

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية محكمة لنشر الدراسات الشرعية والقانونية / المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك ، العدد 129 : يوليوز 2023

❖ مواضيع العدد 129 :

- الأطر التشريعية للتحويل الرقمي (من الناحية الجنائية).
- شرطة المياه في النظام التشريعي المغربي.
- السيادة المعلوماتية من منظور الأهلية القانونية.
- حماية حق المرأة في الميراث بين الفقه والقانون.
- الحماية الجنائية للمعطيات ذات الطابع الشخصي.
- المسؤولية الطبية في مجال الجراحة التجميلية.

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

الطبعة العربية : مدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك / الاتصال والعنايات : sldg55@gmail.com / البريد الإلكتروني : sldg55@gmail.com

اسم الله الرحمن الرحيم

الصفحة الرئيسية	الصفحة الرئيسية
الجنة الاستشارية	الجنة الاستشارية
أهداف المجلة	أهداف المجلة
أخبار المجلة	أخبار المجلة
المجلس العلمي	المجلس العلمي
المدير المسؤول	المدير المسؤول
المحررون	المحررون
مقالات فقهية	مقالات فقهية
مقالات قانونية	مقالات قانونية
مقالات طبية	مقالات طبية
مقالات وأخبار	مقالات وأخبار
حجرات علمية	حجرات علمية
تقارير خاصة	تقارير خاصة
المساهمون والمجلة	المساهمون والمجلة
أخبار المجلة	أخبار المجلة
عن المجلة	عن المجلة

العدد 129 يوليوز 2023

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- معلومات الكاتب بالعربية والإنجليزية.
- ملخصين للمقال بالعربية والإنجليزية مع كلمات مفتاحية.
- 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 دكداك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري : أستاذ بكلية الحقوق السويسى بالرباط.
- الدكتور المبلود بوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبى: أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah-droit.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد 129 لشهر يوليو 2023

1. كلمة العدد 129 لشهر يوليو 2023 ، بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك...03

• دراسات وأبحاث بالعربية :

2. الأطر التشريعية للتحويل الرقمي من الواجهة الجنائية- دراسة تأصيلية استشرافية : مستشار دكتور محمد جبريل إبراهيم نائب رئيس هيئة قضايا الدولة -جمهورية مصر العربية.....06
3. شرطة المياه في النظام التشريعي المغربي : عبد الرحمان بنكرارة ، دكتور في القانون العام والعلوم السياسية ، كلية الحقوق أكادال ، جامعة محمد الخامس، الرباط-المملكة المغربية.....43
4. السيادة المعلوماتية والإذاعية والسياسية من منظور الأهلية القانونية - دراسة مستخلصة : الحسين الزقيم محمد عبد الرحيم ، دكتوراه القانون العام كلية الحقوق، جامعة أسبوت - جمهورية مصر العربية.....64
5. حماية حق المرأة في الميراث بين الفقه الإسلامي والقانون الليبي : الدكتور محمد صالح عمر أبو حجر أستاذ مساعد بكلية الشريعة والقانون بالجامعة الأسمرية الإسلامية - الجمهورية الليبية.....82
6. الحماية الجنائية للمعطيات ذات الطابع الشخصي : نجة بوعريب ، دكتوراه في الشريعة والقانون ، كلية الشريعة ، جامعة ابن زهر بأكادير- المملكة المغربية.....106
7. المسؤولية الطبية في مجال الجراحة التجميلية : فاطمة الزقيم محمد عبد الرحيم ، باحث دكتوراه بقسم القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة اسبوت - جمهورية مصر العربية.....124
8. السياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة 2025/2015 بالمغرب : السياق والأهداف وإكراهات التنزيل هناء الذهبي : باحثة دكتوراه ، كلية الحقوق أكادال ،جامعة محمد الخامس الرباط - المملكة المغربية.....146
9. "الأمن العقدي بين رضى الشكلية وشكلية الرضى" : عبد الخالق الناجي ، دكتوراه في القانون الخاص بكلية الحقوق بفاس، محام لدى هيئة المحامين بفاس - المملكة المغربية.....169

نرنيب المقالات يظع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد 129 لشهر يوليو 2023



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون
الدكتور : صلاح الدين دكدالك

Email : Sldg55@gmail.com

www.majalah-droit.ma

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين و بعد ، نضع بين أيديكم العدد 129 لشهر يوليو 2023 من مجلة الفقه والقانون الدولية و قد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات و الأبحاث الهامة من عدة كليات وجامعات ونخص بالذكر :

- كلية الحقوق ، جامعة عين شمس - جمهورية مصر العربية.
- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- أكادال ، جامعة محمد الخامس، الرباط-المملكة المغربية.
- كلية الحقوق - جامعة أسيوط- جمهورية مصر العربية.
- كلية الشريعة والقانون، الجامعة الأسمرية الإسلامية- الجمهورية الليبية.
- كلية الشريعة ، جامعة ابن زهر بأكادير- المملكة المغربية.
- كلية الحقوق ، جامعة أسيوط- جمهورية مصر العربية.
- كلية الحقوق بفاس، جامعة سيدي محمد بن عبد الله- المملكة المغربية.

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

ومن بين المواضيع القيمة التي ناقشها العدد الجديد ما يلي :

▪ الأطر التشريعية للتحويل الرقمي من الوجة الجنائية- دراسة تأصيلية استشرافية.

▪ شرطة المياه في النظام التشريعي المغربي : الأدوار والإكراهات في حماية ومراقبة الملك العمومي.

▪ السيادة المعلوماتية والإذاعية والسياسية من منظور الأهلية القانونية " دراسة مستخلصة.

▪ حماية حق المرأة في الميراث بين الفقه الإسلامي والقانون الليبي.

▪ الحماية الجنائية للمعطات ذات الطابع الشخصي.

▪ المسؤولية الطبية في مجال الجراحة التجميلية.

▪ السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة 2025/2015 بالمغرب.

▪ الأمن العقدي بين رضى الشكلىة وشكلىة الرضى.

ختاما لا تنسوننا من دعائكم وتوجيهاتكم ، وجعلنا العلي القدير مثل البنيان

المرصوص يشد بعضه بعضا.

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكداك

المملكة المغربية ردمد : 0615 - 2336

www.majalah-droit.ma

❖ دراسات وأبحاث بالعربية :

الأطر التشريعية للتحويل الرقمي من الوجة الجنائية-دراسة تأصيلية استشرافية

Legislative frameworks for digital transformation
from the criminal point of view- A prospective-original study



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:

لا أحد ينكر ما يقدمه التحويل الرقمي من سبل راحة وتيسير في أداء الأعمال ، والسرعة والدقة في إنجازها ، حيث وفرت هذه التقنيات إمكانية تحقيق الطفرة الحضارية للإنسانية عن طريق توظيفها في كافة المجالات الصناعية، والاقتصادية ، والاجتماعية ، وكذلك في خدمة النواحي الأمنية وكشف الجرائم ، وأيضاً في خدمة العدالة وتحقيق الإثبات الذي قد تعجز عن تحقيقه الوسائل التقليدية .

إلا أن التحويل الرقمي جاء وصحبه العديد من الإشكاليات الالكترونية بشكل ظاهر ، ومن ذلك هتك الستر المجتمعي ونشر المعلومات والبيانات ، والاعتداء على الحياة الخاصة وكشف الأسرار ، وجرائم الابتزاز

¹ Email : gebrelmohamed865@gmail.com

الالكترونى، والهجمات السيبرانية، والاحتيال والنصب الالكترونى وغيرها ، كما ظهرت مشكلات عديدة فى الحياة الاجتماعية بسبب سهولة التواصل ، كالحيانة والرديلة وأشكال العنف الأسري ، بالإضافة الى انتشار التنمر الالكترونى ، ولا ننسى انتشار البطالة بسبب الاستغناء عن الأيدي العاملة .

• الكلمات المفتاحية : الأطر التشريعية . للتحول الرقمي .من الوجة الجنائية.

Abstract :

No one denies what digital transformation provides in terms of comfort and facilitation in the performance of work, and the speed and accuracy in its completion, as these technologies provided the possibility of achieving a civilizational leap for humanity by employing them in all industrial, economic, and social fields, as well as in serving security aspects and crime detection, as well as In serving justice and achieving proof that traditional means may not be able to achieve.

However, the digital transformation was accompanied by many electronic problems in an obvious way, such as the violation of the societal veil, the assault on private life, the crimes of electronic extortion, cyber attacks, fraud and electronic fraud, etc. Many problems also appeared in social life due to the ease of communication, such as betrayal and vice. And forms of domestic violence, in addition to the spread of electronic bullying, and do not forget the spread of unemployment due to layoffs.

keys words : legislative frameworks. for digital transformation. From a criminal point of view.

مقدمة :

أصبح التحول الرقمي⁽¹⁾ مهيمن على الحياة بصورة ظاهرة، فبات يحيط بالإنسان من كل جانب، منذ تسجيل بياناته وإشهاد ميلاده ووفاته في الأحوال المدنية، وتعاملاته التجارية وعقوده الالكترونية، وتوقيعه الإلكتروني على المحررات والمستندات الالكترونية، وكذلك في تعاملاته البنكية والمصرفية وتحويل الأموال وسحبها وإيداعها، وكذلك في مخالفاته المرورية، وخدمات العدالة والإثبات وحتى في تنفيذ عقوبة الوضع تحت مراقبة الشرطة بالسوار الإلكتروني⁽²⁾.

فما من شيء حولنا وإلا وقد دخل فيه التحول الرقمي بداية من الثلاجات والتكييفات والمراوح والموبايلات وشاشات التلفاز، مروراً بالسيارات والطائرات والروبوتات، وهو ما جعل التحول الرقمي ليس مجرد هدف مستقبلي تسعى الدولة لتحقيقه، ولكنه بات حقا للفرد يجب تمتعه به، وحمائته وتوفيره له في كافة نواحي الحياة⁽³⁾.

وبالرغم من ذلك فإن للتحول الرقمي مستلزمات بيئية وبشرية تجعل الفرد أكثر مرونة، وأسرع تقبل للتغيرات والتحولات، مما يساعده على التعايش مع هذه التطورات والمستحدثات التي طالت كل جوانب الحياة، ومن ثم فإن معارضة التحول الرقمي يجعل كل فائدة منه مجرد ضرر، فيكون التحول الرقمي محض ديكور أو زينة لا طائل من ورائها غير العرقلة والتعقيد، وهو ما نلاحظه في الأماكن التي تحولت للأنظمة الرقمية، في المصالح الحكومية والبنوك والمصارف وغيرها⁽⁴⁾.

(1) نظراً لإدراك الدولة المصرية لأهمية التحول الرقمي فقد صدر القرار الجمهوري رقم 501 لسنة 2017 بإنشاء المجلس الأعلى للمجتمع الرقمي، وما يستدعيه ذلك من تحول الحكومة إلى المنظومة الرقمية والذي يتطلب استخدام التوقيع الإلكتروني لتوفير مستوى أعلى من الحماية والأمان، وكفالة حفظ البيانات والبيانات الحكومية وتيسير تداولها بدقة وأمان.

(2) انظر في ذلك د/ نزار محمد فكري: أهمية إدارة المعرفة في تطوير الأجهزة الأمنية – مجلة كلية التدريب والتنمية – أكاديمية الشرطة العدد 32 مارس 2015 – ص 203.

(3) د/ جمال محمد غيطاس: أمن المعلومات والأمن القومي – مكتبة نهضة مصر بدون سنة نشر – ص 28.

(4) خططت الدولة المصرية خطوات ملموسة نحو التحول الرقمي، فلقد بادرت بالمضي قدماً نحو التحول الرقمي، فبادرت بإنشاء المجلس القومي للمدفوعات، والمجلس الأعلى للتحول الرقمي، والمجلس الأعلى للأمن السيبراني، ووضع خطة شاملة لنشر الوعي المجتمعي بأهمية التحول الرقمي، وتحقيق طفرات علي صعيد البنية التحتية الرقمية، فضلاً عن إطلاق مصر الاستراتيجية الوطنية للتجارة الالكترونية في عام ٢٠٠٧ في إطار تشجيع التجارة الالكترونية بالتعاون مع الأمم المتحدة للتجارة والتنمية "الأونكتاد".

وكذلك قامت بتدشين مشروع البنية المعلوماتية المصرية لربط أكثر من سبعين قاعدة بيانات حكومية ببعضها البعض، وتفعيل المحرك الرقمي القومي G2G ومنصة تقديم الخدمات الحكومية.

إلى جانب ذلك تم تدشين منصة تقديم خدمات المحمول، والتوسع في تطوير منافذ تقديم الخدمات الحكومية، فضلاً عن نشر نقاط الدفع والتحصيل الإلكتروني POS، ومنصة البنية المعلوماتية المكانية بجانب مشروع ميكنة آليات التحصيل الضريبي. وكذلك تحويل مدينة بورسعيد إلى أول مدينة رقمية في مصر، وأيضاً بناء عاصمة إدارية جديدة تركز علي فلسفة التحول إلى حكومة رقمية.

كما أن التحول الرقمي له متطلبات تشريعية حتى يمكن جنى ثماره وتحاشي مضاره ، وإلا سيكون المجتمع مثل ملعب كرة القدم الذي ينزل فيه مجموعة من الهواة بدون حكم يدير لعبتهم و ينظم لعبهم .

ولا ننكر أن التحول الرقمي قد داهمنا وعلى غفلة من أمرنا، إلا أن ذلك لا يعد مبررا للتراخي عن وضع الإطار القانوني للتحول الرقمي ، فغياب هذا الإطار يجعل تحديات التحول الرقمي أكثر من فوائده⁽¹⁾ .

فقد ظهرت الثغرات القانونية الواضحة فيما يتعلق بحماية البيانات الشخصية، وهتك الأسرار العائلية والتعدي على الخصوصية، وكذلك السطو على البيانات والمعلومات المخزنة على المواقع الإلكترونية ، وكما ظهر التزوير والتزييف الرقمي العميق ، ومشكلات تهريب الأموال وغسلها ، والتعامل في العملات المشفرة بالمخالفة للقانون ، كل ذلك يلزمه التدخل التشريعي الحازم ، وخاصة في المجالات المتعلقة بخصوصية الإنسان وحفظ أسراره ، وحماية حقه في الحياة وسلامته الجسدية ، وكذلك في التعاملات التجارية والعقود الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وحماية البيانات الشخصية، وحماية نقل الأموال والتعاملات المصرفية⁽²⁾ .

أهمية الدراسة :

تكمن أهمية الدراسة في أهمية موضوعها ، حيث أن موضوع التحول الرقمي يشغل تفكير الباحثين من الناحية النظرية ومن الناحية العملية ؛ لكونه يمس مسأ عميقاً كثير من مصالح المجتمع من كافة النواحي الاقتصادية والاجتماعية ، حيث تتداخل الرقمنة في تعاملات البنوك من سحب وإيداع ودفع إلكتروني وتحويل الأموال ، وكذلك في تعاملات الأحوال المدنية من استخراج الأرقام القومية وشهادات الميلاد والوفاة ، وجوازات السفر ، وفي المعاملات التجارية والتعاقدات الإلكترونية ، وكذلك فإن التحول الرقمي يمس بعمق الحياة الخاصة للأفراد عبر التقنيات الحديثة إذ يمكن عن طريق الأجهزة الرقمية هتك أسرار الفرد وخصوصيته ، ناهيك عن مشكلات الجرائم الإلكترونية التي يمكن أن ترتكب استغلال نتائج التحول الرقمي، وتمس الأموال والأرواح ، ولا شك أن كل ذلك كان له انعكاسات على تحقيق العدالة ، والإثبات ، وتنفيذ العقوبة وخاصة فيما يتعلق بالوضع تحت مراقبة الشرطة من خلال السوار الإلكتروني .

مشكلة الدراسة :

تبدو مشكلة الدراسة في أننا أمام مصلحة ظاهرة وهي التحول الرقمي الذي ينهض بالمعيشة ويرتقى بالحياة ، ولكن هذه المصلحة تحمل في طياتها تحديات كبيرة يلزم الاستعداد لها وهي بسط البيئة القانونية والتشريعية التي تجابه ما تتمخض عنه البيئة الرقمية من سلوكيات غير مشروعة .

فالتحول الرقمي قد داهم المجتمع القانوني بغزارة دون استعداد فقهي له من فقهاء القانون ، ونعترف بأن المشرع كان أسبق من الفقه في التطرق لمواضيع التحول الرقمي ، وإن كان ذلك بشكل متفرق وفي مواضع

(1) د/نبيل علي ، ود نادية حجازي : الفجوة الرقمية – رؤية عربية لمجتمع المعرفة – مجلة عالم المعرفة – الكون – أغسطس 2005 العدد 318 .

(2) د/طارق إبراهيم الدسوقي عطية : الأمن المعلوماتي – النظام القانوني لحماية المعلومات – دار الجامعة الجديدة 2009 – ص 14 .

متعددة في قوانين مختلفة⁽¹⁾ ، ولكم الأمر ما زال يحتاج إلى تدخل تشريعي مباشر لتجهيز البيئة القانونية وإعدادها لمطابقة الجهود الحكومية الحثيثة لتطبيق التحول الرقمي الذي أصبح أمر حتمي ، ولكنه يلزمه متطلبات ثقافية وقانونية حتمية تبعاً لذلك حتى يمكن جني ثماره وتجنب مساوئه وفقاً للسياسة الجنائية الحديثة⁽²⁾ .

وإذا كان لا يمكن بأي حال من الأحوال التخلي عن ثمرات التكنولوجيا أو تجاهل هيمنتها ، إلا أنه لا يمكن بالتزامن مع ذلك تجاهل الاستعداد والتجهيز لمتطلباتها ، وذلك عن طريق فرض البيئة القانونية بشكل واضح وصریح بحيث تتضمن هذه البيئة الحماية اللازمة لحق الإنسان في الخصوصية والأمن الإلكتروني من جهة ، ومن جهة أخرى حماية القيم الإلكترونية والسياسات المتبعة لتنظيم العمل داخل البيئات الإلكترونية ، مع وضع تقنين واضح لسلوكيات مقدمي الخدمات الإلكترونية وملتقيها لضمان ضبط بيئة العمل الافتراضية للقيام بمهامها إلكترونياً ، في المجالات المختلفة من تحويل الأموال ، ومخالفات المرور ، والمعاملات التجارية والتعاقدات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني ، وبيانات الأحوال المدنية والبيانات الشخصية⁽³⁾ .

ومن ذلك يتضح أن التحول الرقمي أصبح حقاً للفرد يجب التمتع به ، ولكن الاستفادة من محاسنه ومزاياه تستوجب وبالتبعية لذلك يقظة من قبل الأنظمة التشريعية⁽⁴⁾ ، لكي تواجه أعباء الذكاء الإلكتروني المتجدد والمتسارع حتى لا نصطدم في كثير من المواقف بعدم وجود النص الذي يمكن تطبيقه ، فتتولد مشكلة الفراغ التشريعي الذي يمثل مشكلة في حد ذاته⁽⁵⁾ .

أهداف الدراسة :

تهدف الدراسة إلى محاولة التأطير القانوني لما يستجد من نتائج التحول الرقمي من الناحية الموضوعية والإجرائية ، ومواجهة الجرائم التي يمكن ارتكابها في ظروف خاصة عبر التحول الرقمي ، وهي عادة ما تكون سلوكيات غير ملموسة ويصعب محاصرتها أو اكتشافها .

كما تهدف الدراسة إلى محاولة وضع آليات تشريعية مستحدثة لمواجهة التطورات الرقمية السريعة سواء علي الصعيد الداخلي أو الدولي ، مع عدم التخلي عن القواعد والقوانين التشريعية القائمة والتي تحكم

⁽¹⁾ أصدر المشرع المصري العديد من التشريعات التي تمس التحول الرقمي وإن كان هذا المساس مساساً غير مباشر ، مثل القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن تقنية المعلومات ، وقانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994 ، وقانون حماية الملكية الفكرية 82 لسنة 2008 ، وقانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 ، قانون تنظيم الاتصالات والمعلومات رقم 10 لسنة 2003 .

⁽²⁾ د/ أحمد فتحي سرور: المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية الحديثة - مطابع جامعة القاهرة 1983 - ص 16 .

⁽³⁾ د/ رزق سعد علي : انعكاسات التحول الرقمي علي السياسة الجنائية المعاصرة - مرجع سابق - ص 151 .

⁽⁴⁾ راجع في ذلك د/ هشام فريد رستم : قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات - مرجع سابق - ص 17 .

⁽⁵⁾ د/ مروى السيد السيد الحساوي : السياسة الجنائية للثورة الرقمية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص 316 .

إشكاليات التحول الرقمي حتى الآن ، ومحاولة وضعها في حيز التنفيذ دون اعتبارها مجرد مسميات لاستكمال الشكل فقط .

منهج الدراسة :

انتهجنا في هذه الدراسة طريقة المزج بين المنهج الوصفي التحليلي، وبين المنهج الاستشراقي ، فقمنا ببيان مخاطر التحول الرقمي ، والقوانين القائمة التي تواجهها مع تحليل النصوص والتعقيب عليها وتوضيح علاقتها ببعضها البعض ، وتم من خلال الدراسة بسط مدي كفاية القوانين القائمة لمواجهة مخاطر التحول الرقمي وما هي التحديات التي تقف أمام المشرع لإنجاز قواعد مناسبة في هذا الشأن ، ثم عرّجنا نحو الوضع المستقبلي أو الفكر الاستشراقي لما يمكن أن يكون عليه الوضع التشريعي تجاه التحول الرقمي والذكاء الاصطناعي .

