابن كثير، ج: 2، ص: 486

(3) المصدر السابق، ج: 1، ص: 224

(4) المصدر السابق، ج: 2، ص: 241

(5) المصدر السابق، ج: 5، ص: 148

(6) ينظر: المصدر السابق، ج: 4، ص: 594

(7) المصدر السابق، ج: 2، ص: 184

(8) المصدر السابق، ج: 2، ص: 299

(9) المصدر السابق، ج: 2، ص: 529

9- "الحقوق إذا تعارضت، قدّم الأولى".⁽¹⁾

10- "الحكم للغالب في القواعد الشرعية".⁽²⁾

11- "العقود الشرعية إذا قارنها شرط فاسد، بطل ذلك الشرط خاصة، وصح العقد".⁽³⁾

12- "كل من له الخيار في شيء، فتصرف فيه تصرف الملاك مختاراً، إنه قد أسقط خياره".⁽⁴⁾

13- "كل من ادعى ملك أحد من بني آدم، كان مدفوعاً إلى بيان ذلك".⁽⁵⁾

14- "لكل متجدد حكمه، بخلاف الحقوق الثابتة".⁽⁶⁾

15- "من ملك شيئاً من الأرض، ملك ما تحته مما يقابله".⁽⁷⁾

وهذه أمثلة يسيرة تكشف عن مدى اعتناء المؤلف بالتعليل والتأصيل.

المحور الثاني: نحو تأسيس نظريات تأصيلية في المعاملات المالية عند المالكية :

من خلال إنعام النظر في ذخيرة القواعد والضوابط الفقهية المرتبطة بفقه المعاملات المالية أرى من الجدير بأن توجه الأنظار إلى رصد تلك الأصول الميثوقة في أهم المصادر في المذهب المالكي ومن ثم تنسيقها، بحيث يتسنى جمعها تحت قواعد كبرى أشبه بنظريات تأصيلية في هذا المجال على غرار نظريات فقهية، ينضوي تحتها تطبيقات من أحكام كلية وجزئية، مقرونة بأدلتها من المنصوص والمعقول. ولا يخفى أنه بجانب القواعد المتفق عليها في المذهب، قد تولدت قواعد وضوابط خلافية كثيرة، وهي تعبر عن اجتهادات الفقهاء في داخل المذهب، وتشكل ثروة فقهية ضخمة، ولا تزال الحاجة قائمة لاستخلاصها وإبرازها.

ومن باب استكمال البحث لبيان جهود المالكية في هذا الموضوع، أرى من المناسب أن أقدم نموذجين من القواعد، بشرح موجز لهما مع ضرب نبذة يسيرة من التطبيقات، وهي عبارة عن قبسات من كلام المالكية. وإليك بيان ما يتعلق بالنموذجين :

⁽¹⁾ المصدر السابق، ج: 3، ص: 225

⁽²⁾ المصدر السابق، ج: 3، ص: 124

⁽³⁾ المصدر السابق، ج: 4، ص: 327

⁽⁴⁾ المصدر السابق، ج: 4، ص: 337

⁽⁵⁾ المصدر السابق، ج: 4، ص: 511

⁽⁶⁾ المصدر السابق، ج: 4، ص: 208

⁽⁷⁾ المصدر السابق، ج: 4، ص: 535

النموذج الأول : " لا ضرر ولا ضرار"⁽¹⁾: هذه القاعدة التشريعية من جوامع كلم النبي صلى الله عليه وسلم. وهي " أصل جليل"⁽²⁾ و"أما مقتضاها فهو عموم النهي عن آحاد الضرر والضرار جميعا وتحريم ذلك"⁽³⁾. وتنبثق من هذه القاعدة قواعد كثيرة مستقرة فيموضوع الحماية من الضرر، ودفعه بعد وقوعه. وتتخرج عليها مسائل كثيرة لا تقف عند حد، وبالنظر إلى الاستقراء اكتسبت سمة القاعدة القطعية.

ومن خلال التتبع يظهر بجلاء أن المالكية كانت لهم عناية فائقة بشرح القواعد المتصلة بالضرر وتوضيحها وتطبيقها. وهذا ما يلوح لنا من شرح الإمام ابن عبد البر حديث " لا ضرر ولا ضرار"⁽⁴⁾ وما يدل على ذلك أيضا أن الإمام الباجي وضع فصلا في كتابه "فصول الأحكام"⁽⁵⁾ في أحكام الضرر. وعلى غرار ذلك بحث العلامة أبو إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيع الفاسي القضايا المرتبطة بالضرر في عشر صفحات تقريبا في كتابه "معين الحكام"⁽⁶⁾.

وقال الإمام ابن العربي بصدد كلامه عن الضرر: "قطع الضرر متيقن شرعا"⁽⁷⁾. "وقد ثبت تحريمه شرعا، فحيث ما وقع: امتنع..."⁽⁸⁾.

والهدف هنا عرض بعض ما ورد عند أئمة المالكية من التطبيقات وثيقة الصلة بالمعاملات المالية:

-فمن المسائل النفيسة المتخرجة عليها ما ذكره العلامة أبو الحسن الرجراجي في بيع المواشي الضارية، إذ يقول :

" اعلم أن الحيوانات تنقسم إلى مطبوع على العدوان محمول على الطغيان، وإلى ما هو محمود الأخلاق وقليل الانقلاب عند الطلاق من القيد والوثاق.

(1) أحمد بن حنبل، مسند أحمد، ج: 5، ص: 55، (رقم الحديث: 2865)، ورواه الحاكم في المستدرک، ج: 2، ص: 66، (2345)، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولا يخرجاه، ووافقه الذهبي. وانظر: تخريجه المفصل: في " الهداية في تخريج أحاديث البداية (أي بداية المجتهد لابن رشد) لأبي الفيض أحمد بن الصديق الغماري مع تعليق المحقق: عدنان علي شلاق، ج: 8، ص: 10-14

(2) من تعبير الإمام ابن رشد في " البيان والتحصيل"، ج: 9، ص: 146

(3) أحمد بن يحيى الوئشريسي، المعيار المعرب، خرجه جماعة من الفقهاء، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ج: 8، ص: 474

(4) انظر: ابن عبد البر، التمهيد 158/20-159

(5) أبو الوليد الباجي، فصول الأحكام، تحقيق: محمد أبو الأجنان، الدار العربية للكتاب، ص: 208-212

(6) أبو إسحاق ابن الرفيع المالكي. (1989م) ، معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق: محمد بن قاسم ابن عباد، (باب: لا ضرر ولا ضرار)، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ج: 2، ص: 782-792

(7) انظر: ابن العربي، القبس، ج: 3، ص: 956

(8) المصدر السابق، ج: 2، ص: 850

فما كان منها مطبوعا على الانفلات والشراد⁽¹⁾ ضاربا بالفساد: فأربابها مخيرون بين أن يجسوها ويكفوا إذابتها عن العباد، وإلا بيعت عليهم وغرّبت في البلاد بحيث لا زرع ولا حصاد، ولا حائط ولا جدار بعد التبيان للمشتري عند البيع أنه يصل...
فقداس العلماء على هذه المسألة رجلا شريرا إذا سكن بين القوم، وكان يؤذيهم في أموالهم وعيالهم إما بيده أو بإطلاق لسانه بالطعن في أعراضهم والسير في أشرافهم... فحكموا فيمن هذه سيرته وصفته أن تباع أرضه وداره، أو يكرى عليه ويغرب بين أظهر الجيران، أو ينفى عن محلّتهم، فكان ذلك واجبا على الإمام أن يدفع عنهم ضرره، ويكفيهم مؤنة أذيته. فإن لم يكن هناك سلطان، فالجماعة العادلة تقوم مقامه...⁽²⁾

- ومن تطبيقاتها عند الإمام المازري ما ذكره في "المعلم" حول "الاحتكار" و"الشفعة": إذ يقول في شرح الحديث: "لا يحتكر إلا خاطيء"⁽³⁾: "أصل هذا مراعاة الضرر، فكل ما أضر بالمسلمين وجب أن ينفى عنهم. فإذا كان شراء الشيء بالبلد يغلي سعر البلد ويضر بالمسلمين: منع المحتكر من شرائه..."⁽⁴⁾

وجاء في تعليقه على موضوع الشفعة: "الأصل: أن الشفعة إنما أثبتت في الشرع لنفي الضرر، ولما كان الضرر يختلف باختلاف الأنواع خص بذلك العقار، لأنه أشد ضررا من غيره من السلع، لأنه قد يدعوه المشتري إلى المقاسمة أو إلى البيع، أو يضر به، أو يسيء بجواره. وهذه المعاني يعظم ضررها في العقار"⁽⁵⁾.

- ومن الموضوعات التي يرد ذكرها على شاكلة القواعد المستقلة ولكنها ذات علاقة بقاعدة الضرر: موضوع الغش وضمن المتلفات، فلا ضير من إيرادهما تحت نظرية دفع الضرر. وذلك بالنظر إلى ما يترتب من الضرر بسبب الغش. وفيما يبدو أنه لم يخل عصر عن ظاهرة الغش في المبادلات التجارية، على أنها استفحلت في هذا العصر.

فعلى سبيل المثال راج الغش في صناعة بعض المنسوجات من الحرير أو في خياطه القلانيس على أيدي الحاكّة قديما، فمن طريف ما ذكره ابن رشد في "البيان" عن الإمام مالك أنه "سئل عن خمر تعمل من القز ثم يبل لها الخبز فيرش عليها لتشتد... قال: لا خير في هذا، هذا غش ولا يعجبني".

(1) أي: الشرود

(2) الرجراجي، أبو الحسن علي بن سعيد. (2007 م)، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، ط 1، الدار البيضاء، مركز التراث الثقافي المغربي، وبيروت، دار ابن حزم، ج: 6، ص: 330

(3) النيسابوري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ترقيم: فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء الكتب العربية، (كتاب البيوع). (باب شروطه وما نهي عنه)، ج: 3، ص: 1228، (رقم الحديث 1605)

(4) المازري، المعلم بفوائد مسلم ج: 2، ص: 322-323

(5) المصدر السابق، ج: 2، ص: 325-326

وقال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله، إن ذلك من الغش، لأن المشتري يظن أن شدتها إنما هو من ذاتها وصفاقفة نسجها...⁽¹⁾.

- "وسئل عن أصحاب القلانس يجعلون مع القطن صوفا يخلطونه به أو يجعلونه من تحته، قال: لا خير في هذا وأراه من الغش"⁽²⁾.

وبما أن انتشار الغش يؤدي إلى ضرر بالغ في حياة الناس، اتجه بعض الفقهاء إلى تأديب الغاش بأن يتصدق بماله المغشوش، وهذا ما قاله الإمام مالك في الزعفران المغشوش، إذا وجد بيد الذي غشه، فرأيه أن يتصدق به على المساكين، قل أو أكثر⁽³⁾.

ويكاد يكون واضحا أن المقصود بالتعزير بالمال في بعض الصور راجع إلى قطع الضرر العام بمقابل تحمل الضرر الخاص. ولا يختص ذلك بالزعفران، فهو مجرد مثال. ولذا يمكن تنفيذ هذا المبدأ قضائيا إذا ترجح لدى المحكمة المختصة علاج الغش ونحوه بمصادرة المال المغشوش وصرفه إلى الصندوق التكافلي أو إلى سبل المصلحة العامة، وذلك لقطع دابر الفساد المنتشر في المجتمع.

- ومن صور الخداع والغش الرائجة في هذه الأيام: إلصاق علامات مزورة على البضائع، فتلصق على البضاعة القادمة من بلد صناعته رديئة، علامة بلد آخر اشتهر بالصناعة الجيدة، وصار التجار-إمعانا في المكر والتدليس والخداع- يتحصلون على العلامات والعلب من الشركات في الدول المتقدمة كاليابان وأوروبا الغربية. ومن الغش القبيح أيضا تسويق الغلال والخضروات والفواكه بعد رشها بالمبيدات السامة الضارة بالصحة. وهذه المسألة في غاية الأهمية، فإن كثيرا من أنواع المبيدات تنتج عنها أمراض تسبب عاهات وتشوهات⁽⁴⁾.

هذا، وأما ضمان المتلفات فتمثله القاعدة المطردة المتفق عليها، وهي في الغالب تذكر بصيغة: "الأموال تضمن بالخطأ كما تضمن بالعمد"⁽⁵⁾ وهي وثيقة الصلة بقاعدة دفع الضرر.

وتؤكد هذه القاعدة وجوب الضمان في حقوق العباد في إتلافها مطلقا، ولا فرق في ذلك سواء أكان إتلافها بقصد أم بدون قصد. ومن جملة كلام الإمام المازري حولها: "إنما التحقيق ما قدمنا مرارا أن الخطأ والعمد في إتلاف أموال الناس سواء، إلا أن يكون المتلف له إذن خاص فيختلف فيه"⁽⁶⁾.

(1) القرطبي، البيان والتحصيل، ج: 9، ص: 315

(2) القرطبي، المصدر السابق، ج: 9، ص: 320

(3) أحمد موافي (1997م)، الضرر في الفقه الإسلامي، ط1، الخبر، دار ابن عفا للناشر والتوزيع، ج: 1، ص: 434، نقلا عن ابن فرحون، تبصرة الحكام،

ج: 2، ص 203

(4) أنظر: الغرياني، الصادق عبد الرحمن. (2002م)، ط 1، مدونة الفقه المالكي وأدلته، بيروت، مؤسسة الريان، ج: 3، ص: 1921

(5) ابن عبد البر، الاستذكار، ج: 22، ص: 271

(6) المازري، شرح التلقين، ج: 8، ص: 282

والمراد منها: أن الإلتاف المباشر يستوجب الضمان. وهي راجعة في أصول الفقه إلى خطاب الوضع، ومن المعلوم أنه "لا يشترط التكليف في خطاب الوضع".

ولهذه القاعدة امتداد في مجال المعاملات المالية، فالعقود القهرية -الجبرية- مثلاً تستدعي أداء الحق المالي بالمثل بدون أي عدوان.

ومن القضايا المعاصرة التي تندرج تحت هذه القاعدة: تصرفات الدولة في انتزاع الملكية بمقتضى المصلحة العامة - وهذا ما عرف بـ "التأميم" في الأنظمة المعاصرة. ويتمثل ذلك في بناء جسر، أو توسعة الشارع العام، أو بناء مسجد، ونحو ذلك من المشاريع، وفي جميع الحالات لا بد من أداء القيمة السوقية المناسبة للمالك الذي أخذ منه حقه.

النموذج الثاني: الأصل في البيوع أنها حلال إذا كانت عن تراض:

قال الحافظ ابن عبد البر: "الأصل في البيوع أنها حلال إذا كانت عن تراض إلا ما حرمه الله عز وجل على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم نصاً، أو كان في معنى النص، فإن ذلك حرام، وإن تراضى به المتبايعان"⁽¹⁾.

وجاءت هذه القاعدة المذكورة آنفاً في كلام الإمام ابن بطال بعبارة: "كل بيع صحيح: جائز، إذا انعقد على التراضي"⁽²⁾.

ومعنى ذلك أن البيع إذا كان فاسداً فلا يصححه مجرد التراضي. إذ لا يجوز تجاوز حق الشرع.

وهذا ما نبه عليه الإمام القرافي بمناسبة توضيح الفرق بين قاعدة حقوق الله تعالى وقاعدة حقوق الأدميين، إذ يقول:

"وقد يوجد حق الله تعالى، وهو ما ليس للعبد إسقاطه، ويكون معه حق العبد كتحرمة تعالى لعقود الربا والغرر والجهالات، فإن الله تعالى إنما حرمها صوتاً لمال العبد عليه، وصوتاً له عن الضياع بعقود الغرر والجهل، فلا يحصل المعقود عليه، أو يحصل دنياً نزرأ حقيراً، فيضيع المال، فحجر الرب تبارك وتعالى برحمته على عبده في تضييع ماله الذي هو عون على أمر دنياه وآخرته، ولو رضي العبد بإسقاط حقه في ذلك، لم يؤثر رضاه"⁽³⁾.

- ومن تطبيقاتها المعاصرة: جواز التعديل في الشروط المقترنة بالعقد في أي وقت، سواء كان التعديل في نسبة الربح أو غيرها ما دام ذلك برضا الطرفين، وكان الشرط اللاحق جائزاً ولو لم يكن منصوباً عليه في العقد. وإذا رأى المصرف الإسلامي مصلحة في أن يتضمن عقد المضاربة نصاً بمراجعة نسبة الربح المشروطة في

(1) ابن عبد البر، الاستذكار، ج: 20، ص: 19

(2) ابن بطال، شرح صحيح البخاري، (باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل)، ج: 7، ص: 11

(3) القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق (الفرق الثاني والعشرون)، بيروت، عالم الكتب، ج: 1، ص: 325

العقد في نهاية الصفقة أو في نهاية عام مثلا لتعديلها بالتراضي بين الطرفين، فلا مانع شرعا من هذا الشرط ولا جهالة فيه، بل يجوز التعديل في نسبة الربح في شركة المضاربة قبل نهاية الصفقة.

هذا مع ملاحظة أن القول بأصل الإباحة مقيد بعدم وجود أي محذور شرعي، ومن ثم لا يجوز اشتراط ما يؤدي إلى ذلك حالا أو مآلا، ومن المناسب أن يذكر هنا بعض ما يتعلق بموضوع الغرر لدى التصدي لتأصيل النظرية المعززة المقررة بأن "الأصل تحليل كل بيع"، من حيث إن الغرر يشكل موضوعا كبيرا في إطار المناهي الشرعية، بعد موضوع الربا الذي ترتبط به بيوع العينة ونحوها.

وهنا أكتفي هنا بذكر قاعدة الغرر باختصار في ضوء كلام المالكية، باعتماد صيغة الإمام الباجي، الواردة في موضع من "المنتقى"، وهي كالآتي :

- "الغرر الكثير يفسد العقود"⁽¹⁾ :

اتفق الفقهاء على أن خلو العقود من الغرر الفاحش أمر لا بد منه لأنه من قبيل الميسر والقمار، فلو تراضى المتعاقدان على ذلك فلا سبيل إلى جوازه. وقد "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم... عن بيع الغرر"⁽²⁾

ويترتب على التقييد بالفاحش الكثير: العفو عن يسير الغرر. قال ابن العربي: "لا خلاف بين العلماء في أن يسير الغرر لغو معفو عنه، وهذا يستمد من بحر المقاصد"⁽³⁾.

قال الإمام المازري في معرض حديثه حول الغرر: "قد ورد الشرع بالنهي عن بيع الغرر، والمراد به كل ما كان فيه تغرير وخطر..."⁽⁴⁾.

وقد وضع العلامة ابن بطال مفهوم الغرر بقوله :

"الغرر هو ما يجوز أن يوجد وألا يوجد كحبل الحبلية وشبهه. وكل شيء لا يعلم المشتري هل يحصل له أم لا فشراؤه غير جائز، لأنه غرر. وكل شيء حاصل للمشتري أو يعلم في الغالب أنه يحصل له فشراؤه جائز. هذا أصل البيوع، إذا كان الغرر فيها الغالب لم يجوز، وإذا كان يسيراً تبعاً جاز، لأنه لا تخلو منه"⁽⁵⁾.

ونرى الإمام ابن عبد البر يقدم لنا رؤية واضحة عن الغرر بذكر طائفة من التطبيقات كما نلمح ذلك من خلال النص الآتي :

" بيع الغرر يجمع وجوها كثيرة، منها: الجهول كله في الثمن والمثمن إذا لم يوقف على حقيقة جملته، فبيعه على هذه الحال من بيع الغرر، وإن وقف على أكثر ذلك، ويحاصر حتى لا يشكل المراد فيه، فما جهل منه من التافه اليسير الحقير والنزر في جنب الصفقة إذا كان مما لا يمكن الوصول إلى معرفة حقيقته، فلا يضر ذلك،

(1) الباجي، أبو الوليد، المنتقى، -شرح الموطأ..، ج:4، ص:204

(2) النيسابوري، صحيح مسلم -بشرح النووي-، القاهرة، مؤسسة قرطبة، (باب النهي عن بيع الغرر)، ج:10، ص:157-158(رقم الحديث 1513)

(3) ابن العربي، القيس، ج:2، ص:804

(4) المازري، شرح التلقين، ج:4، ص:16-17

(5) شرح ابن بطال، صحيح البخاري، ج:6، ص:272

وهو متجاوز عنه غير مراعى عند جماعة العلماء... والقمار كله من بيع الغرر، وبيع الحصاة من القمار. ومعنى بيع الحصاة : عندهم أن تكون جملة ثياب منشورة أو مطوية، فيقول القائل: أي هذه الثياب وقعت عليها حصاتي هذه فقد وجب فيها البيع بينك وبينى بكذا دون تأمل أو رؤية. فهذا أيضا غرر. واسم بيع الغرر اسم جامع لهذه المعاني كلها وأشبهها..

والبيع الفاسد من بيوع الغرر وغيرها إذا وقع فسخ إن أدرك قبل القبض وبعده، فإن فات بعد القبض رد إلى قيمته - بالغا ما بلغ يوم قبضه إلى يوم وقعت صفقته -، فإن أصيب عند البائع قبل القبض، فمصيبته بكل حال منه.

ومن هذ الباب: بيع اللبن في الضرع، وبيع المغيب تحت الأرض من البقول إذا لم تر، ومن ذلك بيع الدين على المفلس وعلى الميت... ومن ذلك بيع الجنين في بطن أمه، وكل ما لا يدري المبتاع حقيقة ما يحصل عليه ولا ما يصير إليه. وفروع هذا الباب كثيرة جدا.⁽¹⁾

والأصل في منع الربا والغرر الفاحش : رفع الظلم عن العباد. لأن في الغرر أحد الطرفين لا محالة خاسر بدون منفعة. وبما أن من طبيعة الغرر أن يثير النزاع، ويؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات بوجه عام، يجب منع كل تعامل يدخل تحت عقود المخاطرة.

ومن الجدير بالتنبيه على أن البيوع التي أجازت في الشرع، على الرغم ما فيها من غرر، تعد مستثناة من قاعدة الغرر المنهي عنها، بسبب حاجة الناس إليها، ومنها: بيع الجزاف، الذي رخص فيه على ما فيه من غرر، للارتفاق ورفع المشاق، وكذلك ما جرى على هذا الأسلوب، يجب ألا يوسع الغرر فيه إلا بمقدار ميسر الحاجة إليه⁽²⁾.

خلاصة الموضوع أنه لا يمكن القول بإباحة البيوع مطلقا بدون إمعان النظر فيما يقابلها من المحظورات، وهي في الغالب تدور في فلك الربا، أو الغرر الفاحش أو أكل المال بالباطل. ولا يخفى أن الاعتناء بالقواعد المرتبطة بالمعاملات المالية المحظورة - هو من باب إعطاء الأولوية لقاعدة درء المفساد الكبرى، حيث إنها أهم من قاعدة جلب المنافع. ويستدعي ذلك تخليص العقود أولا من المناهي الشرعية. وهذا ما أشار إليه الإمام ابن العربي المالكي في معرض كلامه حول بعض الأصول المتعلقة باب القسمة ، كما تلحظ ذلك في النص الآتي المتعلق بكيفية القسمة :

"أما كيفية القسمة، فليس فيها أثر، وإنما سبيلها: النظر، وكّلت إليه وعصبت به، لأن المطلوب فيها تمييز الحق، والمخوف منها ثلاثة أشياء :

(1) ابن عبد البر، التمهيد، ج: 21، ص: 136-138

(2) انظر: المازري، شرح التلقين، ج: 4، ص: 29

-الغرر، والربا، وأكل المال بالباطل.

فميز الحقوق إن أردت القسمة، وخلصها من هذه العوارض الثلاثة إن أردت أن تكون واقعة على وفق الشرع، وعلى هذه الأصول تبنى مسائل القسمة كلها.⁽¹⁾ والله أعلم.

خاتمة البحث في النتائج والتوصيات :

أرى من الجدير في ختام البحث بأن أسجل بعض النقاط الجوهرية المعبرة عن توصيات مقترحة، وهي كالآتي :

1- انطلاقاً من فيض النصوص القواعدية عند المالكية يمكن إدراك حجم الثروة الاجتهادية المنبثقة من تلك القواعد. ولكن على الرغم من الجهود العلمية المبذولة في استخلاص الأصول من بطون المصادر الفقهية، يتطلب الموضوع المزيد من الخوض، ورصد القواعد والضوابط المتفق عليها والمختلف فيها، فهي نافعة في التأصيل والتخريج لدى معالجة القضايا المستجدة.

2- تميز المذهب المالكي في الاعتناء بقواعد مهمة عامة من حيث بسط الكلام فيها في مناسبات مختلفة، ولا سيما في المعاملات المالية، ولها فروع متشعبة، أراها بحاجة إلى مزيد من التحرير والتحوير والتنظيم، بحيث تتجلى المسائل الأساسية مقترنة بأصولها، بأسلوب سلس مشرق.

3- إنه من المهم توسيع دائرة البحث في القواعد المتصلة بالمقاصد بوجه خاص، لأهميتها في معالجة النوازل.

4- ما سلف عرضه في البحث حول قواعد المذهب المالكي، وفي إطار المعاملات، إنما يمثل نموذجاً حول ملء الفراغ الواقع في كتب القواعد والدراسات المعدة في شأنها، ومن ثم ينبغي التوجيه إلى بذل مزيد من المحاولات العلمية، لاستخراج القواعد من خلال إجمالة النظر في مصادر جديدة أخرى من المذاهب الأربعة، لتحقيق الفكرة الداعية إلى تأسيس نظريات في القواعد والمقاصد، لكي يظهر التكامل والتناسق والترابط فيما بين كليات التشريع الإسلامي والقضايا المرتبطة بها.

هذا ما تيسر عرضه في هذا البحث، وهو سبحانه ولي التوفيق. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

1444/1/10هـ - 2022/8/8م.