خطة الدراسة :

وضعنا هذه الدراسة في ستة مباحث على النحو الآتي :

- المبحث الأول : القواعد الواردة في القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن تقنية المعلومات .
 - المبحث الثاني : القواعد الواردة قانون تنظيم الاتصالات والمعلومات رقم 10 لسنة 2003.
 - المبحث الثالث : القواعد الواردة في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004
 - المبحث الرابع : القواعد الواردة في قانون حماية البيانات الشخصية رقم 151 لسنة 2020 .
 - المبحث الخامس : القواعد الواردة في قانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994 .
 - المبحث السادس : القواعد الواردة قانون حماية الملكية الفكرية 82 لسنة 2008 .
- وعلى الله قصد السبيل ،،

المبحث الأول

القواعد الواردة في القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن تقنية المعلومات

لقد أتاحت الدساتير والمعاهدات والاتفاقيات الدولية الحق الكامل في استخدام وسائل التقنية المعلوماتية وتبادل المعلومات ووسائل التواصل الاجتماعي إلا أن هذه الحرية لا ينبغي أن تضبط بيئة تشريعية تحكمها ، ونفاذاً لذلك فقد صدر القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن تقنية المعلومات لمواجهة التحرر الذي يتم ممارسته على الإنترنت ، ونعرض فيما يلي لهذا القانون والهدف منه ، وما يتضمنه من قواعد جديدة على النحو الآتي :

المطلب الأول : الهدف من القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن تقنية المعلومات وعلاقته بالتحول الرقمي
المطلب الثاني : الإضافات التي جاء بها القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن تقنية المعلومات .

المطلب الأول

الهدف من القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن تقنية المعلومات وعلاقته بالتحول الرقمي

يهدف المشرع حينما يبدأ في وضع تشريع جديد إلى مواجهة مستجدات طارئة باتت تشكل خطورة على المجتمع ، ولقد شهد المجتمع في السنوات الأخيرة تقدماً ملحوظاً على المستوى التقني في مجال المعلومات والبيانات والاتصالات ، وهو ما لازمه مخاطر عديدة على مستوى الأشخاص وعلى مستوى الأموال وكذلك على مستوى الأمن المعلوماتي للدولة .

فقد أصبحت الجرائم الإلكترونية خطراً يهدد أمن المجتمعات وأخلاقها، هذا الأمر دفع بالمجتمع الدولي لإيجاد آليات ترصد وتضبط وتجرم هذا النوع من الجرائم الذي يُعدّ جديداً على المجتمع، وتطوير أجهزة الدول لمواجهة الجرائم المعلوماتية ، ولقد أصدرت العديد من الدول هذه القوانين ، فقد أصدرت دولة الكويت في سبيل ذلك القانون رقم 63 لسنة 2015 بشأن تقنية المعلومات ، وأصدرت الإمارات العربية المتحدة القانون رقم 5 لسنة 2012⁽¹⁾.

ولقد سعى المشرع من خلال هذا القانون إلى تحقيق عدة نقاط هامة ، منها حفظ وتخزين سجل النظام المعلوماتي أو أي وسيلة لتقنية المعلومات لمدة 180 يوماً متصلة .

كما يهدف القانون في الأساس إلى مكافحة الاستخدام غير المشروع للحسابات وشبكات المعلومات وتقنيات المعلومات، وما يرتبط بها من جرائم، مع التزام الدقة في تحديد الأفعال المعاقب عليها، وتجنب التعبيرات الغامضة بوضع تعاريف دقيقة لها، وتحديد عناصر الأفعال الجرمية بكثير من العناية، ومم مراعاة الاعتبارات الشخصية للمجنى عليهم، والاعتبارات المتعلقة بالمصلحة العامة وحماية الأمن والاقتصاد القوميين⁽²⁾.

ومن جهة أخرى يهدف القانون إلى ضبط الأحكام الخاصة بجمع الأدلة الإلكترونية وتحديد حجيتها في الإثبات ، ووضع القواعد والأحكام والتدابير اللازم اتباعها من قبل مقدمي الخدمة لتأمين خدمة تزويد المستخدمين بخدمات التواصل بواسطة تقنيات المعلومات، وتحديد التزاماتهم في هذا الشأن⁽³⁾.

وكذلك يهدف القانون إلى حماية البيانات والمعلومات الحكومية، والأنظمة والشبكات المعلوماتية الخاصة بالدولة، أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، من الاعتراض أو الاختراق أو العبث بها، أو إتلافها أو تعطيلها بأي صورة كانت ، وكذلك إلى حماية البيانات والمعلومات الشخصية، من استغلالها استغلالاً يسيئ

(1) د/ حاتم بطيخ : تطور السياسة التشريعية في مجال مكافحة جرائم تقنية المعلومات - مرجع سابق - ص 6.

(2) انظر القاضي عمر محمود الحوتي : الوجيز في الحماية الجنائية من جرائم تقنية المعلومات - مرجع سابق - ص 68.

(3) د/ عبد الله دغش العجوي : المشكلات العملية والقانونية للجرائم الإلكترونية - مرجع سابق - ص 85.

إلى أصحابها، وخاصة فى ظل عدم كفاية النصوص التجريمية التقليدية المتعلقة بحماية خصوصيات الأفراد، وحرمة حياتهم الخاصة فى مواجهة التهديدات والمخاطر المستحدثة لاستخدام تقنية المعلومات.

ولقد تبنى هذا القانون وضع تنظيم إجرائى دقيق ينظم إجراءات الضبط والتحقيق والمحاكمة المتعلقة بتلك الجرائم، بالإضافة إلى تحديد حالات التصالح وإجراءاته، وتنظيم عمل الخبراء المتخصصين العاملين فى مجال جرائم مكافحة تقنية المعلومات، والقرارات والأوامر الجنائية المتعلقة بتنفيذ أحكام القانون.

وتتضمن البيانات الواجب حفظها وتخزينها لحماية المستخدم فى ما يلى :

- أ- البيانات التى تمكن المستخدم من التعرف على مستخدم الخدمة.
- ب- البيانات المتعلقة بمحتوى ومضمون النظام المعلوماتى المتعامل فيه متى كانت تحت سيطرته.
- ت- البيانات المتعلقة بحركة الاتصال.
- ث- البيانات المتعلقة بالأجهزة الطرفية للاتصال.
- ج- أي بيانات أخرى يصدر بتحديدھا قرار من مجلس إدارة الجهاز.

علاقة قانون تقنية المعلومات رقم 175 لسنة 2018 بالتحول الرقمي :

لما كان المشرع يسعى من خلال قانون تقنية المعلومات حفظ وتخزين سجل النظام المعلوماتى أو أي وسيلة لتقنية المعلومات على الحاسبات والمواقع الإلكترونية ، ومكافحة الاستخدام غير المشروع للحاسبات وشبكات المعلومات وتقنيات المعلومات، وما يرتبط بها من جرائم، فإن ذلك يعد من أساسيات بيئة التحول الرقمى .

فلا يمكن لهذه البيئة من النجاح والتطور بدون قاعدة قانونية تضبط السلوكيات بداخلها .

المطلب الثانى

الإضافات التى جاء بها القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن تقنية المعلومات

صدر قانون تقنية المعلومات فى 45 مادة وردت من خلال أربعة أبواب ، تناول المشرع فى الباب الأول الأحكام العامة بسرد التعاريف لبعض المصطلحات الواردة فى القانون ، والتزامات وواجبات مقدمى الخدمة والحفاظة على سرية البيانات التى تم حفظها، وعدم إفشائها بغير أمر مسبب من إحدى الجهات القضائية المختصة، ويشمل ذلك البيانات الشخصية لأي من مستخدمى خدمته، ومن أهم الالتزامات والواجبات، ومع مراعاة حرمة الحياة الخاصة التى يكفلها الدستور، يلتزم مقدمو الخدمة والتابعون لهم أن يوفرُوا أثناء طلب جهات الأمن القومى ووفقا لاحتياجاتها كافة الإمكانيات الفنية، التى تتيح لتلك الجهات ممارسة اختصاصاتها

وفقا للقانون، وأن يلتزم مقدمو خدمات تقنية المعلومات ووكلائهم وموزعوهم التابعون لهم المنوط بهم تسويق تلك الخدمات بالحصول على بيانات المستخدمين، ويحظر على غير هؤلاء القيام بذلك .

كما تضمن القانون نطاق تطبيق القانون ، ومن أهم الإضافات التي جاء بها القانون هو تبني مبدأ العينية بدلاً من مبدأ الإقليمية في تطبيق القانون ، فقد تبني المشرع في هذا القانون منهج مخفف لمبدأ إقليميه القوانين ، حيث نص على سريان أحكام هذا القانون على الجرائم التي تقع خارج البلاد حتى من غير المصريين متى كان الفعل معاقبا عليه في الدولة التي وقع فيها تحت أي مسمى⁽¹⁾ .

ولقد كرس هذا القانون للتعاون الدولي في مجال مكافحة الجرائم الإلكترونية ، والعمل على تيسير التعاون بين الدول في إطار الاتفاقيات الدولية والإقليمية والثنائية المصدق عليها، أو تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل، بتبادل المعلومات بما من شأنه أن يكفل تفادي ارتكاب جرائم تقنية المعلومات، والمساعدة على التحقيق فيها، وتتبع مرتكبيها⁽²⁾ .

وفي الباب الثاني من القانون تناول المشرع الأحكام الإجرائية للقانون ، حيث وضع هذا القانون تنظيم إجرائي دقيق ينظم إجراءات الضبط والتحقيق والمحاكمة المتعلقة بالجرائم الرقمية ، بالإضافة إلى تنظيم عمل الخبراء المتخصصين في مجال جرائم مكافحة تقنية المعلومات والقرارات والأوامر الجنائية المتعلقة بتنفيذ أحكام القانون ، كما حدد القانون حالات التصالح وإجراءاته .

ومن الإضافات الهامة لهذا القانون اعترافه بالأدلة المستمدة أو المستخرجة من الأجهزة أو المعدات أو الوسائط الدعامات الإلكترونية، أو النظام المعلوماتي أو من برامج الحاسب، أو من أي وسيلة لتقنية المعلومات ، بأن يكون لها ذات قيمة وحجية الأدلة الجنائية المادية في الإثبات الجنائي متى توافرت بها الشروط الفنية الواردة باللائحة التنفيذية لهذا القانون⁽³⁾ .

وفي الباب الثالث من القانون والذي جاء في تسعة فصول ، فقد تناول المشرع الجرائم والعقوبات التي ترد على الشبكات ، فجرم كل اعتداء على الشبكات وأنظمة وتقنيات المعلومات ، كما تناول المشرع في هذا القانون الجرائم المتعلقة بالبريد الإلكتروني والمواقع والحسابات الخاصة ، وكذلك جرائم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة وانتهاك الخصوصية⁽⁴⁾ .

فتضمن القانون قواعد حماية البيانات و المعلومات الحكومية والأنظمة والشبكات المعلوماتية الخاصة بالدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة من الاعتراض أو الاختراق أو العبث بها أو إتلافها أو تعطيلها

(1) المادة الثالثة من قانون تقنية المعلومات رقم 175 لسنة 2018 .

(2) المادة الرابعة من قانون تقنية المعلومات رقم 175 لسنة 2018 .

(3) المادة 11 من قانون تقنية المعلومات رقم 175 لسنة 2018 الفصل الأول من الباب الثالث .

(4) د/رزق سعد علي :انعكاسات التحول الرقمي علي السياسة الجنائية المعاصرة –مرجع سابق - ص 156 .

بأي صورة كانت ، وكذلك تضمن القانون حماية البيانات والمعلومات الشخصية من استغلالها استغلالاً يسع إلى أصحابها وخاصة في ظل عدم كفاية النصوص التقليدية المتعلقة بحماية الخصوصية وحرمة الحياة الخاصة.

وفي الفصل الثاني تناول المشرع الجرائم المرتكبة بواسطة أنظمة وتقنيات المعلومات ، ولقد عالج في المادة 23 منه جرائم النصب والاحتيال وسرقة الأموال حيث عاقبت بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر والغرامة التي لا تقل عن ثلاثين ألف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، في الوصول بدون وجه حق إلى أرقام أو بيانات أو بطاقات البنوك والخدمات أو غيرها من أدوات الدفع الالكترونية ، فإن قصد من ذلك استخدامها في الحصول على أموال الغير أو ما توفره من خدمات، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين .وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة، والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف، أو إحدى هاتين العقوبتين، إذا توصل من ذلك إلى الاستيلاء لنفسه أو لغيره على تلك الخدمات أو مال الغير⁽¹⁾ .

ونري أن هذا النص يمكن أن يجابه جرائم النصب والاحتيال التي تقع عبر التقنيات الرقمية ، وإن كنا نري أنه يجب تغليظ العقوبة حتى تكون رادعه لمن تسول له نفسه مقارفة هذه الجريمة⁽²⁾ .

أما فيما يتعلق بالاعتداء على حرمة الحياة الخاصة ، فقد تناول المشرع في الفصل الثالث جرائم التشوية السمعة والعرض عبر الأجهزة الرقمية ، حيث أخضعه للتجريم الوارد في المادة 26 من قانون جرائم تقنية المعلومات رقم 175 لسنة 2018 التي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تجاوز خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز ثلاثمائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من تعمد استعمال برنامج معلوماتي أو تقنية معلوماتية في معالجة معطيات شخصية للغير لربطها بمحتوى مناف للأداب العامة، أو لإظهارها بطريقة من شأنها المساس باعتباره أو شرفه ." .

وكذلك عالج المشرع جرائم السب والقذف عبر الإنترنت، حيث يتصور توافر شرط العلنية في القذف والسب عبر شبكات التواصل الاجتماعي إذا دخل أكثر من شخص عبر التقنية وتواجد فشايد أو سمع أو قرأ كل ما تداول من قذف أو سب عبر التقنية ، وبذلك تتحقق العلنية التي يتطلبها القانون ، وإذا اقتصر الأمر على المجنى عليه وحده فإن المادة 26 من قانون جرائم تقنية المعلومات المشار إليها تكفل الحماية الجنائية ضد التعدي علي الاعتبار والشرف⁽³⁾ .

(1) راجع الفصل الثاني من الباب الثالث من القانون 175 لسنة 2018 بتقنية المعلومات .

(2) د/هناء مصطفى الخيري : الجرائم المعلوماتية وتقنين العملات الرقمية - مرجع سابق - ص 113 .

(3) راجع الفصل الثالث من الباب الثالث من القانون 175 لسنة 2018 بتقنية المعلومات .

كما تناول المشرع في الفصل الرابع من القانون الجرائم المرتكبة من مدير الوقف ، وفي الفصل الخامس منه تناول المسؤولية الجنائية لمقدمي الخدمة ، وفي الفصل السادس تناول الظروف المشددة للجريمة ، أما في الفصل السابع فتناول المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري ، وفي الفصل الثامن تناول المشرع العقوبات التبعية ، وفي الفصل التاسع تناول المشرع الشروع والاعفاء من العقوبة وأحكام الصلح والتصلح .

أما الباب الرابع من القانون فقد خصصه المشرع للأحكام الانتقالية والختامية ، حيث ألزم المشرع مقدمو الخدمة والمخاطبين بأحكام القانون والتزاماته باتخاذ الإجراءات اللازمة لتقنين أوضاعهم خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون⁽¹⁾ .

المبحث الثاني

القواعد الواردة قانون تنظيم الاتصالات والمعلومات رقم 10 لسنة 2003

في إطار ملاحقة الثورة الرقمية فقد بادر المشرع المصري بإصدار قانون تنظيم الاتصالات رقم 10 لسنة 2003 ، وذلك بهدف تنظيم جميع أنواع الاتصالات ، إلا ما استثني بنص خاص ، سواء كانت هذه الاتصالات سلكية أو لاسلكية ، وصدر القانون في ثمانية أبواب تتضمن 87 مادة ، ونعرض فيما يلي لأهداف القانون ، وما جاء به من قواعد جديدة على النحو الآتي :

المطلب الأول : ما يهدف إليه القانون .

المطلب الثاني : ما جاء به القانون من قواعد جديدة .

المطلب الأول

ما يهدف إليه قانون تنظيم الاتصالات رقم 10 لسنة 2003 وعلاقته بالتحول الرقمي

انعكس التطور الحاصل في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات على تطور وسائل الاتصالات ، ولوحظ التطور الكبير الذي لحق بهذه الوسائل ، وهو ما حدا بالمشرع إلى التدخل لتنظيم هذا المجال ، وكان هذا التدخل بهدف الاستفادة من ادماج وسائل الاتصالات ، وما تتصل به من شبكات ونظم معلومات في النظم المعلوماتية للدولة وتحت إطار المنظومة المعلوماتية المتطورة .

ويهدف المشرع بهذا القانون إلى مواجهة الأفعال غير المشروعة بإساءة استعمال هذه الوسائل والتقنيات في التعدي على حرمة الحياة الخاصة والإزعاج ، وكذلك يهدف من جهة أخرى إلى منع الاعتداء على وسائل الاتصال وما يرتبط بها من شبكات .

(1) راجع المادة 43 من قانون تقنية المعلومات رقم 175 لسنة 2018 في بابه الرابع .

كما يسعى المشرع من خلال قانون تنظيم الاتصالات إلى مواجهة انتشار حيازة واستخدام وتشغيل وتركيب وتسويق واستيراد معدات الاتصالات بدون الحصول على تصريح من الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات.

كما يسعى المشرع إلى ملاحقة التطورات العالمية الحاصلة في مجال الاتصالات ، وكذلك مواكبة القفزات التكنولوجية ومواجهة انتشار وتشغيل معدات الاتصالات التي تؤثر على الأمن القومي المصري.

مواكبة متطلبات العصر والتماسي مع ما يحدث في سوق الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات التي تطرأ على هذا المجال ولاسيما الممارسات الضارة والجرائم التي ترتكب بواسطة وسائل الاتصالات المختلفة، فألزم المشرع مشغلو ومقدمو خدمات الاتصالات والتابعين لهم ، وكذلك مستخدمي هذه الخدمات بعدم استخدام أية أجهزة لتشفير خدمات الاتصالات إلا بعد الحصول على موافقة الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات والقوات المسلحة وأجهزة الأمن القومي⁽¹⁾

كما يهدف القانون إلى تحقيق الردع الكامل بسبب عدم كفاية النصوص القائمة من تحقيق الردع بصورتيه العام والخاص، فتضمن القانون العقوبات السالبة للحرية التي تصل للسجن ، والعقوبات المالية التي تتمثل في عقوبة الغرامة الكبيرة .

علاقة قانون تنظيم الاتصالات رقم 10 لسنة 2003 بالتحول الرقمي :

لا أحد ينكر علاقة التحول الرقمي بتطور وتقدم وسائل الاتصالات ، ولقد عنى قانون الاتصالات بالتراخيص والتصاريح الخاصة بإنشاء شبكات الاتصالات التي تعد البنية الأساسية للتحول الرقمي .

المطلب الثاني

الإضافات التي جاء بها قانون تنظيم الاتصالات رقم 10 لسنة 2003

تضمن هذا القانون في بابه الأول بعض التعريفات المتعلقة بتطبيق القانون كالجهاز القومي للاتصالات والوزير المختص ومفهوم الاتصالات وشبكة الاتصالات والمستخدم ومقدم الخدمة والمشغل والمعدات وأجهزة الاتصالات الطرفية والبنية الأساسية والأمن القومي ، وغيرها من المصطلحات ، كما تضمن هذا الباب ضوابط خدمات الاتصالات من علانية وحماية المنافسة الحرة وتوفير الخدمات الشاملة ، وحماية حقوق المستخدمين⁽²⁾ .

(1) المادة 64 من قانون تنظيم الاتصالات رقم 10 لسنة 2003

(2) د/ خالد سامي السيد :الأمن القومي الإلكتروني وجرائم المعلومات -مرجع سابق - ص 208 .

ولقد استحدثت المشرع بهذا القانون في بابه الثاني إنشاء الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات الذي يهدف إلى ضمان وصول خدمات الاتصالات إلى جميع المناطق ، وحماية الأمن القومي وضمان الاستخدام الأمثل للطيف الترددي

كما تناول المشرع في الباب الثالث من القانون التراخيص والتصاريح الخاصة بإنشاء شبكات الاتصالات ، فتناول هذا القانون بالتجريم إنشاء شبكات الاتصالات بدون ترخيص ، وكذلك الالتزام بعدم استخدام أية أجهزة لتشفير خدمات الاتصالات ، وكذلك جرم المشرع هدم أو إتلاف شيئاً من المباني أو المنشآت المخصصة لشبكات الاتصالات أو لبنيتها الأساسية أو لخط من خطوط الاتصالات أو جعلها كلها أو بعضها غير صالحة للاستعمال بأية كيفية بحيث يترتب على ذلك انقطاع لاتصالات ولو مؤقتاً .

وفي الباب الرابع تناول المشرع ضوابط إدارة الطيف الترددي وترخيص استخدامه ، وفي الباب الخامس تناول المشرع منح الترخيص وضوابطه للشركة المصرية للاتصالات ، وفي الباب السادس تناول المشرع الأمن القومي والتعبئة العامة ، واشرك مع الجهاز القوات المسلحة والجهات المختصة بالدولة خطة مسبقة لتشغيل الشبكات .

وفي الباب السابع تناول المشرع العقوبات المقررة لهدم أو إتلاف شيئاً من المباني أو المنشآت المخصصة لشبكات الاتصالات أو لبنيتها التحتية⁽¹⁾ .

كما جرم المشرع في المادة 72 من ذات القانون من قام بدون ترخيص من الجهاز بإنشاء أو تشغيل شبكات الاتصالات أو إنشاء بنية أساسية لشبكات الاتصالات أو تقديم الخدمات أو تمرير المكالمات التلفونية الدولية بأية طريقة كانت .

وفي إطار حماية الخصوصية عالج المشرع في المادة 73 من القانون منع إذاعة أو نشر أو تسجيل لمضمون رسالة اتصالات دون سند قانوني ، أو إفشاء أية معلومات خاصة بمستخدمي شبكات الاتصالات .

وفيما يتعلق بالإزعاج والمضايقات بوسائل الاتصالات تناول المشرع في المادة 76 من قانون تنظيم الاتصالات رقم 10 لسنة 2003 على أنه أن مع عدم الإخلال بالحق في التعويض المناسب يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:

- 1- استخدم أو ساعد على استخدام وسائل غير مشروعة لإجراء اتصالات .
- 2- تعمد إزعاج أو مضايقة غيره بإساءة استعمال أجهزة الاتصالات .

(1) المادة 71 من قانون تنظيم الاتصالات رقم 10 لسنة 2003 .

وإذا كان قانون العقوبات قد نظم بعض الجرائم ، كما ورد في نص المادة 166 مكرراً من قانون العقوبات على أنه :- " كل من تسبب عمداً في إزعاج غيره بإساءة استعمال أجهزة المواصلات التليفونية يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين "

وتنص المادة 308 مكرر عقوبات أن :- " كل من قذف بغيره بطريق التليفون يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 303 ، وكل من وجه إلى غيره بالطريق المشار إليه بالفقرة السابقة سباً لا يشتمل على إسناد واقعة معينة بل يتضمن بأي وجه من الوجوه خدشاً للشرف أو الاعتبار يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 306 ، وإذا تضمن العيب أو القذف أو السب الذي ارتكب بالطريق المبين بالفقرتين السابقتين طعناً في عرض الأفراد أو خدشاً لسمعة العائلات يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 308 "

ومفاد ما تقدم أن الفقرة الثانية من المادة 76 من القانون جرمت فعل الإزعاج العمدي أو المضايقة المتعمدة للغير عن طريق إساءة استعمال أجهزة الاتصالات والمقصود بالإزعاج أو المضايقة هنا هو أن يقوم أحد الأشخاص باستعمال أجهزة الاتصالات بطريقة يزعج بها الطرف الآخر أو يضايقه وجرم المشرع هذا الفعل إذا ما وقع عن طريق أي جهاز اتصالات سواء كان التليفون أو جهاز الحاسب الآلى المستقبل للبيانات والمعلومات أو البريد الإلكتروني أو الرسائل الإلكترونية أو الانترنت أو الاتصال التليفزيوني أو غيرها من وسائل الاتصالات الأخرى فأي إزعاج أو مضايقة تتم عبر جميع هذه الأجهزة يشكل جريمة طبقاً للمادة 76 في فقرتها الثانية من قانون الاتصالات فمن يقوم بإرسال رسائل عبر شبكة الانترنت أو على التليفون المحمول تتضمن إزعاجاً أو مضايقة لمستقبلها يكون مرتكباً لهذه الجريمة وعلى القاضى تحديد ما إذا كان الفعل المرتكب يشكل إزعاجاً أو مضايقة للمتلقى من عدمه فهي مسألة موضوعية تختلف من حالة إلى حالة أخرى (1)

المبحث الثالث

القواعد الواردة في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004

لم يقتصر أثر التحول الرقمي علي مجالات معينة بل أثر هذا التحول علي كافة المجالات ومنها المجالات التجارية، حيث تطور ذلك الأمر إلي التجارة الإلكترونية عبر الانترنت.

(1) د/هناء مصطفى الخبيري : الجرائم المعلوماتية وتقنين العملات الرقمية - مرجع سابق - ص 114 .

ولذلك فقد صدر القانون رقم 15 لسنة 2004 ، ونري أن هذا القانون وثيق الصلة بجرائم التحول الرقمي ، بل وأن قواعده تكاد تكون مرتبطة بالثورة الرقمية ارتباطاً وثيقاً ، ونعرض فيما يلي لأهداف القانون ، والقواعد التي أضافها القانون علي النحو الآتي :

المطلب الأول : أهداف قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 .

الطلب الثاني : القواعد الجديدة التي أضافها القانون .

المطلب الأول

أهداف قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 وعلاقته بالتحول الرقمي

صدر هذا القانون متضمناً ثلاثين مادة ، ويهدف المشرع من وراءه استخدام الوسائل الإلكترونية في تحرير وتبادل وحفظ المستندات، بما يحفظ حقوق المتعاملين بما يضمن مصداقية وقانونية المعاملات الإلكترونية في آن واحد ، ولقد تضمن القانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، ويعتبر هذا القانون هو أول تشريع مصري لتنظيم المعاملات الإلكترونية، سواء المعاملات الحكومية أو التجارية أو الإدارية .

كما يهدف القانون إلي إضفاء حجية الإثبات القانونية للكتابة الإلكترونية وللتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ليكون لهما نفس الحجية القانونية في الإثبات للكتابة العادية وللتوقيع العادي المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية .

ومن أهداف القانون أيضاً إنشاء ما يسمى بالمحرر الإلكتروني وتعريفه وإعطاؤه نفس مفهوم المحرر الكتابي سواء من جواز اعتباره محرراً إلكترونياً عرفياً أو محرراً إلكترونياً رسمياً وفقاً لمفهوم المحررات العرفية والرسمية الموجودة في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية

ومن جهة أخرى فإن القانون يستهدف توسيع نطاق تطبيق التوقيع الإلكتروني وفقاً لهذا القانون يشمل جميع المعاملات التي يجوز إتمامها إلكترونياً وهي المعاملات المدنية والتجارية والإدارية بشرط أن تكون موقعة إلكترونياً وفقاً للشروط والضوابط التي وضعها القانون ولائحته التنفيذية.

ولقد استحدث القانون إنشاء هيئة عامة تسمى هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات تكون لها شخصية اعتبارية عامة وتتبع وزير الاتصالات والمعلومات تختص أساساً بإصدار التراخيص اللازمة لمزاولة نشاط خدمات التوقيع الإلكتروني وغيرها من الأنشطة الأخرى في مجال المعاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات، كما أعطى القانون لهذه الهيئة الحق في إدارة وتنظيم قطاع المعاملات الإلكترونية بصفة عامة بل وفي رقابة المرخص لهم بالعمل في هذا القطاع واتخاذ الإجراءات اللازمة نحو ضمان حسن سير هذا القطاع بما يتفق مع الصالح العام وسياسة الدولة في هذا الشأن ، وتهدف هذه الهيئة إلي تحقيق عدد من الاغراض في

مقدمتها تشجيع وتنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، نقل التكنولوجيا المتقدمة للمعلومات وتحقيق الاستفادة منها، زيادة فرص تصدير خدمات الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات ومنتجاتها، الإسهام في تطوير وتنمية الجهات العاملة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.⁽¹⁾

كما تهدف إلى توجيه وتشجيع وتنمية الاستثمار في مجال صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، رعاية المصالح المشتركة لأنشطة تكنولوجيا المعلومات، دعم البحوث والدراسات في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وتشجيع الاستفادة بنتائجها، تشجيع ودعم المشروعات الصغيرة والمتوسطة في مجال استخدام وتوظيف آليات المعاملات الإلكترونية، تنظيم نشاط خدمات التوقيع الإلكتروني وغيرها من الأنشطة في مجال المعاملات الإلكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات .

ولقد حرص المشرع على إلزام الجهات التي تقدم خدمات التصديق الإلكتروني، أو الخدمات المتعلقة بالتوقيعات الإلكترونية بالحصول على التراخيص اللازمة لهذا النشاط من هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، وبما يضمن توافر الثقة والرقابة اللازمة لصحة وسلامة المعاملات الإلكترونية.

ويسعي القانون إلى وضع المبادئ والشروط العامة الأساسية لتنظيم التوقيع الإلكتروني وترك أمر الضوابط الفنية والتقنية التفصيلية لأحكام هذا التنظيم لللائحة التنفيذية للقانون، وذلك لما لهذه الشروط من أبعاد فنية وتقنية دقيقة يتعذر وضعها في متن القانون، كما أن لوجود هذه الضوابط الفنية داخل اللائحة التنفيذية ضرورة أخرى وهى سهولة تعديلها إذا اقتضى الأمر ذلك، حيث أن تلك الضوابط تكون عرضة للتغيير نظراً للتطور التقنى السريع والمستمر فى مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

وكذلك يعمل القانون علي مواجهة بعض الجرائم التي من الممكن أن تقع فى مجال المعاملات الإلكترونية وتحديداً على التوقيع الإلكتروني والمحرر الإلكتروني وما يرتبط بهما، وذلك تحقيقاً لمبدأ الردع العام والخاص فى هذا المجال، وبقصد دعم الثقة فى التوقيع الإلكتروني وفى المحرر الإلكتروني وتشجيع التعامل بهما دون تخوف من أى فعل إجرامي قد يكون من شأنه حصوله هدم التعامل الإلكتروني بصفة عامة.

علاقة قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 بالتحول الرقمي :

يعتبر قانون التوقيع الإلكتروني وثيق الصلة بالتحول الرقمي حيث تكفل بوضع المبادئ والشروط العامة الأساسية لتنظيم التوقيع الإلكتروني ، وكذلك مواجهة بعض الجرائم التي من الممكن أن تقع فى مجال المعاملات الإلكترونية وتحديداً على التوقيع الإلكتروني والمحرر الإلكتروني وما يرتبط بهما،

(1) المادة الثالثة من القانون 15 لسنة 2004 .

كما أن القانون تبني فكرة التوقيع الإلكتروني ، وذلك بدعم الثقة فيه وفي الحرر الإلكتروني وتشجيع التعامل بهما دون تخوف من أي فعل إجرامي قد يكون من شأنه حصوله هدم التعامل الإلكتروني بصفة عامة.

وأيضاً تبني المشرع في هذا القانون استخدام الوسائل الإلكترونية في تحرير وتبادل وحفظ المستندات، بما يحفظ حقوق المتعاملين بما يضمن مصداقية وقانونية المعاملات الإلكترونية في آن واحد .

المطلب الثاني

القواعد الجديدة التي أضافها قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004

يمكن القول أن قانون التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية تكنولوجيا المعلومات ، يهدف الطريق لعمل الحكومة الإلكترونية التي تشمل المعاملات الإدارية الحكومية وخدمات المواطنين بشكل عام ومنها التصاريح المختلفة والخدمات التي تقدمها الجمارك والضرائب ومصالح الأحوال المدنية، وكذلك ما يقدم إلى الجهات الحكومية من طلبات والتي من الممكن ووفقاً لهذا القانون أن تتم عن طريق المحررات الإلكترونية التي تصدرها الجهات المشار إليها ويتم توقيعها من قبل الموظفين العموميين في هذه الجهات مما يضمن على تلك المحررات الإلكترونية الحكومية صفة المحررات الرسمية بسبب قيام الموظف العام للتوقيع عليها إلكترونياً، ويستهدف هذا كله رفع كفاءة العمل الإداري، والارتقاء بمستوى أداء الخدمات الحكومية بما يتفق مع إيقاع العصر.

كما أن هذا القانون يهدف الطريق لانتشار المعاملات التجارية الإلكترونية، وتشمل كل معاملة ذات طابع تجارى في مجالات التعامل المختلفة مثل البيوع وغيرها من العقود والتصرفات القانونية التجارية الأخرى والاستيراد والتصدير وباقي التعاقدات وحجز تذاكر السفر والفنادق، والمعاملات المصرفية بكل أنواعها والتي تتم في شكل محرر إلكتروني موقع توقيعاً إلكترونياً.

وكذلك فإن هذا القانون مهد الطريق للمعاملات المدنية الإلكترونية، وتشمل كل معاملة إلكترونية مدنية الطابع سواء بالنظر إلى طرفيها أو إلى أحد طرفيها فحسب، والتي تخرج عن مفهوم المعاملات التجارية وبديهي أن الحاجة إلى منح حجية للتوقيع الإلكتروني في هذا الصدد من شأنه تشجيع تعامل المدنيين، غير التجار، مع بعضهم البعض ومع التجار، عبر شبكات الاتصالات والمعلومات ومن بينها شبكة الإنترنت.

ولقد تبني المشرع الاعتراف للتوقيع الإلكتروني، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، بذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، إذا روعي في إنشائه وإتمامه

الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون⁽¹⁾ .

كما يكون للكتابة الإلكترونية وللمحركات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون⁽²⁾ .

كما يكون للصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيها مطابقة لأصل هذا المحرر، وذلك ما دام المحرر الإلكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني موجودين على الدعامة الإلكترونية⁽³⁾ .

و تسري في شأن إثبات صحة المحركات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحته التنفيذية الأحكام المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية⁽⁴⁾ .

يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية بالحجية في إثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية: (أ) ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره. (ب) سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني. (ج) إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني. وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط الفنية والتقنية اللازمة لذلك⁽⁵⁾ .

نكاد نجزم أن جريمة تزوير البيانات عبر التقنيات الرقمية يمكن أن يطبق عليها قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 حيث تضمن هذا القانون أن الكتابة الإلكترونية هي : كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك .

أما المحرر الإلكتروني فهو : رسالة تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج ، أو تخزن ، أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة .

(1) انظر المادة 14 من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 .

(2) انظر المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 .

(3) انظر المادة 16 من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 .

(4) انظر المادة 17 من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 .

(5) انظر المادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 .

أما التوقيع الإلكتروني فهو: ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره .

ولقد تضمن القانون أنه مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قانون العقوبات أو في أي قانون آخر، يعاقب بلحبس وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من: (أ) أصدر شهادة تصديق إلكتروني دون الحصول على ترخيص بمزاولة النشاط من الهيئة. (ب) أ تلف أو عيب توقيعاً أو وسيطاً أو محرراً إلكترونياً، أو زور شيئاً من ذلك بطريق الاصطناع أو التعديل أو التحوير أو بأي طريق آخر. (ج) استعمل توقيعاً أو وسيطاً أو محرراً إلكترونياً معيماً أو مزوراً مع علمه بذلك. (د) خالف أيّاً من أحكام المادتين (19)، (21) من هذا القانون. (هـ) توصل بأية وسيلة إلى الحصول بغير حق على توقيع أو وسيط أو محرر إلكتروني، أو اخترق هذا الوسيط أو اعترضه أو عطله عن أداء وظيفته. وتكون العقوبة على مخالفة المادة (13) من هذا القانون، الغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه. وفي الحالة العود تزداد بمقدار المثل العقوبة المقررة لهذه الجرائم في حديها الأدنى والأقصى. وفي جميع الأحوال يحكم بنشر حكم الإدانة في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار، وعلى شبكات المعلومات الإلكترونية المفتوحة على نفقة المحكوم عليه⁽¹⁾.

ومما تقدم يتضح أن جريمة تزوير المحررات والبيانات عبر التقنيات الرقمية من الممكن أن تخضع لأحكام القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات ، ومن ثم يمكن القول بأن هذا القانون يمكن أن يغطي جرائم التزوير التي ترتكب عبر الأجهزة الرقمية .

المبحث الرابع

القواعد الواردة في قانون حماية البيانات الشخصية المصري رقم 151 لسنة 2020

أدت الثورة التكنولوجية في مجال الاتصالات وازدياد الاعتماد عليها من قبل الجميع ، سواء الحكومات والأفراد إلى ازدياد المخاطر المصاحبة لاستخدام هذه التقنيات من تكنولوجيا الاتصالات في أشكالها المختلفة وخاصة المخاطر الخاصة بالاعتداء على الحق في الخصوصية، والتي تمثلت في معظم الأحوال في انتهاك الحق في سرية البيانات الشخصية .

وهو ما حدا بالمشرع إلي إصدار قانون حماية البيانات الشخصية رقم 151 لسنة 2020 ، والذي يهدف إلي زيادة حجم التجارة الإلكترونية ، وهو ما حرص المشرع علي إقراره في هذا القانون ، ونعرض فيما يلي لأهداف القانون ، ثم نعرض للقواعد المستحدثة في هذا القانون علي النحو الآتي :

(1) انظر الماد 23 من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 .

- المطلب الأول : أهداف القانون وعلاقته بالتحول الرقمي .
المطلب الثاني : القواعد المستحدثة التي جاء بها هذه القانون .

المطلب الأول

أهداف قانون حماية البيانات الشخصية رقم 151 لسنة 2020 وعلاقته بالتحول الرقمي

يُعد القانون 151 لسنة 2020 بشأن حماية البيانات الشخصية خطوة طال انتظارها لأنه من القوانين الهامة التي تسعى لاستعادة الحق في الخصوصية بعد تعرضه لسلسلة من الانتهاكات في الفترة الأخيرة، كما أنه يُعد أحد القوانين المكتملة للدستور المصري الصادر عام 2014، حيث حظي الحق في الخصوصية بعناية خاصة في الدستور المصري الذي اعتبره حقاً من الحقوق الدستورية .

ومن أهم أهداف هذا القانون هو تكريس حماية البيانات الشخصية ، حيث نص القانون على أنها يجوز جمع البيانات الشخصية أو معالجتها أو الإفصاح عنها أو إفشائها بأي وسيلة من الوسائل إلا بموافقة صريحة من الشخص المعنى بالبيانات، أو في الأحوال المصرح بها قانوناً. ويكون للشخص المعنى بالبيانات الحقوق الآتية:

- ١ - العلم بالبيانات الشخصية الخاصة به الموجودة لدي أي حائز أو متحكم أو معالج والاطلاع عليها والوصول إليها أو الحصول عليها.
- ٢ - العدول عن الموافقة المسبقة على الاحتفاظ ببياناته الشخصية أو معالجتها.
- ٣ - التصحيح أو التعديل أو الحو أو الإضافة أو التحديث للبيانات الشخصية.
- ٤ - تخصيص المعالجة في نطاق محدد.
- ٥ - العلم والمعرفة بأي خرق أو انتهاك لبياناته الشخصية.

٦ - الاعتراض على معالجة البيانات الشخصية أو نتائجها متى تعارضت مع الحقوق والحريات الأساسية للشخص المعنى بالبيانات. وباستثناء البند (٥) من الفقرة السابقة، يؤدي الشخص المعنى بالبيانات مقابل تكلفة الخدمة المقدمة إليه من المتحكم أو المعالج فيما يخص ممارسته لحقوقه، ويتولى المركز إصدار قرارات تحديد هذا المقابل بما لا يتجاوز عشرين ألف جنيه⁽¹⁾ .

ومن أهداف القانون أيضاً أنه حظر على المتحكم أو المعالج سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً جمع بيانات شخصية حساسة أو نقلها أو تخزينها أو حفظها أو معالجتها أو إتاحتها إلا بترخيص من المركز.

(1) المادة الثانية من قانون حماية البيانات الشخصية رقم 151 لسنة 2020.

وفيما عدا الأحوال المصرح بها قانوناً، يلزم الحصول على موافقة كتابية وصریحة من الشخص المعنى. وفي حالة إجراء أي عملية مما ذكر تتعلق ببيانات الأطفال، يلزم موافقة ولي الأمر ، ويجب ألا تكون مشاركة الطفل في لعبة أو مسابقة أو أي نشاط آخر مشروطة بتقديم بيانات شخصية للطفل تزيد على ما هو ضروري للمشاركة في ذلك ، وذلك كله وفقاً للمعايير والضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون⁽¹⁾.

ومن الأهداف الهامة أيضاً لهذا القانون تنظيم عمليات التسويق الإلكتروني ، حيث حظر إجراء أي اتصال إلكتروني بغرض التسويق المباشر للشخص المعنى بالبيانات، إلا بتوافر الشروط الآتية:

- ١ - الحصول على موافقة من الشخص المعنى بالبيانات.
- ٢ - أن يتضمن الاتصال هوية منشئه ومرسله.
- ٣ - أن يكون للمرسل عنوان صحيح وكاف للوصول إليه.
- ٤ - الإشارة إلى أن الاتصال الإلكتروني مرسل لأغراض التسويق المباشر.
- ٥ - وضع آليات واضحة وميسرة لتمكين الشخص المعنى بالبيانات من رفض الاتصال الإلكتروني أو العدول عن موافقته على إرسالها⁽²⁾.

كما ألزم القانون المرسل لأي اتصال إلكتروني بغرض التسويق المباشر بالالتزامات الآتية:

- ١ - الغرض التسويقي المحدد.
- ٢ - عدم الإفصاح عن بيانات الاتصال للشخص المعنى بالبيانات.
- ٣ - الاحتفاظ بسجلات إلكترونية مثبت بها موافقة الشخص المعنى بالبيانات وتعديلاتها، أو عدم اعتراضه على استمراره، بشأن تلقي الاتصال الإلكتروني التسويقي وذلك لمدة ثلاث سنوات من تاريخ آخر إرسال ، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون القواعد والشروط والضوابط المتعلقة بالتسويق الإلكتروني المباشر⁽³⁾.

علاقة القانون رقم 151 لسنة 2020 بشأن حماية البيانات الشخصية بالتحول الرقمي :

أصدر المشرع المصري قانون حماية البيانات الشخصية في محاولة منه لمسايرة التقدم المذهل في الاتصالات والتكنولوجيا ، فهو يعد خطوة على الطريق الصحيح نحو التنمية الاقتصادية لمصر بوجه عام و دفعه للأمام

(1) المادة 12 من قانون حماية البيانات الشخصية رقم 151 لسنة 2020.

(2) المادة 17 من قانون حماية البيانات الشخصية رقم 151 لسنة 2020.

(3) المادة 18 من قانون حماية البيانات الشخصية رقم 151 لسنة 2020.