(1) ابن العربي، المسالك، (كتاب القسمة)، ج: 6، ص: 417-418

❖ مصادر البحث ومراجعته :

- الباجي، أبو الوليد، سليمان بن خلف. (1332هـ)، المنتقى شرح الموطأ، بيروت، دار الكتاب العربي.
- الباجي، فصول الأحكام، تحقيق: محمد أبو الأجنان، بيروت، الدار العربية للكتاب.
- ابن الرفيع المالكي، أبو إسحاق. (1989م). معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق: محمد بن قاسم ابن عباد، بيروت، دار الغرب الإسلامي.
- ابن بطلال، أبو الحسن علي بن خلف. (2000م)، شرح صحيح البخاري، ضبط نصه وعلق عليه: أبو تميم ياسر ابن إبراهيم، ط 2، الرياض، مكتبة الرشد.
- التنوخى، -سحنون بن سعيد. (1323هـ)، المدونة الكبرى، مصر، مطبعة السعادة.
- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم، مجموع فتاوى شيخ الإسلام، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي، القاهرة، مكتبة ابن تيمية.
- الخشني، محمد بن حارث. (1985م). أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، حققه وعلق عليه: محمد المجذوب، محمد أبو الأجنان، عثمان بطيخ، تونس، الدر العربية للكتاب.
- الرجراجي، أبو الحسن علي بن سعيد. (2007م). مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، الدار البيضاء، مركز التراث الثقافي المغربي، وبيروت، دار ابن حزم.
- ابن رشد، أبو الوليد، محمد بن أحمد. (1987م). بداية المجتهد، تحقيق: يوسف مرعشلي وعدنان شلاق، ط 1، بيروت، عالم الكتب.
- ابن عاشور، محمد الطاهر. (1967م). أليس الصبح بقريب، تونس، طبع ونشر المصرف التونسي للطباعة.
- ابن عاشور، محمد الفاضل. (1982م). ومضات فكر، تونس، الدار العربية للكتاب.
- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله. (1413هـ). الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تحقيق: عبد المعطي فلعجي، القاهرة، دار الوعي.
- ابن عبد البر. (د.ت)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: لجنة من العلماء، ط 1، طبعة المغرب، وزارة الأوقاف المغربية.
- ابن العربي، أبو بكر، محمد بن عبد الله. (د.ت)، عارضة الأحوذى - شرح صحيح الترمذي -، القاهرة، دار أم القرى للطباعة والنشر.

- ابن العربي.(1992م).القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم، بيروت، دار الغرب الإسلامي.
- ابن العربي. (2007م).المسالك في شرح موطأ مالك، قرأه وعلق عليه: محمد بن الحسين السليمانى، عائشة بنت الحسين السليمانى، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي.
- الغرياني، الصادق عبد الرحمن. (2002م)، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط1، بيروت، مؤسسة الريان.
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق، بيروت، عالم الكتب.
- القرطبي، أبو العباس أحمد بن إبراهيم. (1417هـ)، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، تحقيق: محي الدين مستو ولجنة من الباحثين، ط1، دمشق، دار ابن كثير.
- القرطبي، أبو الوليد ابن رشد. (1988م). البيان والتحصيل، تحقيق: محمد حجي، ط2، بيروت، دار الغرب الإسلامي.
- النيسابوري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ترقيم: فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء الكتب العربية.
- النيسابوري، صحيح مسلم - بشرح النووي -، القاهرة، مؤسسة قرطبة.
- قوته، عادل بن عبد القادر، القواعد والضوابط الفقهية القرآنية-زمرة التمليكات المالية-، ط1، بيروت، دار البشائر الإسلامية.
- المازري، أبو عبد الله محمد بن علي (2008م). شرح التلقين، تحقيق: محمد المختار السلامي، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي.
- المازري. (1987م). المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: محمد الشاذلي بن النيفر، تونس، الدار التونسية للنشر.
- مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق: بشار عواد معروف، بيروت، دار الغرب الإسلامي
- موافى، أحمد. (1997م).الضرر في الفقه الإسلامي، ط1، الخبر، دار ابن عفان للنشر والتوزيع.
- الونشريسي، أحمد بن يحيى ، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف : د. محمد الحجي، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي.

شرعية تعديل العقوبات السالبة للحرية

المحكوم بها؛ أسلوب حديث لتعزيز أنسنة العقوبة

The legality of the adjustment of custodial sentences; A modern method to promote the humanization of punishment



سعيد الكاهية¹ : دكتور في الحقوق جامعة القاضي عياض - مراكش

EL KAHIA SAID PhD in Law Cadi Ayyad University, Marrakech

ملخص :

تعرف مرحلة التفريد التنفيذي للعقوبة السالبة للحرية العديد من الخطوات في مسلسل تنزيل العقوبات المحكوم بها، إذ يمكن أن تشهد هذه الأخيرة العديد من المتغيرات في الكم وفي النوع، وذلك فيما يعرف بتعديل العقوبات وتغييرها، من أجل إحقاق أهداف هذه العقوبة وأنسنتها، وأيضا من أجل دعم المؤسسات العقابية في مهامها الإصلاحية والتربوية. ويعتبر موضوع التخفيض من مدة العقوبة السالبة للحرية المحكوم بها، وأيضا الرخص الاستثنائية للخروج من السجن، سواء في إطار الرخص البسيطة للخروج، أو في إطار نظام العمل العقابي خارج أسوار المؤسسة السجنية؛ تعتبر من أهم الأساليب العقابية التي تروم درء مفاسد الاعتقال، خاصة في قضايا الجرائم البسيطة، مما يساهم أيضا في التخفيف من أعداد الساكنة السجنية، وفتح المجال أمام المفرج عنهم قصد الإدماج مرة أخرى داخل المجتمع.

• الكلمات المفتاحية : شرعية تنفيذ العقوبة، أنسنة العقوبة، التفريد التنفيذي، تعديل العقوبة، تخفيض مدة العقوبة، الرخص الاستثنائية للخروج من السجن، العمل العقابي خارج السجن.

¹ - Email : elkahiasaid@gmail.com

Abstract :

The stage of executive individualization of custodial sentences defines many stations in the process of executing the sentences pronounced. The latter can testify to many variables in quantity and type, in what is called the adjustment of sentences, In order to achieve the objectives of this sentence and its humanization, but also to support penitentiary establishments in their correctional and educational missions. The subject of the reduction in the length of the custodial sentence imposed, as well as exceptional authorizations to leave prison, whether within the framework of simple exit authorizations, or within the framework of the regime of punitive work outside the walls of the penitentiary establishment, It is considered one of the most important punitive methods aimed at warding off the evils of detention, Especially in petty crime cases, This also contributes to reducing the prison population, and paving the way for released prisoners to reintegrate into society.

- **Keywords :** The legality of the execution of the sentence, Humanization of punishment, Executive individualization, Adjustment of penalties, Reduce the penalty, Exceptional authorizations to leave prison, Punitive labors outside of prison.

مقدمة :

تكتسب الأحكام الصادرة صفة حجية الأمر القضائي بمجرد انتهاء كل طرق الطعن فيها وتبليغها إلى الأطراف المعنية بها، لتصبح بعد ذلك واجبة التطبيق دونما أدنى تغيير أو تحريف، تحت طائلة المساءلة القضائية بدعوى تحقير مقرر قضائي، غير أن هذا الأمر يمكن أن ترد عليه استثناءات عديدة، خاصة فيما يعرف بتعديل العقوبات السالبة للحرية المحكوم بها أثناء مرحلة التفريد التنفيذي، تعزيزاً لمبدأ أنسنة العقوبة المحكوم بها، إذ يمكن الرجوع عن بعض مقتضيات الأحكام القضائية النافذة، بتغيير نوع العقوبة المحكوم بها أو كمها، وذلك تحت إشراف السلطات القضائية والإدارية العقابية المختصة¹.

¹ - مريم سعيد، مريم سعيد، قاضي تطبيق العقوبات في ضوء قانون المسطرة الجنائية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية: 2010/2011، ص: 44.

وسوف نبحت هذه الاستثناءات عبر مطلبين اثنين، الأول لتسليط الضوء على آلية تخفيض مدة العقوبة السالبة للحرية المحكوم بها، بأمر من قاضي تطبيق العقوبات أو من طرف الإدارة العقابية، في صورة من صور أنسنة العقوبة، وتنزيلا أمثل لأهدافها النبيلة، كما سنخصص الثاني لبحت الرخص الاستثنائية للخروج المؤقت من السجن، كآلية مثلى من آليات إعادة الإدماج والتأهيل الاجتماعي للسجين، وإعداده نفسيا ومهنيا لمرحلة ما بعد الإفراج من السجن.

المطلب الأول : آلية تخفيض مدة العقوبة المحكوم بها :

تكتسب الأحكام النهائية مناعة قانونية يطلق عليها في الاصطلاح القانوني والتشريعي بحجية الأمر المقضي به، وهي الميزة التي تكسب المقرر القضائي النهائي قوة وحجية قاطعة لا يجوز الرجوع عنها من جانب المحكمة التي أصدرته، أو من جانب الهيئة المكلفة بتنفيذه، بغية حماية الحرية الفردية وضمان الاستقرار الاجتماعي والقانوني، ولبلورة أمن قانوني وقضائي يصون الحقيقة القضائية المضمنة في الحكم النهائي.

غير أن هذا التوجه قد عرف العديد من الاستثناءات، خاصة وما يشهده النظام العقابي المعاصر من تغيرات جوهرية، تروم تحيين المقتضيات المتعلقة بمجال تنفيذ العقوبات السالبة للحرية، بإضفاء المزيد من المرونة عليها وعلى وسائل إنفاذها، كتحويل قاضي تنفيذ العقوبات للإشراف على هذه المرحلة، كما سبقت الإشارة إليه، بل ومنحه السلطة من التدخل قصد تعديل العقوبة المحكوم بها، بما يساهم في تثبيت أغراض العقوبة، من ردع وزجر وإعادة الإدماج، إذ أصبحت قرارات قاضي التنفيذ مطابقة لمبدأ الشرعية الجنائية، فأضحت بذلك هذه القرارات لا تمس الحجية، باعتبار العمل القضائي ينصب موضوعه على إحقاق الحقيقة القضائية، في حين أن تنفيذ الجزاء يشكل قرار تكميلي، وبالتالي فالحجية تتوفر للأول دون الثاني، وعليه فإن أي تعديل لاحق في الجزاء لا يدخل في دائرة العمل القضائي الخاضع لمبدأ الحجية¹.

ويعتبر موضوع التخفيض من مدة العقوبة السالبة للحرية المحكوم بها، من أهم الأساليب العقابية التي تروم درء مفاسد الاعتقال، خاصة في قضايا الجرائم البسيطة، مما يساهم أيضا في التخفيف من أعداد الساكنة السجنية، وفتح المجال أمام المفرج عنهم قصد الإدماج مرة أخرى داخل المجتمع، وهو ما سنبحثه في الفقرة الأولى، على أن نسلط الضوء في الفقرة الثانية على الدور الهام لآلية تخفيض العقوبة السالبة للحرية المحكوم بها في مجال تعزيز أنسنة العقوبة.

¹ - كريم البقالي، الإشراف القضائي في تنفيذ العقوبات الجنائية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية: 2016/2017، ص: 27.

الفقرة الأولى : التخفيض التلقائي والاستثنائي للعقوبة السالبة للحرية المحكوم بها :

واكبت مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية المغربي التطورات التي تشهدها النظم العقابية الحديثة، على الصعيدين الإقليمي والعالمي، بما يضمن تحقيق أهداف العقوبة في الردع وإصلاح الجاني، والمساهمة في إعادة إدماجه داخل المجتمع. ولأجل ذلك، فقد تم سن آلية التخفيض التلقائي للعقوبة السالبة للحرية المحكوم بها، كآلية تتوخى تشجيع وتحفيز السجناء على الانضباط والانخراط بشكل إيجابي وفعال في برامج الإصلاح والاندماج، وفق مقارنة تعتمد على تحسين سلوك السجين وإيجاد جزاء له، من خلال الاستفادة من تخفيض العقوبة وفق شروط ومعايير محددة¹.

وقد نصت المسودة على هذه الآلية ضمن المواد من 1-632 إلى 7-632، كما أنطت المادة 596 منها بقاضي تطبيق العقوبات صلاحية مراقبة قرارات التخفيض التلقائي للعقوبة، كما يرأس اللجنة التي تبت في التظلمات المرفوعة ضد هذه القرارات.

ويستفيد السجناء الذين أبانوا عن تحسن سلوكهم خلال تنفيذهم للعقوبة من تخفيض تلقائي للعقوبة السالبة للحرية، بمقدار أربعة أيام عن كل شهر، إذا كانت العقوبة المحكوم بها تقل عن سنة، وشهر واحد عن كل سنة أو جزء من السنة إذا كانت العقوبة المحكوم بها أكثر من ذلك، على أن يكون السجين قد قضى فعليا ربع المدة المحكوم بها دون أن تصدر في حقه قرارات تأديبية، وفق مقتضيات قانون السجون².

كما لا تمنع السوابق القضائية للمحكوم عليه من استفادته من هذا التخفيض، في حدود نصف المدة المنصوص عليها أعلاه، إذا أبانوا عن تحسن سلوكهم وانضباطهم³، وهو الأمر الذي يساهم لا محالة في إنماء روح الانضباط لديهم وإتاحة الفرصة لهم قصد الاندماج بشكل أسرع داخل المجتمع.

ولقاضي تطبيق العقوبات الدور التقريري الهام في تفعيل مسطرة التخفيض التلقائي للعقوبة، إذ تحال عليه وعلى وكيل الملك نسخة من هذه القرارات، قصد إبداء رأيه، وله أن يصادق على القرار وتفعيله، أو أن يطلب من مدير المؤسسة السجنية إيقاف تنفيذه، ليحيله بعد ذلك على لجنة مراقبة تطبيق التخفيض التلقائي للعقوبة التي يرأسها، والتي تبت أيضا في التظلمات المرفوعة ضد هذه القرارات⁴.

ولتعزيز ضمانات مبدأ الشرعية واحترام حقوق الدفاع أثناء مرحلة التفريد التنفيذي للعقاب، فإن مسودة المشروع قد استحدثت لجنة مراقبة قرارات التخفيض التلقائي للعقوبة وتنفيذها، يرأسها قاضي

¹ - هشام علالي، "الإشراف القضائي على تنفيذ العقوبة السالبة للحرية"، مجلة الشؤون القانونية والقضائية، العدد الثاني، ص: 160.

² - أنظر في ذلك؛ المادة 1-632 من المسودة.

³ - أنظر في ذلك؛ المادتين 2-632 و 5-632 من المسودة.

⁴ - أنظر في ذلك؛ المادة 3-632 من المسودة.

تطبيق العقوبات، ومكونة من وكيل الملك، والمدير الجهوي لإدارة السجون أو من يمثلها، كما تضم أيضا قاضي الأحداث إذا تعلق الأمر بحدث معتقل¹.

وكما للجنة أن تمنح تخفيض مدة العقوبة، فلها أن تأمر بسحب آخر تخفيض منحه للسجين، إذا أبدى سلوكا سيئا، وذلك بناء على ملتمس يقدمه مدير السجن، أو وكيل الملك أو الوكيل العام للملك، أو قاضي تطبيق العقوبات، إذ يتم الاستماع إلى المعني بالأمر قبل المصادقة على قرار سحب التخفيض الممنوح².

والجدير بالذكر في هذا الإطار، هو أن مسودة موضوع الدراسة، قد أناطت العديد من الهيئات اقتراح تخفيض العقوبة المحكوم بها، في إطار أنسنة العقوبة، وتفعيل الحلول الناجعة لأزمة السجن، والإسهام بشكل جاد في عملية إعادة الإدماج، إذ خولت إدارة السجون هذه الصلاحية في إطار مهامها المرتبطة بالتفريد التنفيذي للعقوبة السالبة للحرية المحكوم بها، وأيضا لقاضي تطبيق العقوبات وللجنة التي يرأسها، في إطار مهامه المتعلقة بالتفريد التنفيذي القضائي للعقوبة السالبة للحرية³.

ولقاضي تطبيق العقوبات في الجزائر سلطة القرار بخصوص تكييف العقوبة، في إطار سلطته في التفريد التنفيذي، المخولة له بمقتضى قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، إذ يجوز له منح رخص الخروج، ورخص التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة، والإفراج المشروط⁴، وهو ما سندرسه بالتفصيل في القادم من هذا البحث، غير أنه لا محل لآلية التخفيض التلقائي من العقوبة المحكوم بها في القانون الجزائري، سواء الموضوعي أو الإجرائي، أو القانون المنظم للمؤسسات السجنية.

وعرفت فرنسا نظام تخفيض العقوبة المحكوم بها منذ سنة 1972، بمقتضى القانون رقم 72-1226 بتاريخ 29 دجنبر 1972، والمتعلق بتبسيط واستكمال بعض الأحكام المتعلقة بالمسطرة الجنائية، والعقوبات وتنفيذها⁵، والذي خول بمقتضاه لقاضي تطبيق العقوبات صلاحية تمتيع المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية تعادل أو تفوق ثلاثة أشهر حبسا، وتمتيعه بتخفيض في مدة العقوبة، إذا أبدى المحكوم عليه استعدادا ودلائل كافية عن تحسن سلوكه.

¹ - أنظر في ذلك؛ المادتين 4-632 و 7-632 من المسودة.

² - أنظر في ذلك؛ المادة 6-632 من المسودة.

³ - سكيمة ابن صبيح، أنسنة العقوبة الجنائية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2015/2016، ص: 112.

⁴ - عبد الصمد علي، "نظام قاضي تطبيق العقوبات كآلية للإشراف القضائي على تطبيق العقوبات السالبة للحرية والأنظمة البديلة عنها"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية (الجزائر)، العدد العشرون، المجلد الأول، 2014، ص: 209.

⁵ - القانون رقم 72-1226 الصادر بتاريخ 29 دجنبر 1972، المتعلق بتبسيط واستكمال بعض الأحكام المتعلقة بالمسطرة الجنائية والعقوبات وتنفيذها، والمعبر عنه كما يلي:

Loi n°72-1226 du 29 décembre 1972 Simplifiant et complétant certaines dispositions relatives à la procédure pénale, aux peines et à leur exécution, JORF du 30 décembre 1972, page : 13783.

وقد استقرت المبادئ الأساسية المنظمة لنظام تخفيض العقوبة في قانون المسطرة الجنائية الفرنسي في المواد من 721 إلى 721-3، كما نظم المساطر المتعلقة بتنفيذ هذا النظام وآثاره وأحكامه بمقتضى المواد من D115 وما بعدها من نفس القانون.

ويتم احتساب مدة تخفيض العقوبة المحكوم بها وخصمها من المدة الإجمالية التي يقضيها المحكوم عليه، إذ يتم تخفيض ثلاثة أشهر عن السنة الأولى، وشهرين اثنين عن السنوات التالية، وسبعة أيام عن كل شهر إذا كانت العقوبة تعادل أو تقل عن سنة، على أن لا يتجاوز مجموع التخفيضات المحتسبة عن كل سبعة أيام أمد شهرين¹.

وتعمل لجنة خاصة بتطبيق العقوبات على مستوى المؤسسات السجنية على الإطلاع على حالة السجين مرة كل سنة على الأقل، والوقوف على أحييته في الاستفادة من تخفيض تلقائي للعقوبة السالبة للحرية المحكوم بها، بحيث يكون التقرير الصادر عنها منطلقا أساسيا لقاضي تنفيذ العقوبات للبت في طلبات تخفيض العقوبات.

وتقوم هذه اللجنة أيضا على مراجعة حالات المعتقلين المدانين، والذين سبق حكمهم اعتقال احتياطي، بحيث تتم هذه المراجعة كل شهرين إذا كانت العقوبة السالبة للحرية المحكوم بها تقل عن سنة. كما يقوم قاضي تطبيق العقوبات بالإطلاع على تقارير اللجنة، وكذا على الملفات الجنائية للمحكوم عليهم قبل اتخاذ أي قرار بشأن تخفيض مدة العقوبة السالبة للحرية المحكوم بها².

ومن حيث التخفيض الاستثنائي للعقوبة السالبة للحرية المحكوم بها، فإن المادة 3-721 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي قد نصت على أنه يجوز منح هذا التخفيض لكل متهم قام بالتبليغ عن جرائم خطيرة، وذلك قبل إصدار حكم ضده، بحيث يجوز للمحكمة تمتيعه بتخفيض قد يصل إلى خمس سنوات من المدة الأصلية المحكوم بها³.

¹ - يطرح التساؤل حول نوع العقوبة السالبة للحرية التي تخصم منها مدة التخفيض، بين العقوبة النافذة، أو الموقوفة التنفيذ، ومدى احتساب مدة الاعتقال الاحتياطي في هذا الخصم، فقد أجاب بعض الفقه الفرنسي عن هذا الموضوع، بحيث اعتبر أن العقوبة المعنية بالتخفيض هي كل العقوبات السالبة للحرية، سواء كانت من أجل جنائية أو ما دونها، كما أن العقوبة النافذة هي وحدها المعنية بهذا التخفيض دون العقوبة الموقوفة التنفيذ، مع التأكيد على أن الأصل في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية لا يتم إلا بعد خصم مدة الاعتقال الاحتياطي السابق عن إصدار الحكم النهائي. للاستزادة؛ أنظر:

TZUTZUIANO (Catherine), L'effectivité de la sanction pénale, Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles, Université de Toulon, soutenue publiquement le 2 décembre 2015, page : 162.

² - أنظر في ذلك؛ المواد من D116-2 إلى D116-4 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي.

³ - أنظر في ذلك؛ المادة 3-721 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي.

الفقرة الثانية : تعزيز أنسنة العقوبة بتخفيض مدة العقوبة المحكوم بها :

تطورت العلوم العقابية والسياسات الجنائية، بتطور الفكر والحضارة في شتى المجالات، خاصة الاجتماعية والإنسانية، وحظيت العقوبات البديلة بدورها بنصيب من هذا التطور، بحيث، ومنذ أزيد من ثلاثة قرون، بدأ الحديث عن مساوئ العقوبة السالبة للحرية، وضرورة البحث عن بدائل ناجعة لها.

وتشير العديد من الدراسات والأبحاث إلى أن علم العقاب شهد تحولات كبيرة، مست كافة أساليبه وآلياته، بحيث تطور مفهوم العقوبة من فكرة الإيلام إلى فكرة الإصلاح وإعادة إدماج الجاني في المجتمع¹. هذه التحولات أسست لنظام عقابي جديد، يركز على دحض الفكرة التقليدية للعقوبة، والتي تقوم على منطق الانتقام البدني والإيلام، لتتطور الفكرة إلى مفهوم جديد وهي فكرة أنسنة العقوبة².

وتتميز العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة عموما، بأنها الجزء الذي يشغل عكس المراد منه، وهي بذلك تنزل بالمحكوم عليه من الضرر أكثر مما تحققه من النفع، وبالتالي؛ تؤدي إلى تفويت الهدف من العقاب في زجر الجاني ومحاولة إصلاحه³. لذلك، اتجه الفكر الجنائي الحديث، خاصة في الشق المتعلق بعلم العقاب، إلى التنبيه بضرورة استحداث أنماط جديدة من الأساليب العقابية، والتي يسودها الطابع الإنساني، مما يحفظ للمحكوم عليه كرامته الإنسانية من جهة، وأيضا للاستفادة من حقه في إعادة الاندماج في المجتمع من جهة أخرى، بالاعتماد على أسلوب تخفيض مدة العقوبة المحكوم بها، أو وضع حد لتنفيزها، سواء أثناء المحاكمة أو أثناء التنفيذ لها⁴، بما يهدف إلى تحقيق الردع والنفع، سواء على الصعيدين العام

¹ - جابر غنيبي، "العقوبة البديلة والسياسة الجنائية الحديثة تونس"، مجلة القضاء والتشريع (تونس)، العدد 8، السنة 48، رمضان - شوال/أكتوبر 2006، ص: 106.

² - جاء في معجم اللغة العربية المعاصرة عن المعنى اللغوي لكلمة أنسنة ما يلي: "أَنَسَنَ يُؤَنَسِنُ، أَنَسَنَةً، فَيُؤَنَسِنُ، والمفعول مُؤَنَسِنٌ. أَنَسَنَ الْإِنْسَانَ ارتقى بعقله فَهَدَّبَهُ وَتَقَفَّهُ، أو عامله كإنسانٍ له عقل يميّزه عن بقية المخلوقات:- لا بد من تثقيف المواطن وأنسنته للرقى بهذا المجتمع النامي. أنسن الحيوان: شَبَّهَهُ بِالْإِنْسَانِ". أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، المجلد الأول، الطبعة الأولى، القاهرة، 2008، ص: 129.

³ - جلال ثروت، الظاهرة الإجرامية، دراسة في علم العقاب، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص: 98.

⁴ - تعتبر حركة الدفاع الاجتماعي، من بين أهم الحركات الفكرية في السياسة الجنائية، فهي حركة حديثة الظهور، وتتميز عن سابقتها باستقلالها وبنائها الفكري. نشأت هذه الحركة على يد الإيطالي جراماتيكا، والذي أتى بمفهوم جديد للمسؤولية الجنائية للجاني، وأيضا لتعريف حديث لأسباب الإجرام، إذ اعتبر أن المجرم لا يجب أن يوصف بهذا الوصف / الوصم، إذ هو ضحية ظروف اجتماعية غلبت عليه، ودفعت به إلى الانحراف، وبالتالي؛ حق له الاستفادة من التدابير العلاجية وليس العقوبة، والتي تؤهله مرة أخرى للاندماج في المجتمع، والتي تطبق خارج أسوار المؤسسة السجنية. عرفت هذه الأفكار عدة انتقادات، كان للفرنسي مارك أنسل، الفضل في تصويبها وتقويمها، وذلك في بلورة عدة تعريفات في مجال علم الإجرام، خاصة في تعريف السياسة الجنائية بأنها فن مكافحة الجريمة بالوسائل الملائمة لذلك، وسائل وقائية استباقية، وأيضا عبر اتخاذ الأساليب الكفيلة لإعادة تأهيل الجناة بعد وقوع الفعل الضار ويمكن إجمال المبادئ التي تقوم عليها الحركة على سبيل المثال لا الحصر: في الأمور التالية: - احترام الكرامة الإنسانية والحريات العامة أثناء اتخاذ التدابير المصاحبة للمحاكمة: - الاعتراف بمبدأ شرعية الجرائم والتدابير الجنائية، والتسليم بمبدأ الاختيار كأساس للمسؤولية الجنائية:- تفعيل تدابير الدفاع الاجتماعي (التدابير الاحترازية)، والتي تهدف إلى تأهيل المجرم كحق من حقوقه الأصلية. تميزت حركة الدفاع الاجتماعي بطابعها الإنساني التقدمي الواقعي، فهي تهدف إلى مواجهة الإجرام عن طريق مواجهة واقعية لأسبابه الواقعية، وهي ترى أن العدالة الجنائية لها دور اجتماعي حقيقي في هذا المجال، ورغم ذلك؛ فإنها لا تضيح بكرامة الإنسان، بل هدفها مساعدة المجرم على عدم العودة إلى ارتكاب الجريمة بأسلوب علمي واقعي مدروس.

للاستزادة؛ يرجى مراجعة: فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص: 354.

أو الخاص¹، إن على المستوى الفردي أو الجماعي.

وترتكز نظرية أنسنة العقوبة على معطى مهم، وهو أنها تستوجب على المتعاملين بها، إلى الأخذ بعين الاعتبار، وبشكل مطلق، على أن الجاني ما هو إلا إنسان وجب احترام إنسانيته، والتعامل معه على هذا الأساس دون ذلك²، والأخذ بمحمل الجد خطورة الوضع، خاصة عندما ندرك تمام الإدراك بالآثار النفسية للعقوبات السالبة للحرية على الفرد، نتيجة للفجوة الهائلة بين نمط الحياة داخل السجن المتسمة بالصرامة وضرورة الانصياع لكل ما يملى على السجين وعدم تلبية الكثير من احتياجاته، وبين نمط حياته قبل الاعتقال³.

كل هذه الأسباب، وغيرها، دفعت بالمنتظم الدولي، والمهتمين بالعدالة الجنائية على وجه الخصوص، إلى المناذاة بأنسنة العقوبة، خاصة من حيث استبدال العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، بأخرى غير سالبة للحرية مناسبة وفعالة وناجعة، وكذا نهج سبل سن وإعمال آليات تروم التخفيض من مدة العقوبة السالبة للحرية المحكوم بها، بما يمنح فرصة أكبر للسجين من احتضان أسرته وذويه، والعودة إلى المجتمع كفرد سوي مندمج ومنتج.

وقد ترجمت هذه الأفكار إلى العديد من الإصلاحات التشريعية على مدار السنوات الخمس عشرة الماضية، بحيث كان الهدف منها، الإجابة عن سؤال النجاعة والحكمة العقابية، في صورة إنسانية للعدالة الجنائية، وهو ما لا يتأتى إلا بإصلاح السياسة العقابية من خلال مرتكزاتها وأسسها⁴.

ووعيا منها بأهمية الانضمام بالمصادقة على الصكوك الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان وأنسنة العقاب؛ عملت المملكة على الانضمام للعديد منها، فكان أن لاءمت العديد من قوانينها الداخلية مع الاتفاقيات والمعاهدات التي صادقت عليها⁵، ومن بينها: اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة

¹ محمد البكوري، "العقوبات البديلة في مسودة مشروع القانون الجنائي المغربي، بين توجهات الردع وغايات النفع"، مجلة الفقه والقانون، العدد 35، شتنبر 2015، ص: 46.

² أنظر في ذلك:

CARIM ANTONIO (Adalberto), Les peines alternatives dans le monde, Thèse pour le Doctorat en Droit Privé et Sciences Criminelles, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, Ecole Doctorale Sciences de l'Homme et de la Société, Centre de Recherches sur l'Entreprise les Organisations et le Patrimoine (CREOP), Université de Limoges, 2011, page : 341.

³ جوهري قوادري صامت، "مساوئ العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة"، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، أ/ قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 14، جوان 2015، ص: 77.

⁴ أنظر في ذلك: PORTELLI (Serge), « Les Alternatives à la prison », Pouvoirs, 2010/4, N° 135, page: 28.

⁵ ينص البند الأخير من الفقرة الرابعة من تصدير الدستور المغربي على ما يلي: "... جعل الاتفاقيات الدولية، كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور، وقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو، فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملاءمة هذه التشريعات، مع ما تتطلبه تلك المصادقة".

أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة¹، وهي الاتفاقية التي تروم محاربة كل أشكال العنف ضد المعتقلين والسجناء، سواء كان عنفا جسديا أو عقليا، وأيضا، محاربة كل أشكال المعاملة اللاإنسانية والمهينة للكرامة والحاطة منها، مهما كانت الدوافع لذلك².

المطلب الثاني: آلية الرخص الاستثنائية المؤقتة للخروج من السجن :

تندرج آلية الرخص الاستثنائية المؤقتة للخروج من المؤسسة السجنية ضمن آليات سلطة التفريد التنفيذي للعقوبة السالبة للحرية المحكوم بها، سواء من حيث الصلاحية المخولة لقاضي تنفيذ العقوبات كهيئة قضائية مستقلة، مكلفة بالإشراف القضائي على مرحلة التنفيذ، أو من حيث الصلاحية المخولة للإدارة العقابية كهيئة إدارية مكلفة بالتنفيذ الإداري للعقوبات السالبة للحرية المحكوم بها.

وتعد الرخص الاستثنائية للخروج، من الوسائل الناجعة لإصلاح السجين وتسهيل إعادة إدماجه داخل المجتمع، إذ من خلال هذه الإجراءات يتم صون علاقاته الاجتماعية والأسرية، مما يتيح له فرصا أكبر للاندماج، إذ بذلك يتم توطيد هذه العلاقات وتوسيعها، ولا يتأتى ذلك إلا بنهج إجراءات وسياسات عقابية مرنة، تقوم على الانفتاح المراقب للسجين على محيطه الخارجي، تمهيدا لإعادة اندماجه³.

ولتسليط الضوء على هذا الموضوع، ارتأينا بحث آلية الرخص الاستثنائية للخروج من حيث هي قرارات إدارية صادرة عن الإدارة العقابية أو عن قاضي تطبيق العقوبات، في الفقرة الأولى، على أن نبحت

¹ - ظهير شريف رقم 1.93.362 صادر في 9 رجب 1417 (21 نوفمبر 1996). بنشر اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملات أو العقوبات القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1984، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4440، الصادرة في 8 شعبان 1417 (19 ديسمبر 1996)، ص: 2841.

² - للملاءمة التشريعات الوطنية مع المواثيق الدولية والمعاهدات المصادق عليها بشأن مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملات أو العقوبات القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، ينص الفصل 22 من الدستور المغربي على ما يلي: "لا يجوز المس بالسلامة الجسدية أو المعنوية لأي شخص، في أي ظرف، ومن قبل أي جهة، كانت خاصة أو عامة.

لا يجوز لأحد أن يعامل الغير، تحت أي ذريعة، معاملة قاسية، أو لاإنسانية أو مهينة أو حاطة بالكرامة الإنسانية.

ممارسة التعذيب بكافة أشكاله، ومن قبل أي أحد، جريمة يعاقب عليها القانون".

كما أضيفت إلى الفرع الثالث من الباب الثاني من الجزء الأول من الكتاب الثالث من مجموعة القانون الجنائي: أحكام الفصول من 1-231 إلى 8-231. وذلك بمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم 43.04 المتعلق بتغيير وتميم مجموعة القانون الجنائي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.20 بتاريخ 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006)، الجريدة الرسمية عدد 5398 بتاريخ 24 محرم 1427 (23 فبراير 2006)، ص: 492. فنص الفصل 1-231 من المجموعة على أنه: "يقصد بالتعذيب بمفهوم هذا الفرع، كل فعل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد جسدي أو نفسي يرتكبه عمدا موظف عمومي أو يحرض عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه، في حق شخص لتخويفه أو إرغامه أو إرغام شخص آخر على الإدلاء بمعلومات أو بيانات أو اعتراف بهدف معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه هو أو شخص آخر، أو عندما يلحق مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أيا كان نوعه.

ولا يعتبر تعذيبا الألم أو العذاب الناتج عن عقوبات قانونية أو المترتب عنها أو الملازم لها".

³ - حنان خليل، الوسائل البديلة في المادة الجنائية في التشريع المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، السنة الجامعية: 2016/2017، ص: 111.

هذه الرخص الاستثنائية المؤقتة من حيث هي ضرورة القيام بأعمال خارج المؤسسة السجنية، في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى : نظام الرخص الاستثنائية البسيطة للخروج من المؤسسة السجنية :

نظم المشرع المغربي موضوع الرخص الاستثنائية للخروج، بمقتضى المواد من 46 إلى 49 من القانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية، ضمن آليات الضبط القضائي بالمؤسسات السجنية، إذ خول هذا القانون بمقتضى المادة 46 منه لوزير العدل¹، منح بعض المدانين الذين قضوا نصف مدة العقوبة المحكوم بها، والتميزين بحسن سلوكهم، رخصا للخروج لمدة لا تتعدى عشرة أيام، خاصة في المناسبات الخاصة والأعياد الوطنية والدينية، قصد الحفاظ على الروابط العائلية والأسرية، ولتهييء إدماجهم الاجتماعي والمهني².

وتدخل الرخص الاستثنائية بالخروج ضمن التدابير التشجيعية التي يمكن لمدير المؤسسة السجنية أن يجازي بها كل معتقل تميز بحسن سلوكه أو بشجاعته، وذلك في إطار عملية إعادة الإدماج الاجتماعي للمعتقل، وبث روح الثقة في نفسه والرغبة في الخروج إلى الفضاء الحر المفتوح، وكل ذلك وفق القواعد المرتبطة بالانضباط وحفظ أمن المؤسسة السجنية³، إذ يمكن أن يترتب عن حسن سيرة المعتقلين؛ اقتراحهم لتغيير نظام الاعتقال، أو ترحيلهم حسب رغبتهم، أو ترشيحهم للاستفادة من الرخص الاستثنائية للخروج المؤقت، أو الإفراج المشروط، أو العفو⁴.

ويشترط لمنح الرخص الاستثنائية للخروج، قضاء المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية بمقتضى حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به، لنصف العقوبة المحكوم بها، مع برهنة المعني بالأمر على التميز بحسن

¹ تجدر الإشارة إلى أن صلاحية البت في طلبات منح الرخص الاستثنائية للخروج أصبحت من اختصاص المندوب العام لإدارة السجون وإعادة الإدماج، بمقتضى المادة الثالثة من الظهير الشريف رقم 1.08.49 بتاريخ 22 من ربيع الآخر 1429 (29 أبريل 2008)، بتعيين المندوب العام لإدارة السجون وإعادة الإدماج وتحديد اختصاصاته (الجريدة الرسمية عدد 5630 بتاريخ 15 ماي 2008، ص: 1159، كما تم تغييره وتتميمه)، وذلك في إطار ممارسته للاختصاصات والصلاحيات المسندة إلى السلطة الحكومية المكلفة بإدارة السجون وإعادة الإدماج (وزارة العدل).

في حين تختص وتناط بمديرية الضبط القضائي مهام عدة، ومن بينها؛ دراسة ملفات المرشحين للاستفادة من الرخص الاستثنائية للخروج، وذلك بمقتضى المادة الثانية من المرسوم رقم 2.14.411 الصادر بتاريخ 7 رمضان 1435 (25 يوليو 2014) بتغيير وتتميم المرسوم رقم 2.08.772 بتاريخ 25 من جمادى الأولى 1430 (21 ماي 2009) بتحديد اختصاصات وتنظيم المندوبية العامة لإدارة السجون، جريدة رسمية عدد 6309 بتاريخ 23 محرم 1436 (17 نوفمبر 2014)، ص: 7994.

² ياسين كوراري، "الرخص الاستثنائية للخروج من السجن كآلية لإعادة الإدماج والتأهيل وفق قانون 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 26، 2019، ص: 300.

³ أنظر في ذلك؛ المادة 32 من المرسوم رقم 2.00.485 الصادر في 6 شعبان 1421 (3 نوفمبر 2000) تحدد بموجبه كيفية تطبيق القانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.99.200 بتاريخ 13 من جمادى الأولى 1420 (25 أغسطس 1999)، الجريدة الرسمية عدد 4848 بتاريخ 19 شعبان 1421 (16 نوفمبر 2000)، ص: 3029.

⁴ أنظر في ذلك؛ الفقرة الأولى من المادة 33 من المرسوم رقم 2.00.485 أعلاه.

السيرة والسلوك، بحيث يتكون ملف الترشيح لهذا الأمر من طلب من المعتقل، يرفع إلى المندوب العام لإدارة السجون وإعادة الإدماج، والذي يبت فيه بعد الإطلاع على رأي لجنة الدراسة والانتقاء، التابعة لمديرية الضبط القضائي. كما يتضمن أيضا نسخة من بطاقة التعريف الوطنية للمعتقل، وللمتعهد بإيوائه بعد الخروج، مع الإدلاء بعنوانه كاملا، بالإضافة إلى التوقيع على التزام مكتوب بتطبيق الشروط المنصوص عليها بقرار رخصة الخروج، وخاصة فيما يتعلق بالرجوع إلى المؤسسة عن طواعية في التاريخ المحدد لذلك، تحت طائلة التدابير التأديبية والجنائية المتمثلة أساسا في المتابعة من أجل جناحة الهروب¹.

وتشير الإحصائيات الصادرة عن المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج بالمغرب، إلى انخفاض كبير في نسبة المعتقلين الذين استفادوا من الرخصة الاستثنائية بالخروج برسم سنة 2018، بحيث بلغ هذا العدد ما مجموعه 232 حالة فقط، وهو ما يستدعي إيلاء هذه الآلية الأهمية الكبرى، خاصة لما تلعبه من أدوار هامة، من حيث المساهمة في إعادة الإدماج، وكذلك لتخفيف الضغط عن المؤسسات السجنية².

ومن حيث الإطار القانوني للرخص الاستثنائية، في المواثيق الدولية والتشريع المقارن، فإن الموضوع قد تطرقت إليه العديد من هذه المواثيق، وأهمها؛ القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، في مادتها 44، والتي تخول للسجين مغادرة السجن بشكل مؤقت قصد زيارة مريض من أسرته³، وهو نفس الأمر أكدته القاعدة 70 من قواعد نيلسون مانديلا لسنة 2015، والتي توصي بضرورة إخطار السجين بكل حدث تعرض له أحد أقربائه، مع إمكانية السماح له بعيادة ذلك القريب كلما سمحت الظروف بذلك⁴.

ومن حيث التشريع المقارن، فإن المشرع التونسي قد أولى هذا الموضوع اهتماما ملحوظا، بحيث أعطى الأولوية لحق السجين في الخروج وزيارة الأقارب عند المرض الشديد، أو حضور موكب جنازة، وذلك من

¹ - حنان خليل، مرجع سابق، ص: 113.

² - ورد في تقرير الأنشطة لسنة 2018، الصادر عن المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج (تقرير الأنشطة لسنة 2018، الصادر عن المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج، متوفر على الرابط التالي: (تاريخ الولوج: 2022/07/28)؛ www.dgapr.gov.ma/publication/pdf/rapp2018_ar.pdf، أن عدد المعتقلين (في مجموع المؤسسات السجنية بمختلف أصنافها) المستفيدين من الرخص الاستثنائية والإذن بالخروج خلال سنة 2018 بلغ ما يلي:

– الرخص الاستثنائية: عيد الفطر: 42 معتقل؛ عيد العرش: 8 معتقلين؛ عيد الأضحى: 68 معتقل؛ عيد المولد النبوي: 53 معتقل؛

– الإذن بالخروج: زيارة الأقارب المرضى بالمستشفى: 7 معتقلين؛ زيارة الأقارب المرضى بالمنزل: 6 معتقلين؛ حضور مراسيم الدفن: 48 معتقل؛

المجموع: 232 معتقل.

³ - تنص الفقرة الثانية من المادة 44 من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء على أنه: "(...) يخطر السجين فوراً بأي حادث وفاة أو مرض خطير لنسب قريب له. وإذا كان مرض هذا النسب بالغ الخطورة يرخص للسجين، إذا كانت الظروف تسمح بذلك، بالذهاب لعيادته إما برفقة حرس وإما بمفرده. (...)".

⁴ - تنص القاعدة 70 من قواعد نيلسون مانديلا لسنة 2015 على أنه: "تُخطر إدارة السجن السجين فوراً إذا أصيب أحد أقاربه المقربين أو أي شخص آخر يهيم شأنه بمرض خطير أو توفي. وينبغي السماح للسجين، كلما سمحت الظروف بذلك، بالذهاب تحت الحراسة أو وحده لعيادة ذلك القريب أو الشخص إذا كانت حالته الصحية حرجة أو لحضور جنازته في حالة الوفاة".

أجل الحفاظ على الروابط العائلية والاجتماعية¹، كما أولى المشرع الجزائري هذا الموضوع نفس الأهمية، إذ سن ما يعرف بإجازة الخروج، ضمن آليات تكييف العقوبة، وذلك بمقتضى المادة 129 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، بحيث يجوز لقاضي تطبيق العقوبات، وفي إطار مهامه الإدارية المرتبطة بالإشراف على تطبيق العقوبات السالبة للحرية المحكوم بها، أن يقوم بمكافأة المحبوس الذي أبان عن حسن سيرته وسلوكه، والمحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية تعادل أو تقل عن ثلاث سنوات، بحيث لا تتجاوز مدة هذه الإجازة عشرة أيام، بعد أخذ رأي لجنة تطبيق العقوبات².

وقد نظم المشرع الفرنسي آلية الرخص الاستثنائية للخروج، بمقتضى قانون المسطرة الجنائية³، وذلك لتأهيل السجين قصد إعادة اندماجه المهني والاجتماعي، والحفاظ على الروابط العائلية والأسرية له، وأيضا للاستجابة للالتزامات القانونية للسجين، بعد موافقة قاضي تطبيق العقوبات⁴. وقد خول القانون أعلاه لمدير المؤسسة السجنية، البت في طلبات الخروج بصفة استثنائية إذا ما استفاد السجين من رخصة سابقة ممنوحة له بقرار من قاضي تنفيذ العقوبات دون أن يخل أو يخرق مقتضياتها والالتزامات المرفقة بها.

وحيث إن الضرورة والغاية من هذه الآلية، والمتمثلة في إعداد السجين قصد إعادة إدماجه داخل المجتمع، فإنه وجب أن تخضع لمقتضيات باقي الأساليب الأخرى العقابية، من قبيل الإفراج الشرطي، بحيث يمكن تخول هذه الرخص لكل السجناء المحكومين بعقوبات سالبة للحرية، بغض النظر عن الجرائم المرتكبة، بعد قضاء فترة معينة من الاعتقال، كما يجب الإشارة إلى ضرورة تعليل قرارات قاضي تطبيق العقوبات، خاصة في حالة رفض طلبات هذه الرخص، والإشارة في القرار إلى كل الأسباب التي حالت دون منح هذا الترخيص⁵.

وتم تنظيم موضوع رخص الخروج الاستثنائية في التشريع الإيطالي بمقتضى القانون الصادر سنة 1975 المتعلق بالسجون، والذي خول للسجين حق الخروج المؤقت والاستثنائي من السجن لسببين اثنين، وهما؛ في حالة وفاة أحد أفراد الأسرة أو الخليل(ة)، أو حالة أحداث أسرية بالغة الخطورة، غير أن صدور

¹ - ينص الفصل 18 من القانون عدد 52 لسنة 2001 المؤرخ في 14 ماي 2001 المتعلق بنظام السجون التونسي (الرائد الرسمي عدد 40 بتاريخ 18 ماي 2001، ص: 1312)، ينص على أنه: "للسجين الحق في الحفاظ على الروابط العائلية والاجتماعية وذلك:

1- بالخروج لزيارة الأقارب عند المرض الشديد أو حضور موكب جنازة أحدهم وفقا للأحكام القانونية المنظمة لمؤسسة قاضي تنفيذ العقوبات وللتراتب الجاري بها العمل (...)."

² - أنظر في ذلك كلا من: مصطفى باسو، "الرخص الاستثنائية للخروج من المؤسسة السجنية"، مجلة العلوم الجنائية، العدد الرابع 2017، ص: 91. وأيضا: كريم مسعودي، "لجان تطبيق أنظمة تكييف العقوبة في التشريع الجزائري (لجنة تطبيق العقوبات ولجنة تكييف العقوبات نموذجاً)"، مجلة مقاربات (الجزائر)، المجلد 4، العدد 4، 2016، ص: 347.

³ - أنظر في ذلك؛ المواد من 723-3 إلى 723-6-1، وكذلك؛ المواد من D142 إلى D146 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي.

⁴ - مصطفى باسو، مرجع سابق، ص: 92.

⁵ - أنظر في ذلك:

القانون رقم 633 لسنة 1986، تمت إضافة نوع جديد من الرخص الاستثنائية للخروج، وهي رخصة المكافأة، وذلك تشجيعاً للأشخاص المعتقلين الذين أبانوا عن تحسن سلوكهم وانضباطهم داخل المؤسسة السجنية، وأيضاً لتأهيلهم وإعدادهم لإعادة إدماجهم داخل المجتمع بعد الإفراج عنهم¹.

ونظم المشرع البلجيكي الرخص الاستثنائية بالخروج السجن بمقتضى المادتين 4 و5 من القانون الصادر بتاريخ 17 ماي 2006، السالف الذكر²، غير أنه قد وسع من دائرة إمكانية استفادة السجن من هذه الرخصة، في أي وقت، وبعد موافقة الإدارة المركزية للسجون، بهدف الدفاع عن المصالح الاجتماعية والمعنوية أو القانونية أو العائلية للسجين، أو من أجل إخضاعه لتدريب مهني يفرض عليه التواجد خارج المؤسسة السجنية، بالإضافة إلى القيام بفحص طبي أو اجتياز اختبار خارج هذه المؤسسة. كما يسوغ منح رخص استثنائية بالخروج داخل أجل سنتين قبل الموعد القانوني المحدد لاستفادة السجن من الإفراج الشرطي، وذلك لتسهيل عملية إدماجه داخل المجتمع³.

الفقرة الثانية: نظام العمل العقابي للخروج المؤقت من السجن :

يعتبر العمل العقابي من أقدم الأساليب العقابية في العصر الحديث، إذ تم التأكيد على أهميته في العديد من المؤتمرات الدولية كحق من حقوق السجناء، وهو ما تم التنصيص عليه في مؤتمر بروكسيل سنة 1847، ومؤتمر لاهاي سنة 1950، ومؤتمر جينيف سنة 1955، تحت إشراف الأمم المتحدة، إذ اعترفت هذه المؤتمرات على التوالي بأهمية العمل داخل السجن، والتزام الدولة بتنظيمه لكي يكون عملاً منتجاً ومجدياً، وكذلك، لاعتبار العمل العقابي أسلوباً من أساليب إعادة التأهيل وإعادة الإدماج للمحكوم عليهم، دون اعتباره كعقوبة إضافية الغرض منها إبلام المحكوم عليه⁴.

ويجب التمييز في هذا الإطار بين العديد من الصور المتشابهة في هذا الموضوع، بين العمل لأجل المنفعة العامة كبديل عن العقوبة السالبة للحرية، كما رأينا ذلك فيما تقدم من هذا البحث، وبين عقوبة الحبس مع الشغل، كما هو منصوص عليها في الفصول 24 و 28 و 29 من مجموعة القانون الجنائي

¹ - مصطفى باسو، مرجع سابق، ص: 93.

² - ويتعلق الأمر بالقانون الصادر بتاريخ 17 ماي 2006 (كما تم تحيينه)، المتعلق بالوضع القانوني الخارجي للأشخاص المحكوم عليهم بالحرمان من الحرية، والحقوق الممنوحة للضحية في سياق تنفيذ الحكم.

³ - أنظر في ذلك:

BASTARD (Joséphine), Le Travail de la décision ; Les processus de l'application des peines en Belgique francophone, Thèse de doctorat, Faculté des Sciences Sociales, Centre de recherche et d'interventions sociologiques, Université de Liège, Liège, le 26 janvier 2017, page : 71.

⁴ - فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص: 536.

المغربي¹، وأيضا في المادة 20 من قانون العقوبات المصري، كعقوبات أصلية، وأيضا بين الشغل خارج السجن مقابل الحبس البسيط، إذا كانت العقوبة المحكوم بها لا تتجاوز 6 أشهر، كما هو منصوص عليه في المادة 18 من نفس القانون²، إذ إن هذه الأنواع كلها عبارة عن أساليب عقابية تروم ردع الجاني وإعادة تأهيله وقهره، بسبب الأفعال التي ارتكبتها، إذ أفرد القانون العديد من الجزاءات التأديبية والجنائية عن مخالفة قواعدها وعدم الامتثال إليها، باعتبارها أوامر قضائية ملزمة³. في حين أن العمل العقابي ما هو إلا عمل اختياري تعاقدي، يراد منه محاربة البطالة في صفوف المعتقلين القادرين على الاشتغال، وأيضا لتوفير موارد مالية لهم، وإشراكهم في تسيير الحاجيات الضرورية داخل المؤسسة السجنية أو خارجها.

وقد أكد رواد علم العقاب على أهمية العمل داخل مؤسسات الاعتقال أو خارجها، إذ إن البطالة كثيرا ما تؤدي إلى نتائج سيئة تحول دون تأهيل المحكوم عليه، بحيث إن البقاء في أماكن الاعتقال لمدة طويلة ودون أدنى نشاط، يدفع بالمعتقل إلى التفكير في إحداث الفوضى والشغب والإخلال بالنظام العام، أو أن يقع عرضة للقلق والكآبة والأمراض النفسية⁴.

وفي دراسة حديثة حول هذا الموضوع⁵، فإن العمل العقابي لا يقل أهمية عن باقي الأساليب السالفة الذكر، من أجل إعادة تأهيل وإدماج السجناء، باعتبار العمل من أحد الحقوق الأساسية لضمان الكرامة الإنسانية، والتي لا يجرد منها أي إنسان بمجرد سلب حريته.

¹ ينص الفصل 24 من مجموعة القانون الجنائي المغربي على أنه: "تنفذ عقوبة السجن داخل سجن مركزي مع الانفراد بالليل كلما سمح المكان بذلك ومع الشغل الإجباري فيما عدا حالة ثبوت عجز بدني.

ولا يمكن مطلقا للمحكوم عليه بالسجن أن يشغل في الخارج قبل أن يقضي عشر سنوات من العقوبة إذا كان محكوما عليه بالسجن المؤبد، أو قبل أن يقضي ربع العقوبة إذا كان محكوما عليه بالسجن المؤقت".

وينص الفصل 28 أيضا من نفس القانون على أنه: "تنفذ عقوبة الحبس في إحدى المؤسسات المعدة لهذا الغرض أو في جناح خاص من أحد السجون المركزية مع الشغل الإجباري في الداخل أو الخارج فيما عدا حالة ثبوت عجز بدني".