للاقتصاد الرقمي و التجارة الإلكترونية بوجه خاص ، وذلك عبر كفالة الحماية القانونية للبيانات الشخصية

ولقد نظم المشرع في هذا القانون عمليات التسويق الإلكتروني والتي جاء تعريفها في المادة الأولى منه مرتكزاً على إرسال أي رسالة أو بيان أو محتوى إعلاني أو تسويقي بأي وسيلة تقنية أياً كانت طبيعتها أو صورتها تستهدف بشكل مباشر أو غير مباشر ترويج سلع أو خدمات أو التماسات أو طلبات تجارية أو سياسية أو اجتماعية أو خيرية موجهة إلى أشخاص بعينهم .

المطلب الثاني

الاضافات التي جاء بها القانون رقم 151 لسنة 2020 بشأن حماية البيانات الشخصية

في مصر يستخدم أكثر من نصف عدد السكان المصريين تقريباً وسائل الاتصالات، كما قفز حجم التجارة الإلكترونية في مصر في ذات العام الى نحو ملياري دولار، وهي أرقام تؤكد نمو هذه السوق بشكل كبير وتؤكد ضرورة حماية رواد هذه السوق حفاظاً على الثقة فيها، وبالتالي ضمان استمرارية ازدهارها .

ولما كانت حماية البيانات الشخصية تُعد مكوناً رئيساً في ازدهار التجارة الإلكترونية، فإن وجود الإطار التشريعي المناسب لفرض تلك الحماية يعزز من ثقة الأفراد في التعامل عبر الإنترنت مما يعد عاملاً رئيساً لازدهار التجارة الإلكترونية .

وجاء القانون رقم 151 لسنة 2020 بإصدار قانون حماية البيانات الشخصية المصري متوجاً للجهود المصرية الساعية لدفع عجلة التجارة الإلكترونية في البلاد.

وقد جاء القانون في 49 مادة بخلاف مواد الإصدار، مقسماً إلى أربعة عشر فصلاً تناولت جميع أحكامه وتصنيفات المخاطبين بها وحقوقهم وواجباتهم.

ولقد جاء الفصل الأول في مادة واحدة حوت التعريفات المستخدمة لاحقاً في القانون ومنها تعريف البيانات الشخصية والبيانات الشخصية الحساسة والشخص المعني بالبيانات و الحائز والمتحكم في البيانات وغيرها، وحددت المادة الوزير المختص بالوزير المعني بشؤون الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات.

ويلاحظ على تلك المادة أنها حاولت الاهتداء بلائحة الاتحاد الأوروبي لحماية البيانات الشخصية في صياغة العديد من التعريفات، وإن خالفت بعض تعريفاتها تارة وخلت من بعضها تارة أخرى.

فقد خلا القانون مثلاً من تعريف "رضاء المعني بالبيانات" وهو تعريف ورد دقيقاً في اللائحة الأوروبية ويحل مشكلات عديدة تتعلق بنطاق الرضا والموافقة على معالجة البيانات، والجدير بالذكر أن طبيعة رضا الشخص المعني بالبيانات على المعالجة تعد محوراً للعديد من النزاعات القضائية أو الإدارية بين المستخدمين أو الحكومات و شركات تقديم خدمات الإنترنت العملاقة .

كما غير القانون في تعريف "المتحكم"، حيث ورد بالتعريف بعد أن ذكر أنه الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحدد طرق و أسلوب ومعايير المعالجة، عاد وذكر أنه يحدد طرق ومعايير التحكم في البيانات، وهو تزايد غير منتج في المعنى الحقيقي للمتحكم.

كما جاء الفصل الثاني في مادتين وضحتنا الأحكام الخاصة بحقوق الشخص المعني بالبيانات وشروط جمع ومعالجة البيانات، وعلى الأخص عدم جواز جمع أو معالجة البيانات إلا بموافقة المعني بها وكذا إعطاؤه إمكانية رفضه لذلك في أية مرحلة و العدول عن موافقته المسبقة.

وجاء الباب الثالث من القانون في أربع مواد تتضمن التزامات المتحكم والمعالج بما في ذلك التراخيص اللازم الحصول عليها لممارسة النشاط والالتزام بإمسك سجلات تحوي تفاصيل عمليات المعالجة و الالتزام بالإخطار عن أي خرق أمني للمعلومات.

أما الفصل الرابع، فجاء في مادتين تناولتا تعيين مسئول حماية البيانات الشخصية وهو الشخص المسئول عن حسن تنفيذ أحكام القانون داخل الكيان الذي يعمل به، وحددت المادتان طرق تعيينه وواجباته بالتفصيل.

كما تناول الفصل الخامس والسادس إجراءات إتاحة البيانات وشروط الإتاحة مع إعطاء الدليل الرقمي المستمد من البيانات الشخصية الحجية القانونية للأدلة المستمدة من المعلومات الخاطئة، وتناول الفصل السادس كل ما يتعلق بالتعامل على البيانات الشخصية الحساسة وبيانات الأطفال. وحدد الفصل السابع إجراءات نقل البيانات الشخصية عبر الحدود والاستثناءات الواردة على الشروط الموضوعية لذلك.

كما نظم الفصل الثامن من القانون عمليات التسويق الإلكتروني والتي جاء تعريفها في المادة الأولى من القانون مرتكزاً على إرسال أي رسالة أو بيان أو محتوى إعلاني أو تسويقي بأي وسيلة تقنية أياً كانت طبيعتها أو صورتها تستهدف بشكل مباشر أو غير مباشر ترويج سلع أو خدمات أو التماسات أو طلبات تجارية أو سياسية أو اجتماعية أو خيرية موجهة إلى أشخاص بعينهم.

وجدير بالذكر في هذا المقام أن أياً من المادة الأولى أو الفصل الثامن أتى على ذكر أو تعريف للملفات تعريف الارتباط (cookies) والمستخدم بشكل أساسي لأغراض التسويق وما جاءت تلك المواد منظمة لاستخدام تلك الملفات ولا طريقة محددة وواضحة لإلغاء استخدامها وهو أمر لو توفر لساعد بشكل كبير على حماية خصوصية المستخدمين للمواقع التي تستخدم تلك التقنية للأغراض الإعلانية مكتفياً في ذلك بالإحالة إلى اللائحة التنفيذية.

وتُعد الفصول من التاسع إلى الحادي عشر من أهم فصول القانون فقد نصت على إنشاء مركز حماية البيانات الشخصية، وهي الهيئة المنوط بها مراقبة حسن تطبيق القانون بالإضافة إلى وضع القواعد العامة والنظم واستراتيجيات حماية البيانات الشخصية في مصر ووضع إجراءات وشروط إصدار التراخيص المختلفة في إطار تنفيذ أحكام القانون، وحدد الفصل تشكيل الهيئة واختصاصاتها وحدد الفصل الحادي وموازنة المركز وموارده المالية.

الفصل الثاني عشر نظم الطلبات والشكاوى التي يمكن للمعني بالبيانات تقديمها لكل من المتحكم والمعالج والإطار الزمني الممنوح كلا منهما للرد على ذلك الطلب أو تلك الشكاوى.

ونص على أن تقدم الشكاوى إلى المركز ، وله في ذلك اتخاذ ما يلزم من إجراءات التحقيق ، وعليه أن يصدر قراره خلال ثلاثين يوم عمل من تاريخ تقديمها إليه، على أن يخطر الشاكي والمشكو في حقه بالقرار ، ويلتزم المشكو في حقه بتنفيذ قرار المركز خلال سبعة أيام عمل من تاريخ إخطاره به ، وإفادة المركز بما تم نحو تنفيذه.

أما الفصل الثالث عشر والرابع عشر فقد نظم إعطاء صفة الضبطية القضائية للعاملين بالمركز والعقوبات المقررة لمخالفة أحكام القانون إضافة إلى تنظيم طرق التصالح عن بعض من تلك المخالفات.

فعاقد بالغرامة التي لا تقل عن 100 ألف جنيهاً ولا تتجاوز مليون جنيهاً وذلك على المتحكم والمعالج والحائز الذي يفشي ما لديه من بيانات أو إتاحتها في غير الأحوال المعاقب عليها قانوناً، والجدير بالذكر هنا أن القانون لم ينظم عمل "الحائز" للبيانات فلا يتصور أصلاً حالة حيازة الحائز لتلك البيانات بسبب قانوني.

وعاقب بالعقوبة ذاتها المتحكم أو المعالج الذي يمنع الشخص المعني بالبيانات من ممارسة حقوقه المخولة له بالقانون.

وارتفعت العقوبة مجديها الأدنى والأقصى لتصبح الغرامة من 500 ألف جنيهاً إلى 5 ملايين جنيهاً في حالة مخالفة أحكام التصاريح أو التراخيص.

وتبنى القانون فكرة عقابية جديدة نسبياً تعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري بالعقوبات ذاتها المقررة عن الأفعال المخالفة لأحكام هذا القانون، إذا ثبت علمه بها وفي حالة أن أسهم إخلاله بواجباته في وقوعها.

والقانون وإن قصد منه أن يكون متماشياً مع روح اللائحة الأوروبية، فإنه ومن ناحية أخرى قد نجد اختلافات جوهرية بينه وبين القواعد الأوروبية التي تعد القواعد الذهبية عندما يتعلق الأمر بالحماية القانونية للبيانات الشخصية، من أهم تلك الفروق ما تضمنته المادة 20 من القانون و الخاصة بتشكيل مركز حماية البيانات المصري، حيث جاء تشكيل المركز غير محقق لشرط الحياد والاستقلال الذي أكدته قواعد الاتحاد الأوروبي، حيث نصت المادة على أن يترأس الجهاز رئيس الوزراء ويتكون من أعضاء ممثلين عن

وزارات الحكومة، بعكس الأجهزة المماثلة في الدول الأوروبية والتي جاء تشكيلها من خبراء مستقلين و أعضاء برلمانيين وقضاة مثل مركز حماية المعلومات و الحريات الفرنسي، وذلك توافقاً مع قواعد حماية البيانات الأوروبية.

ونخلص مما تقدم إلي أن إصدار المشرع المصري لقانون حماية البيانات الشخصية يعد خطوة على الطريق الصحيح نحو التنمية الاقتصادية لمصر بوجه عام و دفعه للأمام نحو الاقتصاد الرقمي و التجارة الإلكترونية بوجه خاص .

وبالرغم من أهمية القانون البالغة، فإنه لا يخفى على أحد أنه يلقي بأعباء عديدة وجديدة على كثير من المتعاملين الحاليين في البيانات وهو ما دعا المشرع المصري إلى النص في مواد إصداره على مدة أعطاها للمخاطبين بأحكامه لتوفيق أوضاعهم تماشياً مع أحكام القانون ، حيث نص في المادة السادسة على أن يلتزم المخاطبون بأحكام هذا القانون بتوفيق أوضاعهم طبقاً لأحكام القانون المرافق ولائحته التنفيذية، وذلك خلال سنة من تاريخ صدور هذه اللائحة .

كما نصت المادة الرابعة من مواد الإصدار على أن يُصدر الوزير المعني بشئون الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات اللائحة التنفيذية للقانون المرافق خلال ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون .

ولما كان القانون قد صدر في يوليو 2020، بما يعني أن تاريخ العمل الفعلي للقانون قد بدأ في أبريل 2022 حيث إن حتى ميعاد الأشهر الستة الممنوحة للوزير المعني بشئون الاتصالات لإصدار اللائحة التنفيذية هو ميعاد تنظيمي لا يرتب أثراً على عدم صدور اللائحة في ذلك الميعاد مما قد يؤدي إلى مد فترة البدء في النفاذ الفعلي لمعظم أحكام القانون.

المبحث الخامس

القواعد الواردة في قانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994

يُعد قانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994 من التشريعات المبكرة في مجال حماية المعلومات والبيانات المسجلة إلكترونياً والتي تتعلق ببيانات الأحوال المدنية كبيانات الميلاد والوفاة والزواج والطلاق ، ونعرض فيما يلي لأهداف القانون وما جاء به مستحدثات علي النحو الآتي :

المطلب الأول : أهداف القانون رقم 143 لسنة 1994 بشأن الأحوال المدنية .

المطلب الثاني : ما جاء به القانون من قواعد جديدة .

المطلب الأول

أهداف القانون رقم 143 لسنة 1994 بشأن الأحوال المدنية وعلاقته بالتحول الرقمي

يهدف القانون رقم 143 لسنة 1994 بشأن الأحوال المدنية إلى حماية بيانات ومعلومات الأحوال المدنية المتمثلة في قيود الميلاد والوفاة والزواج والطلاق للمواطنين ، حيث تمثل هذه البيانات والمعلومات القاعدة القومية لبيانات المواطنين لارتباطها الوثيق بالحياة الخاصة لكل فرد⁽¹⁾ .

كما يهدف هذا القانون إلى مساندة التطورات الحديثة والتقدم التكنولوجي في استخدام السجلات الإلكترونية التي تسجل عليها المعلومات الخاصة بالحالة المدنية للمواطنين مثل السجلات الآلية المخزونة علي الحاسب الآلي ومحلقاته ، وذلك إلى جانب السجلات التقليدية المعروفة وهي الأوراق والدفاتر التي تنشئها المصالح المختصة⁽²⁾ .

ونشير إلى المشرع قد فتح الباب ليستوعب أية وسيلة يمكن أن تظهر في المستقبل وتكون صالحة لأن تسجل عليها المعلومات والبيانات بطريقة آلية ، ولم يقصر ذلك علي السجلات التقليدية من الدفاتر والسجلات الورقية أو السجلات الآلية المخزنة علي الحاسبات الآلية⁽³⁾ .

ولقد تبني المشرع مبدأ حجية السجلات التي تمسكها مصلحة الأحوال المدنية وفروعها بما تشتمل عليها من بيانات والصور الرسمية المستخرجة منها حجة بصحتها ما لم يثبت عكسها أو بطلانها أو تزويرها بحكم قضائي ، ويجب على جميع الجهات الحكومية وغير الحكومية الاعتراف في مسائل الأحوال المدنية بالبيانات المقيدة في هذه السجلات والصور الرسمية المستخرجة منها⁽⁴⁾ .

ولقد سعى المشرع من خلال هذا القانون إلى تكريس صفة السرية للبيانات والمعلومات التي تتعلق بالأحوال المدنية للمواطنين والتي تشتمل عليها السجلات أو الدفاتر أو الحاسبات الآلية أو وسائط التخزين الملحقة سرية، ولا يجوز الاطلاع عليها أو الحصول على بياناتها إلا في الأحوال التي نص عليها القانون ووفقاً لأحكامه.

واعتبر المشرع البيانات أو المعلومات أو الإحصائيات المجمعة التي تشتمل عليها السجلات أو الدفاتر أو الحاسبات الآلية أو وسائط التخزين سرا قومياً، ولا يجوز الاطلاع عليها أو نشرها إلا لمصلحة قومية أو

(1) د/هناء مصطفى الخبيري : الجرائم المعلوماتية وتقنين العملات الرقمية - مرجع سابق - ص 84 .

(2) د/ محمد المرسي زهرة : الحاسب الإلكتروني والقانون - دراسة حول حجية مخرجات الحاسب الإلكتروني في المسائل المدنية والتجارية - دراسة مقارنة القاهرة 1992 - ص 20 .

(3) السجلات الورقية هي الأوراق التي تسجل عليها وقائع الأحوال المدنية سواء باليد أو بالآلة الكاتبة ، أما السجلات الآلية فهي السجلات المخزنة داخل الحاسب الآلي أو علي أحد ملحقاته سواء كان التسجيل مغناطيسياً أو إلكترونياً مثل الديسكات والشرائط المغنطة ويصفه عامة كل ما يسجل عليه معلومات آلياً عن طرق الحاسب الآلي .

(4) انظر المادة 12 من قانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994 .

علمية وبإذن كتابي من مدير مصلحة الأحوال المدنية أو من ينبيه وفقاً للأوضاع والشروط التي يحددها القانون واللائحة التنفيذية⁽¹⁾.

كما حظر المشرع نقل السجلات المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية في غير أغراض العمل الرسمية، وتحدد اللائحة التنفيذية ضوابط وقواعد نقل السجلات لأغراض العمل الرسمية.

وإذا أصدرت إحدى جهات القضاء أو النيابة العامة قرار بالاطلاع على السجلات المشار إليها أو بفحصها وجب أن ينتقل القاضي المنتدب أو المحقق للاطلاع والفحص في الجهة المحفوظة بها السجلات أو أن يطلب صورة قيد الواقعة أو البيانات المسجلة أو صورة طبق الأصل من المستند المدخلة ببياناته بالسجلات إلا إذا كان هذا المستند محلاً لتحقيق في تزوير⁽²⁾.

علاقة قانون الأحوال المدنية بالتحول الرقمي :

ولقد كفل المشرع من خلال هذا القانون الحماية القانونية للبيانات والمعلومات التي تتعلق بالأحوال المدنية للمواطنين والتي تشمل عليها السجلات أو الدفاتر أو الحاسبات الآلية أو وسائط التخزين الملحقة سرية، ولا يجوز الاطلاع عليها أو الحصول على بياناتها إلا في الأحوال التي نص عليها القانون ووفقاً لأحكامه.

واعتبر المشرع البيانات أو المعلومات أو الإحصائيات المجمعة التي تشمل عليها السجلات أو الدفاتر أو الحاسبات الآلية أو وسائط التخزين سرا قومياً، ولا يجوز الاطلاع عليها أو نشرها إلا لمصلحة قومية أو علمية وبإذن كتابي من مدير مصلحة الأحوال المدنية أو من ينبيه وفقاً للأوضاع والشروط التي يحددها القانون واللائحة التنفيذية.

المطلب الثاني

ما جاء به القانون من قواعد جديدة

أورد المشرع في القانون رقم 143 لسنة 1994 بشأن الأحوال المدنية بعض النصوص التي ترتبط بالجريمة الالكترونية ، ومن ذلك ما ورد في نص المادة الثالثة منه والتي تنص علي أنه :- في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالعبارات الآتية المعاني المبينة قرين كل منها:

(أ) وقائع الأحوال المدنية: وقائع الميلاد والوفاة، والزواج، والطلاق.

⁽¹⁾ يلاحظ أن المشرع قد ساو في امتداد مظلة الحماية القانونية للمعلومات والبيانات المسجلة لدي مصلحة الأحوال المدنية أياً كانت الوسيلة المستخدمة في التسجيل سواء يدوية ورقية أو آلية .

⁽²⁾ انظر المادة 12 من قانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994 .

(ب) الجهات الصحية: مكاتب الصحة أو الجهات والأشخاص الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير الصحة.

(ج) السجلات: السجلات الورقية أو الآلية المخزونة على الحاسب الآلى وملحقاته سواء إلكترونيا أو مغناطيسيا أو بأية وسيلة أخرى.

ويتضح من ذلك أن السجلات الخاصة بالأحوال المدنية تشمل السجلات الآلية المخزونة على الحاسب الآلى وملحقاته سواء إلكترونيا أو مغناطيسيا كسجلات الكمبيوتر والاسطوانات المغنطة.

كما تناول المشرع في المادة (13) من ذات القانون أنه تعتبر البيانات والمعلومات المتعلقة بالأحوال المدنية للمواطنين والتي تشتمل عليها السجلات أو الدفاتر أو الحاسبات الآلية أو وسائط التخزين الملحقة سرية، ولا يجوز الاطلاع عليها أو الحصول على بياناتها إلا في الأحوال التي نص عليها القانون ووفقا لأحكامه.

وتعتبر البيانات أو المعلومات أو الإحصائيات المجمعة التي تشتمل عليها السجلات أو الدفاتر أو الحاسبات الآلية أو وسائط التخزين سرا قوميا، ولا يجوز الاطلاع عليها أو نشرها إلا لمصلحة قومية أو علمية وبإذن كتابي من مدير مصلحة الأحوال المدنية أو من ينيبه وفقا للأوضاع والشروط التي يحددها القانون واللائحة التنفيذية.

ولا يجوز نقل السجلات المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية في غير أغراض العمل الرسمية، وتحدد اللائحة التنفيذية ضوابط وقواعد نقل السجلات لأغراض العمل الرسمية.

وإذا أصدرت إحدى جهات القضاء أو النيابة العامة قرار بالاطلاع على السجلات المشار إليها أو بفحصها وجب أن ينتقل القاضى المنتدب أو المحقق للاطلاع والفحص في الجهة المحفوظة بها السجلات أو أن يطلب صورة قيد الواقعة أو البيانات المسجلة أو صورة طبق الأصل من المستند المدخلة بياناته بالسجلات إلا إذا كان هذا المستند محلا لتحقيق في تزوير .

تلتزم مصلحة الأحوال المدنية باتخاذ كافة التدابير اللازمة لتأمين البيانات الشخصية والمجمعة المخزنة بالحاسبات الآلية أو بوسائط التخزين الملحقة بها ضد أي اختراق أو عبث أو إطلاع أو إفشاء أو تدمير أو مساس بها بأية صورة كانت في غير الأحوال التي نص عليها القانون ووفقا للإجراءات المنصوص عليها فيه.

في تطبيق أحكام هذا القانون وقانون العقوبات تعتبر البيانات المسجلة بالحاسبات الآلية وملحقاتها بمراكز معلومات الأحوال المدنية ومحطات الإصدار الخاصة بها المستخدمة في إصدار الوثائق وبطاقات تحقيق الشخصية بيانات واردة في محررات رسمية .

فإذا وقع تزوير في المحررات السابقة أو في غيرها من المحررات الرسمية، تكون العقوبة السجن المشدد أو السجن لمدة لا تقل عن خمس سنوات.