كما ينص الفصل 29 من نفس القانون على أنه: "تنفذ عقوبة الاعتقال في السجون المدنية أو في ملحقاتها مع الشغل الإجباري في الداخل أو الخارج فيما عدا حالة ثبوت عجز بدني".

² تنص المادة 20 من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937، كما تم تغييره وتتميمه على أنه: "يجب على القاضي أن يحكم بالحبس مع الشغل كلما كانت مدة العقوبة المحكوم بها سنة فأكثر وكذلك في الأحوال الأخرى المعينة قانونا.

وفي كل الأحوال الأخرى يجوز الحكم بالحبس البسيط أو مع الشغل".

كما تنص الفقرة الثانية من المادة 18 من نفس القانون على أنه: "(...) لكل محكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تتجاوز ستة أشهر أن يطلب بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس عليه تشغيله خارج السجن طبقا للقيود المقررة بقانون الإجراءات الجنائية إلا إذا نص الحكم على حرمانه من هذا الخيار".

³ إيهاب عبد المطلب، العقوبات الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2009، ص: 35.

⁴ جمال إبراهيم الحيدري، علم العقاب الحديث، مطبعة أيلاف ونشر بيت الحكمة، الطبعة الأولى، بغداد العراق، 1430هـ/2009م، ص: 163.

⁵ الدراسة بعنوان: تشغيل السجناء بالمغرب، بين التشريع الوطني والمعايير الدولية، دراسة مقارنة، منشورات مركز الدراسات والبحوث في الشؤون البرلمانية بدعم من مؤسسة وستمنستر للديمقراطية، منشورة على الموقع الإلكتروني لمجلس المستشارين - المغرب- على الرابط:

<http://chambredesconseillers.ma/docs/activit es&publications/الدراسة حول تشغيل السجناء.pdf>

وإذا كان العمل العقابي داخل المؤسسة السجنية قد تم تنظيمه بمقتضى المواد من 35 إلى 45 من القانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم المؤسسات السجنية، وأيضا بمقتضى المواد من 23 إلى 26 من المرسوم رقم 2.00.485 السالف الذكر، المحدد بموجبه كيفية تطبيق القانون أعلاه، فإن العمل خارج هذه المؤسسات لم يحظى بالتنظيم الكافي، خاصة وأنه آلية من الآليات المهمة التي تروم إعادة إدماج السجناء، خاصة الذين قضوا عقوبة حبسية تفوق نصف العقوبة المحكوم بها، أو بالنسبة للمحكوم عليهم الذين أبانوا بشكل جدي على تحسن سلوكهم.

وتشير الدراسة أعلاه، إلى أن عمل السجناء عامة يكتسي عدة أوجه، فبين العمل لفائدة المؤسسة السجنية أو لفائدة هيئة عامة أو خاصة، يمكن للسجين أن يقوم بأشغال سواء خارج السجن أو داخله، مع وجوب الحصول على الموافقة القبلية للسجين، والتأكد من قدرته البدنية والنفسية على الاشتغال، مع ضرورة احترام الشروط الخاصة بطبيعة الشغل وظروف الاشتغال. كما أن التجربة العملية أفرزت نوعا واحدا من أنواع عمل السجناء، وهو العمل بوحدات الإنتاج، التي تشرف عليها المصلحة المستقلة لوحدات الإنتاج، بحيث يفترض في العمل في هذه الوحدات أن تلعب دورا هاما في تأهيل السجناء وإعادة إدماجهم في الحياة العامة، من خلال تلقيهم لتكوينات وتدريبات مهنية سيستفيدون منها بعد الإفراج عنهم¹.

وقد نظم المشرع الجزائري آليات العمل العقابي بمقتضى القانون رقم 05-04 المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين²، غير أنه قد ميز بين صورتين اثنتين من صور هذا العمل، في إطار آليات إعادة التربية وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، بين إعادة التربية في البيئة المغلقة، وبين إعادة التربية خارج البيئة المغلقة. هذه الأخيرة تمثل الوجه المتقدم لآليات إعادة التربية، خاصة وأنها تتيح الفرصة للسجين للخروج للفضاء المفتوح، ولو بشكل مؤقت، قصد إتمام روح الالتزام والانضباط لديه³.

وتعتبر الورشات الخارجية⁴ من أهم أساليب إعادة التربية خارج البيئة المغلقة، ويقصد بها قيام المحكوم عليه بالعمل ضمن فرق خارج المؤسسة العقابية، لحساب الهيئات العمومية، وتحت مراقبة الدولة والمؤسسة العقابية، غير أن هذا التخصيص قد وردت عليه آراء نقدية، بحيث عاتبت على هذا القانون تخصيص الهيئات العمومية بالاستفادة من اليد العاملة العقابية دون غيرها من الهيئات الخاصة، بالرغم من أن الهدف من وراء

¹ - ورد في تقرير الأنشطة لسنة 2018، الصادر عن المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج (مرجع سابق)، أن عدد المعتقلين (في مجموع المؤسسات السجنية بمختلف أصنافها) المستفيدين من آلية تشغيل السجناء بوحدات الإنتاج خلال سنة 2018 بلغ ما مجموعه 172 حالة، موزعة بين الذكور بعدد 142، والإناث بعدد 30، وهو عدد هزيل جدا بالمقارنة مع الأعداد الكبيرة من الساكنة النشيطة بالمؤسسات السجنية.

² - أنظر في ذلك؛ الباب الرابع والمعنون بإعادة التربية وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، المواد من 88 إلى 115، من القانون 05-04 الصادر في 6 من فبراير 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

³ - راضية بن لعربي، "الانتقال من العدالة العقابية إلى العدالة التقييمية لتأهيل المحبوس في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية (الجزائر)، المجلد 10، العدد 2، سبتمبر 2019، ص: 518.

⁴ - أنظر في ذلك؛ المواد من 100 إلى 103 من القانون رقم 05-04 أعلاه.

هذا الترخيص يتمثل أساسا في إعادة الإدماج والتأهيل والتربية للمحبوسين، دون الإدراك بأن هذا التخصيص من شأنه حرمان فئة معتبرة من الأشخاص والهيئات على حد سواء من الاستفادة من هذه الأساليب العقابية الحديثة¹.

خاتمة :

تتكمّل سلسلة تفريد العقاب، بعد التفريد التشريعي والتفريد القضائي، بمحطة في غاية الأهمية، وهي مرحلة تنفيذ العقوبة المحكوم بها، على اعتبار ما تمثله هذه المرحلة من دور هام في تقييم النظام العقابي، وللسياسة الجنائية ككل. فالتفريد التنفيذي للعقوبة هو إنابة الإدارة العقابية تنفيذ العقوبة في حدود المبادئ والقواعد العامة التي يحددها المشرع²، وفي حدود منطوق الحكم الصادر بالإدانة، إعمالا لمبدأ شرعية تنفيذ الجزاءات الجنائية.

ويعد تنفيذ العقوبات السالبة للحرية المحكوم بها ضرورة حتمية بعد كل قرار قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به، إذ يعتبر هذا التنفيذ مقوم من مقومات دولة الحق والقانون، ودليل على قيام مؤسساتها واستقلالها، بما يضمن بذلك تحقيق سلطة الدولة في العقاب، والعمل على محاربة الجريمة، وتحقيق غايات العقوبة، والحيلولة دون الإفلات من العقاب، وهو ما يجعل من التنفيذ ضرورة دستورية وقانونية، بحيث ارتبط صدور الأحكام بتنفيذها³، بما يعطي للسلطة القضائية مكانتها بين السلطات الأخرى، التشريعية والتنفيذية، في إطار من الفصل والاستقلالية والتعاون.

¹ - راضية بن لعربي، "دور العمل العقابي في تأهيل وإعادة إدماج المسجون"، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، العدد الثالث، سبتمبر 2018، ص: 168.

² - مصطفى فهد الجوهري، تفريد العقوبة في القانون الجنائي، دراسة تحليلية تأصيلية في القانون المصري وقوانين بعض الدول العربية، دار النهضة العربية للنشر، ودار أبوالمجد للطباعة، القاهرة، مصر، 2002، ص: 133.

³ - تنفيذ الأحكام القضائية موضوع في غاية الأهمية، بحيث يعد الهدف الأساسي من اللجوء إلى القضاء، إذ لا يسوغ التحدث عن حق لا نفاذ إليه/له، كما أن عدم تنفيذها أو التأخر في إجراءاته من شأنه أن يلحق ضررا أكبر من ذلك الذي لحق بالمتضرر جراء الفعل الذي دفعه إلى اللجوء إلى القضاء، فتنضّر لديه الثقة في القضاء التي هي أساس الأمن القضائي (الضرر المعنوي)، إضافة إلى ما يخلفه هذا الوضع من ضياع للحقوق المالية للمتقاضين (الضرر المادي).

وتنفيذ الأحكام القضائية أيضا، تعبير عن احترام الأطراف المعنية للقضاء وتكريم سلطته الدستورية. واعتراف بحقوق المواطنين وتكريس لحقوق الإنسان، وهو ما دأب عليه جلالة الملك نصره الله يوصي به في جميع خطبه السامية منذ اعتلائه العرش، كما جاء في كلمته التي ألقاها خلال ترأسه افتتاح أشغال دورة المجلس الأعلى للقضاء بتاريخ 15 دجنبر 1999، حيث جاء في كلمته أنه: "... من البديهي أنه لن يحقق القضاء هذا المبتغى إلا إذا ضمنا لهيئته الحرمة اللازمة والفعالية الضرورية بجعل أحكامه الصادرة باسمنا تستهدف الإنصاف وفورية البت والتنفيذ، وجريان مفعولها على من يهيمه الأمر".

ولتكريس هذه الأهمية في تنفيذ الأحكام القضائية، فقد نص الفصل 124 من دستور 2011 على أنه: "تصدر الأحكام وتنفذ باسم الملك وطبقا للقانون"، كما نص الفصل 126 كذلك على أن: "الأحكام النهائية الصادرة عن القضاء ملزمة للجميع.

يجب على السلطات العمومية تقديم المساعدة اللازمة أثناء المحاكمة، إذا صدر الأمر إليها بذلك، ويجب عليها المساعدة على تنفيذ الأحكام".

ولقد أدى اهتمام الفكر الجنائي/العقابي الحديث بإصلاح الجنائي وتأهيله بغية إعادة إدماجه في المجتمع، أدى إلى تبني مبادئ هامة، مكتملة للمبادئ السالفة الذكر، والمعبر عنها بمبدأ الشرعية الجنائية، الموضوعية والإجرائية، إذ تعدت هذه المبادئ مرحلة المحاكمة إلى ما بعدها، وهي مرحلة تنفيذ الجزاء الجنائي، بحيث أصبحت الضرورة لازمة لقيام هذه المرحلة على أساس من الشرعية، وتدعى شرعية تنفيذ الجزاء الجنائي كضمانة أساسية لتحقيق مبدأ أنسنة العقوبة¹.

❖ المصادر والمراجع :

• المراجع باللغة العربية :

- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، المجلد الأول، الطبعة الأولى، القاهرة، 2008.
- إيهاب عبد المطلب، العقوبات الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2009.
- جابر غنيمي، "العقوبة البديلة والسياسة الجنائية الحديثة تونس"، مجلة القضاء والتشريع (تونس)، العدد 8، السنة 48، رمضان- شوال/أكتوبر 2006.
- جلال ثروت، الظاهرة الإجرامية، دراسة في علم العقاب، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
- جمال إبراهيم الحيدري، علم العقاب الحديث، مطبعة أيلاف ونشر بيت الحكمة، الطبعة الأولى، بغداد العراق، 1430هـ/2009م.
- جوهر قوادري صامت، "مساوئ العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة"، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، أ/ قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 14، جوان 2015.
- حنان خليل، الوسائل البديلة في المادة الجنائية في التشريع المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية: 2016/2017.
- خالد حامد مصطفى، "الشرعية الإجرائية بين حقوق الضحية والمتهم"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 61، يناير 2015.
- راضية بن لعربي، "الانتقال من العدالة العقابية إلى العدالة التقويمية لتأهيل المحبوس في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية (الجزائر)، المجلد 10، العدد 2، سبتمبر 2019.

¹ خالد حامد مصطفى، "الشرعية الإجرائية بين حقوق الضحية والمتهم"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 61، يناير 2015، ص: 284.

- راضية بن لعريبي، " دور العمل العقابي في تأهيل وإعادة إدماج المسجون"، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، العدد الثالث، سبتمبر 2018.
- سكيمة ابن صبيح، أنسنة العقوبة الجنائية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2016/2015.
- عبد الصمد علي، " نظام قاضي تطبيق العقوبات كآلية للإشراف القضائي على تطبيق العقوبات السالبة للحرية والأنظمة البديلة عنها"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية (الجزائر)، العدد العشرون، المجلد الأول، 2014.
- فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- كريم البقالي، الإشراف القضائي في تنفيذ العقوبات الجنائية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية: 2017/2016.
- كريم مسعودي، "لجان تطبيق أنظمة تكييف العقوبة في التشريع الجزائري (لجنة تطبيق العقوبات ولجنة تكييف العقوبات نموذجاً)"، مجلة مقاربات (الجزائر)، المجلد 4، العدد 4، 2016.
- محمد البكوري، "العقوبات البديلة في مسودة مشروع القانون الجنائي المغربي، بين توجهات الردع وغايات النفع"، مجلة الفقه والقانون، العدد 35، شتنبر 2015.
- مريم سعيد، مريم سعيد، قاضي تطبيق العقوبات في ضوء قانون المسطرة الجنائية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية: 2011/2010.
- مصطفى باسو، "الرخص الاستثنائية للخروج من المؤسسة السجنية"، مجلة العلوم الجنائية، العدد الرابع 2017.
- مصطفى فهمي الجوهري، تفريد العقوبة في القانون الجنائي، دراسة تحليلية تأصيلية في القانون المصري وقوانين بعض الدول العربية، دار النهضة العربية للنشر، ودار أبو المجد للطباعة، القاهرة، مصر، 2002.
- هشام علالي، "الإشراف القضائي على تنفيذ العقوبة السالبة للحرية"، مجلة الشؤون القانونية والقضائية، العدد الثاني.
- ياسين كوراري، "الرخص الاستثنائية للخروج من السجن كآلية لإعادة الإدماج والتأهيل وفق قانون 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 26، 2019.

• المراجع باللغة الفرنسية :

- BASTARD (Joséphine), *Le Travail de la décision; Les processus de l'application des peines en Belgique francophone*, Thèse de doctorat, Faculté des Sciences Sociales, Centre de recherche et d'interventions sociologiques, Université de Liège, Liège, le 26 janvier 2017.
- CARIM ANTONIO (Adalberto), *Les peines alternatives dans le monde*, Thèse pour le Doctorat en Droit Privé et Sciences Criminelles, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, Ecole Doctorale Sciences de l'Homme et de la Société, Centre de Recherches sur l'Entreprise les Organisations et le Patrimoine (CREOP), Université de Limoges, 2011.
- PONCELA (Pierrette), « Pour un redéploiement des permissions de sortir », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, 2016/1, N° 1.
- PORTELLI (Serge), « Les Alternatives à la prison », *Pouvoirs*, 2010/4, N° 135.
- TZUTZUIANO (Catherine), *L'effectivité de la sanction pénale*, Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles, Université de Toulon, soutenue publiquement le 2 décembre 2015.

وسائل إثبات المساهمة في تنمية الأموال

المكتسبة بين الزوجين في حالة عدم وجود عقد تدييري

Means of proving the contribution to
the Development of the acquired funds between
spouses in the absence of an administrative contract



أمال قاسيمي ، باحثة بسلك الدكتوراه

مختبر الدراسات الفقهية والقضائية وحقوق الإنسان

كلية الشريعة ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس - المملكة المغربية

Amal Kacimi, PhD Student researcher, Laboratory of jurisprudence,
judicial studies and human rights, Faculty of Shariaa,
University of Sidi Mohamed Ben AbdAllah,
Fez, kingdom of Morocco.

ملخص :

حاول المشرع المغربي الإحاطة بموضوع تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية، ففي حالة عدم وجود عقد تدبيري بين الزوجين، ترك تقويم هذه الأموال للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة مجهود كل واحد من الطرفين والأعباء التي تحملها والأعمال التي قام بها، فالزوجة مثلا قد تساهم بقسط وفير في إنماء الثروة المكتسبة خلال فترة الزواج، سواء كانت تشتغل وتتقاضى راتبا عن ذلك أم تشتغل في أموال الزوج بدون أجر، وقد تساهم بأموالها الخاصة في ذلك، وعند الطلاق يستأثر الزوج بكل الثروة دون إغارة اهتمام إلى مساهمتها ومجهودها وقد يحصل العكس.

ومن هذا المنطلق تثار إشكالية إثبات المساهمة في تنمية الأموال التي اكتسبت أثناء قيام العلاقة الزوجية، وبالتالي استحقاق نصيب منها. مما جعلنا نبحت في طرق ووسائل الإثبات المعتمدة، بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن واليمين ...، وكذا تحديد المعايير التي يستند إليها القضاء في تقدير الاستحقاق والحكم بأحقية أحد الزوجين في الأموال المكتسبة.

- الكلمات المفتاحية : الأموال المكتسبة - الرابطة الزوجية - وسائل الإثبات - معايير الاستحقاق.

Abstract :

The Moroccan legislator tried to take note of the issue of managing the funds acquired during the marriage. In the absence of an administrative contract between the spouses, he left the evaluation of these funds to the general rules of evidence, taking into account the efforts of each of the parties and the burdens they bear and the work they performed.

The wife, for example, may contribute with a large premium to the development of the wealth acquired during the marriage, whether she works and receives a salary for that or works in the husband's money without pay, and she may contribute with her own money in that, and upon divorce the husband takes all the wealth without paying attention to her contribution and effort and it may happen the opposite.

From this point of view, the problem of proving the contribution to the development of the funds acquired during the establishment of the marital relationship is raised, and thus entitlement to a share of it. This made us look at the approved methods and means of proof, including the testimony of witnesses, presumptions, and oaths..., as well as determining the criteria on which the judiciary is based in estimating entitlement and deciding the entitlement of one of the spouses to the earned money.

- **Keywords** : earned money - marital bond - means of proof - eligibility criteria.

مقدمة :

شكل صدور مدونة الأسرة حديثا قانونيا بارزا لاعتبارها الثورة الإصلاحية الأكثر عمقا في المجتمع المغربي منذ الاستقلال¹ نظرا لما كرسته من حماية قانونية وقضائية لمؤسسة الأسرة بمختلف مكوناتها، على أسس من العدل والمساواة وكذا مراعاة مقاصد الشريعة الإسلامية وأحكامها.

وقد تضمنت المدونة مجموعة من المقتضيات الجديدة، كان من أهمها معالجتها لمسألة التدبير المالي للأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية، سواء في حالة الاتفاق أم في حالة غيابه وذلك من خلال المادة 49 التي تنص على: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها. ويضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج ويقوم العدلين بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر، إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة".

وقد جاءت هذه المادة انسجاما مع التحولات المجتمعية العميقة التي طالت وضع النساء ودورهن المتزايد في النشاط الاقتصادي والاجتماعي، ذلك أن الزوجة تتحمل مجموعة من الأعباء والمجهودات سواء كانت عاملة أم غير عاملة بأجر في سبيل استقرار الأسرة، وهي مطمئنة على ذلك، مادامت العلاقة الزوجية قائمة وما دامت في كنف الزوج من الناحية الاقتصادية، لكن عند انتهائها بطلاق أو وفاة لا تحصل إلا على مستحقاتها عند الطلاق ومنابها من التركة عند الوفاة².

وهكذا تجد الزوجة نفسها بدون معيل بعد أن أفنت حياتها وكادت وتحملت المشقة والعناء في سبيل تنشئة الأطفال وتوفير الراحة للزوج الذي راكم نتيجة لذلك أموالا كثيرة، فتخرج المرأة خالية الوفاض ولا تستفيد مما تعبت وشقت في تكوينه وتنميته خلال سنوات عديدة من عمرها، وهذا يتناقض مع مبادئ العدل والإنصاف خصوصا إذا استحضرنا قوله تعالى: (وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ)³.

¹ - زهور الحر، دور القضاء في تفعيل مقتضيات قانون الأسرة، مقال منشور في إطار الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، المعهد العالي للقضاء، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية رقم 5، شتنبر 2004، ص: 111.

² - عبد الرحمان بلعكيد، ميراث الزوجة في تركة زوجها، الشركة المغربية لموزع الكتاب، الدار البيضاء، ط 5، 2005، ص: 140.

³ - سورة البقرة، الآية: 237.

فالمشرع أعطى للمرأة التي لم يقع الدخول بها ولم يمسهها الزوج نصف الصداق، فبالأحرى الزوجة التي قطعت معه مراحل العمر بجلوها ومرها وساهمت في تكوين ثروة وممتلكات بمجهودها، فكيف سيستأثر بها الزوج وحده...¹.

ومما لا شك فيه، أن إثبات ملكية الأموال التي تم تحصيلها أثناء قيام رابطة الزوجية تطرح العديد من الإشكاليات التي تثار بعد انحلال ميثاق الزوجية، حول أحقية كل واحد من الزوجين في هذه الأموال.

فما هي الوسائل التي يتم إعمالها في الإثبات (المطلب الأول) وما هي معايير استحقاق المرأة في الأموال الأسرية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : إثبات الاستحقاق في الأموال المكتسبة أثناء الزوجية :

إن الحديث عن مسألة إثبات الاستحقاق في الأموال التي اكتسبت أثناء قيام العلاقة الزوجية يقتضي الحديث عن الإثبات وعلى من يقع عبؤه (الفقرة الأولى: الإثبات وعبؤه) وبعد ذلك الحديث عن طرق إثبات هذا الاستحقاق (الفقرة الثانية: وسائل الإثبات).

الفقرة الأولى : الإثبات وعبؤه :

الإثبات في الاصطلاح القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون على وجود واقعة قانونية متنازع عليها تؤثر في الفصل في الدعوى² فهو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أبلحه القانون لإثبات ذلك الحق، لأن المشرع لم يبح التمسك بأي دليل لكنه حتم توفر أدلة معينة دون أخرى لإثبات بعض الحقوق³.

ويكتسي الإثبات أهمية بالغة لأن الحق المجرد بدون دليل يصبح عند المنازعة فيه، هو والعدم سيان، وبذلك قد يستوي حق لا وجود له مع حق لا دليل له لذلك أضحى الإثبات أهم المعضلات التي تعترض القضاء في مسعاه لتقرير الحق وصيانة الأمن والعدالة بين أفراد المجتمع⁴.

¹ - زهور الحر، حق الزوجة في الاستفادة من الثروة بين السند الشرعي والرأي الفقهي والعمل القضائي مداخلة في ندوة خاصة بمدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، عدد 5 شتبر 2004، ص: 102.

² - عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة، عمان، ط1، 2005م، ص: 16.

³ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1970م، ج 2، ص: 16.

⁴ - عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، (م س)، ص: 10.

وفي هذا المجال تأثر قانون الالتزامات والعقود المغربي بنظام الإثبات المختلط إذ أنه حدد وسائل الإثبات الجائزة والمقبولة قانونا ولم يترك للخصوم الحرية في الإثبات بأية وسيلة ممكنة، كما أن القضاء لا يتمتع بهامش كبير من الحرية في التعامل مع وسائل الإثبات والبحث عن الحقيقية بل أكثر من ذلك، فصلاحيات القاضي في مجال الإثبات قد تم تحديدها في قانون المسطرة المدنية الذي رسم لتدخله في هذا المجال حدودا معينة ونظمه في فصول محددة، وخارج ذلك فإنه يكتفي بما يقدمه الخصوم من حجج وأدلة¹، ولعل أن هذا التقليد جسده العمل القضائي حينما استبعد الأخذ بمحاضر الضابطة القضائية بدعوى أن القضاء المدني لا يطبق أمامه إلا ما هو وارد في قانون الالتزامات والعقود في باب وسائل الإثبات والتي ليس من بينها محاضر الضابطة القضائية².

وربما هذا الموقف للقضاء المغربي هو ما أدى إلى تنصيب المشرع بصفة صريحة في مدونة الأسرة على توسيع وسائل الإثبات إذ أنه نص في أكثر من موضع على إمكانية الإثبات "بسائر وسائل الإثبات" كما هو الشأن بالنسبة لسماع دعوى الزوجية في المادة 16، وكذلك إثبات الضرر في المادة 100 والنسب في المادة 158، فضلا عن إيراد عبارة الإثبات مجردة من أي قيد كما هو الشأن بالنسبة للمادة 117 المتعلقة بإثبات الإكراه في الخلع وكذا المادة 41 المتعلقة بإثبات المبرر الاستثنائي والموضوعي، وربما هذا التوسيع قد وجد صداه في العمل القضائي حينما تم الاعتماد على الصور الشمسية في إثبات إشهار الخطبة³، وكذلك الاعتماد على محاضر الضابطة القضائية في إثبات الضرر اللاحق بالزوجة⁴.

وإذا كان المبدأ في مجال الإثبات هو: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" فإن الإثبات يقع على مدعي الحق في الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية سواء كان زوجا أم زوجة وإن كان غالبا ما يطلب من الزوجة الساعية التي تساعد زوجها في تنمية ثروته، وذلك ما يظهر جليا من خلال جل الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء المغربي، والتي تضع عبء الإثبات على عاتق الزوجة المدعية، كما هو الشأن بالنسبة للمحكمة الابتدائية بالرباط والتي جاء في أحد أحكامها: ".... انعدم إثبات المدعية بحجة قانونية

¹ - يوسف وهابي، البينة التقليدية لنظام الإثبات المدني وخيارات التحديث، مجلة الملف، المغربية، عدد 8 لسنة 2006، ص: 242.

² - قرار المجلس الأعلى، عدد 2223 بتاريخ 08/11/1989، يوسف وهابي، (نفسه)، ص: 243.

³ - قرار محكمة الاستئناف بوجدة، عدد 321 بتاريخ 19/04/2006، ملف عدد 800/2005 مروة أبو زيد، تدبير الأموال المشتركة بين الزوجين، رسالة لنيل الماستر في القضاء والتوثيق، جامعة القرويين كلية الشريعة فاس، الموسم 2010/2011، ص: 41.