ولقد رصد المشرع العقاب على مخالفة أحكام هذا القانون حيث قرر أنه مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قانون العقوبات أو في غيره من القوانين يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد عن خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أطلع أو شرع في الاطلاع أو حصل أو شرع في الحصول على البيانات أو المعلومات التي تحتويها السجلات أو الحاسبات الآلية أو وسائط التخزين الملحقة بها أو قام بتغييرها بالإضافة أو بالحذف أو بالإلغاء أو بالتدمير أو بالمساس بها بأي صورة من الصور أو أذاعها أو أفشاها في غير الأحوال التي نص عليها القانون ووفقاً للإجراءات المنصوص عليها فيه، فإذا وقعت الجريمة على البيانات أو المعلومات أو الإحصاءات المجمعّة تكون العقوبة السجن .

وفي إطار ذلك أيضاً رصد المشرع العقاب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن مائتي جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من عطل أو أتلف الشبكة الناقلة لمعلومات الأحوال المدنية أو جزء منها وكان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين واللوائح والأنظمة.

فإذا وقع الفعل عمداً تكون العقوبة السجن مع عدم الإخلال بحق التعويض في الحالتين .

كما رصد المشرع أيضاً عقوبة السجن المشدد لكل من اخترق أو حاول اختراق سرية البيانات أو المعلومات أو الإحصاءات المجمعّة بأية صورة من الصور ، وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا وقعت الجريمة في زمن الحرب .

المبحث السادس

القواعد الواردة في قانون حماية الملكية الفكرية 82 لسنة 2008

يُعد قانون الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2008 هو القانون الأساسي المنظم للملكية الفكرية في مصر، وقد نص على إلغاء كل القوانين السابقة التي كانت تُعنى بتنظيم الملكية الفكرية، ومنها القانون رقم 57 لسنة 1939 بشأن العلامات والبيانات التجارية، والقانون رقم 132 لسنة 1949 بشأن براءات الاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية، والقانون رقم 354 لسنة 1954 بشأن حق المؤلف وغيرها، ونعرض فيما يلي لأهداف القانون ، وأهم المستجدات التي جاء بها على النحو الآتي :

المطلب الأول : أهداف قانون حماية الملكية الفكرية 82 لسنة 2008 .

المطلب الثاني : أهم المستجدات التي جاء بها قانون حماية الملكية الفكرية .

المطلب الأول

أهداف قانون حماية الملكية الفكرية 82 لسنة 2008 وعلاقته بالتحول الرقمي

يهدف هذا القانون إلى تحرير فكرة الحقوق الذهنية من بين الحقوق المالية وغير المالية ، وهي الحقوق الذهنية التي تجمع بين صفات الحقوق المالية ، وبين الحقوق غير المالية ، وفي الحقيقة فإن فقه القانون المدني يجد صعوبة في تحديد محل الحقوق الذهنية إلا بطريق الاستبعاد حيث أن محلها شئ غير مادي ينشأ نتيجة النشاط الذهني لصاحب الحق ، ولقد جاء في المادة 86 من القانون المدني أن الحقوق التي ترد على شئ غير مادي تنظمها قوانين خاصة .

فهذا القانون يلقي الضوء على ما يخلقه الذهن وما ينتجه الفكر من أشياء معنوية غير محسوسة ولا يمكن أن تدرك بالحس المادي ولكن تدرك بالفكر المجرد .

ومن ثم فهذا القانون يهدف إلى حماية الملكية الذهنية بمختلف مجالاتها ، ومن قبيل ذلك حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية وبوجه خاص المصنفات الكتب والكتيبات والمقالات والنشرات وغيرها من المصنفات المكتوبة ، وكذلك برامج الحاسب الآلي ، وقواعد البيانات سواء كانت مقروءة من الحاسب الآلي أو من غيره .

وعلى ذلك يسعى هذا القانون إلى اعتبار برامج الحاسب الآلي لمعالجة المعلومات وقواعد بياناته من المصنفات المشمولة بالحماية المقررة في قانون حماية الملكية الفكرية .

علاقة القانون رقم 82 لسنة 2008 بالتحول الرقمي :

يسعى المشرع من خلال هذا القانون إلى اعتبار برامج الحاسب الآلي لمعالجة المعلومات وقواعد بياناته من المصنفات المشمولة بالحماية المقررة في قانون حماية الملكية الفكرية ، ومن ثم يتضح أن القانون رقم 82 لسنة 2008 بشأن حقوق الملكية الفكرية أصبح هو الذي يحكم الحقوق الفكرية ، ومنها برامج الحاسب الآلي لمعالجة المعلومات وقواعد بياناته من المصنفات المشمولة بالحماية المقررة بهذا القانون ، وعلى ذلك فإن النظم الآلية لمعالجة برامج الحاسب الآلي والتي يقصد بها جميع العناصر غير المادية اللازمة للتعامل مع الحاسب الآلي .

المطلب الثاني

أهم المستجدات التي جاء بها قانون حماية الملكية الفكرية

صدر القانون رقم 82 لسنة 2008 متضمناً أربعة كتب رئيسية، هي: الكتاب الأول: براءات الاختراع ونماذج المنفعة، ومخططات التصميمات للدوائر المتكاملة، والمعلومات غير المفصح عنها، الكتاب الثاني: العلامات والبيانات التجارية والمؤشرات الجغرافية والتصميمات والنماذج الصناعية، الكتاب الثالث: حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الكتاب الرابع والأخير الأصناف النباتية .

ويضم هذا القانون مواد عدة، منها على سبيل المثال أن تمنح براءة اختراع طبقاً لأحكام هذا القانون عن كل اختراع قابل للتطبيق الصناعي، يكون جديداً، ويمثل خطوة إبداعية، سواء كان الاختراع متعلقاً بمنتجات صناعية جديدة أو بطرق صناعية مستحدثة، أو بتطبيق جديد لطرق صناعية معروفة. كما تمنح البراءة استقلاً، عن كل تعديل أو تحسين أو إضافة ترد على اختراع سبق أن منحت عنه براءة، إذا توافرت فيه شروط الجودة والإبداع والقابلية للتطبيق الصناعي، ويكون منح البراءة لصاحب التعديل أو التحسين أو الإضافة وفقاً لأحكام هذا القانون.

وتضمن القانون أنه يُعد بمكتب براءات الاختراع سجل خاص معتمد، تقيد فيه طلبات براءات الاختراع ونماذج المنفعة وجميع البيانات المتعلقة بكل منها وباستغلالها والتصرفات التي ترد عليها وفقاً لأحكام هذا القانون على النحو المبين في لائحته التنفيذية، وأن تكون مدة حماية براءة الاختراع عشرون سنة تبدأ من تاريخ تقديم طلب البراءة.

ولقد حدد هذا القانون نطاق الحقوق التي تتمتع بالحماية في ظلها، ومنها برامج الحاسبات الآلية، وقواعد البيانات، وهو ما نصت عليه المادة 140 من قانون حماية الملكية الفكرية والتي تنص على أنه :- تتمتع بحماية هذا القانون حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية وبوجه خاص المصنفات الآتية:

1. الكتب والكتيبات والمقالات والنشرات وغيرها من المصنفات المكتوبة.

2. برامج الحاسب الآلي.

3. قواعد البيانات سواء كانت ومقروعة من الحاسب الآلي أو غيره .

4. المحاضرات والخطب والمواعظ وأية مصنفات شفوية أخرى إذا كانت مسجلة..... "

كما تناول المشرع في هذا القانون العقوبات التي ترصد لكل من يخالف أحكام هذا القانون، حيث نصت المادة 181 من ذات القانون أنه :- " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد في قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية:

أولاً : بيع أو تأجير مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي محمي طبقاً لأحكام هذا القانون أو طرحه للتداول بأية صورة من الصور بدون إذن كتابي مسبق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور.

ثانياً : تقليد مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي أو بيعه أو عرضه للبيع أو للتداول أو الأيجار مع العلم بتقليده.

ثالثاً : التقليد في الداخل لمصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي منشور في الخارج أو بيعه أو عرضه للبيع أو التداول أو للإيجار أو تصديره إلى الخارج مع العلم بتقليده.

رابعاً : نشر مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي أو أداء محمي طبقاً لأحكام هذا القانون عبر أجهزة الحاسب الآلي أو شبكات الانترنت أو شبكة المعلومات أو شبكات الاتصالات أو غيرها من الوسائل بدون إذن كتابي مسبق من المؤلف أو صاحب حق المجاور.

خامساً : التصنيع أو التجميع أو الاستيراد بغرض البيع أو التأجير لأي جهاز أو وسيلة أو أداة مصممه أو معدة للتحايل على حماية تقنية يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور كالتشفير أو غيره.

سادساً : الإزالة أو التعطيل أو التعميب بسوء نية لأية حماية تقنية يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور كالتشفير أو غيره.

سابعاً : الاعتداء على أي حق ادبي أو مالي من حقوق المؤلف أو من الحقوق المجاورة المنصوص عليها في هذا القانون ، وتتعدد العقوبة بتعدد المصنفات أو التسجيلات الصوتية أو البرامج الإذاعية أو الأداءات محل الجريمة.

وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر والغرامة التي لا تقل عن عشرة الاف جنية ولا تجاوز خمسين ألف جنية .

وفي جميع الأحوال تقضى المحكمة بمصادرة النسخ محل الجريمة أو المتحصلة منها وكذلك المعدات والأدوات المستخدمة في ارتكابها.

ويجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تقضى بغلق المنشأة التي استغلها المحكوم عليه في ارتكاب الجريمة مدة لا تزيد على ستة أشهر ويكون الغلق وجوبياً في حالة العود في الجرائم المنصوص عليها في البندين (ثانياً ، ثالثاً) من هذه المادة ، وتقضى المحكمة بنشر ملخص الحكم الصادر بالإدانة في جريدة يومية أو أكثر على نفقة المحكوم عليه .

الختامة :

بعد تزايد التحول الرقمي ، وما صاحبه من جدل علمي وقانوني كبير ، وهو ما يستلزم تبعاً لذلك تطوير المنظومة التشريعية لتتماشي مع التطور المذهل في تقنيات الذكاء الاصطناعي الخاصة بالتواصل الاجتماعي ، وتخزين المعلومات مع سد الفجوة بين التنظيم القانوني ، وبين التقنيات الرقمية .

ويجب تغيير النظرة إلى حرية التواصل عبر المنصات المظلمة عبر شبكات الإنترنت ، إلى وضع قيود عليها لمنع انتهاك خصوصيات الأفراد وحررياتهم ، وفي هذه الدراسة تناولنا مفهوم التحول الرقمي ، وتطبيقاته ، وتقييمه من حيث السلبيات واليجابيات ، ثم تناولت الدراسة القواعد الموضوعية القائمة المعنية بالتحول الرقمي ، ومنها القواعد الواردة في القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن تقنية المعلومات ، و القواعد الواردة في قانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994 ، وأيضاً القواعد الواردة في قانون حماية الملكية الفكرية 82 لسنة 2008 ، ثم تناولنا القواعد الواردة في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 ، وأخيراً القواعد الواردة في قانون تنظيم الاتصالات والمعلومات رقم 10 لسنة 2003.

وظهر لنا من خلال الدراسة مخاطر التحول الرقمي والذكاء الاصطناعي في مختلف المجالات ، كما ظهرت إيجابيات هذه التقنيات .

كما تناولت الدراسة نطاق السلوكيات عبر التكنولوجيا الرقمية ، وإنزال القواعد القانونية القائمة علي الجرائم المستجدة من هذه الجرائم التحريض علي الانتحار والاعتصاب الافتراضي ، وهتك العرض ، والسب والقذف ، والسرقه والنصب والاحتيال والتزوير في البيانات ، ثم تناولت الدراسة التكييفات الجنائية المناسبة لهذه الجرائم ومدى ملاءمتها جنائياً ، ثم تعرضت الدراسة لحتمية التدخل التشريعي لمواجهة الثورة الرقمية ، والسماح المرتقبة في النص الذي يمكن أن يوضع لمواجهة المستجدات الناشئة عن هذه التقنية .

النتائج :

1- تبين من خلال الدراسة أن النصوص القانونية القائمة أصبحت غير كافية لمواجهة التحول الرقمي وتقنيات الذكاء الاصطناعي ، وذلك ينبأ حتماً بالاصطدام مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات التي لا يمكن تطبيقها علي بعض الجرائم المرتكبة عبر هذه التقنية المستجدة ، فيما يخص الجرائم المتعلقة بالتعدي علي الأشخاص ، وكذلك الجرائم المتعلقة بالأموال .

2- التحول الرقمي وتقنيات الذكاء الاصطناعي يلعب دوراً مهماً في مستقبل البشرية ، فقد يساهم في ممارسة مختلف الأنشطة ومنح فرص كبيرة لتحسين الأوضاع وظروف الحياة المريحة ، و يقوم بحل الكثير من المشكلات ، ويتدخل في الظروف الصعبة للقيام بالمهام شديدة الخطورة ، كما في حالات الجوائح الصحية ، وتفشي الأوبئة ، إلا أنه ثمة خطراً محققاً يترتبص بالمجتمع من استخدام هذه التقنيات يتمثل في انتهاك الحريات والخصوصيات بشكل ملفت للنظر ، وهو ما يستوجب تنبه المشرع والفقه لهذه المخاطر .

3- الجرائم التي يمكن أن ترتكب عن طريق التقنيات الرقمية لا يمكن حصرها ، و في تزايد مستمر ، ومن هذه

الجرائم ما لا يتناسب مع القواعد القائمة ، وهو ما يتصادم مع التشريعات القائمة من حيث إمكانية إثبات المسؤولية الجنائية ، لأن هذه الجرائم لها خصوصية وتميز ، بحسبانها جرائم غير تقليدية من حيث مسرح الجريمة ، ومن حيث السلوكيات، ومن حيث مستخدمي هذه التقنيات الذين يرتكبون هذه الجرائم .

التوصيات :

- 1- توصي الدراسة بجمية إصدار تشريع خاص بتقنيات التحول الرقمي باعتبارها تقنيات مستجدة تحمل في طياتها جوانب سلبية يجب تجنب مخاطرها ، وأخري إيجابية يمكن الاستفادة منها ، لذلك نجد الدعوة للمشرع للتدخل التشريعي الفوري لتجريم ما ينجم عن مضار استخدام تقنيات الثورة الرقمية و الذكاء الاصطناعي بما يتلاءم مع السلوكيات التي تمارس عبر هذه التقنيات .
- 2- توصي الدراسة بوضع تصور يسمح بإمكانية تطبيق قواعد المسؤولية الجنائية علي كل أطراف جرائم التحول الرقمي وتقنية المعلومات والذكاء الاصطناعي ، مع وضع عقوبات تناسب هذه الجرائم وتناسب مرتكبيها.
- 3- توصي الدراسة بوضع قواعد إجرائية خاصة لجرائم التكنولوجيا الرقمية وتقنيات الذكاء الاصطناعي ، بحيث يتم إتباع تيسير وتسهيل الإثبات وإجراءات التحقيق ، مع ضرورة إنشاء دوائر خاصة لنظر هذه الجرائم ، ولعل أقربها المحاكم الاقتصادية ، كما توصي الدراسة بإعداد كوادر فنية مدربة ومتخصصة لضبط هذه الجرائم .
- 4- توصي الدراسة بتقنين مسؤوليات منظومة الذكاء الاصطناعي والثورة الرقمية بكل دقة ، مع إعادة النظر في النظام العقابي الذي يتلاءم مع هذا النوع من جرائم الثورة الرقمية ، ويناسب الأشخاص الحديثة المخاطبة به .
- 5- توصي الدراسة بضرورة وضع مخاطر التحول الرقمي تحت التأمين الإجباري ، وإصدار شهادة باسم المسئول عنها أو مُصنعها ، ومبرمجها ، ومستخدمها ، وشهادة لضمان مخاطرها .

❖ قائمة المراجع :

المراجع العربية :

- 1- د/ أحمد إبراهيم محمد إبراهيم : المسؤولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي في التشريع الإماراتي - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - 2020 .
- 2- د/ أحمد صبحي العطار : الإسناد والأدئاب والمسئولية في الفقه المصري والمقارن - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - العددان 1 و 2 مطبعة جامعة عين شمس 1990 .
- 3- د/ أحمد عادل جميل، د/ عثمان حسين عثمان : إمكانية استخدام تقنيات الذكاء الصناعي في ضبط جودة التدقيق الداخلي - دراسة ميدانية في الشركات المساهمة العامة الأردنية - أحداث الأعمال الذكية والمعرفة الاقتصادية - مجلة البحث الاجتماعي المتقدم - ماليزيا - المجلد 1 - عام 2012 .
- 4- أ/ أحمد مجحودة: أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائي والقانون المقارن - الجزء الأول - دار هومة - الجزائر - ط 2004 .
- 5- د/ أسماء محمد السيد : تطبيقات الذكاء الاصطناعي ومستقبل تكنولوجيا التعليم - رسالة دكتوراه كلية التربية جامعة المنيا 2020 .
- 6- د/ أسماء عبد العزيز الحسين : المدخل الميسر إلي الصحة النفسية والعلاج النفسي - دار عالم الكتب - الرياض 2002 .
- 7- د/ الكرار حبيب مجهول ، ود/ حسام عيسي عودة : المسؤولية المدنية عن الأضرار التي تسببها الروبوتات - دراسة تحليلية مقارنة - بحث منشور في مجلة العلوم الاجتماعية والقانونية - المجلد 6 مايو 2019 .
- 8- د/ رفاعي سيد سعيد : تفسير النصوص الجنائية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ط 2008 .
- 9- د/ رمسيس بهنام : الكفاح ضد الإجرام - منشأة المعارف بالإسكندرية - ط 1996 .
- 10- د/ سعيد بن علي بن حسن المعمرى ، ود/ رضوان أحمد الحاف : مبدأ الأمن القانوني ومقومات الجودة التشريعية - مجلة البحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق - جامعة المنصورة - العدد 79 مارس 2022 .
- 11- د/ شريف سيد كامل: المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية .
- 12- د/ عبد الله موسي ، ود/ أحمد بلال : الذكاء الاصطناعي - ثورة في تقنيات العصر - الطبعة الأولى دار الكتب المصرية القاهرة 2019 .
- 13- د/ عبد الحميد بسيوني : كيف تعيش الحياة الثانية في العالم الافتراضي - القاهرة - دار النشر للجامعات - ط 2015 .
- 14- د/ عصام عفيفي عبد البصير: النصوص العقابية في القوانين غير الجنائية - نحو سياسة جنائية جديدة - دار النهضة العربية .

- 15- د/ عمر قريعة ، د/ وهيبة الجوزي : العالم الافتراضي فضاء خصب لممارسة الجريمة الإلكترونية في ميدان التجارة الإلكترونية - بحث منشور في مجلة علوم الإنسان والمجتمع - مجلد 10 عدد 2 السنة 2021 .
- 16- د/ فاتن عبد الله صالح : أثر تطبيق الذكاء الاصطناعي والذكاء العاطفي على جودة اتخاذ القرارات - أطروحة مقدّمة لنيل درجة الماجستير - جامعة الشرق الأوسط، الأردن - نوقشت فعام 2009 .
- 17- د/ فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - 1988 .
- 18- مستشار دكتور / محمد جبريل إبراهيم : المسؤولية الجنائية عن جرائم الروبوت - دراسة تحليلية - دار النهضة العربية 2022 .
- 19- مستشار دكتور محمد جبريل إبراهيم : الميتافيرس والقانون الجنائي - دراسة استشرافية - دار النهضة العربية - 2022 .
- 20- د/ محمد فهمي طلبة : الحاسب والذكاء الاصطناعي - مطابع المكتب المصري الاسكندرية 1997 .
- 21- د/ محمد محي الدين عوض : مشكلات السياسة الجنائية المعاصرة في جرائم نظم المعلومات - الكمبيوتر - بحث مقدم للمؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي في 25-28 أكتوبر 1993 .
- 22- د/ محمد محمدعنب : استخدام التكنولوجيا الحديثة في الإثبات الجنائي - دار النهضة العربية - 2007 .
- 23- د/ محمود أحمد طه : المواجهة التشريعية لجرائم الكمبيوتر والانترنت - دراسة مقارنة - دار الفكر والقانون - المنصورة 2012 .
- 24- د/ مصطفى محمد موسي : تنمية وتطوير إدارات التحري في جرائم مجتمع المعلومات والمجتمع الافتراضي - بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية .
- 25- د/ مطاوع عبد القادر : تحديات ومتطلبات استخدام الذكاء الاصطناعي في التطبيقات الحديثة لعمليات إدارة المعرفة - دار النهضة العربية - 2012 .
- 26- د/ هدي حامد قشقوش : جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة 1992 .
- 27- د/ وفاء محمد أبو المعاطي صقر : المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي - دراسة تحليلية استشرافية - مجلة روح القوانين العدد 96 أكتوبر 2021 .
- 28- د/ ياسر محمد اللمعي : المسؤولية الجنائية عن أعمال الذكاء الاصطناعي ما بين الواقع والمأمول - دراسة تحليلية استشرافية - بحث مقدم للمؤتمر الدولي السنوي العشرين - بكلية الحقوق - جامعة المنصورة في الفترة من 23 - 24 مايو 2021 .
- 29- د/ يحيى إبراهيم دهشان : المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي - بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون - العدد 82 - ابريل 2020 .

المراجع الأجنبية :

- 1- Gabriel Hallevy, the criminal liability of the artificial intelligence entities – from science fiction legal social control ,Akron law Journal ,2016 .
- 2- Jonathan herring criminal law palgrave Macmillan fourth edition 2005.
- 3- Michael Jefferson ;
criminal law Longman group edition 1995.
- 4- Russell Heation ;
- 5- criminal law Oxford University press second edition 2006.
- 6- Steven J.Frank,adjudication and the emergence of artificial intelligence software,Suffolk, U.1.Rev,623,1987 .
- 7- Ying HU : robot criminal , university of Michigan Journal of law reform,volume 52- 2019 .
- 8- Section , AA.AB,AD , The European Parliament , civil law rules on robotics , 16 fev, 207.