⁴ - حكم قسم قضاء الأسرة بوجدة، عدد 06/5331 بتاريخ 12/12/2006، ملف عدد 1311/2006 (نفسه)، ص: 42.

كونها ساهمت بشكل فعال في تنمية وازدهار ثروة زوجها إعمالا لقاعدة المدعي مطالب بالبينه، يستوجب رد الدعوى على الحالة..."¹

من الملاحظ أن جعل الإثبات في مسألة السعاية على عاتق الزوجة لا سند له، لأن ذلك قلب لعبء الإثبات، إذ أن الزوجة تطلب واجب سعائتها في الممتلكات الموجودة في حيازة المدعى عليه، وهذا الأخير ينكر حقها في ذلك، مما يجعل الدعوى تتجه نحو مسار ادعاء الزوج الاختصاص بما تحت يده فأضحى بذلك مدعيا وعليه يصبح عبء الإثبات، لأن الأصل في ما تم اكتسابه أثناء فترة الحياة الزوجية هو الشركة بين الزوجين بمقتضى الكد والسعاية من لدن الزوجة وعلى مدعي العكس يقع عبء الإثبات، فالزوجة تتمسك بالأصل الذي هو الشركة وأيضا العرف الجاري في هذه الشركة في حين أن الزوج قوله مجرد من هذا الأصل ومن العرف، فهو مكلف بالإثبات إذ يصبح في وضعية المدعي².

إلا أن توجه العمل القضائي في المغرب يسير على خطى فقهاء النوازل، والمجمل عملهم في قول الناظم:

"من ادعى في المال كسبا وجبا *** إثباته عليه كاتب من أبي"³

وذلك هو المعمول به في جل الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء المغربي⁴. وعلى سبيل المثال ما جاء في قرار لاستئنافية الرباط :

"...الإشهاد للمدعية بحقها في السعاية يستوجب إثباتها بحجة، كما يتوجب عليها مسطريا- قبل ذلك- تحديد كل الممتلكات التي أنشئت خلال الحياة الزوجية التي تدعي بشأنها السعاية وإلا اعتبر المقال متسما بالغموض الذي يعرضه لعدم القبول"⁵.

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بالرباط الصادر بتاريخ 1997/11/22، محمد أفاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث: الأسرة والطفولة، كلية الحقوق جامعة محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2005 م / 2006 م، ص: 65.

² - عبد السلام حادوش، إدماج المرأة في التنمية في محك السياسة الشرعية، مطبعة طوب بريس طنجة، ط1، 2001، ص: 402.

³ - الرحمانى عبد الله بن محمد الجشتي، العمل السوسي في الميدان القضائي، مطبعة المعاريف الجديدة الرباط، ط1، 1404هـ / 1984م، ج1، ص: 284.

⁴ - الملكي الحسين بن عبد السلام، من الحقوق المالية للمرأة، نظام الكد والسعاية، دار القلم الرباط، ط 2، 1431 هـ / 2010 م ج2، ص: 151 وما بعدها.

⁵ - قرار استئنافية الرباط، عدد 2009 بتاريخ 1991/04/08 في الملف عدد 1989/8746. الملكي الحسين (نفسه)، ج2، ص: 170.

الفقرة الثانية : وسائل الإثبات :

إن إثبات الحق في الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية يكون عن طريق إثبات المساهمة في تنمية هذه الأموال ونمائها.

وبالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي، نجد طرق الإثبات منها ما هو ذو طابع موضوعي ومنها ما هو ذو طابع إجرائي مسطري.

وإذا كان الفصل¹443 منه ينص على أن الاتفاقات التي تتجاوز قيمتها عشرة آلاف درهم (10.000 درهم) لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود، فهل يطبق هذا المقتضى في نطاق العلاقات الزوجية؟

هذا السؤال يجد له إجابة من خلال المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية، والتي يمكن اعتبار مقتضاها كنص خاص مقدم على ما ينص عليه قانون الالتزامات والعقود باعتبار فصله بخصوص هذه المسألة فصلا عاما، والخاص يقدم على العام، وبذلك لا تطبق فصول قانون الالتزامات والعقود مبدئيا في نطاق العلاقات الزوجية.

وهذا ما أكده العمل القضائي من خلال قرار لاستئنافية أكادير جاء فيه : " ... المدعية المستأنف عليها أدلت لإثبات استحقاقها للمدعى فيه بلفيف مؤرخ في... يشهد شهوده بمعرفتهم للطرفين وأنها تعاوننا معا حتى استفادا من الدار الكائنة ب... وإنما كانا لا يملكان شيئا من قبل ذلك، كما أن المحكمة الابتدائية وفي إطار البحث الذي أجرته بين الطرفين استمعت إلى الشهادات.... شهدن جميعا أن المدعية المستأنف عليها تعمل في المناسبات كطباخة، وهي شهادات كافية للقول بأن المستأنف عليها كانت تكد وتسعى إلى جانب زوجها"².

فالذي يبدو أن المساهمة في الأموال الأسرية يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات وذلك لكون النزاع الذي قد يثار في إطار العلاقات الزوجية يكون الزوجان في منأى عن تهيب الأدة، لهذا يكون من باب أولى ولتحقيق الإنصاف سماع ادعائهما دون تقييد بأي دليل محدد، وهذا ما ينسجم ومبدأ حرية الإثبات الذي يعد مقصدا من مقاصد مدونة الأسرة³.

¹ - ينص الفصل 443 من ق ل ع على أن: "الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية"

² - قرار عدد 479 بتاريخ 2007/09/26. ملف عدد 2006/2/624، أحمد اليوسفي، الإثبات على ضوء العمل القضائي، رسالة لنيل الماستر، وحدة التكوين والبحث، جامعة محمد الأول كلية الحقوق وجدة، الموسم 2009/2008، ص: 89.

³ - أحمد اليوسفي، الإثبات على ضوء العمل القضائي، (م س)، ص: 88.

وإذا كان القضاء المغربي يؤكد على ضرورة الإثبات خصوصا الزوجة التي تدعي سعايتها في الأموال الأسرية، فإنه وسع في وسائل هذا الإثبات، وهو يقضي بنصيبتها بمجرد تقديمها لدليل على ذلك، وهذا هو نفس توجه المجلس الأعلى -النقض حاليا- فقد جاء في قرار له: " ... الاستفادة التي تحصل للزوجين إذا ثبت أن ما استفاداه ناتج عن عملهما المشترك تجعل الكد والسعاية ثابتة للزوجة وتستحق بذلك نسبة من الثروة المنشأة خلال الحياة الزوجية..."¹.

فشهادة الشهود من الوسائل المعتمدة في هذا الباب، هؤلاء الشهود يتم الاستماع إليهم من طرف المحكمة، فقد جاء في حيثيات حكم الابتدائية أكادير...: "وحيث إن الأكثر من هذا ثبت من خلال تصريحات بعض الشهود المستمع إليهم أمام المحكمة أن المدعى عليه يعمل بفرنسا"².

وغالبا ما يتم الاستماع إلى الشهود استفسارا لما شهدوا به من قبل، إما بسبب طعن الطرف المضاد في نص الشهادة وإما تلقائيا من أجل التأكد من صحة الشهادة، وشهادة الشهود لا تعني أنها تفيد دائما الإثبات بوجود السعاية واستحقاق المقابل، كما أنها قد تكون من طرفي الدعوى، وقد يحدث أن يتمسك طرفا الدعوى معا بشهادة الشهود، وفي هذه الحالة تكون المحكمة أمام ما يسمى فقها وقضاء بتعارض الحجج والبيانات، وهنا للمحكمة الصلاحية الكاملة للنظر في تلك الحجج، والتقرير في الأمر على ضوء ما تبين لها من خلال وقائع النازلة وأحوال المتنازعين³.

ولأن دعوى استحقاق السعاية هي دعوى مالية، فهي تستوجب في حالة عدم إثبات المدعى لدعواه توجه اليمين للمدعي، يقول ابن عاصم:

والمدعي عليه باليمين *** في عجز مدع عن التبيين⁴

وقد جاء في إحدى قرارات المحكمة الاستئنافية بأكادير ما يلي:

كون شهادة اللقيف المعتمدة من طرف المدعية لا تفيد بأن الدار المدعى بها ناتجة من ثمر سعايتها وأن المدعى عليه اشتراها بمال السعاية خصوصا وأن المدعى عليه يدعي أن الدار له خاصة به ومن حر ماله،

¹ - قرار عدد 44 عن الغرفة الشرعية الثانية بتاريخ 1978/11/28 في الملف عدد 46767. الملكي الحسين، من الحقوق المالية للمرأة نظام الكد والسعاية، (م س)، ج2ن ص: 152.

² - حكم رقم 1996/321 بتاريخ 1986/12/26 ملف رقم 1986/54، الملكي الحسين (نفسه)، ج1، ص: 187.

³ - قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الوطنية الثانية خمسون سنة من العمل القضائي، مكناس 8-9 مارس 2007، مطبعة الأمنية الرباط 2007، ص: 102.

⁴ - أبو بكر محمد بن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، مطبعة السنة المحمدية، ط 3، 1380 هـ، ص: 9.

الشيء الذي تكون معه الشهادة المذكورة غير كافية للقول بثبوت سعايتها وكدها في الدار المدعى بها، فدعوى استحقاق بدل الكد والسعاية هي دعوى مالية تستوجب في حالة عدم إثبات المدعية لدعواها توجيه اليمين للمدعى عليه ردا للدعوى مع إعمال قاعدة النكول عملا بالحديث "شاهدك أو يمينه..."¹.

وعموما يمكن القول إن السعاية من الأمور الواقعية التي يجوز إثباتها بكل الوسائل بما في ذلك الكتابة والقرائن غير أن المحاكم غالبا ما تلجأ إلى شهادة الشهود في شكل لفيف عدلي أو عن طريق إحضارهم والاستماع إليهم.

كما أن القاضي بمقتضى السلطات الواسعة التي يتمتع بها في تسيير مسطرة التحقيق غير ملزم بأي إجراء من إجراءات التحقيق² فذلك يدخل في إطار سلطته التقديرية التي لا يخضع بشأنها لرقابة محكمة النقض -المجلس الأعلى سابقا- وله أن يستند إلى أي وسيلة من وسائل الإثبات كالكتابة والإقرار والقرائن والشهادة وكذا الخبرة، وعلى الرغم من أن هذه الوسائل معتمدة في مجال القواعد العامة للإثبات المدني إلا أنها تمتاز بخصوصية في المجال الأسري، وخصوصية الإثبات في المجال الأسري تبرز أكثر في اليمين والخبرة.

ويقصد بهذه الأخيرة في إطار القواعد العامة للإثبات، ذلك الإجراء التمهيدي الذي يلجأ إليه القاضي في الدعوى التي تتطلب الإلمام بعلم أو فن لا يدخل في دائرة عمله أو معرفته³.

وتعتبر الخبرة في إطار القواعد الإجرائية وسيلة من وسائل التحقيق لا الإثبات ما دام مشرع قانون المسطرة المدنية قد أوردها في الباب المتعلق بإجراءات التحقيق⁴. أما الخبرة في مدونة الأسرة فإنها تكون وسيلة للإثبات كما هو الشأن بالنسبة لثبوت الزوجية المادة 16 وكذا ثبوت النسب 158، أما اليمين في المجال الأسري فإنها تخرج من التصنيف المعتمد في قانون المسطرة المدنية فهي لا تعتبر حاسمة لأنها لا توجه من

¹ - قرار رقم 339 بتاريخ 13/12/1991 ملف رقم 182/1991، الملكي الحسين، من الحقوق المالية للمرأة، (م س)، ج2، ص: 169.

² - عبد الحميد أخريف، محاضرات في القانون القضائي الخاص، كلية الحقوق فاس، الموسم الجامعي 2001 / 2002، ص: 245.

³ - أسامة أحمد شوقي المليجي، القواعد الإجرائية للإثبات المدني وفقا لنصوص القانون وأحكام القضاء وآراء الفقه، دار النهضة العربية القاهرة، 2000، ص: 229.

⁴ - مع أن الأستاذ محمد الكشور يرى أن ما يقدمه الخبير للمحكمة يعتبر وسيلة للإثبات ولا يقتصر فقط على تعديل الوقائع المرتبطة بالدعوى تقديرا فنيا، انظر مؤلفه، الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1، 2000، ص: 12.

طرف الخصم بل توجهها المحكمة تلقائيا لأجل تكملة النصاب الشرعي وليس لإتمام الدليل الناقص وبالتالي تعتبر يمين شرعية لأنها توجه دوما لمن رجح جانبه لاستيفاء النصاب الشرعي¹.

المطلب الثاني : معايير الاستحقاق في الأموال المكتسبة أثناء الزوجية وإشكالاته :

قد يحدث ألا يتفق الزوجان على إبرام اتفاق تحدد بموجبه كيفية تدبير أموالهما المكتسبة ولا كيفية توزيع الممتلكات المنشأة خلال قيام الزوجية، أو يكتفیان بالتطرق إلى سبل الاستثمار دون التوزيع وفي كلتا الحالتين، إذا نشب نزاع بين الزوجين فإنه يكون مجرد عن إرادة طرفيه في ما يخص تنظيم شؤونهما المالية بالشكل الكافي، والمشرع رغبة منه في إيجاد حل مناسب لمثل هذه الدعاوى حول للطرفين الرجوع إلى القواعد العامة للإثبات، إلا أن هذا الحل قد يثير تساؤلات حول المعايير المعتبرة في ذلك (الفقرة الأولى) وكذلك قد يثير إشكالات حول بعض الحالات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : معايير الاستحقاق في الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية.

من أهم المطالب التي نادى بها بعض الفعاليات الجمعوية وحرصت على تضمينها في مدونة الأسرة، قسمة الثروة الزوجية بعد الطلاق أو الوفاة وذلك دفعاً للظلم والإجحاف عن النساء، واعترافاً بما قدمته من جهد وعمل في إيجاد تلك الثروة، سواء خارج البيت أم داخله. وذلك انسجاماً مع المقترحات التي جاء بها مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية.

وقد رد بعض الفقه، بكون هذا المطلب لا يعدو أن يكون استنساخاً للقوانين الغربية في حين تثبت أصحاب هذا المطلب أنه يعد من صميم الشريعة الإسلامية وهو الحق الذي أفتى به الفقهاء وفق ما يسمى بالكد والسعاية².

هذا الموضوع طرح نقاشاً كبيراً على مستوى الساحة السياسية والثقافية المغربية، تمخضت عنه مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة التي منحت القضاء سلطة تقديرية في تحديد الاستحقاق في الأموال الأسرية مع مراعاة مجموعة من المعايير كالعمل والمجهودات المبذولة من طرف الزوجين.

ومن هذا المنطلق يجب على الزوج المطالب بنصيبه في الثروة المكتسبة أثناء قيام الرابطة الزوجية أن يثبت أنه ساهم بعمله ومجهوده وساهم بذلك في تنمية أموال الأسرة، كما يجب عليه إثبات نوعية العمل الذي قام به، وكذا قدر المساهمة التي قدمها.

1- المعطى الجيوي، القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2002، ص: 184.

2- بشرى برودي، وسائل الإثبات في ميدان الأحوال الشخصية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، فاس، الموسم الجامعي 2008/2009، ص: 101.

فالعمل ونوعه من المعايير التي يستند عليها القضاء على أن تكون ثمرة هذا العمل ساهمت في تنمية ثروة الأسرة، ففي حكم لابتدائية إنزكان جاء فيه: " ... عدم إدلاء المدعية بما يثبت أنها شاركت المدعى عليه في العقارات المدعى بشأنها الكد والسعاية يستوجب إلغاء الدعوى على الحالة..."¹.

ويبدو أن العمل المنزلي لم يحظ بالتنظيم، وبقي من المسائل المبهمة أمام تحديد مفاهيم المعايير السابقة واختلاف العمل القضائي في تفسيرها والتعامل معها².

والحقيقة أن العمل المنتج الذي سيؤدي إلى تراكم الثروة الأسرية هو الأساس المعتمد في تحديد طبيعة العمل الموجب لحق الكد والسعاية من دون تمييز بين العمل داخل البيت أو خارجه، فهذا المعيار من أبرز المعايير للقول بالاستحقاق في الأموال المكتسبة أثناء قيام رابطة الزوجية.

فالعمل المنزلي لا يدخل ضمن الواجبات الملقاة على عاتق الزوجة، ومن ثم ينبغي أن تحصل الزوجة على مقابل عملها عند الطلاق أو وفاة الزوج تطبيقاً لمبادئ العدل والإنصاف وإما انطلاقاً من كون قاعدة المساواة بين الزوجين لا ينبغي أن تنحصر في تحمل الواجبات دون التمتع بما يقابلها من حقوق³.

لأجل ذلك يجب على القائمين على إحصاء السكان اعتبار العمل المنزلي منتجا لأنهم لازالوا حتى بعد صدور مدونة الأسرة يعتبرون الزوجة ربة البيت من الأشخاص غير النشيطين وبالتالي تدخل ضمن خانة العجزة والطلبة⁴.

وإذا كان العمل والمجهودات المبذولة من الزوجين من المعايير المنصوص عليها في المادة 49 من مدونة الأسرة وخصوصاً الفقرة الأخيرة التي تنص على: " إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العام للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة"، فإن هناك معايير أخرى يستند إليها القضاء في هذه المسألة منها مدة العلاقة الزوجية، حيث جاء في قرار لاستئنافية أكادير: " وحيث إن المستأنفة لم تقم ببيت الزوجية إلا سنتين، ولا يمكن أن يستمر مال الشركة

¹ - حكم رقم 1995/1644 بتاريخ 1995/09/26 ملف شرعي رقم 1994/956، الملكي الحسين، من الحقوق المالية للمرأة (م س)، ص: 176.

² - أحمد أحيدار، عمل الزوجة داخل البيت في ضوء مدونة الأسرة والفقه الإسلامي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق وجدة، الموسم الجامعي 2008/2009، ص: 5 وما بعدها.

³ - نورة بوطاهر، العلاقات المالية بين الزوجين بين محدودية النص وتطور الواقع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس السويدي، كلية الحقوق، الموسم الجامعي، 2007/2008، ص: 160.

⁴ - محمد الشافعي، قراءة في المادة 49 من مدونة الأسرة بين النص والممارسة، مجلة المحامي، المغربية، ع 50 لسنة 2007، ص: 46 وما بعدها.

إلى الحد الذي تطالب فيه المدعية بنصيبها لأنها قد وجدت حسبما تضمنه مقالها جميع ما تطالب فيه بسعايتها قائما¹.

بالإضافة إلى ذلك يراعي الفقهاء والنوازيون عند تقسيم أموال السعاية سن السعاة ويأخذونه بعين الاعتبار عند عزل أسهمهم².

ومن المعايير المستحدثة التي يأخذها القضاء بعين الاعتبار وجود حساب بنكي مشترك بين الزوجين، والحقيقة أن هذا العامل يتأرجح بين المعيارية (أي كونه معيارا) وبين الحجية (أي كونه وسيلة للإثبات)، ففي حكم لابتدائية تمارة جاء فيه:

"وحيث يرجع المحكمة إلى مجموع الشواهد البنكية الصادرة عن مؤسسة التجاري وفا بنك خصوصا المؤرخة في 2006/11/30، وكذا في 2007/06/12، أن الطرفين معا قاما بفتح حساب بنكي مشترك بينهما تحت رقم... وكالة سيدي سليمان، وأن الحساب خصص لاقتناء الشقة المتنازع عليها وأن المدعية ساهمت في ذلك حسبما تثبته التحويلات البنكية المنتظمة إلى الحساب البنكي..."³.

فالحساب البنكي المشترك يمكن اعتباره حجة ووسيلة لإثبات مساهمة الزوجة في الأموال المكتسبة، وإن كانت تفتقر إلى إثبات التحويلات البنكية بانتظام وكذا الرابطة بين هذا الحساب البنكي المشترك والأموال المتنازع بشأنها.

كما يمكن اعتبار الحساب البنكي المشترك معيارا من معايير الاستحقاق في الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية، فبمجرد إثبات الطرف المدعي لمساهمته في الأموال الأسرية عن طريق التحويلات لهذا الحساب، يمكن الرجوع إلى الشواهد البنكية الصادرة عن البنك المتضمن لهذا الحساب لمعرفة قيمة التحويلات، وبذلك يمكن للمحكمة الاستناد إلى هذه الشواهد كمعيار لقسمة الأموال المتنازع فيها بين الطرفين.

¹ - قرار رقم 154 بتاريخ 1988/6/24 ملف عدد 1988/97 مروة أبو زيد (م س) ص: 54.

² - الحسن العبادي، فقه النوازل في سوس، (م س)، ص: 421.

³ - حكم رقم 965، بتاريخ 2008/06/10 ملف عدد 31/06/131 صالح أشطبي الممارسة القضائية للمادة 49 من مدونة الأسرة المتعلقة باقتسام الأموال المكتسبة بين الزوجين، رسالة لنيل الماستر المتخصص في المهن القضائية والقانونية، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية، السويبي الموسم 2009-2010، ص: 81 وما بعدها.

الفقرة الثانية : إشكالات الاستحقاق في الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية :

من التساؤلات التي تثار في هذا الإطار ونجد لها أهمية بالغة في الواقع العملي، ما العمل إذا تعلق الأمر بعقار محفظ مسجل باسم أحد الزوجين وقام الطرف الآخر بالمطالبة بنصيبه فيه؟ حيث ستصطدم حينئذ وسائل الإثبات العادية التي أحالت عليها المادة 49 من مدونة الأسرة بحجية الرسم العقاري للعقار المحفظ ذلك أن قاعدة تطهير الصك العقاري تمنع المساس بملكية الشخص المسجل العقار باسمه.

فهل تسجيل الممتلكات في اسم أحد الزوجين يعتبر حجة نهائية على أنها في ملك هذا الزوج وحده؟

لقد حاول بعض النوازليين الإجابة عن هذا الإشكال بقولهم: " وبعد فالذي جرى به الحكم عند فقهاء جزولة أن الزوجين إذا كانا متعاونين في خدمتهما وأفادا بذلك أملاكاً مشتركة بينهما على قدر خدمتهما فإن الزوج لا يستبد بالأشربة ولو كتب وثائقها عليه"¹.

فالمرأة التي تثبت سعائتها في الثروة المكتسبة خلال الحياة الزوجية لها الحق فيما اشتراه الزوج ولو باسمه الخاص بقدر العمل والمجهود الذي ساهمت به في تكوين وإثراء هذه الثروة.

وعملها أكبر عائق يقف في وجه الزوج الذي يدعي أحقيته في نصيبه من العقار لقاء مساهمته في تملكه هو وثيقة الرسم العقاري، لما تتمتع به هذه الأخيرة من قوة إثباتية.

ذلك أن العقارات غالباً ما تكون محفظة باسم أحد الزوجين لكون الثقة هي الأساس في الحياة الزوجية، لكن هذه الثقة قد تنكسر في كثير من الأحيان على أمواج الطمع وتهب بذلك على الأسرة عواصف لم تكن منتظرة نتيجة طغيان هاجس النزوات وفي مقدمتها الجشع وإنكار العشرة والفضل بين كل من الزوجين، فيقف صاحب الحق عاجزاً عن إيجاد وسيلة تمكنه من نصيبه في العقار، خاصة إذا كان هذا العقار محفظاً، ومثال ذلك ما جاء في قرار للمجلس الأعلى -النقض حالياً-:

"... لكن حيث يتجلى من القرار المطعون فيه ومن بقية وثائق الملف أن العقار المدعى فيه محفظ، وأن المطلوب هو المسجل برسمه العقاري كمالك وحيد وبذلك فلا أثر لما تدعيه الطالبة من حقوق عينية أي نصف العقار المدعى فيه، مادامت غير مسجلة على الشيع في الرسم العقاري عملاً بمقتضيات الفصل 67 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري وما دامت المحكمة قد اعتبرت أن ما أدلت

1- محمد البعدوي، وضعية الزوجة في الأسرة والمجتمع- بني ورياغل نموذجاً، أطروحة لنيل دكتوراه في الحقوق كلية الحقوق، أكادال الرباط، الموسم 2001/2002، ص: 165.

به الطالبة غير كاف لاستحقاقها لعقار محفظ باسم الغير الأمر الذي تكون معه الوسيلة في وجهيها المذكورين غير مرتكزة على أساس.

وفي شأن الوجه الثالث من نفس الوسيلة المتخذ من انعدام الأساس وانعدام التعليل وعدم الرد على طلبات، ذلك أن الطالبة التمسست إجراء بحث في وجود غموض في لفيفية السعاية غير أن المحكمة لم تستجب لذلك ولم تعذرهما مما يعرض قرارها المطعون فيه للنقض.

لكن، حيث إن المحكمة غير ملزمة بأي إجراء من إجراءات التحقيق، لأن ذلك يدخل في إطار سلطتها التقديرية التي لا تخضع لرقابة المجلس الأعلى، وأن الأمر بتكملة الحجج موكول للأطراف وحدهم فالوجه من الوسيلة غير مقبول¹.

فهذا القرار بتأييده لمحكمتي الموضوع ورفضه لطلب الطعن استند إلى حجية التحفيظ العقاري، ومن ثم لا تأثير لما تدعيه طالبة النقص في استحقاقها لنصف قيمة العقار المدعى فيه مادامت غير مسجلة على الشياخ في الرسم العقاري تطبيقاً للأحكام الواردة في ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري.

وهذا أيضاً ما أشار إليه حكم ابتدائية قلعة السراغنة في ظل مدونة الأسرة ومما جاء فيه: " وحيث إنه علاوة على ما ذكر فإن المنزل موضوع الدعوى هو عبارة عن عقار محفظ من خلال ما هو ثابت من شهادة الملكية العقارية المؤرخة في 08/01/17 تحت رقم 351، والتي يشهد من خلالها المحافظ على الأملاك العقارية بقلعة السراغنة أن العقار المذكور يوجد باسم المدعى عليه في نازلة الحال، وأنه لا يوجد أي تقييد لحق عيني أو لتحمل عقاري، واستناداً للفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري فإن تأسيس الرسم العقاري يشكل دليلاً قاطعاً على حق الملكية وإن كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله، عملاً بالفصل 66 من نفس القانون².

والملاحظ أن الحكم اعتمد في رفضه لطلب الزوجة في نصيبتها في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية على أساس أن رسم العقار مسجل في اسم الزوج، وعموماً من خلال ما سبق يمكن إبداء الملاحظات التالية:

¹ - قرار عدد 1520 بتاريخ 1998/03/05 الملف المدني عدد 97/2276، مجلة الملحق القضائي، ع 39 (م س)، ص: 127.

² - حكم رقم 41 بتاريخ 2008/02/27 في الملف رقم 07/918، عبد العلي حفيظ، تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية، دار القلم الرباط، ط 2013/1، ص 206: وما بعدها.

• على المحاكم إعطاء مساحة أكبر للزوج - أو الزوجة - ليثبت كده وسعايته في سبيل تنمية أموال الأسرة.

• ثبوت الكد والسعاية بكيفية أدت إلى إنشاء أو تنمية أموال الأسرة يلغي القيمة الحجية لأي عقد شراء في اسم أحد الزوجين مادام الشراء وقع أثناء الحياة الزوجية مع مراعاة معايير الاستحقاق في هذه الأموال.

والحقيقة إن كان الإشكال يطرح بشكل جلي في ظل مدونة الأحوال الشخصية كلما تعلق الأمر بعقار محفظ مسجل باسم أحد الزوجين وقام الطرف الآخر بالمطالبة بنصيبه فيه، فإنه حتى في ظل مدونة الأسرة مازال الإشكال مطروحا ودليل ذلك بعض القرارات والأحكام الصادرة عن القضاء المغربي والتي تصطدم فيها وسائل الإثبات العادية التي أحالت عليها المادة 49 من مدونة الأسرة بحجية الرسم العقاري للعقار المحفظ، ومثاله ما سبقت الإشارة إليه آنفا من خلال حيثيات حكم ابتدائية قلعة السراغنة في الموضوع والذي قضى برفض الطلب مجرد أن العقار محفظ باسم الزوج.

و لا بد للمحاكم أن تنظر إلى قيمة وسائل الإثبات المعروضة عليها حتى في حالة وجود رسم التحفيظ، وأن رفضها للطلبات لا بد أن يكون مبررا بخلل أو نقص أو ضعف في وسائل الإثبات، وهذا ما استندت إليه محكمة الاستئناف بأكادير في تأييدها للحكم الابتدائي ذلك أن المحكمة لم تستجب للمتمس إجراء الخبرة ليس لكون العقار تم تحفيظه، أي تدفع بحجية التحفيظ العقاري وفق الفصلين 66 و 67 من قانون التحفيظ العقاري، لكن تعاملت بحرفية النص بعيدة عن كل تأويل للمادة 49 من مدونة الأسرة والتي تهدف في شموليتها الحفاظ على حقوق الزوجين معا¹.

في هذا السياق، يمكن القول إنه ليس هناك ما يمنع الزوج المدعي نصيبا له في ملك محفظ باسم الزوج الآخر الحكم له بذلك النصيب إذا أثبت مساهمته في تحصيله، فلا يجب الاكتفاء بما ورد في الرسم العقاري فقط وفقا لمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة والتي أوجبت مراعاة مساهمة كل من الزوجين.

وهذا بالفعل ما أكده حكم ابتدائية فاس ومما جاء فيه :

¹ - انظر: قرار محكمة الاستئناف بأكادير عدد 241 بتاريخ 03/11/2008 ملف عدد 07/738، صالح أشطبي الممارس القضائية للمادة 49 من مدونة الأسرة المتعلقة باقتسام الأموال المكتسبة بين الزوجين (م س)، ص: 61.

"تسجيل العقار في اسم الزوج بالرسم العقاري لا يمنع من أحقية الزوجة في المطالبة بنسبة مساهمتها فيه"¹.

وهذا ما أصبح معمولاً به من طرف المجلس الأعلى -النقض حالياً - في ظل مدونة الأسرة حيث أقر حكماً قضياً للزوجة بثالث العقار المتنازع عليه رغم أن هذا العقار مسجل باسم الزوج².

فالحجة المطلقة للرسم العقاري التي كانت تحول قبل صدور مدونة الأسرة دون تمكين الزوج من حصته في العقار المحفوظ باسم الزوج الآخر لم تحل دون تمكين المدعي الفرعي من حصته في العقار الذي أثبت مساهمته الفعلية في شرائه وذلك تجسيدا لروح الفقرة الأخيرة من المادة 49 من مدونة الأسرة³.

وقد يظهر من خلال ذلك أن المشرع قد خرج عن قاعدة تطهير الصك العقاري المقررة في ظهير التحفيظ العقاري لسنة 1913، إلا أن الرأي بخصوص ذلك هو أن النزاع غير واقع بالدرجة الأولى على ملكية العقار وإنما حول مصدر الملكية، لذلك منح المشرع كل واحد من الزوجين نصيب مساهمته ولا يحول دون ذلك كون المدعى فيه محفظاً باسم أحدهما.

وإذا كان المبدأ في مجال الإثبات هو: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" فإن الإثبات يقع على مدعي الحق في الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية، سواء كان زوجاً أم زوجة وإن كان غالباً ما يطلب من الزوجة الساعية التي تساعد زوجها في تنمية ثروته، وذلك ما يظهر جلياً من خلال توجه العمل القضائي في المغرب الذي يسير على خطى فقهاء النوازل، والتي يضع عبء الإثبات على عاتق الزوجة المدعية.

قد وسع القضاء المغربي في وسائل هذا الإثبات، حيث اعتبر أن المساهمة في الأموال الأسرية يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات كالكتابة والإقرار والقرائن والشهادة وكذا الخبرة...

ويستند القضاء على مجموعة من المعايير كالعمل ونوعه، بشرط أن تكون ثمرة هذا العمل ساهمت في تنمية ثروة الأسرة، ويبدو أن العمل المنزلي لم يحظ بالتنظيم، وبقي من المسائل المبهمة أمام تحديد مفاهيم المعايير السابقة واختلاف العمل القضائي في تفسيرها والتعامل معها.

¹-حكم عدد 2753 بتاريخ 2008/4/28 في الملف عدد 06/2/511 ضم له الملف 2006/1/1010 عبد العلي حفيظ، تدبير الأموال المكتسبة (م س)، ص 249 وما بعدها.

²- قرار عدد 479 بتاريخ 2007/9/26 في الملف الشرعي عدد 06/1/2/624، أحمد اليوسفي، الإثبات على ضوء العمل القضائي (م س)، ص: 89.

³- حفيظة توتة، الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية بين النص القانوني والعمل القضائي، مجلة المعيار 39 لسنة 2008، ص: 86.

وإذا اعتبر كل من العمل والمجهودات المبذولة من الزوجين من المعايير المنصوص عليها في المادة 49 من مدونة الأسرة، فإن هناك معايير أخرى يستند إليها القضاء في هذه المسألة منها مدة العلاقة الزوجية، ووجود حساب بنكي مشترك بين الزوجين.

ولما كان أكبر عائق يقف في وجه الزوج الذي يدعي أحقيته في نصيبه من العقار لقاء مساهمته في تملكه هو وثيقة الرسم العقاري، لما تتمتع به هذه الأخيرة من قوة إثباتية، فإنه يتوجب على المحاكم إعطاء مساحة أكبر للزوج المدعي ليثبت كده وسعايته في سبيل تنمية أموال الأسرة. لأن ثبوت الكد والسعاية بكيفية أدت إلى تكوين هذه الأموال يلغي القيمة الحجية لأي عقد شراء في اسم أحد الزوجين، مادام الشراء وقع أثناء الحياة الزوجية مع مراعاة معايير الاستحقاق في هذه الأموال.

إن محدودية الفقرة الأخيرة من المادة 49 من مدونة الأسرة في إنصاف الطرف المتضرر في العلاقة الزوجية، توجب على المشرع أن ينص صراحة على المقابل الذي تستحقه الزوجة نظير مساهمتها فيما تراكم من أموال الزوج خلال الحياة الزوجية، تجنباً لتضارب العمل القضائي في إعطاء تفسير واقعي لمقتضيات هذه الفقرة.

خاتمة :

يتبين من خلال تناول موضوع وسائل إثبات المساهمة في تنمية الأموال المكتسبة بين الزوجين في حالة عدم وجود عقد تديري، أن المشرع لم ينص صراحة على المقابل الذي تستحقه الزوجة نظير مساهمتها فيما تراكم من أموال الزوج خلال الحياة الزوجية، كما منح صلاحية التقرير في مصير هذه الأموال للقضاء الذي لم يتجرأ على إعطاء تفسير واقعي لمقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 49، مما يبرر بالتالي محدودية هذه الفقرة في إنصاف الطرف المتضرر في العلاقة الزوجية والذي غالباً ما يتمثل في الزوجة التي تصطدم في العديد من الحالات بمعضلة إثبات مساهمتها وسعيها في تكوين الثروة الأسرية.

وبناء على ما سبق تعين على المشرع مراجعة المادة 49 من مدونة الأسرة، وتحديد الفقرة الأخيرة منها، مع الأخذ بعين الاعتبار النقط التالية :

- وضع عمل الزوجة في إطار تشريعي واضح يستند إلى قيمته الاقتصادية، وإقرار مبدأ التعويض عن العمل المنزلي صراحة وتحديد نوع العمل المنزلي المعروض عنه وتمييزه عن العمل الذي يدخل ضمن واجبات الزوجة والزوج.
- إدراج مقتضيات الكد والسعاية في نص قانوني واضح، لتفادي التضارب في العمل القضائي الناتج عن الاختلاف في الفهم والتفسير.

❖ لائحة المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.
- المراجع العامة والخاصة :
- أبو بكر محمد بن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، مطبعة السنة المحمدية، ط 3، 1380 هـ.
- أسامة أحمد شوقي المليجي، القواعد الإجرائية للإثبات المدني وفقا لنصوص القانون وأحكام القضاء وآراء الفقه، دار النهضة العربية القاهرة، 2000.
- الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي، العمل السوسي في الميدان القضائي، مطبعة المعاريف الجديدة الرباط، ط 1، 1404 هـ / 1984 م.
- الملكي الحسين بن عبد السلام، من الحقوق المالية للمرأة، نظام الكد والسعاية، دار القلم الرباط، ط 2، 1431 هـ / 2010 م.
- المعطى الجيوجي، القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2002.
- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1970 م، ج 2.
- عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة، عمان، ط 1، 2005 م.
- عبد الرحمان بلعكيد، ميراث الزوجة في تركة زوجها، الشركة المغربية لموزع الكتاب، الدار البيضاء، ط 5، 2005.
- عبد السلام حادوش، إدماج المرأة في التنمية في محك السياسة الشرعية، مطبعة طوب بريس طنجة، ط 1، 2001.
- عبد الحميد أخريف، محاضرات في القانون القضائي الخاص، كلية الحقوق فاس، الموسم الجامعي 2001 / 2002.
- عبد العلي حفيظ، تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية، دار القلم الرباط، ط 2013/1.
- المقالات والندوات :
- زهور الحر، دور القضاء في تفعيل مقتضيات قانون الأسرة، مقال منشور في إطار الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، المعهد العالي للقضاء، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية رقم 5، شتنبر 2004

- زهور الحر، حق الزوجة في الاستفادة من الثروة بين السند الشرعي والرأي الفقهي والعمل القضائي مداخلة في ندوة خاصة بمدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، عدد 5 شتنبر 2004.
- يوسف وهابي، البيئة التقليدية لنظام الإثبات المدني وخيارات التحديث، مجلة الملف، المغربية، عدد 8 لسنة 2006.
- قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الوطنية الثانية خمسون سنة من العمل القضائي، مكناس 8-9 مارس 2007، مطبعة الأمنية الرباط 2007.
- محمد الشافعي، قراءة في المادة 49 من مدونة الأسرة بين النص والممارسة، مجلة المحامي، المغربية، ع 50 لسنة 2007.
- محمد الكشور، الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1، 2000.
- حفيظة توتة، الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية بين النص القانوني والعمل القضائي، مجلة المعيار ع 39 لسنة 2008.
- الرسائل والأطروحات :
- أحمد اليوسفي، الإثبات على ضوء العمل القضائي، رسالة لنيل الماستر، وحدة التكوين والبحث، جامعة محمد الأول كلية الحقوق وجلة، الموسم 2009/2008.
- أحمد أحيدار، عمل الزوجة داخل البيت في ضوء مدونة الأسرة والفقه الإسلامي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة البحث والتكوين في تشريعات الأسرة والهجرة، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجلة، السنة الجامعية 2009/2008.
- بشرى برودي، وسائل الإثبات في ميدان الأحوال الشخصية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، فاس، الموسم الجامعي 2009/2008.
- صالح أشطي الممارسة القضائية للمادة 49 من مدونة الأسرة المتعلقة باقتسام الأموال المكتسبة بين الزوجين، رسالة لنيل الماستر المتخصص في المهن القضائية والقانونية، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية، السويسي الموسم 2009-2010.
- نورة بوطاهر، العلاقات المالية بين الزوجين بين محدودية النص وتطور الواقع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية الحقوق، الموسم الجامعي، 2008/2007.

- محمد أقاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث: الأسرة والطفولة، كلية الحقوق جامعة محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2005م / 2006م

- محمد البعدوي، وضعية الزوجة في الأسرة والمجتمع - بني ورياغل نموذجاً-، أطروحة لنيل دكتوراه في الحقوق كلية الحقوق، أكادال الرباط، الموسم 2000/2001.

- مروة أبو زيد، تدبير الأموال المشتركة بين الزوجين، رسالة لنيل الماستر في القضاء والتوثيق، جامعة القرويين كلية الشريعة فاس، الموسم 2010 / 2011.

جريمة الاتجار بالأطفال واليات مكافحتها في المواثيق والاتفاقيات الدولية

The crime of child trafficking and mechanisms to combat it in international conventions and agreements



أحمد الفجي : باحث بسك الدكتوراه

جامعة سيدي محمد ابن عبد الله / كلية الشريعة بفاس

Ahmed fejji is a PhD researcher / University of

Sidi Mohamed Ibn Abdallah / Faculty of Sharia in Fez

الملخص :

تعد جريمة الاتجار بالبشر بصفة عامة وبالأطفال خاصة من أكثر الجرائم خطورة وهي تمثل ثالث تجارة مربحة بعد تجارة المخدرات والسلاح.

وقد عينت الكثير من الاتفاقيات والمواثيق الدولية بالتصدي لهذه الجريمة من خلال مكافحتها ومساعدة الضحايا وإعادة إدماجهم في المجتمع.

وسأحاول خلال هذا المقال تسليط الضوء على هذا الموضوع في مبحثين.

المبحث الأول : أشكال جريمة الاتجار بالأطفال.

المبحث الثاني : الجهود الدولية لمكافحة جريمة الاتجار بالأطفال.

• الكلمات المفتاحية : الاتجار بالأطفال، الاستغلال الاقتصادي، الحماية الدولية للطفل.

Abstract :

The crime of human trafficking in general, and of children in particular, is one of the most serious crimes, and it represents the third profitable trade after the drug and arms trade.

Many international conventions and charts set out to address this crime by combating it, assisting victims and reintegrating them into society

In this article, I will try to shed light on this topic in two sections:

The first topic: the forms of the crime of child trafficking

The second topic: International efforts to combat the crime of child trafficking.

- **Key words** : child trafficking, economic exploitation, international child protection.

مقدمة :

تعتبر الجريمة من الظواهر الاجتماعية التي عرفها المجتمع الإنساني منذ الأزمنة الغابرة، وتطورت خطورة هذه الجرائم مع بروز ظاهرة العولمة، بحيث ظهرت معها مجموعة من الظواهر الإجرامية المستحدثة، والتي يرتبط عدد كبير منها بعصابات الجريمة المنظمة¹، وإذا كانت الجريمة قد ابتدأت في مجال المال والاقتصاد والمخدرات، إلا أنها تجاوزت ذلك إلى أكثر بشاعة وهي جريمة الاتجار بالبشر وخاصة الأطفال، وتعتبر أحد الأنشطة الأكثر دخلا للمال بالنسبة للعصابات الإجرامية، وهي جريمة من الجرائم الأكثر إدانة من طرف المجتمع الدولي بوصفها جريمة متجددة تهدد المجتمعات الإنسانية، وتعيق من نموها وتطورها².

إذا فما هي أهم أشكال جريمة الاتجار بالأطفال، وما مدى ملائمة التشريع الوطني مع الاتفاقيات الدولية للحد ومكافحة هذه الظاهرة؟

المبحث الأول : أشكال جريمة الاتجار بالأطفال :

خلال هذا المبحث سأنتقل إلى أهم أشكال جريمة الاتجار بالأطفال، وذلك من خلال رصد في المطلب الأول استغلال الأطفال في العمل الجبري والاتجار في أعضائهم، والمطلب الثاني التطرق للآثار المترتبة عن جريمة الاتجار بالأطفال.

¹ بشرى سلمان حسين العبيدي: "الانتهاكات الجنائية الدولية لحقوق الطفل، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، السنة 2010، ص: 9.

² محمد يحيى مطر: "الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية"، الجزء الأول جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض، طبعة سنة 2010، ص: 3.

المطلب الأول : استغلال الأطفال في العمل الجبري والاتجار في أعضائهم :

إن الظروف الاجتماعية كالفقر التي تعيشها بعض العائلات في كل بقاع العالم، تجعل من أطفالها عرضة للاستغلال خاصة في العمل القسري أولاً، وقد يتجاوز ذلك إلى الاتجار بأعضائهم ثانياً، أو استخدامهم في السياحة الجنسية ثالثاً.

الفرع الأول : العمل القسري للأطفال :

تعرف منظمة العمل الدولية العمل الجبري على النحو التالي " كل أعمال وخدمات تغتصب من شخص تحت التهديد بأي عقوبة، ولم يتطوع هذا الشخص بأدائها بحض اختياره"¹.

وظاهرة استغلال الأطفال في العمل الجبري، أصبحت منتشرة في العديد من دول العالم وخاصة القارة الإفريقية، وآسيا، وأمريكا اللاتينية، وذلك عن طريق بيعهم من طرف عائلاتهم أو اختطافهم من طرف عصابات إجرامية، من أجل استغلالهم في بعض الأعمال الخطيرة، وتشير إحصائيات منظمة العمل الدولية إلى وجود حوالي ربع مليار طفل في العالم تتراوح أعمارهم بين 5 و 14 عاماً، يعملون في ظل ظروف خطيرة وفي أعمال شاقة².

وتشير بعض التقارير في الوطن العربي، عن حجم استغلال الأطفال العاملين قرابة 12 مليون طفل، يرتكزون بشكل رئيسي في كل من المغرب واليمن وتونس والجزائر ومصر والأردن وسوريا ولبنان³، رغم وجود قوانين واضحة ومحددة في كل من هذه البلدان تنص على تجريم تشغيل الأطفال، ممن هم دون السن القانوني للعمل، فنجد أن القوانين المغربية تحظر تشغيل الأطفال دون سن 15 واستغلالهم في بعض الأعمال الضارة⁴.

ويشير الصك الأساسي لمنظمة العمل الدولية، من اتفاقية إلغاء العمل الجبري أن " العمل الجبري لا يمكن استخدامه لأغراض التنمية الاقتصادية، أو كوسيلة للمشاركة في الإضرابات.

من خلال هذا أستنتج، أن هذه الاتفاقية تمنع كل أعمال، أو خدمات تفرض تحت التهديد بأي عقوبة ولا تنفذ طوعاً، ويمثل العمل الجبري أسوأ أشكال عمل الأطفال، كما هو معرف أيضاً في اتفاقية منظمة العمل الدولية، بشأن أسوأ عمل الأطفال رقم 182 والمشروع الأولي، بشأن إعلان حقوق الإنسان لدول مجلس التعاون الخليجي، بحيث تنص المادة 7 منه على أنه "يمنع الاسترقاق والاتجار بالرقيق والسخرة والعمل الإلزامي..."

ونظراً لاستفحال هذه الظاهرة، والمعاناة والألم التي تعاني منها الطفولة العاملة، وبعد فشل المنتظم الدولي في الحد منها، بدأ في السنوات الأخيرة تكثيف الجهود، ومنح سلطات واسعة للأجهزة المكلفة لمواجهة ظاهرة

¹ المادة 25 من اتفاقية منظمة العمل الدولية، رقم 129 لسنة 1999.

² منتصر سعيد حمودة: حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، السنة 2007، ص: 52.

³ عبد الرحمان ابن مسعود العسيري: تشغيل الأطفال والانحراف، مرجع سابق، ص: 3.

⁴ المواد 143-145-146-147 من الظهير الشريف رقم 1.03.194، بتنفيذ قانون رقم 99-56 في شتبر 2011 مدونة الشغل.

استغلال الأطفال في العمل الجبري، وأيضا بدأ القيام بأبحاث ودراسات لإيجاد الحلول الكفيلة لمواجهة هذه الظاهرة¹.

الفرع الثاني : الاتجار في أعضاء الأطفال :

تعتبر التجارة بالأعضاء البشرية، شكل من أشكال الاستغلال، والمنصوص عليها في بروتوكول الاتجار بالأشخاص، ويتم الاتجار بالأعضاء البشرية من خلال توفير الأعضاء البشرية على نحو غير مشروع لأشخاص يحتاجون إليها، ويستطيعون تحمل تكاليفها وتكون هذه الأعضاء من الأفراد الذين يعانون الفقر، أو من الذين لا يكونوا على بينة، مما تنطوي عليه هذه العملية أو عواقبها، وحتى الثمن الذي تباع به الأعضاء للمتلقي، هو أعلى بكثير من الثمن الذي يدفع إلى ما يسمى المانح أو المتبرع، هذا إذا كان دفع له أي مبلغ أصلا².

وتقوم العديد من المنظمات بتسخير كافة إمكانياتها العلمية والعملية في الاتجار بالأعضاء البشرية في سبيل ممارسة نشاطها، والحصول على أكبر قدر ممكن من الأموال الطائلة، وذلك من خلال اختطاف الأطفال وبيع أعضائهم، وتنشيط شبكة الاتجار بالأعضاء البشرية في بعض الدول التي تكثر فيها الحروب والكوارث الطبيعية، فهذه الأخيرة أي الكوارث من الأشكال الطبيعية التي تشكل تهديدا صريحا للاتجار بالأطفال، كما أن عملية اختطاف الأطفال في ظل هذه الأوضاع، تشكل نقطة الانطلاق نحو بيعهم لجهات أخرى تقوم في غالب الأحيان، بالاتجار بأعضائهم على وجه الخصوص.

فشبكات الاختطاف تنشط في حالات الكوارث الطبيعية لتنفيذ مخططاتها ومؤامراتها، وتستغل وضعية الأطفال المفتقرين لأدنى شروط الحياة العادية، إذ يكون الأطفال مجردين من كل ضروب الحماية حتى العائلية منها، فالأخطار المحدقة بهؤلاء الأطفال ضحايا الكوارث الطبيعية كثيرة بحيث يصعب حصرها، ولا أدل على ذلك ما وقع بهائتي، بعد الزلزال المدمر الذي ضرب البلاد، بحيث نشطت عملية تهريب أطفال هايتي إلى خارج البلاد، لأسباب مختلفة وقد استغلت شبكات خطف الأطفال الوضع المنفلت في هايتي لتمارس نشاطها الإجرامي، ومن أبرز الشبكات المعروفة في خطف الأطفال والاتجار في أعضائهم نجد شبكة تطلق على نفسها اسم " جمعية حياة جديدة للأطفال ومقرها ولاية ايدرو الأمريكية"³.

¹Les swepston « le travail des enfants » sa régalément dans les norms de L'oit et les légations national. Revu international du travail vol-121 N° 5 septembre-octobre 1982 P 616.

²مكافحة الاتجار بالأشخاص وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية، مكتب الأمم المتحدة، المعني بالمخدرات والجريمة، السنة 2010، نيويورك، ص: 26.
³وبعد خطر الاستغلال الجنسي للأطفال ضحايا الكوارث الطبيعية، من أكثر الانتهاكات التي تتعرض لها حقوق الطفل عبر العالم ، خاصة في جنوب شرق آسيا، إذ تتمركز أكبر التنظيمات الإجرامية المختصة في اختطاف الأطفال وتسخيرهم لأغراض جنسية أو الاتجار في أعضائهم، وحيث تتوفر ظروف ملائمة كارتفاع الكثافة السكانية التي تتجاوز نسبة الأطفال حوالي 39 في المائة، إضافة إلى سهولة عبور الحدود ويزيد من تفاقم هذه الوضعية الكوارث الطبيعية، فحسب تقارير لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة، وجمعيات حقوق الطفل، هناك تجارة رائجة في الأطفال بمناطق آسيا وبعض دول أمريكا اللاتينية، راجع في هذا الصدد عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، اتفاقية حقوق الطفل، خطوة إلى الأمام أم إلى الوراء، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، عدد 3، شتنبر 1993، ص: 151.

كما أن هناك دول كاسيا وأمريكا اللاتينية، تتبوأ مركز الصدارة في اختطاف الأطفال والاتجار في أعضائهم، وهو ما نبهت إليه إحدى المنظمات الاندونيسية، ونجد أن الاتجار الغير المشروع بأعضاء الطفل تسيطر عليها المنظمات الإجرامية، وقد أشار أحد المختصين في مجال الطب الشرعي إلى أنه لأعضاء الجريمة المنظمة هياكل إجرامية معقدة لاختطاف الأطفال والبالغين، واستخدام أعضائهم للزرع وإجراء التجارب الطبية، فزرع الأعضاء البشرية هو أرباح عمل غير مشروع في روسيا¹.

ومن بين العوامل المؤدية كذلك إلى زيادة ظاهرة الاتجار بالأطفال، هو الطلب المتزايد على تأمين قطع الغيار البشرية²، حيث يتهافت عليه أثرياء العالم، إذ يوجد سوق سوداء على المستوى الدولي للأعضاء البشرية والتي يتزايد نشاطها يوماً بعد يوم³، كما نجد أن استئصال بعض الأعضاء يتطلب قتل الطفل للحصول عليها، لذلك لا يتورع المهتمون عن الإقدام على تصفية الطفل ليحصلوا على المبتغى⁴.