شرطة المياه في النظام التشريعي المغربي الأدوار والإكراهات في حماية ومراقبة الملك العمومي المائي

Water police in the Moroccan legislative system : Roles
and constraints in the protection and control of the public Water domain



عبد الرحمان بنكرارة ، دكتور في القانون العام

والعلوم السياسية كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية - أكاديل جامعة محمد الخامس ، الرباط - المغرب

Abderrahmane Benkrara Doctor of Public Law

and Political Science Faculty of Legal, Economic and Social

Sciences – Agdal Mohammed - V University , Rabat - Morocco

الملخص:

تلعب عملية مراقبة الملك العمومي المائي دورا مهما في الحفاظ على الثروة المائية بما يحقق أمنها المائي، لا سيما أمام ما تسجله اليوم نسب التراجع في الموارد المائية كنتيجة لمجموعة من العوامل سواء الطبيعية بسبب الجفاف وقلة التساقطات، ومن جهة أخرى، بسبب الاستغلال والاستعمال المفرط في بعض الأنشطة الاجتماعية. وعليه، يأتي دور جهاز شرطة المياه كآلية قانونية لمراقبة وحماية الملك العمومي المائي، لمعالجة بعض الاختلالات في تدبير الموارد المائية والحفاظة عليها، وهو ما أكدته مجموعة من التقارير الرسمية، والتي دعت إلى ضرورة تعزيز هذا الجهاز بالإمكانات اللوجيستكية والبشرية، للاضطلاع بالمهام الموكولة إليه لمواجهة الإكراهات التي تعيق أدواره.

• الكلمات المفتاحية : شرطة المياه، الملك العمومي المائي، معاينة المخالفات، أخذ العينات، تحرير محاضر المخالفات.

Summary :

The process of monitoring the public water domain plays an important role in preserving water resources in order to achieve water security, especially in the face of what is recorded today in the rates of decline in water resources as a result of a set of factors, such as natural causes as a result of drought and lack of precipitation, and on the other hand, due to exploitation and excessive use in some social activities. Accordingly, the role of the Water Police Service comes as a legal mechanism to monitor and protect the public water domain, to address some imbalances in the management and conservation of water resources, which was confirmed by a set of official reports, which called for the need to strengthen this body with logistical and human capabilities, to carry out the tasks entrusted to it to face the constraints that hinder its roles.

Keywords : Water Police, Public Water domain, Inspection of violations, sampling, Editing the reports of violations.

مقدمة :

يتوفر المغرب مقارنة مع الدول المغاربية الأخرى، على ثروة مائية تمكنه من تحقيق أمنه المائي، وذلك باعتماده وبشكل مبكر لاستراتيجيات متعددة بغرض تنمية وتدبير الموارد المائية والتي أبرزها سياسة السدود التي تم اعتمادها بشكل مبكر، إلا أن ما سجلته الإحصائيات الرسمية من تراجع على مستوى منسوب الموارد المائية المتجددة سواء السطحية والجوفية بسبب التغيرات المناخية وكذا التزايد المضاعف للطلب على الماء، أمسى يشكل خطرا يهدد استدامة هذه الموارد المائية الحيوية.

فعلى الرغم من المخططات والاستراتيجيات الوطنية التي تنهجها بلادنا سواء القريبة أو المتوسطة أو البعيدة المدى، وذلك بهدف تطوير وتنمية العرض المائي ومن ثمة تحقيق الأمن المائي، إلا أن الانتقال من مقارنة تدبير العرض المائي إلى مقارنة تدبير الطلب على الماء من خلال المحافظة على الموارد المائية وحمايتها من الاستغلال غير المشروع، يعتبر من بين أهم الاشكالات الكبرى التي يجب اعتبارها من الأولويات في السياسة المائية.

وهكذا، ستسجل بعض التقارير الرسمية الوطنية مجموعة من الاختلالات المتعلقة باستغلال واستعمال الملك العمومي بشكل يخالف المقتضيات المتعلقة بالماء والنصوص المتخذة في تطبيقها، ومن هنا تظهر الأهمية الرقابية على الملك العمومي بواسطة شرطة المياه، باعتباره جهازا إداريا يحوز بعضا من مهام الشرطة القضائية لضبط ومعاينة الجرائم الماسة بمكونات الملك العمومي المائي.

إذ سنلاحظ أنه على الرغم من أن المشرع المغربي قد اهتم بشكل مبكر بتنظيم شرطة المياه، وذلك من خلال التخصيص على ضباط المياه في الظهير الشريف الصادر في فاتح غشت من سنة 1925 في شأن نظام المياه، وكذا في القانون رقم 10.95 المتعلق بالماء والذي نص على أصناف الأعوان المكلفين بشرطة المياه لمراقبة الملك العمومي المائي، ثم في القانون الجديد رقم 36.15 المتعلق بالماء الناسخ للنصين القانونيين السابقين، إلا أن فعالية جهاز شرطة المياه للقيام بأدواره ومهامه في مراقبة وحماية الملك العمومي المائي ومن تمه تحقيق الأمن المائي تبقى جد متواضعة، وذلك بالنظر إلى الاكراهات والصعوبات التي يواجهها الأعوان المكلفون بشرطة المياه بمناسبة قيامهم بالمهام الموكولة لهم.

هذا، ونظرا للأهمية البالغة لجهاز شرطة المياه لما يحوزه من مهام الشرطة القضائية في المحافظة على مكونات الملك العمومي المائي وحمايته من الاستغلال والاستعمال غير المشروع، في سياق أزمة الموارد المائية بسبب التقلبات المناخية التي يشهدها العالم اليوم، ومن جهة أخرى، أمام الطلب المتزايد والاستنزاف غير المعقلن للموارد المائية الطبيعية سواء السطحية أو الجوفية، مما يجعل من استدامة هذه المادة الحيوية خيارا استراتيجيا للحفاظ على المستويات الطبيعية من الحصة المائية السنوية للفرد.

وعلى هذا الأساس، سنحاول مقارنة الموضوع من خلال زوايا متعددة لإبراز الوضع القانوني لشرطة المياه بالمغرب وفي بعض التجارب المقارنة، ومن تمه الوقوف حول مجالات تدخل الأعوان المكلفون بشرطة المياه والامكانيات الموضوعية رهن إشارتهم في سبيل تسهيل القيام بالمهام المنوطة بهم، ومن تمه تشخيص للإكراهات المستنبطة من واقع الممارسة، والتي تطرح مجموعة من الاستفهامات المتعلقة بالنص التنظيمي لشرطة المياه، ومن تمه اقتراح بعض الحلول والتوصيات كمواطن للتحسين.

المحور الأول : جهاز شرطة المياه بالمغرب في بعض التجارب المقارنة.

بغية مراقبة الملك العمومي المائي والحفاظ عليه من الاستعمال والاستغلال المخالف للنصوص القانونية والتطبيقية، كان من الضروري إحداث جهاز يحوز بعض من مهام الشرطة القضائية، بما يسمح لهم من معاينة المخالفات ومطابقة قرارات الاستغلال والاستعمال ومن تمه تحرير المحاضر في شأنها.

هذا، وإن كانت النصوص القانونية الخاصة قد أفردت مهمة مراقبة الملك العمومي المائي لجهاز شرطة المياه، إلا أن هذه المهمة هي أيضا موكولة لبعض المتدخلين المنتمين إلى قطاعات حكومية وإدارية ومؤسسات عمومية أخرى، بموجب نصوص قانونية أو تطبيقية، كما هو الشأن بالنسبة للتجارب المقارنة.

أولاً - أعوان شرطة المياه بالمغرب وكيفيات وشروط تعيينهم.

سمح المشرع المغربي لبعض الموظفين وأعوان الإدارات والمرافق العمومية بممارسة بعض مهام الشرطة القضائية حسب الشروط وضمن الحدود المبينة بموجب نصوص خاصة¹، وهكذا، نجد في القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء²، ولاسيما في المادة 131، قد أوكل لأعوان شرطة المياه بعض مهام ضبط الشرطة القضائية، وذلك من خلال معاينة المخالفات لهذا القانون ونصوصه التطبيقية وتحرير المحاضر في شأنها³.

هذا، ولتحديد كيفيات تعيين أعوان شرطة المياه وممارستهم لبعض مهام الشرطة القضائية، تماشياً مع منطوق المادة 27 من قانون المسطرة الجنائية⁴، صدر المرسوم رقم 2.18.453 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تعيين أعوان شرطة المياه ومزاولتهم لمهامهم⁵، حيث نصت المادة الأولى من هذا المرسوم، على أن تعيين أعوان شرطة المياه يتم بموجب قرار صادر عن كل من السلطة الحكومية المكلفة بالماء والفلاحة والصحة ومديري وكالات الأحواض المائية والمكاتب الجهوية للاستثمار الفلاحي، كل واحدة منها بالنسبة للموظفين التابعين لها.

إذ اشترطت المادة الثانية من المرسوم السالف الذكر، أن يستوفي الأعوان المكلفون بشرطة المياه لمزاولة المهام الموكولة لهم بموجب القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء، أن يتوفروا على أقدمية ثلاث (3) سنوات من الخدمة الفعلية في القطاع الذي ينتمون إليه، وأن يكونوا قد خضعوا لتكوين مستمر وبنجاح في مجال حماية الملك العمومي المائي وتقنيات المراقبة ومساطر معاينة المخالفات وكيفيات تحرير المحاضر.

هذا، وقبل مباشرتهم لمهامهم بعد استفائهم للشروط المطلوبة، أوجبت المادة الثالثة من المرسوم المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تعيين أعوان شرطة المياه ومزاولتهم لمهامهم، على ضرورة أداء اليمين القانونية وفقاً للتشريع الجاري به العمل، والمتمثل في الظهير الشريف لفتح ماي 1914 المتعلق بأداء قسم المحررين

¹ القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.255 صادر في 25 من رجب 1423 الموافق لـ 3 أكتوبر 2002، كما تم تعديله وتتميمه بمجموعة من القوانين، آخرها القانون رقم 32.18 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.92 صادر في 5 ذي القعدة 1440 الموافق لـ 8 يوليو 2019.

² القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.113 الصادر في 6 ذي القعدة 1437 الموافق لـ 10 أغسطس 2016، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد: 6494، 21 ذو القعدة 1437 الموافق لـ 25 غشت 2016، ص: 6305، كما تم تعديله وتتميمه بموجب القانون رقم 05.23 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف عدد 1.23.16، بتاريخ 19 رجب 1444 الموافق لـ 10 فبراير 2023، الجريدة الرسمية عدد: 7173 بتاريخ 3 شعبان 1444 الموافق لـ 27 فبراير 2023، ص: 2247.

³ تجب الإشارة إلى أن المشرع المغربي قد خصص الفرع الأول: معاينة المخالفات من الباب الحادي عشر: شرطة المياه - المخالفات والعقوبات، لتحديد اختصاصات ومهام شرطة المياه ضمن القانون المتعلق بالماء السالف الذكر.

⁴ تنص المادة 27 من القانون المتعلق بالمسطرة الجنائية على أنه "يمارس موظفو وأعوان الإدارات والمرافق العمومية الذين تسند إليهم بعض مهام الشرطة القضائية بموجب نصوص خاصة، هذه المهام حسب الشروط وضمن الحدود المبينة في هذه النصوص".

⁵ مرسوم رقم 2.18.453 صادر في 4 محرم 1440 (14 سبتمبر 2018) بتحديد شروط وكيفيات تعيين أعوان شرطة المياه ومزاولتهم لمهامهم، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد: 6712، 17 محرم 1440 الموافق لـ 27 شتنبر 2018، ص: 8393.

للمحاضر، حيث يتم التنسيق في هذا الصدد، بين الإدارة أو المؤسسة العمومية المعنية والمحكمة الابتدائية التي ينتمي إليها عون شرطة المياه¹.

وتجب الإشارة إلى أنه على الرغم من أن القانون المنسوخ رقم 10.95 المتعلق بالماء²، قد أشار إلى جهاز شرطة المياه ضمن الباب الثالث عشر، إلا أنه لم يشر إلى نص تنظيمي يحدد كيفية تعيينهم والشروط الواجب توفرها فيهم قبل أداء المهام الموكولة إليهم، إلا أن ذلك لم يمنع السلطة الحكومية المكلفة بالماء آنذاك، من إعداد مشروع مرسوم يحدد كيفية وشروط تعيينهم، إلا أنه لم يرى النور على أرض الواقع، وبسبب غياب هذا النص التنظيمي، أثارت عمليات تعيين أعوان شرطة المياه مجموعة من الاشكالات المرتبطة بالفعالية والكفاءة في ممارسة بعض مهام الشرطة القضائية.

ثانيا- المتدخلون في عملية مراقبة الملك العمومي المائي بالمغرب.

أسند المشرع المغربي مهمة مراقبة الملك العمومي المائي لمجموعة من المتدخلين بغية الحفاظ على الموارد المائية وحمايتها من الاستغلال والاستعمال غير القانوني، فعلاوة على ضباط الشرطة القضائية المشار إليهم في القانون المتعلق بالمسطرة الجنائية، نجد أعوان شرطة المياه المعينون من طرف السلطة الحكومية المكلفة بالماء، وكذا الأعوان المعينون من طرف وكالات الأحواض المائية والمؤسسات العمومية الأخرى المعنية، وذلك تماشيا مع منطوق المادة 131 من القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء المشار إليه أعلاه.

فبالنسبة لأبرز المتدخلين في مجال مراقبة والحفاظ على الملك العمومي المائي من بين ضباط الشرطة القضائية والمنصوص عليهم في المادة 20 من قانون المسطرة الجنائية، نجد القواد وضباط الدرك الملكي، وذلك نظرا لتواجدهم بأغلب النقط والمنشآت المائية المتواجدة بالمجال القروي.

هذا، فإلى جانب الأعوان المعينون من طرف السلطة الحكومية المكلفة بالماء وكذا وكالات الأحواض المائية، نص المرسوم رقم 2.18.453 المتعلق بتحديد شروط وكيفية تعيين أعوان شرطة المياه ومزاوتهم لمهامهم، لاسيما في مادته الأولى، على فئة أخرى تتولى بعض من مهام الشرطة القضائية، والتي بموجبها يمكنهم مراقبة الملك العمومي المائي من خلال معاينة المخالفات وتحرير المحاضر في شأنها، ويتعلق الأمر، بكل من الأعوان المعينون من طرف السلطة الحكومية المكلفة بالفلاحة، ثم السلطة الحكومية المكلفة بالصحة، هذا بالإضافة إلى الأعوان المعينون من طرف المراكز الجهوية للاستثمار الفلاحي.

والملاحظ، أنه على الرغم من التنصيب على فئات أخرى من أعوان شرطة المياه تنتمي إلى سلطات حكومية ومؤسسات عمومية أخرى، إلا أنه على مستوى الممارسة، فإن معاينة المخالفات لقانون الماء ونصوصه

¹ فبالنسبة للصبغة التي يؤدي بها القسم، فحسب المادة 2 من ظهير فاتح ماي 1914 المتعلق بقسم الأعوان المكلفين بتحرير المحاضر، قد نصت على ما يلي: "أقسم وأعد بأن أقوم بدقة ونزاهة بالمهام التي تسند إلي وأن أحترم الأسرار المرتبطة بمزاولة مهامي وأن أبلغ للمحاكم كل المخالفات والجنح التي تبلغ إلى عملي".

² قانون رقم 10.95 المتعلق بالماء، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.154 بتاريخ 16 غشت 1995، الجريدة الرسمية عدد: 4325، ص: 2520.

التطبيقية ومراقبة تطابق تراخيص الاستغلال واستعمال الملك العمومي المائي وتحرير المخالفات، هي مهام تمارس حصرا من طرف أعوان شرطة المياه المعينون من طرف السلطة الحكومية المكلفة بالماء وكذا وكالات الأحواض المائية، وهو ما يطرح إشكاليات كبرى حول التنسيق بين القطاعات المعنية، ومن تم تحقيق الأهداف المرجوة من مراقبة وحماية الملك العمومي المائي.

ثالثا- جهاز شرطة المياه: سلطة الإشراف والمراقبة.

يخضع موظفو وأعوان الإدارات والمرافق العمومية بما فيهم أعوان شرطة المياه والذين أسندت إليهم بعض من مهام الشرطة القضائية حسب الشروط وضمن الحدود المبينة في النصوص الخاصة، لمقتضيات الفرع الخامس من قانون المسطرة الجنائية السالف الذكر، والمتعلق بمراقبة أعمال الشرطة القضائية (المادة 35).

وعلى هذا الأساس، فإن أعمال أعوان شرطة المياه المعينين تخضع لمراقبة مزدوجة، يمارسها كل من الرؤساء الإداريون التابع لهم أعوان شرطة المياه سواء على مستوى الإدارة أو وكالة الحوض المائي أو المؤسسة العمومية المعنية وفق النصوص والأنظمة التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، ومن جهة أخرى، تخضع الأعمال الصادرة عن أعوان شرطة المياه بمناسبة ممارستهم لبعض من مهام الشرطة القضائية، لسلطة الوكيل العام للملك الذي يكون حينئذ رئيسهم التسلسلي.

إلا أن علاقة أعوان شرطة المياه بالوكيل العام للملك لا تعني أنهم محررين من كل ارتباط برؤسائهم الإداريين، بل؛ إنهم ملزمون بإخبارهم بكل ما يقومون به أو ما حصل من وقائع تخص استعمالات واستغلال الملك العمومي المائي.

وهكذا، ففي الحالة التي يتم فيها رصد أي إخلال من طرف الأعوان المكلفون بشرطة المياه أثناء القيام بمهامهم، يحيل الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف إلى الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف كل إخلال ينسب لهم (المادة 30)، حيث تأمر هذه الأخيرة بعد إحالة القضية إليها بإجراء بحث وتستمع لأقوال عون شرطة المياه المنسوب إليه الإخلال، إذ يمكن لهذا الأخير اختيار محام لمساعدته (المادة 31).

هذا، ويمكن للغرفة الجنحية لدى محكمة الاستئناف، بصرف النظر عن العقوبات التأديبية التي قد يتخذها في حقه رؤساؤه الإداريون التابع لهم، أن تصدر في حقه إحدى العقوبات والتي يمكن أن تكون حسب الحالة، توجيه ملاحظات، أو التوقيف المؤقت عن ممارسة مهام الشرطة القضائية لمدة لا تتجاوز سنة واحدة، أو التجريد النهائي من مهام الشرطة القضائية (المادة 32).

أما في حالة إذا ما ارتأت الغرفة الجنحية أن عون شرطة المياه أثناء ممارسته لبعض من مهام الشرطة القضائية قد ارتكب جريمة، أمرت علاوة على ما ذكر، بإرسال الملف إلى الوكيل العام للملك (المادة 33)،

وتبلغ المقررات المتخذة ضده بناء على مقتضيات السابقة، إلى علم السلطات التي ينتمون إليها بمبادرة من الوكيل العام للملك (المادة 34).

رابعاً- الأجهزة المكلفة بمراقبة الملك العمومي المائي في بعض التجارب المقارنة.

تختلف الأجهزة المكلفة بمراقبة وحماية الأملاك العمومية المائية من تجربة إلى أخرى، وهكذا، سنجد من احتفظ بمهام معاينة المخالفات المقررة في النصوص القانونية والتنظيمية وتحرير المحاضر للأجهزة التي تحوز صلاحيات الشرطة القضائية باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل، أو في تجارب أخرى أسندت بعض من مهام الشرطة القضائية لأعوان أو موظفين عموميين، ومن جهة أخرى، سنلاحظ في بعض التجارب المقارنة التي أسست لبنية إدارية مستقلة ومتخصصة في مراقبة الملك العمومي المائي دون أن تسند لها مهام ذات طبيعة الإدارية، بمعنى؛ أننا أمام جهاز شرطة للمياه يخضع لنظام أساسي خاص ويتوفر على تراتبية ودرجات ورتب ويخضع لسلطة وصاية الإدارة المكلفة بالماء.

ففي التجربة الجزائرية، أحدثت المشرع البرلماني بابا خاصا بشرطة المياه (الباب التاسع) في القانون رقم 12-05 المتعلق بالمياه¹، حيث نصت المادة 159 منه على أنه تنشأ شرطة للمياه تتكون من أعوان تابعين للإدارة المكلفة بالموارد المائية.

هذا، وعلى الرغم من أن التجربة الجزائرية مقارنة مع التجارب الأخرى تبدو متقدمة في هذا الشأن، حيث أن أعوان شرطة المياه مختصون فقط في مراقبة وحماية الملك العمومي المائي من الاستعمال والاستغلال غير القانوني، دون أن تسند لهم أية مهام إدارية أخرى، إلى أن مهمة البحث والمعاينة والتحقيق في المخالفات المتعلقة بقانون الماء ونصوصه التطبيقية تتم بموجب المادة 161 بمعية كل من الضباط وأعوان الشرطة القضائية².