وبالموازاة مع هذا، نجد بعض التشريعات واكبت التطور الحاصل في مجال زراعة ونقل الأعضاء البشرية، ومن بينها التشريع العراقي من خلال قانون زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986، والذي حظر الاتجار بالأعضاء البشرية، إذ أنه يمنع شراء الأعضاء بأي وسيلة ويمنع الطبيب الاختصاصي من إجراء العملية عند العلم بذلك، وفرض المشرع العراقي عقوبات قاسية على كل من خالف ذلك⁵.

أما على الصعيد الوطني، فلا توجد إحصائيات وأرقام دقيقة يمكن أن نلمس من خلالها حجم الظاهرة، وبالتالي فجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية تعتبر ظاهرة ضبابية⁶، كونها تجرى في الغالب بالخفاء وتصبح مراقبتها وضبطها، ونادراً ما يلمس الضحايا النصح والمشورة لأسباب مختلفة، منها الخجل أو الخشية أن تلحق بهم وصمة سيئة، إضافة إلى أن الأدلة الإثباتية التي يمكن استخدامها في عمليات التحقيق والملاحقة القضائية ضئيلة جداً، فالمنع هو مفتاح التصدي لهذه الظاهرة⁷.

¹ كوركيس يوسف: الجريمة المنظمة، رسالة دكتوراه، الدار العلمية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الأولى سنة 2001 ص: 76.

² خالد بن سليم الحربي: ضحايا التهريب البشري من الأطفال، أطروحة دكتوراه، الفلسفة في العلوم الأمنية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، طبعة 2011، ص: 3.

³ رجاء ناجي المكاوي: نقل وزرع الأعضاء أو الاستخدام الطبي لأعضاء الإنسان وجثته، بين القانون المغربي والمقارن والشريعة الإسلامية، المركز الوطني لتنسيق وتخطيط البحث العلمي والتقني الرباط، طبعة سنة 2002، ص: 198.

⁴ المواد 3 و4 من القانون العراقي، المتعلق بزرع الأعضاء البشرية، رقم 82 لسنة 1982.

⁵ رجاء ناجي المكاوي: نقل وزرع الأعضاء أو الاستخدام الطبي لأعضاء الإنسان وجثته، بين القانون المغربي والقانون المقارن والشريعة الإسلامية، مرجع سابق ص: 205.

⁶ محمد يحي مطر: الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالأشخاص وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص: 26.

⁷ وقد اعتبر المجلس الأوروبي في عام 2003، أن الاتجار بالأعضاء البشرية والأنسجة من صور الاتجار بالبشر، وذلك عائد إلى أنه يمثل انتهاكاً أساسياً لحقوق الإنسان، وأعلنت منظمة اليونيسيف عام 2005، بان حجم مبيعات تجارة الأعضاء في العالم، يبلغ 15 مليار دولار سنوياً وتصل خطورة هذه الظاهرة إلى سرقة الأعضاء البشرية من بعض المستشفيات في غياب الرقابة الصحية، وقد تكون برضا البعض وبمبالغ زهيدة.

الفرع الثالث : استغلال الطفل جنسيا لغرض السياحة.

ظهرت هذه الجريمة مع بداية الثمانينات من القرن الماضي، حيث توسع نطاقها ليمتد إلى معظم دول العالم تقريبا، إذ أن هناك الملايين من الأطفال مشغولون في السياحة الجنسية، من بينهم ما يزيد عن مليوني طفل تتراوح أعمارهم ما بين الخامسة والسادسة، و أنشأت هذه السياحة الجنسية عمدا، غرضها الأساسي تسهيل العلاقات الجنسية من أجل أغراض اقتصادية¹ فيشتغل فيها الأطفال، و يسخرون لأغراض جنسية سواء من فئة الذكور أو الإناث.

وهناك تقارير تابعة للجنة حقوق الإنسان، وخاصة للأمم المتحدة تشير إلى أن عدد الأطفال الذين يمارسون السياحة الجنسية في دولة البرازيل تقدر ب حوالي 600 ألف طفل²، كما يشير تقرير هيئة الإذاعة البريطانية، بأن منظمة إنهاء بغاء الأطفال في السياحة الآسيوية، وهي منظمة غير حكومية أكدت أن بلدان مثل الفيتنام وكمبوديا كانت مغلقة تقريبا، أمام تدفق السياح الأجانب، وأصبحت الآن من الدول المروجة لهذا النوع من الجرائم، حيث ارتفع عدد السواح خلال الفترة الأخيرة، خصوصا من بلدان مثل كوريا الجنوبية واليابان، حيث وجهت أصابع الاتهام إلى الشرطة في كل من تايلاند وكمبوديا، بقبول رشاوى من المتاجرين بأجساد الأطفال من قبل السياح الأجانب³.

ويجد السائح في دولة كوستاريكا ضالته، حيث يريد ممارسة البغاء مع الأطفال، حيث بمجرد الدخول لهذا البلد تروج تجارة الجنس مع الأطفال، حيث توفر ممارسة جنسية سهلة ورخيصة فيدفع رب الأسرة الفقيرة زوجته أو بناته بالغات أم قاصرات عن طريق الوسيط الذي تتوفر لديه الخبرة الطويلة في تسهيل البغاء المنظم، تحت إشراف منظمات حكومية تقوم بتحصيل الضرائب عن تلك التجارة من الوسيط بصفة منتظمة، ويحرم من ممارسة الوساطة إذا لم ينتظم في توريد الضريبة عن بغيائه اللاتي يستثمر بغيائهن⁴.

ونتيجة لاستفحال ظاهرة سياحة الجنس، سارعت العديد من الدول لعقد اتفاقيات دولية لمكافحة هذه الظاهرة، فانعقد المؤتمر العالمي الخاص بمكافحة الاستغلال الجنسي التجاري في العاصمة السويدية عام 1996، وتبعه مؤتمر يوكوهاما في اليابان عام 2001⁵، بهدف جلب الانتباه الدولي لهذا الموضوع والسعي للقضاء على هذه الظاهرة، أو التخفيف منها على الأقل.

¹ بشرى سلمان حسن العبيدي: الانتهاكات الجنائية الدولية لحقوق الطفل، مرجع سابق ص: 309.

² فاطمة شحاتة أحمد زيدان: مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، السنة 2007، مرجع سابق، ص: 385.

³ ماهر جميل أبو خوات: الحماية الدولية لحقوق الطفل، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة مصر، السنة 2005، ص: 192.

⁴ عادل عبادي علي الجواد: الحماية الجنائية للطفل، "دراسة تطبيقية مقارنة على استغلال الأطفال في البغاء" رسالة دكتوراه في علوم الشرطة، أكاديمية الشرطة، مصر، نوفمبر 2002، ص: 84.

⁵ يوسف حسن يوسف: جريمة استغلال الأطفال وحمايتهم في القانون الدولي، والشريعة الإسلامية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة.

مصر، الطبعة الأولى، السنة 2013، ص: 149.

وبهدف الحد من جرائم سباحة الأطفال الجنسية، اتخذت مجموعة من الدول تدابير خاصة لملاحقتها، حيث تبنت اثنتان وثلاثون دولة قوانين خارجة عن نطاق التشريع الوطني تسمح بملاحقة مواطنيها على جرائم ترتكب في الخارج، بصرف النظر عن إن كان فعل الشخص يعد في الدولة التي حدث فيها¹، فتم إلقاء القبض سنة 1993 على سائح سويدي من المولعين جنسيا بالأطفال في تايلاند في قضية استغلال طفل في البغاء، وتمت مصادرة جواز سفره من قبل السلطات التايلندية، إلا أنه استطاع الحصول على جواز سفر جديد وقام بدفع غرامة وسافر هاربا إلى بلده إلا أنه في عام 1995، ونتيجة للتعاون بين السلطات التايلندية والسويدية، تم إدانة هذا الشخص بتهمة الاستغلال الجنسي للأطفال بموجب القانون الجنائي السويدي العابر للحدود، وفي عام 2001 تم إدانة بريطاني والحكم عليه ب 8 سنوات سجن بتهمة تحرشه بفتيات في سن السابعة أثناء رحلة عمل إلى كمبوديا، فصدر هذا الحكم من محكمة بريطانية، ويعد سابقة في تجاوز الأحكام القضائية البريطانية خارج حدودها².

وفي نفس النهج اتخذت العديد من الدول خطوات جديدة بالتشجيع والثناء لمكافحة سباحة جنس الأطفال، فعلى سبيل المثال خصصت شركة الطيران الفرنسية جزءا من مبيعاتها داخل الطائرة لصندوق خاص ببرامج تهدف إلى التوعية بسباحة جنس الأطفال، ونظمت دولة البرازيل حملات توعية وطنية ودولية خاصة بسباحة الجنس، وتلزم إيطاليا المرشدين السياحيين بشرح وتفصيل قوانينها التي تسمح بمعاينة مرتكبي جرائم سباحة جنس الأطفال، ووقع المرشدون في دولة السويد على نظام انضباط من شأنه تثقيف الموظفين بشأن سباحة جنس الأطفال، واستحدثت دولة كمبوديا فرق شرطية خاصة، مهمتها التركيز على مكافحة جنس الأطفال، وتلاحق اليابان مواطنيها الذين يضبطون وهم يمارسون الجنس مع الأطفال في دولة أخرى³.

ويجب على كل دول العالم أن تتخذ نفس التدابير الكفيلة بمحاربة سباحة جنس الأطفال والقبض على المجرمين، سواء كانوا فاعلين أصليون أو وسطاء، أو وكالات سياحية أو من يسهل ويرغب في هذه الجريمة الماسة بكرامة وشرف الطفل، وإقرار عقوبات رادعة في حقهم وتعقبهم أينما وجدوا.

المطلب الثاني : الآثار المترتبة عن جريمة الاتجار بالأطفال.

الفرع الأول : الآثار الجسمية والصحية.

يتعرض الأطفال المتاجر بهم عند استغلالهم لأغراض جنسية، للعنف الجسدي من قبل الأشخاص الذين يستغلونهم سواء الوسائط أو الزبائن، ويتخذ هذا العنف أساليب متعددة وحشية وقاسية، فهناك الضرب والصفع أو الاغتصاب أو السرقة أو إحراقهم بأعقاب السجائر أو الطعن أو التهديد بالسلاح أو التعذيب، وكل ذلك يترك تشوهات وإعاقات واختلالات فيزيولوجية، وقد تتسبب أحيانا أخرى في وفاة الطفل خاصة الذي تستأصل أعضاؤه، وتباع لمن يدفع الثمن. فضلا على أن الإيذاء الجنسي، يعرض القاصر إلى أزمات جسدية كانتقال الأمراض الجنسية

¹ يوسف حسن يوسف: جريمة استغلال الأطفال وحمايتهم في القانون الدولي، والشريعة الإسلامية، مرجع نفسه، نفس الصفحة.

² بشري سلمان حسين العبيدي: الانتهاكات الجنائية الدولية لحقوق الطفل، مرجع سابق، ص: 312.

³ يوسف حسن يوسف: جريمة استغلال الأطفال وحمايتهم في القانون الدولي، والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص: 150.

المعدية¹، حيث أشارت نتائج الفحوصات التي أجريت على الفتيات النيجيريات اللواتي تم تسفيرهن من إيطاليا سنة 2001، إلى أن أكثر من 50 في المائة منهن مصابات بمرض نقص المناعة المكتسبة الايدز، كذلك كشفت تقارير إحدى المنظمات الكمبودية غير الحكومية أن أكثر من 70 في المائة من الفتيات اللواتي تم إنقاذهن من بيوت البغاء كن مصابات بهذا الفيروس.

كما ينتج عن هذه الأمراض المزمنة والفتاكة أمراض أخرى، مثل مرض السارس والفيروسات التي تصيب الكبد وانتشار آفة المخدرات.

وتبين العديد من الأبحاث والدراسات، أنه من بين الآثار النفسية الخطيرة التي يعانيتها هؤلاء الأطفال المتاجر بهم هو الشعور الدائم بالخجل والذنب، وقد يصاب العديد منهم بجنون الاضطهاد الذي يدفعهم إلى التفكير في الانتحار أو الانتقام من كل الدين اضطهدوهم بالقتل، أو الإيذاء الجسدي، مما يحولهم إلى مجرمين أكثر ضراوة، بينما يعاني الآخرون من الوهم لاعتقادهم بأنه تمت خيانتهم من قبل أشخاص يثقون بهم، بينما يغرق الكثير من الأطفال في الكوابيس والأرق وفقدان الأمل، والاكئاب وهي مشابهة للمشاعر النفسية عند من يتعرضون للتعذيب والإكراه، والأدهى من ذلك حينما يتحول الطفل الضحية إلى مدمن على المخدرات والكحول²، لاعتقاده بأنه صار عضوا فاسدا وغير مرغوب فيه.

وقد يؤدي هذا بالطفل في النهاية إلى العزلة عن المجتمع والرغبة في الانتقام من محيطه الذي أوصله إلى هذه النهاية المتردية، أو تحويلهم نتيجة الضغوط النفسية إلى مجرمين ومدمنين على المخدرات، مما يفقده الأمل في العودة كفرد صالح في المجتمع.

الفرع الثاني : الآثار الاقتصادية.

يمثل العنصر البشري أحد الدعامات الأساسية للاقتصاد في كل دول العالم، حيث تحرص الدول المتقدمة على تنمية هذا العنصر بكافة السبل والوسائل، بدءا من التنشئة السليمة وانتهاء بالتأهيل والتدريب، ويشهد التاريخ بأنه قد تم تسخير الرقيق للعمل والإنتاج وتنمية الرأسمال قديما، مما أعطى الفرصة للطبقة الحرة للتفرغ التام لتلبية وإشباع مطالب النفس والعقل والجسد، والتي لا ينكر أحد أثرها في نشأة الحضارات القديمة، باعتبارها من الآثار الاقتصادية³.

ومن أهم الآثار الاقتصادية الناتجة عن ظاهرة الاتجار بالأطفال نورد ما يلي :

— خفض معدلات النمو الاقتصادي في المجتمع.

¹Unicef combattre la traite des enfants. Guide de l'usage des parlementaires. N09. 2005. P 16.

²الزغاليل احمد سليمان: الظواهر الإجرامية المستحدثة وسبل مواجهتها، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1999، ص: 31.

³ توفيق صحراوي: جريمة الاتجار بالبشر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر- سعيدة- كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق الجرائم، السنة الجامعية 2018-2019، ص: 60.

- تحول النظرة إلى الجريمة المنظمة باعتبارها ظاهرة دولية، نتيجة لانتساع السوق العالمية لتجارة النساء والأطفال.
- انتشار الأمراض السرية بين أبناء المجتمع، خاصة فئة الشباب بما ينعكس على قدرتهم الإنتاجية، وإسهاماتهم في التنمية.
- زيادة الأعباء التي تتحملها الدولة في توفير الرعاية الطبية والاجتماعية للأشخاص ضحايا الاتجار بالأطفال.
- تشويه هيكل العمالة، إذ أن الاتجار بالأطفال يؤدي إلى تشويه هيكل العمالة، وتدمير البنية البشرية الأساسية لكافة المجتمعات التي تعاني من هذه الظاهرة.
- تشويه هيكل الدخل والتضخم، حيث أنه في بعض الأحيان تؤدي التحويلات المتحصلة من جرائم الاتجار بالأطفال إلى انتعاش في الاقتصاد الداخلي، إلا أنه في غالب الأحيان انتعاش غير حقيقي، ويترتب على ذلك آثار اقتصادية خطيرة تمكن الأفراد الذين حصلوا عليها من الانتقال من فئة دخل اقل إلى دخل أعلى غالباً ما تكون فئة استهلاكية من الدرجة الأولى¹، الأمر الذي يدفع البعض إلى قبول العمل في بعض الوظائف الدنيا.
- التأثير السلبي على ميزان المدفوعات، حيث تعاني معظم الدول النامية من عدم مرونة جهازها الإنتاجي، وعدم قدرته على استيعاب الزيادة في الطلب على المواد الاستهلاكية والإنتاجية على السواء، فتحويلات العمالة المهاجرة من النقد الأجنبي إلى دولها الأصلية وان كان يساعدها على التغلب على الاختناقات في عرض العملات الأجنبية يصعب اعتبارها مصدراً للاستثمار يعتمد عليه، بل أن هذه التحويلات تساهم في معدلات التضخم².
- تشويه الوعاء الضريبي يعد من أهم الآثار التي تترتب على انتشار ظاهرة جريمة الاتجار بالأطفال، حيث يحصل بعض الأفراد على مداخيل دون دفع أي ضرائب عنها، الأمر الذي يشكل إخلال بقاعدة العدالة الضريبية، وهذا يؤدي إلى إحداث عجز كبير في الموازنة العامة للدولة³.

الفرع الثالث : الآثار الاجتماعية :

من أهم العوامل الاجتماعية التي ساهمت في انتشار ظاهرة الاتجار بالأطفال، نجد تزايد حالات الصراعات والنزاعات والشقاق بين الأمهات والآباء، والانفصال بين الزوجين، الأمر الذي يؤدي إلى تشرد الأطفال

¹ وجدان سليمان ارتيمه: الأحكام العامة لجرائم الاتجار بالبشر، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، السنة 2014، ص: 139.

² توفيق صحراوي: جريمة الاتجار بالبشر، مرجع سابق، ص: 63.

³ الكبتي أمنة جمعة: جرائم الاتجار بالبشر، المفهوم والأسباب وسبل المواجهة، الشارقة، مركز الإمارات للدراسات والإعلام، السنة 2008، ص: 39.

وضياع مستقبلهم، مما يجعلهم فريسة سهلة للعصابات الإجرامية، كما أن تيتم الأطفال وعدم وجود من يقوم برعايتهم وإعالتهم وضعف فرص التعليم.¹

كلها أسباب تدفع بالأطفال إلى مستنقع الجريمة واستغلال ضعفهم وحاجتهم من قبل العصابات الإجرامية لاستغلالهم كسلعة تباع وتشتري، إضافة إلى اختلال القيم الاجتماعية نتيجة لإهدار المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان، حيث ينتشر الجنس التجاري أو تجارة الجنس وزيادة معدلات الولادة غير الشرعية، وانتشار ظواهر اجتماعية غير مرغوبة بين النساء والأطفال مثل التسول، بالإضافة إلى تباين السلوك الاجتماعي والأخلاقي، خاصة بين الناشئة في ضوء المتغيرات الجديدة، وتجليات العولمة، حيث يصادف طفلا من خمسة أطفال أثناء البحث على شبكة الانترنت رسائل من مجهولين تغريه بعروض جنسية²، إضافة إلى الميل للعنف والسلوك الإجرامي، وربما ارتكاب الجرائم المباشرة كرد فعل اتجاه المجتمع أو تصفية للحسابات وتقسيما للعوائد من التجارة.³

المبحث الثاني : الجهود الدولية لمكافحة جريمة الاتجار بالأطفال :

تعد جريمة الاتجار بالبشر من أكثر الجرائم إدانة في العالم، فبعد التزايد الرهيب لهذه الجريمة وما كان على المجتمع الدولي إلا التحرك لمواجهتها، ويتمثل دوره من خلال إبرام الدول لاتفاقيات وبروتوكولات واستراتيجيات، كما تتجسد في الجهود المبذولة من طرف المنظمات الدولية⁴، وهذا ما سأحاول التطرق إليه خلال الفقرة الأولى والثانية.

المطلب الأول : الاتفاقيات والمواثيق العالمية التي تحظر الاتجار بالأطفال :

خلال هاته الفقرة، سأتطرق للاتفاقيات الدولية العامة في مجال مكافحة جريمة الاتجار بالأطفال أولا، والاتفاقيات الإقليمية ثانيا، والصكوك الدولية ذات الصلة بالاتجار بالأطفال ثالثا.

الفرع الأول : الاتفاقيات الدولية العامة في مجال مكافحة جريمة الاتجار بالأطفال :

عملت عصبة الأمم المتحدة إلى تجريم خطف الأطفال أو الاتجار بهم، بل أنها جرمت ذلك بشكل عام، بحيث تحمي كل البشر من هذا العدوان غير الإنساني، وخاصة الاتفاقية الخاصة بمنع الرق والاستعباد⁵، وتعتبر من بين

¹ محمد فضل عبد العزيز المراد : موقف الشريعة الإسلامية من الاتجار بالنساء والأطفال ونقل الأعضاء البشرية، بحث منشور ضمن كتاب الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، الرياض، السنة 2010 ص: 439.

² أكدت جمعية رعاية الأطفال الدولية تشايلد، التي تعمل على جعل شبكة الانترنت مكانا آمنا للأطفال، لان عدد الأطفال الذين تعرضوا للاعتداءات الجنسية عبر الانترنت خلال الأعوام الماضية، يندرج بخطر جسيما يهدد الطفولة، لذلك لجأت ثلاثون دولة إلى إبرام أول اتفاقية دولية لمكافحة جرائم الانترنت، كما أغلقت شركة ميكروسوفت غرفا، أو مواقع الدردشة المجانية في 73 دولة، بسبب انتشار تجارة الجنس وتزايد الهجمات الإباحية بالبريد الإلكتروني، والتي وصلت عدد صفحاتها إلى 563 مليون صفحة.

³ أشرف الدعدع: مرتكزات الوقاية من جرائم الاتجار بالبشر بدولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة للنشر، مصر، السنة 2012، ص: 149.

⁴ علاء الدين بريوة: البعد الدولي لمكافحة جريمة الاتجار بالبشر، مداخلة بالملتقى الدولي حول جريمة الاتجار بالبشر، الأشكال الجديدة والتحديات الراهنة، غير منشور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر أيام 19 و 18 ابريل 2018 ص: 04.

⁵ المادة 2 و 3 من الاتفاقية الخاصة بالرق، لسنة 1936.

الاتفاقيات القديمة التي جاءت لتجريم الاتجار بالأشخاص، وتعهدت الدول الأطراف في هذه الاتفاقية على منع الاتجار في الرقيق والمعاقبة عليه.

وقد سعى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، إلى منع الرق والعبودية والاتجار فيها بأي صورة من الصور¹، ومنعت الاتفاقية الخاصة لحضر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير² مثل بيع أو مبادلة الطفل التي تتم عن طريق والديه أو احدهما أو الوصي القانوني، ومع إعلان اتفاقية حقوق الطفل سنة 1989، والتي اهتمت بشكل خاص بحماية الأطفال من جميع ضروب الاستغلال³، التي يمكن أن يتعرضوا لها خاصة الاتجار بهم، إذ نجد المادة 35 تحظر من اختطاف الأطفال وبيعهم أو الاتجار فيهم لأي غرض وبأي شكل من الأشكال، ودعت الدول الأطراف إلى اتخاذ كافة التدابير الوطنية والإقليمية والدولية لمنع ذلك.

كما حاولت الجمعية العامة تدارك الخلل من خلال إصدار البرتوكول لسد الخلل الذي شاب بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء والمواد الإباحية، المادة 2، والحث على التعاون الدولي لمواجهة هذه الجرائم ومعاقبة المخالفين. في حين نجد البرتوكول الخاص بمنع ومعاقبة الاتجار بالأطفال والنساء لسنة 2000، يهدف للقضاء على ظاهرة الاتجار بالأطفال وبيعهم بأية صورة من الصور، ويتضمن هذا البرتوكول تحقيقاً لهذا الغرض بتدابير منع ومعاقبة المجرمين، وحماية الضحايا⁴، وتعزيز التعاون بين الدول الأطراف، وقد وضع البرتوكول الاتجار بالأشخاص من خلال تحديد الأشكال و الوسائل المتعارف عليها⁵، وبالتالي فهو يوسع مساحة الحماية من كافة صور الاتجار بالأشخاص خاصة الأطفال.

الفرع الثاني : الاتفاقيات الإقليمية :

في إطار مكافحة جريمة الاتجار بالأطفال، عملت العديد من الدول إلى الانخراط في مواجهة هذه الجريمة من خلال إصدار اتفاقيات إقليمية للتأكيد على ضرورة التعاون الدولي للحد من هذه الجرائم، ففي أوروبا تم إصدار اتفاقية المجلس الأوروبي لمكافحة الاتجار بالأطفال لسنة 2005، حيث نجد هذه الاتفاقية تبنت نفس

¹ المادة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي اعتمدهت الجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة 1948.

² الاتفاقية الخاصة لحضر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار 317 في 12-2-1949 ودخل حيز التنفيذ في 25-7-1951.

³ المواد 32-33-36 من اتفاقية حقوق الطفل.

⁴ المواد من 3 إلى 10 من البرتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية لسنة 2000.

⁵ المواد 6-7-1 من برتوكول حماية ومعاقبة الاتجار في الأشخاص وخاصة النساء والأطفال الملحق باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية الذي اعتمدهت الجمعية العامة في قرار عدد 54-263 الصادر في 25-5-2000.

التعريف الوارد في البروتوكول المذكور¹، ويتفق موقف اتفاقية المجلس الأوروبي لمكافحة الاتجار بالأطفال لسنة 2005 مع بروتوكول باليرمو لسنة 2000 ، فيما يتعلق بعدم الاعتداء بموافقة ضحية الاتجار والأمر نفسه بالنسبة لاتخاذ الموقف المتشدد من المتجرين إذا كان الضحية طفلا، وتؤكد اتفاقية المجلس الأوروبي على ضرورة منح حماية خاصة للأطفال الشهود وخاصة أثناء إجراءات المحاكمة.²

وعلى الصعيد الإفريقي، حاولت الدول الإفريقية تكثيف جهودها لمواجهة ظاهرة الاتجار بالأطفال، وتوج ذلك بإعلان الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهية الطفل لسنة 1990، الذي جاء بمستجدات هامة لحماية الأطفال من كافة أنواع الاستغلال، كالإستغلال في العمل القسري والنزاعات المسلحة والاتجار في الأطفال بغرض التبني غير المشروع واستغلالهم في الممارسات الجنسية والعروض الإباحية، واستخدامهم في إنتاج والاتجار في المخدرات³، وقد نصت المادة 29 من الميثاق الإفريقي على الدول الأطراف اتخاذ كافة الإجراءات المناسبة لمنع خطف أو الاتجار بالأطفال، لأي غرض أو في أي شكل من أشكال الاستغلال.

وفي هذا الإطار تم إصدار مجموعة من القوانين العربية لمنع هذه الجريمة، وخاصة القانون العربي النموذجي لمواجهة جرائم الاتجار بالأطفال، حيث وردت فيه مجموعة من النصوص المجرمة لهذا الفعل، ويحمل نفس التعريف الذي ورد في البروتوكول المتعلق بمنع ومعاينة الاتجار بالأطفال الملحق باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية لسنة 2000 ، وشدد هذا القانون العقوبة في حالة إذا ما ارتكبت من طرف جماعات إجرامية في حق الأطفال بغض النظر عن ظروفها⁴، كما أن هذا القانون النموذجي يعاقب كل متدخل في الجريمة وكذلك المشروع فيها.⁵ و يعفي من عقاب الجناة الذين يقومون بالتبليغ عن الجريمة، وذلك لتشجيع الجناة للعدول عن استغلال الأطفال وارتكاب جرائمهم⁶، كما قامت دول مجلس التعاون بإصدار مشروع نظام القانون الموحد لمكافحة الاتجار بالبشر.⁷

¹ المادة 4 فقرة الأولى من اتفاقية المجلس الأوروبي للعمل ضد الاتجار بالأشخاص لسنة 2005، التي تنص على انه يقصد بتعبير الاتجار بالأشخاص " تجنيد أشخاص أو نقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها، أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية، أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال، ويشمل الاستغلال كحد ادني، استغلال بغاء الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الخدمة قسرا، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء..." إلا انه تجد الإشارة إلى كون هذه الجرائم وردت ضمن نطاق محدود وبالتالي يمكن لأي نظام قانوني أن ينص على أشكال أخرى من الاتجار بالأشخاص.

² المواد 2-3/2-4-4-30 من نفس الاتفاقية.

³ المواد 15-24-27-28 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان ورفاهية الطفل لسنة 1990، والذي بدأ العمل به في 9 نونبر 1999، الصادر عن منظمة الوحدة الإفريقية، وتبنته الجمعية العمومية لرؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الإفريقية.

⁴ محمد يحي مطر: الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 522 و523.

⁵ المادة 8 من القانون النموذجي لمواجهة جرائم الاتجار بالأشخاص.

⁶ محمد يحي مطر: الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر، مرجع سابق، ص: 526.

⁷ مشروع النظام القانون الموحد لمكافحة الاتجار بالأشخاص لدول مجلس التعاون، الذي اعتمده لجنة الخبراء المختصين في اجتماعاتها المنعقدة في مقر الأمانة العامة بالرياض في 19-21 مارس 2006.

الفرع الثالث : الصكوك الدولية ذات الصلة بالاتجار بالأطفال :

تعد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية¹، والبروتوكولات الثلاثة الملحق بها وقد دخلت الاتفاقية وبروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وخاصة النساء والأطفال حيز التنفيذ في شتنبر 2003، وطالبت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 57-137 المؤرخ في 22 دجنبر 2003²، الدول الأعضاء المجتمع الدولي تيسير، ودعم التعاون الدولي لمنع ومكافحة الاتجار بالبشر، ومعالجة ضحايا هذا الاتجار.³

ومن خلال استقراء مجموعة من الوثائق الدولية السابقة المتعلقة بقواعد وتدابير مكافحة جريمة استغلال الأطفال وخاصة الأطفال، يتضح أنه لا توجد وثيقة موحدة تتناول جميع جوانب الاتجار بالأشخاص، الأمر الذي دعا المجتمع الدولي إلى إبرام هاته الوثيقة المسماة بالبروتوكول الأول لمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأطفال، وهو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية⁴، وهي مكونة من 20 مادة، حيث تنظم العلاقة بينه وبين اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية، ومكملة للاتفاقية المذكورة ويطبق أحكامها على هذا البروتوكول.⁵

ويتضمن البروتوكول العديد من التدابير التي من شأنها تحقيق الغرض من إصداره، نوردتها كما يلي :

- منع الاتجار بالأطفال،
- منع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص،
- مساعدة ضحايا الاتجار بالأشخاص وحمايتهم،
- تبادل المعلومات وتوفير التدريب،
- اتخاذ التدابير الحدودية.

¹ يعتبر التعاون الدولي من أهم المقصيات التي جاءت بها هذه الاتفاقية التي عالجت كافة صور الجريمة المنظمة عبر الوطنية، ويمكن تطبيق أحكامها على مختلف الجرائم المنظمة عبر الوطنية، بما في ذلك جريمة الاتجار بالبشر، خصوصا فيما يتعلق بتسليم المجرمين، تعاون الأجهزة الأمنية على المستوى الدولي، وسائل التحري الخاصة، للمزيد .

² دليل مناقشة جدول أعمال مؤتمر الأمم المتحدة الحادي عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، المقرر عقده في بانكوك- تايلاند في الفترة من 18-27 ابريل 2005، وثائق الجمعية العامة للأمم المتحدة. CONF.2003-A-الوثيقة رقم PM . ص: 7-8

³ محمد فتحي عيد:عصابات الإجرام المنظم، ودورها في الاتجار بالأشخاص، الجزء الأول، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض،. السنة 2004-2005 ص: 89.

⁴ صادقت المملكة المغربية على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ، ونشرت بالجريدة الرسمية بتاريخ 12-2-2004.

⁵ إن الأفعال المجرمة وفقا للبروتوكول، يجب اعتبارها أيضا أفعالا مجرمة وفقا للاتفاقية، فهذا المبدأ يمثل رابطا قويا بين البروتوكول والاتفاقية، وهو يكفل أي فعل تجرمه دولة ما، بغية تجريم الاتجار بالبشر، وفقا لما تقتضيه المادة 5 من البروتوكول سوف يدرج أليا ضمن نطاق الأحكام الأساسية للاتفاقية التي تحكم إشكالا من التعاون الدولي، مثل تسليم المجرمين المادة 16 والمساعدة القانونية المتبادلة المادة 18. كما انه يرتبط البروتوكول بالاتفاقية بجعل أحكام إلزامية أخرى من الاتفاقية قابلة للتطبيق على الأفعال المجرمة وفقا للبروتوكول، أي الالتزامات المنصوص عليها في الاتفاقية بشأن غسيل الأموال المادة 6 ، وعرقلة سير العدالة المادة 23 ، وحماية الشهود والضحايا وتعزيز التعاون المواد 24-26 إلى غير ذلك تنطبق أيضا على الأفعال المجرمة بمقتضى البروتوكول.

المطلب الثاني : مدى انسجام التشريع الوطني مع الاتفاقيات الدولية :

خلال هاته الفقرة سأتناول موقف التشريع الوطني من الاتفاقيات الدولية أولا، على أن أتطرق في فقرة ثانية إلى موقف القضاء المغربي من الاتفاقيات الدولية.

الفرع الأول : موقف التشريع الوطني من الاتفاقيات الدولية :

يهدف ترسيخ المبادئ التي نصت عليها الصكوك الدولية ، اتجه المغرب نحو المصادقة على مجموعة من الاتفاقيات وخاصة تلك المتعلقة بحقوق الطفل، حيث أضفى عليها مجموعة من الالتزامات والضمانات الدستورية، حيث جاء في ديباجة الدستور السابق لسنة 1996 على أن المملكة المغربية " تتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات، وتؤكد تشبثها بحقوق الإنسان، كما هو متعارف عليها عالميا" كما جاء في دستور 2011¹، الذي جاء في ديباجته على أن الاتفاقيات الدولية، كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة المغربية تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية، والعمل على ملائمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه تلك المصادقة.

فالمغرب، أكد من خلال التزامه على الصعيد الدولي في مكافحة انتهاكات حقوق الأطفال وحمايتهم من جميع أشكال الاستغلال، بالإضافة أن المملكة المغربية تعتبر طرف في الاتفاقيات ذات الصلة، بمنع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة حماية الأطفال².

كما نجد أن المشرع المغربي من خلال القانون الجنائي، يجرم عملية اختطاف القاصر بالعنف أو التهديد أو التدليس³، والمشرع المغربي يعتبر تعريض الطفل للخطر جريمة، حيث شدد العقوبة على ذلك في حالة إذا ما نتج عن ذلك وفاة الطفل⁴.

وقد اعتبر المشرع المغربي أن العقوبة قد تصل إلى 20 سنة في حالة اختطاف قاصر يقل سنه عن 12 سنة، وخفض العقوبة في حالة عدول الجاني عن نشاطه الإجرامي، خاصة إذا كان الأمر يتعلق بخطفه من أجل الاتجار بأعضائه، كما أن المشرع يجرم بيع وشراء الأطفال أو تعريضهم لأي نوع من أنواع الاستغلال.

¹ الظهير الشريف، رقم 1.11.91 الصادر في 29 يوليوز 2011، بتنفيذ نص الدستور.

² من بين الاتفاقيات التي صادق عليها المغرب. والمتعلقة بالاتجار بالأشخاص وخاصة الأطفال نجد، اتفاقية حقوق الطفل الصادرة في 20 نونبر 1989 والتي صادق عليها المغرب في 31 يونيو 1993 وبرتوكولها الاختياريين، الأول متعلق بإشراك الأطفال في النزاعات المسلحة المصادق عليها في 22 مايو 2002 والثاني متعلق ببيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية الذي صادق عليه المغرب في 2 أكتوبر 2001 وأيضا اتفاقية المنظمة الدولية للشغل رقم 182 بشأن إشكال عمل الأطفال لسنة 1999 والتي صادق عليها المغرب في 26 يناير 2001، وأيضا اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الصادر في 2003 والمصادق عليها سنة 2007.

³ الفصول 471-475 من القانون الجنائي المغربي.

⁴ محمد عياط: بعض مظاهر حماية الطفل من الاعتداءات النفسية والجسدية والجنسية، مجلة الإشعاع، عدد 9 مطبوعة المعارف الجديدة الرباط، السنة الخامسة، يوليوز 1993 ص: 96

كما أن الوفد المغربي عرض خطة لمواجهة الاتجار بالبشر خلال مؤتمر الأمم المتحدة 12 المنعقد بسلفادور بالبرازيل لمنع الجريمة والعدالة الجنائية¹، وهكذا فإن التشريع المغربي أصبح منسجما مع الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب، والمتعلقة بتجريم الاتجار بالأطفال باعتبارها تسمو على القوانين الوطنية.

الفرع الثاني : موقف القضاء المغربي من الاتفاقيات الدولية.

لقد اختلف موقف القضاء حول الاتفاقيات الدولية، وذلك أمام صعوبة الحصول على أحكام قضائية، توضح ذلك خاصة بالنسبة للمغرب، ففي حالة كون نص القانون الداخلي والاتفاقية الدولية متفقان، فإنه لا توجد إشكالية في تطبيق الاتفاقية الدولية، لكن الإشكالية تكمن في حالة اختلاف مضمون نص القانون الداخلي عن نص الاتفاقية الدولية فهل للاتفاقية الدولية الأولوية في التطبيق عن القانون الداخلي؟

ففي فرنسا نجد أن الاجتهادات القضائية، أكدت من خلال أحكامها وقراراتها على أولوية الاتفاقية الدولية في التطبيق على القانون الداخلي، كما قضت بذلك الغرفة الجنائية بمحكمة باريس 29 يونيو 1972².

أما بالنسبة للمغرب، فإن المجلس الأعلى الذي أصبح يصطلح عليه بمحكمة النقض انقسم إلى اتجاهين :

— الاتجاه الأول : يرى تطبيق الاتفاقيات الدولية على القانون الداخلي، بحيث يستند في قرار له بتاريخ 1997 على مبدأ قابلية نص المادة 11 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسة للتطبيق من طرف القضاء المغربي باعتبارها جزءا من القانون الداخلي.

— أما الاتجاه الثاني : للمجلس الأعلى فذهب إلى ترجيح القانون الوطني على الاتفاقيات الدولية، بحيث رجحت الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى ما يقضي به ظهير 1961 المتعلق بالإكراه البدني مستبعدة تطبيق العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية.³

ونجد أنه في حالة تضارب الآراء على صعيد القضاء الداخلي، فإن اجتهاد مختلف المحاكم الدولية، أو هيئات التحكيم على الصعيد العالمي ثابتة في الموضوع، حيث أنها تجمع على أسبقية القانون الدولي على القوانين الداخلية كيفما كانت مرتبتها.

وهكذا قررت محكمة العدل الدولية الدائمة في رأيها الاستشاري ليوم 4 فبراير 1932 المتعلق بمعاملة الوطنيين البولونيين في النزاع بأنه "لا يجوز لدولة أن تستظهر بمقتضياتها الدستورية وإنما بالاحتكام للقانون الدولي

¹ عقد المؤتمر 12 للأمم المتحدة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، بسلفادور، البرازيل، من 12 إلى 19 ابريل، 2010.

² Gaston Stefani, Georges Laverseur; Bernard Bouloc. droit penal general: Dalloz 1997 p.59

³ احمد درويش : الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والقانون الداخلي، تانمات حول إشكالية المطابقة الملائمة والتقريب ، ندوة حول الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي من خلال الاجتهادات القضائية ، مطبعة فضالة الرباط، السنة دجنبر 2002 ص:133.

والالتزامات الدولية المشرعة، كما أنه لا يجوز التذرع بالدستور للتححرر من الالتزامات التي يفرضها القانون الدولي والمعاهدات السرية المفعول¹.

أمام انقسام الآراء داخل المجلس الأعلى بالمغرب، حول إشكالية قبول أو عدم قبول تطبيق الاتفاقيات الدولية على النوازل المعروضة مباشرة بعد استيفائها لشروطي المصادقة والنشر أو حاجاتها إلى نص تشريعي، يحدد مكانة الاتفاقية الدولية ضمن المنظومة التشريعية المغربية، جاء الدستور الجديد لسنة 2011، ليحسم الأمر بصفة نهائية بعد أن نص في ديباجته على سمو الاتفاقيات الدولية، التي صادق عليها المغرب على القانون الداخلي وأولويتها في التطبيق.

خاتمة :

يعاني المجتمع الدولي عموماً، والمجتمع المغربي خصوصاً، من تنامي ظاهرة جريمة الاتجار بالأطفال، والتي تهدف بالأساس إلى استغلال هاته الشريحة من الأطفال في الممارسات الغير المشروعة، الشيء الذي أذى إلى بروز صور إجرامية أخرى، كانت نتيجة لعملية الاتجار بالأطفال كاستغلالهم في المواد الإباحية، والأعمال الشاقة، وتجارة المخدرات، والتسول، والتجنيد في النزاعات المسلحة، وفي هذا انتهاك صارخاً لحقوق الانسان، مما يتطلب مضاعفة الجهود والبرامج للحد من هذه الظاهرة، بالرغم من وجود كم هائل من الترسانة القانونية الهائلة سواء على الصعيد الدولي، كالإعلانات والاتفاقيات الدولية بجميع صورها، أو على الصعيد الداخلي المتمثل في تجريم هذه الظاهرة عن طريق سن عقوبات خاصة بها.

❖ المصادر و المراجع :

• الكتب :

- بشرى سلمان حسين العبيدي : " الانتهاكات الجنائية الدولية لحقوق الطفل، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، السنة 2010.
- محمد يحيى مطر: "الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية"، الجزء الأول جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض، طبعة سنة 2010.
- منتصر سعيد حمودة : حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، السنة 2007.
- رجاء ناجي المكاوي : نقل وزرع الأعضاء أو الاستخدام الطبي لأعضاء الإنسان وجثته، بين القانون المغربي والمقارن والشريعة الإسلامية، المركز الوطني لتنسيق وتخطيط البحث العلمي والتقني الرباط، طبعة سنة 2002.

¹ إدريس بلماحي: " مكانة الاتفاقيات الدولية من زاوية القانون الدولي"، مداخلة في ندوة حول الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي، من خلال الاجتهادات القضائية، نظمت من طرف وزارة حقوق الإنسان أيام 19-20-21، أكتوبر 2002، من منشورات مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، مطبعة فضالة، المحمدية، دجنبر 2002، ص:15.

- فاطمة شحاتة أحمد زيدان: مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، السنة 2007.
- ماهر جميل أبو خوات : الحماية الدولية لحقوق الطفل، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة مصر، السنة 2005.
- يوسف حسن يوسف: جريمة استغلال الأطفال وحمايتهم في القانون الدولي، والشريعة الإسلامية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة. مصر، الطبعة الأولى، السنة 2013.
- الزغاليل احمد سليمان : الظواهر الإجرامية المستحدثة وسبل مواجهتها، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1999.
- وجدان سليمان ارتيمه : الأحكام العامة لجرائم الاتجار بالبشر، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، السنة 2014.
- الكيتي أمينة جمعة : جرائم الاتجار بالبشر، المفهوم والأسباب وسبل المواجهة، الشارقة، مركز الإمارات للدراسات والإعلام، السنة 2008.
- محمد فضل عبد العزيز المراد : موقف الشريعة الإسلامية من الاتجار بالنساء والأطفال ونقل الأعضاء البشرية، بحث منشور ضمن كتاب الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، الرياض، السنة 2010.
- اشرف الددعدع : مرتكزات الوقاية من جرائم الاتجار بالبشر بدولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة للنشر، مصر، السنة 2012.
- محمد فتحي عيد : عصابات الإجرام المنظم، ودورها في الاتجار بالأشخاص، الجزء الأول، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السنة 2004-2005 .

• أطروحات ورسائل :

- كوركيس يوسف: الجريمة المنظمة، رسالة دكتوراه، الدار العلمية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الأولى سنة 2001 .
- خالد بن سليم الحربي : ضحايا التهريب البشري من الأطفال، أطروحة دكتوراه، الفلسفة في العلوم الأمنية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، طبعة 2011 .
- عادل عبادي علي الجواد : الحماية الجنائية للطفل، "دراسة تطبيقية مقارنة على استغلال الأطفال في البغاء" رسالة دكتوراه في علوم الشرطة ، أكاديمية الشرطة، مصر، نوفمبر 2002.
- توفيق صحراوي : جريمة الاتجار بالبشر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر-سعيدة- كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق الجرائر، السنة الجامعية 2018-2019 .

● المقالات :

- مكافحة الاتجار بالأشخاص وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية، مكتب الأمم المتحدة، المعني بالمخدرات والجريمة، السنة 2010، نيويورك .
- عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، اتفاقية حقوق الطفل، خطوة إلى الأمام أم إلى الوراء، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، عدد 3، شتنبر 1993 .
- محمد عياط : بعض مظاهر حماية الطفل من الاعتداءات النفسية والجسدية والجنسية، مجلة الإشعاع، عدد 9 مطبعة المعارف الجديدة الرباط ،السنة الخامسة، يوليو 1993 .

● وثائق وتقارير ونصوص قانونية :

- المواد 143-144-145-146-147 من الظهير الشريف رقم 1.03.194، بتنفيذ قانون رقم 99-56 في شتنبر 2011 مدونة الشغل.
- المواد 3 و4 من القانون العراقي، المتعلق بزرع الأعضاء البشرية، رقم 82 لسنة 1982.
- أكدت جمعية رعاية الأطفال الدولية تشايلد، التي تعمل على جعل شبكة الانترنت مكانا آمنا للأطفال، لان عدد الأطفال الذين تعرضوا للاعتداءات الجنسية عبر الانترنت خلال الأعوام الماضية، يندر بخطر جسيما يهدد الطفولة، لذلك لجأت ثلاثون دولة إلى إبرام أول اتفاقية دولية لمكافحة جرائم الانترنت، كما أغلقت شركة ميكروسوفت غرنا، أو مواقع الدردشة المجانية في 73 دولة، بسب انتشار تجارة الجنس وتزايد الهجمات الإباحية بالبريد الإلكتروني، والتي وصلت عدد صفحاتها إلى 563 مليون صفحة.
- المادة 8 من القانون النموذجي لمواجهة جرائم الاتجار بالأشخاص.
- مشروع النظام القانون الموحد لمكافحة الاتجار بالأشخاص لدول مجلس التعاون، الذي اعتمده لجنة الخبراء المختصين في اجتماعاتها المنعقدة في مقر الأمانة العامة بالرياض في 19-21 مارس 2006.
- دليل مناقشة جدول أعمال مؤتمر الأمم المتحدة الحادي عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، المقرر عقده في بانكوك - تايلاند في الفترة من 18-27 ابريل 2005، وثائق الجمعية العامة للأمم المتحدة. A-CONF.2003 الوثيقة رقم PM . ص: 7-8
- الظهير الشريف، رقم 1.11.91 الصادر في 29 يوليو 2011، بتنفيذ نص الدستور.
- الفصول 471-475 من القانون الجنائي المغربي.

● اتفاقيات دولية :

- المادة 25 من اتفاقية منظمة العمل الدولية، رقم 129 لسنة 1999.
- المادة 2 و3 من الاتفاقية الخاصة بالرق، لسنة 1936.

- المادة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة 1948.
- المواد 32-33-36 من اتفاقية حقوق الطفل.
- المواد من 3 إلى 10 من البرتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية لسنة 2000.
- صادقت المملكة المغربية على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، ونشرت بالجريدة الرسمية بتاريخ 12-2-2004.
- المواد 6-7- من بروتوكول حماية ومعاقبة الاتجار في الأشخاص وخاصة النساء والأطفال الملحق باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية الذي اعتمده الجمعية العامة في قرار عدد 54-263 الصادر في 25-5-2000
- المواد 6-7- من بروتوكول حماية ومعاقبة الاتجار في الأشخاص وخاصة النساء والأطفال الملحق باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية الذي اعتمده الجمعية العامة في قرار عدد 54-263 الصادر في 25-5-2000.
- المادة 4 فقرة الأولى من اتفاقية المجلس الأوروبي للعمل ضد الاتجار بالأشخاص لسنة 2005، التي تنص على انه يقصد بتعبير الاتجار بالأشخاص " تجنيد أشخاص أو نقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها، أو غير ذلك من أشكال القصر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية، أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال، ويشمل الاستغلال كحد ادني، استغلال بغاء الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الخدمة قسرا، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء..." إلا انه تجد الإشارة إلى كون هذه الجرائم وردت ضمن نطاق محدود وبالتالي يمكن لأي نظام قانوني أن ينص على أشكال أخرى من الاتجار بالأشخاص.
- المواد 4-24-3/2-30 من نفس الاتفاقية.
- المواد 15-24-27-28 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان ورفاهية الطفل 1990، والذي بدا العمل به في 9 نونبر 1999، الصادر عن منظمة الوحدة الإفريقية، وتبنته الجمعية العمومية لرؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الإفريقية.
- يعتبر التعاون الدولي من أهم المقتضيات التي جاءت بها هذه الاتفاقية التي عاجلت كافة صور الجريمة المنظمة عبر الوطنية، ويمكن تطبيق أحكامها على مختلف الجرائم المنظمة عبر الوطنية، بما في ذلك جريمة الاتجار بالبشر، خصوصا فيما يتعلق بتسليم المجرمين، تعاون الأجهزة الأمنية على المستوى الدولي، وسائل التحري الخاصة، للمزيد.

– إن الأفعال الجرمية وفقا للبروتوكول، يجب اعتبارها أيضا افعالا مجرمة وفقا للاتفاقية، فهذا المبدأ يمثل رابطا قويا بين البروتوكول والاتفاقية، وهو يكفل أي فعل تجرمه دولة ما، بغية تجريم الاتجار بالبشر، وفقا لما تقتضيه المادة 5 من البروتوكول سوف يدرج أليا ضمن نطاق الأحكام الأساسية للاتفاقية التي تحكم إشكالا من التعاون الدولي، مثل تسليم المجرمين المادة 16 والمساعدة القانونية المتبادلة المادة 18، كما انه يرتبط البروتوكول بالاتفاقية يجعل أحكام إلزامية أخرى من الاتفاقية قابلة للتطبيق على الأفعال الجرمية وفقا للبروتوكول، أي الالتزامات المنصوص عليها في الاتفاقية بشأن غسيل الأموال المادة 6 ، وعرقلة سير العدالة المادة 23، وحماية الشهود والضحايا وتعزيز التعاون المواد 24-26 إلى غير ذلك تنطبق أيضا على الأفعال الجرمية بمقتضى البروتوكول.

– من بين الاتفاقيات التي صادق عليها المغرب. والمتعلقة بالاتجار بالأشخاص وخاصة الأطفال نجد، اتفاقية حقوق الطفل الصادرة في 20 نونبر 1989 والتي صادق عليها المغرب في 31 يونيو 1993 وبرتوكولها الاختياريين، الأول متعلق بإشراك الأطفال في النزاعات المسلحة المصادق عليها في 22 مايو 2002 والثاني متعلق ببيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية الذي صادق عليه المغرب في 2 أكتوبر 2001 وأيضا اتفاقية المنظمة الدولية للشغل رقم 182 بشأن أشكال عمل الأطفال لسنة 1999 والتي صادق عليها المغرب في 26 يناير 2001، وأيضا اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الصادر في 2003 والمصادق عليها سنة 2007.

• المؤتمرات و الندوات :

– دليل مناقشة جدول أعمال مؤتمر الأمم المتحدة الحادي عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، المقرر عقده في بانكوك- تايلاند في الفترة من 18-27 ابريل 2005، وثائق الجمعية العامة للأمم المتحدة. A-CONF.2003 الوثيقة رقم PM.

– عقد المؤتمر 12 للأمم المتحدة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، بسلفادور، البرازيل، من 12 إلى 19 ابريل، 2010.

– الراهنة ، غير منشور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة ، الجزائر أيام 19 و18 ابريل 2018.

– أحمد درويش : الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والقانون الداخلي، تائمات حول إشكالية المطابقة الملائمة والتقريب ، ندوة حول الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي من خلال الاجتهادات القضائية ، مطبعة فضالة الرباط، السنة دجنبر 2002.

– إدريس بلمحي : " مكانة الاتفاقيات الدولية من زاوية القانون الدولي " ، مداخلة في ندوة حول الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي، من خلال الاجتهادات القضائية، نظمت من طرف وزارة

حقوق الإنسان أيام 19-20-21 ، أكتوبر 2002 ، من منشورات مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، مطبعة فضالة ، المحمدية ، دجنبر 2002.

• المراجع باللغة الفرنسية :

- Les stepson » le travail des enfants » sa régalément dans les norms de L'oit et les légations national. Revu international du travail vol-121 N° 5 septembre-octobre 1982.
- Unicef combattre la traite des enfants. Guide de l'usage des parlementaires. N09. 2005..
- Gaston Stefani, Georges Lavasseur ;Bernard Bouloc. droit penal general:Dalloz1997 .

مجلة الفقه والقانون

المملكة المغربية ، ردمد : 0615 - 2336

<https://web.facebook.com/majalahdroit>