أما في التجربة التونسية، ففتقد إلى جهاز شرطة المياه على غرار التجريبتين المغربية والجزائرية، حيث تطرق الباب الثاني المعنون بـ "حفظ ونظام المياه التابعة للملك العمومي للمياه"، من القانون عدد 16 لسنة 1975 والمتعلق بإصدار مجلة المياه³، لاسيما في الفصل الثامن (8) على أن الحفاظ على نظام الملك العمومي للمياه واتخاذ جميع التدابير لضمان حرية سيلان المياه أو القيام بكل عملية مراقبة ضرورية عند

¹ قانون رقم 12-05 مؤرخ في 4 غشت سنة 2005 يتعلق بالمياه كما تم تعديله، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 60، بتاريخ 4 شتنبر 2005، ص: 3

² للمزيد من التعمق حول شرطة المياه في التجربة الجزائرية، أحيل على:

- محمد جلاب: "شرطة المياه وصلاحياتها في النظام الجزائري"، مجلة المرجع العلمي والتقني، العدد 23، دجنبر 2013، ص: 78.
- جميلة دواروعبد الله دريسي: "صلاحيات شرطة المياه في التشريع الجزائري"، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المجلد 08/العدد: 01-2019، شتنبر 2019، ص: 67.

³ قانون عدد 16 لسنة 1975 مؤرخ في 31 مارس 1975 يتعلق بإصدار مجلة المياه كما هي منقحة ومتممة بالنصوص القانونية اللاحقة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 022، بتاريخ 01 أبريل 1975، ص: 612.

الاقتضاء، مع حفظ حقوق الغير، يتم بواسطة أعوان السلطة الحكومية المكلفة بالفلاحة والمؤهلين بمقتضى أمر وزاري¹.

وعلى غرار التجربة التونسية التي لا تتوفر على جهاز شرطة المياه، فقد أسند القانون رقم 030.2005 يتضمن مدونة الماء²، في التجربة الموريتانية مهمة مراقبة الملك العمومي المائي وضبط المخالفات ومعاينتها لكل من ضبط وأعوان الشرطة القضائية، هذا بالإضافة إلى أعوان المراقبة الذين تم تعيينهم من قبل السلط الإدارية المكلفة بالماء والبيئة والصيد وإعداد التراب الوطني.

وهكذا، سنجد أن القانون المتعلق بمدونة الماء الموريتانية قد حولت مقتضياتها لهؤلاء الحق في ولوج جميع المنشآت المائية باستثناء المساكن، كما يمكنهم استخدام القوة في حالات الضرورة وتنسيق مع وكيل الدولة أو الشرطة القضائية أو قاضي التحقيق، ليتولوا مهمة معاينة المخالفات لمقتضيات القانون المتعلق بالماء ونصوصه التنظيمية، ومن تم تحرير المحاضر في شأنها، وتبليغها للمخالفين وإحالتها إلى وكيل الدولة.

أما في التجربة الإسبانية، وبموجب القانون رقم 1985/29 المتعلق بالمياه³، فإنه تطرق في الباب الخامس منه والمعنون بـ "حماية الملك العام المائي ونوعية المياه القارية"، لاسيما في الفصل الأول منه، على أن مهمة مراقبة وحماية الملك العام المائي يتم بواسطة السلطة الحكومية المكلفة بالماء، وذلك بغرض الحفاظ على مستوى مناسب من جودة المياه، ومنع تراكم المركبات السامة أو الخطرة في باطن الأرض القادرة على تلويث المياه الجوفية، وأخيرا تجنب أي عمل أضر قد يكون سببا في تدهور الموارد المائية بكل أصنافها السطحية والجوفية.

وعلى غرار التجربتين المغربية والجزائرية، فقد أوكل المشرع المصري في القانون رقم 48 لسنة 1982 المتعلق بحماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث⁴، لشرطة المسطحات المائية التابعة لوزارة الداخلية عملية ضبط ومراقبة الموارد المائية وحمايتها من التلوث وتحرير المحاضر اللازمة، وذلك بتنسيق مع مهندس مركز الري أو مهندس تفتيش النيل الذي ارتكبت المخالفة في دائرته العامة، كما خول لهم القانون بموجب نفس المادة

¹ هذا وتجب الإشارة إلى أن المدير العام لمكتب التخطيط والموازنات المائية بوزارة الفلاحة، كان قد أشار في تصريح صحفي له بأن هذه الوزارة تدرس إمكانية تأسيس شرطة المياه في التعديل الجديد لمجلة المياه، تتولى مهمة "مراقبة استهلاك المياه ومعاينة كل من يستغل المياه بصفة غير قانونية وشرعية"، على موقع زوم تونيزيا <http://zoomtunisia.net>، تاريخ زيارة الموقع 11 شتنبر 2022 على الساعة 19:11 بإضافة ساعة واحدة لتوقيت غرينيتش.

² نظرا لتعطل موقع الجريدة الرسمية الموريتانية، تم الاطلاع على القانون رقم 030.2005 يتضمن مدونة الماء، بالموقع الرسمي لوزارة البيئة والتنمية المستدامة الموريتانية التالي: www.environnement.gov.mr، تاريخ زيارة الموقع: 11 شتنبر 2022، على الساعة 19:36، بإضافة ساعة واحدة لتوقيت غرينيتش.

³ Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, núm. 189, de 8 de agosto de 1985, p: 25123.

⁴ تم الاطلاع على القانون رقم 48 لسنة 1982، بالموقع الرسمي لوزارة الموارد المائية والري المصرية التالي: www.mwri.gov.eg، تاريخ زيارة الموقع: 11 شتنبر 2022، على الساعة 20:08، بإضافة ساعة واحدة لتوقيت غرينيتش.

52 الحق في إجراء التفتيش الدوري والمفاجئ للعائمات والمركبات والوحدات النهرية في المراسى واتخاذ ما يلزم في شأنها.

المحور الثاني : المهام المسنودة لأعوان شرطة المياه والامكانيات الموضوعة رهن إشارتهم.

أسند القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء لأعوان شرطة المياه بعض من مهام الشرطة القضائية لمراقبة وحماية الملك العمومي المائي والحفاظة عليه، ومطابقة الاستغلال والاستعمال للموارد المائية لقرارات الترخيص والامتياز الممنوحة، مخولا لهم بذلك حق المعاينة والولوج للمنشآت المائية وأخذ العينات وتوقيف الأشغال والحجز على الأدوات والآليات موضوع المخالفة وتحرير المحاضر وفق الشكليات والاجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية.

هذا، ولممارسة هذه المهام الموكولة لأعوان شرطة المياه، مكنتهم القانون المتعلق بالماء رقم 36.15 وكذا المرسوم المنظم لشروط وكيفية تعيين أعوان شرطة المياه ومزاولة مهامهم، من مجموعة من الإمكانيات الموضوعة رهن إشارتهم.

أولا- معاينة المخالفات وتحرير المحاضر في شأنها.

نصت المادة 135 من القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء على أول المهام المسندة لأعوان شرطة المياه والمتمثلة في معاينة المخالفات لقانون الماء السالف الذكر ونصوصه التطبيقية، ومن جهة أخرى، مراقبة مدى تطابق قرارات التراخيص والامتياز للاستعمال واستغلال الملك العمومي المائي، ومن ثمة تحرير المحاضر في شأنها.

تشكل المحاضر المحررة من طرف الأشخاص الموكولة لهم مهام أو بعض من مهام الشرطة القضائية أهمية كبرى، باعتبارها من بين أهم وسائل الإثبات لما تتضمنه من معطيات تمت معاينتها أو تم الاعتراف بها أو وقائع أو التصريح بها، والتي من شأنها أن تمكن القاضي من تكوين قناعته لإصدار الحكم/القرار في شأن المخالفين للقوانين والنصوص التنظيمية¹.

والملاحظ أن القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء قد أعطى أهمية كبرى للمحاضر بأن أوجب على أعوان شرطة المياه عند تحريرهم لمحاضر معاينة المخالفات، التقيد بمقتضيات القانون المتعلق بالمسطرة الجنائية، على أن تتضمن حسب منطوق نفس المادة 135، ظروف ارتكاب المخالفة وشروحات المخالف وكذا العناصر التي تبين مادية المخالفة.

¹ هشام بنعلي: "القوة الثبوتية لمحاضر الضابطة القضائية وفق قانون المسطرة الجنائية المغربي"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، محور الدراسات والأبحاث، على الموقع الرسمي للمجلة: revuealmanara.com، أبريل 2021. وعبد اللطيف بوحوموش: "دليل الشرطة القضائية في تحرير المحاضر وتوثيق المساطر"، دارآفاق المغربية، الطبعة السابعة: 2021.

هذا، وبالرجوع إلى قانون المسطرة الجنائية السالف ذكره، فقد عرف المحضر في المادة 24 منه على أنه وثيقة مكتوبة يتم تحريرها من طرف ضباط الشرطة القضائية أثناء ممارسة مهامه و يضمها ما عينه أو ما تلقاه من تصريحات أو ما قام به من عمليات ترجع لاختصاصه، كما تطرقت نفس المادة إلى الشروط الشكلية الواجب توفرها في المحضر وكيفية نقل التصريحات التي يدلي بها المصرح من طابعها الشفوي إلى الكتابي¹.

وبذلك، يكون أعوان شرطة المياه عند ممارستهم لبعض من مهام الشرطة القضائية هم الآخرون مقيدون عند تحريرهم لمحاضر المعاينات بالإجراءات الشكلية والجوهرية المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية لتحقيق آثارها القانونية.

أما بخصوص مآل هذه المحاضر بعد تحريرها، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 135 من القانون المتعلق بالماء، على أن تتولى الإدارة ووكالات الأحواض المائية والمؤسسات العمومية الأخرى المعنية التابع لها الأعوان المكلفون بشرطة المياه، توجيه المحاضر مباشرة إلى النيابة العامة المختصة داخل أجل عشرة (10) أيام عمل ابتداء من تاريخ معاينة المخالفة.

أما بخصوص نموذج المحضر الذي تعتمد عليه السلطة الحكومية المكلفة بالماء وباقي وكالات الأحواض المائية، فيتضمن في رأس الورقة السلطة الحكومية المكلفة بالماء أو وكالة الحوض المائي، هذا بالإضافة إلى معطيات شكلية تضم رقم المحضر وتاريخه ونوع المخالفة وهوية المخالف ومكان المخالفة، كما يضم أيضا معطيات جوهرية كتاريخ وساعة المعاينة، والمعلومات الشخصية لعون أو أعوان شرطة المياه، ثم سند التدخل (بناء على اتصال أو دورية روتينية...)، وصف الأمكنة، ثم المعاينات التي تم القيام بها (معاينة حفر أو أدوات أو وجود مضخات...)، وكذا الاجراءات المتخذة، وإجراءات البحث، وتوقيع عون أو أعوان شرطة المياه، وتوقيع المخالف.

وبخصوص حجية المحاضر المحررة من طرف أعوان شرطة المياه أثناء معاينتهم للمخالفات أو بشكل عام مراقبتهم للملك العمومي المائي، فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 135 من القانون رقم 36.15 المتعلق

¹ الفقرة الثانية وما بعدها من المادة 24 من قانون المسطرة الجنائية، تنص على أنه:

"..... دون الإخلال بالبيانات المشار إليها في مواد أخرى من هذا القانون أو في نصوص خاصة أخرى، يتضمن المحضر خاصة اسم محرره وصفته ومكان عمله وتوقيعه، ويشار فيه إلى تاريخ وساعة إنجاز الإجراء وساعة تحرير المحضر إذا كانت تخالف ساعة إنجاز الإجراء. يتضمن محضر الاستماع هوية الشخص المستمع إليه ورقم بطاقة تعريفه عند الاقتضاء، وتصريحاته والأجوبة التي يرد بها عن أسئلة ضابط الشرطة القضائية.

إذا تعلق الأمر بمشتبه فيه، يتعين على ضابط الشرطة القضائية إشعاره بالأفعال المنسوبة إليه.

يقراً المصرح بتصريحاته أو تتلى عليه، ويشار إلى ذلك بالمحضر ثم يدون ضابط الشرطة القضائية الإضافات أو التغييرات أو الملاحظات التي يبديها المصرح، أو يشير إلى عدم وجودها.

يوقع المصرح إلى جانب ضابط الشرطة القضائية على المحضر عقب التصريحات وبعد الإضافات ويدون اسمه بخط يده. وإذا كان لا يحسن الكتابة أو التوقيع يضع بصمته ويشار إلى ذلك في المحضر.

يصادق ضابط الشرطة القضائية والمصرح على التشطيبات والإحالات.

يتضمن المحضر كذلك الإشارة إلى رفض التوقيع أو الإبصام أو عدم استطاعته، مع بيان أسباب ذلك."

بالماء على أنه "يوثق بمحتوى المحاضر وبالمعاينات الواردة فيها إلى أن يثبت العكس بأي وسيلة من وسائل الإثبات".

ولوثيق عمليات المعاينة للمخلفات المحررة في شأنها محاضر ومن تمة تتبعها على المستوى القضائي، فحسب منطوق المادة 133 في فقرتها الثانية من القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء، فإن أعوان شرطة المياه ملزمون بضرورة تقييد هذه المخالفات والمعاينات المتعلقة بها فوراً في سجل مرقم وموقع تمسكه لهذه الغاية السلطة الحكومية المكلفة بالماء أو وكالة الحوض المائي أو المؤسسة العمومية التابع لها هؤلاء الأعوان.

ومن أجل ضمان تتبع المسار القضائي للمحاضر المحررة في مواجهة المخالفين، نصت المادة السابعة (7) من المرسوم رقم 2.18.453 بتحديد شروط وكيفيات تعيين أعوان شرطة المياه ومزاولتهم لمهامهم¹، على ضرورة أن تضع كل وكالة حوض مائي في نطاق مجالها الترابي على مستوى كل حوض مائي، قاعدة للمعطيات والبيانات لمراقبة الاستعمال والاستغلال غير المشروع للملك العمومي المائي، وذلك بأن تتضمن هذه القاعدة للمعطيات المعلومات والمعطيات المضمنة في المحاضر، وكذا الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم المختصة.

ثانياً. أنواع المخالفات موضوع تدخل أعوان شرطة المياه.

أوكل القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء للأعوان المكلفين بشرطة المياه مهمة مراقبة الملك العمومي المائي وحمايته من الاستعمال والاستغلال غير المشروع، ومن جهة أخرى، بمراقبة مدى احترام مقتضيات والشروط المتضمنة في قرارات الترخيص أو عقود الامتياز الممنوحة، وعلى أساس ذلك، فإن مجال التدخل حسب نفس القانون المتعلق بالماء يتحدد من خلال ما يلي:

1. الأنشطة التي يمنعها القانون :

بخصوص الأنشطة والاستعمال والاستغلال للملك العمومي المائي والتي يمنعها القانون المتعلق بالماء منعاً كلياً، نميز في هذا الصدد بين الحالات التالية :

- التجاوز بأي شكل من الأشكال بواسطة بنايات، على حدود الضفاف الحرة لمجري المياه المؤقتة أو الدائمة والسواقي والبحيرات والعيون وكذا على حدود محرم القناطر المائية وأنابيب المياه وقنوات الملاحة أو الري أو التطهير التي تدخل في الملك العمومي المائي؛
- وضع أي حاجز داخل حدود الملك العمومي المائي يعرقل الملاحة وحرية سيلان المياه وحرية التنقل على الضفاف الحرة؛
- رمي أشياء داخل مسيل مجاري المياه، من شأنها أن تعيق هذا المسيل أو تسبب له تراكمات؛

¹ مرسوم رقم 2.18.453 صادر في 4 محرم 1440 (14 سبتمبر 2018) بتحديد شروط وكيفيات تعيين أعوان شرطة المياه ومزاولتهم لمهامهم، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد: 6712، 17 محرم 1440 الموافق لـ 27 شتنبر 2018، ص: 8393.

- عبور الساقيات أو الأنابيب أو القناطر المائية أو القنوات المكشوفة والتي تدخل في الملك العمومي المائي، بواسطة عربات أو حيوانات، خارج الممرات المعينة خصيصاً لهذا الغرض، أو ترك البهائم تدخل محرم قنوات الري أو التطهير. باستثناء النقط المحددة من طرف وكالة الحوض المائي والتي يمكن للقطيع أن ينفذ منها للوصول إلى هذه القنوات قصد الارتواء.

2. الأنشطة التي لا يمكن مزاوتها إلا بترخيص :

أما بخصوص الأنشطة والاستعمالات التي تستوجب أن تكون موضوع مخالفات إذا تمت مزاوتها دون الحصول على ترخيص مسبق، وبالتالي يتعين على أعوان شرطة المياه معاينتها وتحرير محاضر في شأنها، نرصد في هذا الصدد، الحالات التالية:

- حفر الآبار وإنجاز الأثقاب وجلب المياه الجوفية، أو جلب مياه العيون الطبيعية؛
- جلب صبيب من المياه السطحية يتعدى العتبة وفقاً لما هو محدد بنص تنظيمي؛
- إقامة منشآت فوق الملك العمومي المائي لمدة تتجاوز 10 سنوات، أو بغرض حماية الممتلكات الخاصة من الفيضانات؛
- إقامة ممرات على مجاري المياه؛
- الاحتلال المؤقت للملك العمومي المائي؛
- إنجاز أو إزالة إيداعات أو أغراس أو مزروعات في الملك العمومي المائي؛
- كحت أو تعميق أو توسيع أو تقويم أو تنظيم مجاري المياه المؤقتة أو الدائمة؛
- القيام بتجويقات كيفما كان نوعها، خاصة استخراج مواد البناء من مجاري المياه على مسافة تقل عن عشرة أمتار من حدود الضفاف الحرة لمجري المياه، أو محرم أنابيب المياه والقناطر المائية والقنوات؛
- صب المياه المستعملة أو إعادة استعمالها.

3. الأنشطة التي لا يمكن مزاوتها إلا بعقد امتياز :

أما بخصوص الاستعمالات التي يمكن أن تكون موضوع مخالفات إذا تمت مزاوتها دون الحصول المسبق على عقد امتياز، وبالتالي يتعين على أعوان شرطة المياه تحرير محاضر في شأنها، نميز بين الحالات التي حددها القانون المتعلق بالماء وذلك على النحو التالي:

- تهيئة البحيرات والبرك والسبخات والمستنقعات؛
- أعمال جلب الماء عندما تخصص لتزويد العموم بالماء الصالح للشرب؛
- مآخذ الماء من مجاري المياه والسدود والقنوات بهدف إنتاج الطاقة الكهرومائية؛
- استغلال وتدبير المنشآت العامة كالسدود وقنوات تحويل المياه؛

- التقاط المياه العذبة النابعة في البحر؛
- استعمال المسطحات المائية الطبيعية أو الاصطناعية لممارسة الأنشطة المتعلقة بالحياة المائية أو لممارسة أنشطة ترفيهية أو سياحية أو رياضية؛
- تهيئة العيون الطبيعية المعدنية أو الحارة وكذا جلب مياه العيون كيفما كانت طبيعتها بهدف تعبئتها وتسويقها، أو إذا كان الصيب المراد جلبه يفوق العتبة المحددة بنص تنظيمي؛
- إقامة منشآت بما في ذلك السدود، فوق الملك العمومي المائي لمدة تفوق 10 سنوات لتخزين أو تحويل المياه بهدف استعمالها لاسيما لإنتاج الطاقة الكهرومائية أو لأغراض أخرى.

هذا وتجب الإشارة، إلى أن أعوان شرطة المياه يتولون بالإضافة إلى ما سبق ذكره، مهام معاينة المخالفات التي قد تلحق ما تضمنته مقتضيات وأحكام الباب الثامن من القانون المتعلق بالماء، والذي نصت مواده على أنه يتوجب المحافظة على كل من الأوساط المائية (الفرع الأول) وجودة المياه (الفرع الثاني) والمياه الجوفية (الفرع الرابع).

ثالثا- الولوج إلى المنشآت المائية: والاشكالات المطروحة.

بهدف تسهيل عمليات المعاينة لمخالفات القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء ونصوصه التطبيقية، خولت المادة 132 من القانون المتعلق بالماء لأعوان شرطة المياه الحق في الولوج إلى المنشآت المائية كالأبار أو التجهيزات الأخرى لاستعمال واستغلال الملك العمومي المائي وفق الشروط المحددة في القانون المتعلق بالمسطرة الجنائية، كما يمكنهم بمناسبة ولوجهم لهذه المنشآت المائية أن يطلبوا من مالك أو مستغل منشأة التقاط أو جلب الماء أو صب المياه المستعملة، تشغيل هذه المنشآت أو التجهيزات المائية قصد التحقق من خصائصها، ومن ثمة مطابقة الاستعمال والاستغلال لقرارات الترخيص أو الامتياز.

والملاحظ أن من بين أهم الإشكالات المطروحة أمام أعوان شرطة المياه أثناء ولوجهم للمنشآت المائية، هو حينما تكون الأبار أو التجهيزات ذات الاستخدام المائي تتواجد داخل المنازل المسكونة، والتي عرفها الفصل 511 من مجموعة القانون الجنائي¹، على أنه يعد منزلا مسكونا "كل مبنى أو بيت أو مسكن أو خيمة أو مأوى، ثابت أو متنقل، سواء كان مسكونا فعلا أو معدا للسكنى، وكذلك جميع ملحقاته، كالساحات وحظائر الدواجن والخزيرين والإصطبل أو أي بناية داخلية في نطاقه مهما كان استعمالها، حتى ولو كان لها سياج خاص بها داخل السياج أو الحائط العام".

¹ ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي كما تم تعديله وتتميمه بمجموعة من القوانين، آخرها القانون رقم 12.18 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.21.56 بتاريخ 27 شوال 1442 الموافق لـ 8 يونيو 2021، الجريدة الرسمية عدد: 6995 بتاريخ 3 ذو القعدة 1442 الموافق لـ 14 يونيو 2021، ص: 4162.

وعلى هذا الأساس، فحسب منطوق المادة 79 من قانون المسطرة الجنائية، فإنه "لا يمكن دخول المنازل و تفتيشها وحجز ما بها من أدوات الاقتناع دون موافقة صريحة من الشخص الذي ستجري العمليات بمنزله"، على أن "...تضمن هذه الموافقة في تصريح مكتوب بخط يد المعني بالأمر، فإن كان لا يعرف الكتابة يشار إلى ذلك في المحضر كما يشار فيه إلى قبوله".

ومن هذا المنطلق، فإن تواجد بئر أو منشآت أو تجهيزات مائية بأرض مسيجة يعد بناية داخل في نطاق المسكن، وبالتالي فإن أعوان شرطة المياه ملزمون في إطار الحق في الولوج، بأخذ الموافقة من المستخدم أو المستغل للملك العمومي المائي، ومن تم تضمين هذه الموافقة في محاضر المعاينة للمخالفات إن وجدت، أو بواسطة تصريح مكتوب بخط يد المعني بالأمر في حالة غياب أي مخالفة، وذلك للاحتجاج بها في حالة الطعن قضائيا في عملية الولوج إلى المسكن.

ومن الملاحظات الأخرى التي تثير إشكاليات كبرى أثناء ولوج أعوان شرطة المياه للمنشآت والتجهيزات المائية أو الآبار باعتبارها جزءاً من المنزل المسكون، هو توقيت الولوج، فحسب المادة 62 من قانون المسطرة الجنائية، فإن عملية التفتيش والمعاينة لمخالفات القانون المتعلق بالماء ونصوصه التطبيقية يجب أن يكون "قبل الساعة السادسة صباحا وبعد الساعة التاسعة ليلا... غير أن العمليات التي ابتدأت في ساعة قانونية يمكن مواصلتها دون توقف"، إلا أن هذه المقتضيات لا تنطبق في حالة ما إذا كانت طبيعة الاستغلال والاستعمال للملك العمومي يتم ممارستها كنشاط ليلي وبصفة معتادة.

هذا، وتجب الإشارة إلى أن المادة 132 من القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء، قد ألزمت أعوان شرطة المياه أثناء ولوجهم للمنشآت المائية، بضرورة التعريف بصفتهم بواسطة بطاقة مهنية تسلمها لهم السلطة الحكومية المكلفة بالماء أو وكالات الأحواض المائية أو المؤسسات العمومية التي ينتمون لها¹.

رابعا- أخذ العينات موضوع المخالفات: الشروط والإجراءات.

مكّن القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء الأعوان المكلفون بشرطة المياه في إطار مراقبة الملك العمومي المائي ومعاينة المخالفات لأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه، أن يستعينوا حسب منطوق المادة 133 منه بأي وسيلة مناسبة ولاسيما بأخذ العينات موضوع المخالفة وتحرير المحاضر في شأنها.

وتبعا لذلك، اشترطت المادة 134 من القانون المتعلق بالماء السالف ذكره، على ضرورة وضع الأختام على هذه العينات المأخوذة من طرف العون المكلف بشرطة المياه المحرر للمحضر، وأن يخبر مباشرة بمجرد أخذ

¹ أنظر(ي) في هذا الصدد نموذج البطاقة المهنية المرفقة بالمرسوم رقم 2.18.453 صادر في 4 محرم 1440 الموافق لـ 14 سبتمبر 2018 بتحديد شروط وكيفيات تعيين أعوان شرطة المياه ومزاولتهم لمهامهم، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد: 6712، 17 محرم 1440 الموافق لـ 27 شتنبر 2018، ص: 8395.

العينة مالك أو مستغل المنشأة المائية، إذا تمت هذه العملية بحضوره، على أن يسلمه عينة مطابقة للعينة المخوذة، ويشار إلى عملية التسليم في المحضر المحرر.

خامسا- توقيف الأشغال والحجز على الأدوات وإيداعها بالمحجز.

حول القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء للأعوان المكلفين بشرطة المياه في حالة التلبس بالمخالفة لقانون الماء والنصوص المتخذة لتطبيقه وذلك حسب منطوق المادة 136، بتوقيف الأشغال والحجز على الأدوات والأشياء التي كان استعمالها أساس المخالفة، ومن تم إيداعها للمحجز.

وهكذا، سنلاحظ أن عملية الحجز على الأدوات والأشياء التي كان استعمالها أساس المخالفة، مقرون بحالة التلبس، والتي تطرقت لها أحكام ومقتضيات قانون المسطرة الجنائية، حيث تتحقق حالة التلبس وفقا للمادة 56 إذا ضبط المخالف الفاعل أثناء ارتكابه المخالفة أو على إثر ارتكابها، مثال على ذلك، في حالة قيام الفاعل المخالف بحفر بئر بواسطة آليات الحفر دون التوفر على رخصة الحفر، أو في حالة تجهيز الآليات المستعملة لحفر ووضعها في وضعية الحفر دون التوفر على ترخيص، أو في حالة جرف رمال المجرى المائي بواسطة آليات الجرف دون التوفر على ترخيص للممارسة هذا النشاط.

الحالة الثانية للتلبس، حسب منطوق نفس المادة (56 من قانون المسطرة الجنائية)، هو إذا كان الفاعل المرتكب للجريمة مطاردا بصياح الجمهور على إثر ارتكابها، مثال ذلك، هو جلب المياه أو استغلال منشآت مائية تتطلب ترخيص، وتم ضبطه من طرف المستغلين بصورة قانونية، وتم مطاردته لاستغلاله الملك العمومي المائي وتأثير ذلك الاستعمال على منسوب المياه.

الحالة الثالثة، إذا وجد الفاعل بعد مرور وقت قصير على ارتكاب الفعل حاملا أشياء يستدل معها أنه شارك في الفعل الإجرامي، أو وجد عليه أثر أو علامات تثبت هذه المشاركة، ومثال ذلك، في إطار دورية شرطة المياه، تصادف أعوان شرطة المياه بآليات تستخدم لحفر الآبار، ومن خلال البحث مع الفاعل، تبين أنه قام بحفر ثقب مائي دون الحصول مسبقا على ترخيص لذلك¹.

هذا، وفي كل الحالات التي تتم فيها معاينة المخالفات في حالة التلبس، يقوم أعوان شرطة المياه بإخبار النيابة العامة فورا، وأن يتم الاحتفاظ بجميع الأدلة والآليات والأشياء موضوع المخالفة، ومنع كل شخص غير مؤهل بدخول مكان ارتكاب المخالفة لتجنب تغيير الحالة، كما يتم الحجز على جميع الآليات والأدوات موضوع المخالفة وإيداعها بالمحجز، وتحرير العمليات المنجزة في المحضر.

¹ للمزيد، أنظر(ي) في هذا الصدد كل من:

- عبد الواحد العلمي: "شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية"، الجزء الأول، مطبعة النجاح- الدار البيضاء، الطبعة السابعة: 2018، ص: 379 وما بعدها.

- محمد بوزبع: "دليل وزارة العدل شرح قانون المسطرة الجنائية"، مطبعة فضالة- الرباط، الطبعة الثالثة: 2004، ص: 106.

سادسا- الضمانات والامكانيات الموضوعة رهن إشارة أعوان شرطة المياه.

تعتبر مهمة مراقبة الملك العمومي المائي وحمايته من الاستغلال والاستعمال غير المشروع مهمة محفوفة بمجموعة من المخاطر، كما تتطلب إمكانيات ووسائل تقنية ولوجيستية توضع رهن إشارة الأعوان المكلفين بشرطة المياه للقيام بهذه المهمة.

وعلى هذا الأساس، نجد أن القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء ونصوص قانونية أخرى، بالإضافة إلى المرسوم رقم 2.18.453 بتحديد شروط وكيفيات تعيين أعوان شرطة المياه ومزاولتهم لمهامهم، قد حول لأعوان شرطة المياه مجموعة من الضمانات والامكانيات الموضوعة رهن إشارتهم.

فهدف جعل مهامهم ذات طابع مؤسستي ورسمي، ولمواجهة كل ما من شأنه أن يثير صعوبة في التعرف على أعوان شرطة المياه بسبب اللبس الذي يمكن أن يسببه عدم تمييزهم عن غيرهم، نصت المادة 132 من القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء، على أنه يتعين على أعوان شرطة المياه التعريف بصفتهم بواسطة بطاقة مهنية، تسلم لهم من الجهات الإدارية المعنية.

كما أنه بمجرد تعيين الأعوان المكلفين بشرطة المياه وأدائهم للقسم وفقا للتشريع الجاري به العمل، تقوم السلطة الحكومية المكلفة بالماء وكذا وكالات الأحواض المائية أو المؤسسات العمومية التي ينتمون إليها، بمنحهم بذلة رسمية خاصة بهم، كما توفر لهم الإدارة أو المؤسسة العمومية التي ينتمون إليها سيارات خاصة تحمل تسمية "شرطة المياه" لتسهيل عمليات التنقل للقيام بالدوريات في النقط المحددة لمراقبة مكونات الملك العمومي المائي وحمايته.

هذا، وللرفع من مردودية وفعالية أعوان شرطة المياه، يخضع الأعوان المكلفون بشرطة المياه لمجموعة من التكوينات والتأطير القانوني والتقني بشراكة مع المعاهد أو مراكز التكوين أو هيئات المحامين وكذا النيابة العامة، لمواكبة آخر التطورات والمستجدات التي تعرفها القوانين المرتبطة بمراقبة الملك العمومي المائي والتي على رأسها قانون المسطرة الجنائية.

ومن بين الإمكانيات الأخرى التي يتوفر عليها الأعوان المكلفون بمراقبة الملك العمومي المائي والموضوعة رهن إشارتهم، هو ما تطرقت له المادة 136 في فقرتها الثانية من القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء، حيث نصت على أنه يمكن عند الضرورة، لأعوان شرطة المياه طلب القوة العمومية للسلطات المختصة التي تتخذ الإجراءات الكفيلة بمساعدتهم على القيام بمهامهم.

ولضمان سلامة أعوان شرطة المياه وحمايتهم الشخصية أثناء ممارستهم لمهامهم المتمثلة في مراقبة الملك العمومي المائي، وحيث أن من شروط تعيين هؤلاء الأعوان بأن يكونوا موظفين تابعين للإدارات والمؤسسات العمومية التي ينتمون إليها، فإن الجهة الإدارية التابع لها عون شرطة المياه حسب المادة 19 من النظام الأساسي للتوظيف العمومية 24 فبراير 1958، ملزمة بحمايتهم من التهديدات والتهجمات والإهانات

والتشجيع والسبب الذي قد يتعرضون له بمناسبة قيامهم بمهامهم، وتعويضهم إن اقتضى الحال على الضرر، حيث تقوم الدولة مقام المصاب في الحقوق والدعاوي ضد المتسبب بالضرر.

كما خولت المادة 263 من القانون الجنائي ضمانات للحماية من الإهانات الموجهة لأعوان شرطة المياه، حيث نصت على عقوبة حبسية من شهر إلى سنة، وغرامة مالية من 250 إلى 5000 درهم، كل من أهان من الموظفين العموميين أثناء قيامهم بوظائفهم أو بسبب قيامهم بها، بأقوال أو إشارات أو تهديدات... قصد المساس بشرفهم أو بشعورهم أو الاحترام الواجب لسلطتهم.

وبخصوص الضمانات الجنائية للحماية الجسدية لأعوان شرطة المياه، فإن المادة 267 من القانون الجنائي، تطرقت لعقوبات متدرجة إما بالحبس أو السجن أو الإعدام، وذلك حسب طبيعة العنف أو الأذى الجسدي الذي قد يتعرض له الأعوان المكلفون بشرطة المياه أثناء قيامهم بوظائفهم أو بسبب قيامهم بها.

المحور الثالث : جهاز شرطة المياه بين الإكراهات ومداخل الإصلاح.

على الرغم من الإمكانيات الموضوعية رهن إشارة الأعوان المكلفون بمراقبة الملك العمومي المائي من الاستغلال والاستعمال غير المشروع، إلا أن طبيعة المهام الموكولة إليهم تطرح مجموعة من الإكراهات سواء الداخلية المرتبطة بالخط الداخلي لشرطة المياه، وإكراهات خارجية مرتبطة بمحيط الاشتغال.

فبالنسبة للإكراهات الداخلية التي يواجهها جهاز شرطة المياه وتؤثر على أداء المهام الموكولة لهم، ومن تمّة على فعالية ومردودية مراقبة الملك العمومي المائي، حيث يمكن التطرق لها كما يلي:

- على مستوى الموارد البشرية لشرطة المياه بالمغرب سجل تقرير المجلس الأعلى للحسابات نقصا حادا في عدد أعوان شرطة المياه، حيث لم يتجاوز عددهم 134 عونا سنة 2017 وذلك ما بين الأعوان التابعين للمديرية العامة لهندسة المياه ووكالات الأحواض المائية، مع العلم أنه يتم تكليف هؤلاء الأعوان بمهام إدارية أخرى¹.

إذ يشكل هذا النقص الحاد في الموارد البشرية المؤهلة لمراقبة الملك العمومي إلى تزايد أشكال الاستغلال والاستعمال غير المشروع للموارد المائية ببلادنا، وعلى الرغم من أن العدد قد وصل إلى 200 عون شرطة مياه خلال سنة 2022²، إلى أن العدد يبقى غير كاف أمام تنوع مكونات الملك العمومي المائي، وهو ما يتطلب إعادة تعبئة الموارد البشرية لا سيما داخل وكالات الأحواض المائية والمصالح الإقليمية للمياه، لتعزيز عمليات المراقبة وحماية الملك العمومي المائي؛

¹ المجلس الأعلى للحسابات: "تقرير حول الأنشطة برسم سنتي 2019 و2020"، دجنبر 2021، الجريدة الرسمية عدد: 7073 مكرر، 14 مارس 2022، ص: 1354.

² تصريح المدير العام لهندسة المياه بوزارة التجهيز والماء، بمناسبة حضوره لبرنامج "نكونوا واضحين" بإذاعة 2M بتاريخ 21 شتنبر 2022.

- على الرغم من التكوينات التي يخضع لها أعوان شرطة المياه قبل مباشرة المهام الموكولة لهم كما هو محدد في المرسوم الخاص بشرطة المياه، إلا أنه لا يتم اعتماد برامج تكوينية دورية لمواكبة آخر التطورات وتقييم حصيلة الممارسة، وما يؤكد ذلك هو صعوبة التعامل مع الاشكالات التي تثيرها المعاينات ذات الطابع المستجد وتحريرها في المحاضر، حيث سجل تقرير المجلس الأعلى للحسابات في هذا الصدد، رفض المحاكم لمعظم المحاضر المحررة بسبب وجود عيوب في الشكل¹؛

- نص المرسوم المتعلق بشرطة المياه على الجهات المتدخلة لمراقبة الملك العمومي المائي، والتي حصرها في الوزارة المكلفة بالماء ووزارة الفلاحة ووزارة الصحة ووكالات الأحواض المائية والمراكز الجهوية للاستثمار الفلاحي، حيث يسجل أن فقط الأعوان التابعين للمديرية العامة للمياه سواء على المستوى المركزي أو على مستوى المصالح الخارجية، وكذا وكالات الأحواض المائية هم الفئة الوحيدة التي تمارس مهام مراقبة الملك العمومي المائي من الاستغلال غير المشروع، وذلك في ظل غياب باقي المتدخلين؛

- إشكال آخر مرتبط بالملاحظة السابقة، بخصوص إشكالية التنسيق وتوزيع المهام داخل المجالات الترابية التي يتواجد فيها الملك العمومي المائي، فعلى الرغم من غياب باقي المتدخلين في مراقبة الملك العمومي المائي، إلا أنه في بعض الأحيان يمكن في إطار دوريات المراقبة التي تقوم بها شرطة المياه، يمكن تحرير أكثر من مخالفة، في حال تدخل باقي الفاعلين المعنيين بهذه العملية دون تنسيق مسبق، ومن أجل تحقيق الأهداف المسطرة من مراقبة الملك العمومي وحمايته، يتطلب تأسيس هيئات للتنسيق بين جميع المتدخلين ووضع برامج للمراقبة بشكل موحد وتوزيع المهام، في أفق تغطية أكبر قدر من مكونات الملك العمومي المائي بالمناطق الترابية التابعة لكل فئة من فئات أعوان شرطة المياه؛

- يمارس أعوان شرطة المياه كباقي الأطر والموظفين مهامهم الإدارية بشكل مستمر، هذا بالإضافة إلى المهام الموكولة لهم باعتبارهم كأعوان مكلفون بشرطة المياه، مما يتطلب تنقلهم وقطع مسافات طويلة، وذلك وفق برنامج أسبوعي أو دوري حسب السلطة الإدارية التابعين لها، دون تخويلهم أي تحفيظات مالية على المسؤوليات الملقاة على عاتقهم وما قد يتعرضون له من تهديد ومنع وشتم من بعض المخالفين للقانون المتعلق بالماء ونصوصه التطبيقية، وهو ما يتطلب النظر في نظام التحفيظات للرفع من مردوديتهم وكفائتهم؛

- خول القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء للأعوان المكلفين بشرطة المياه صلاحية الاستعانة بالقوة العمومية لمساعدتهم في القيام بمهامهم (المادة 136)، حيث أنه يصعب عليهم الحصول على هذا الدعم بسبب تعرضهم للتهديد من طرف المخالفين، مما لا يسمح لهم بالقيام بمهامهم رغم معاينة المخالفات.

أما بالنسبة للإكراهات الخارجية التي يواجهها جهاز شرطة المياه أثناء قيامهم بمهام مراقبة الملك العمومي المائي، فيمكن التطرق لها كما يلي :

¹المرجع نفسه.

- في إطار الدوريات التي يقوم بها أعوان شرطة المياه، قد يتم معارضة مخالقات لقانون الماء والنصوص الصادرة لتطبيقه، في ظل غياب مالك أو مستغل المنشئة موضوع المخالفة، وهو ما يصعب من مأمورية أعوان شرطة المياه لتحرير المخاضر وتحديد هوية المخالفين؛
- من أكبر الصعوبات التي يواجهها الأعوان المكلفون بشرطة المياه، هو مواجهتهم من طرف المخالفين بوابل من التهديدات والشتم، وأحيانا أخرى بتعرضهم إلى هجوم جماعي لإبعادهم عن الأماكن موضوع المخالفة، ومن ثمة إخفاء العناصر المادية للمخالفات المسجلة، لذا يقترح، على غرار تجربة الدرك الملكي، بأن يتم تزويد أعوان شرطة المياه أثناء القيام بمهام المعاينة بكاميرات مثبتة، لتسجيل أطوار المعاينة والحوار مع المخالفين، كضمانة ودليل في حالة تعرضهم للتهديد أو التعنيف الجسدي؛
- من بين الإشكالات التي يصادفها أعوان شرطة المياه أثناء القيام بمهام المراقبة باعتبارهم لا يحوزون إلا بعضا من مهام الشرطة القضائية، هو وجود بعض المنشآت المائية كالأبار داخل المنازل أو الضيعات التي يرفض أصحابها الدخول إليها، وهو ما يعيق عملية المراقبة والتأكد من تطابق مقتضيات قرارات الترخيص مع الاستعمال والاستغلال للملك العمومي المائي.

: على سبيل الختم

تظهر أهمية جهاز شرطة المياه في مراقبة وحماية الملك العمومي المائي ببلادنا، وذلك من خلال ما تسجله الأرقام الاحصائية حول الخروقات المسجلة على مستوى الاستغلال والاستعمال غير المشروع لمكونات الملك العمومي المائي، ففي إحصاء لعدد الآبار المنجزة ما بعد حادث الطفل ريان، تم تسجيل ما يقارب 91% من هذه الآبار أنها قد تمت دون ترخيص، وهو ما يهدد الأمن المائي للموارد الجوفية.

ففي سنة 2017، سيسجل آخر تقرير للمجلس الأعلى للحسابات (2021) ارتفاعا في عدد مستغلي المياه بدون ترخيص، بحيث تجاوزت من 102.264 مقابل 52.557 من مستغلي المياه المرخص لهم، وهو ما يتطلب من الفاعلين المتدخلين في الشأن المائي ببلادنا، أمام التحديات المناخية العالمية وتأثيرها على موارد المياه، من إعادة النظر في جهاز شرطة المياه، وذلك بجعله جهازا متخصصا تتركز مهامه فقط في مراقبة مكونات الملك العمومي المائي وحمايته، وذلك بوضع إطار تنظيمي متخصص وخاضع لنظام أساسي خاص وتحت إشراف ووصاية السلطة الحكومية المكلفة بالماء.

❖ لائحة المراجع المعتمدة :

• الدراسات والمراجع :

1. عبد اللطيف بوحوش : " دليل الشرطة القضائية في تحرير المحاضر وتوثيق المساطر" ، دار الآفاق المغربية، الطبعة السابعة: 2021.
2. عبد الواحد العلمي: " شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية" ، الجزء الأول، مطبعة النجاح- الدار البيضاء، الطبعة السابعة : 2018.
3. محمد بوزبع: " دليل وزارة العدل شرح قانون المسطرة الجنائية" ، مطبعة فضالة- الرباط، الطبعة الثالثة: 2004.
4. جميلة دوار وعبد الله دريسي: " صلاحيات شرطة المياه في التشريع الجزائري" ، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المجلد 08/ العدد: 01-2019، شتنبر 2019.
5. محمد جلاب: " شرطة المياه وصلاحياتها في النظام الجزائري" ، مجلة المرجع العلمي والتقني، العدد 23، دجنبر 2013.
6. هشام بنعلي : " القوة الثبوتية لمحاضر الضابطة القضائية وفق قانون المسطرة الجنائية المغربي" ، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، محور الدراسات والأبحاث، أبريل 2021.

• النصوص القانونية :

1. ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي كما تم تعديله وتتميمه بمجموعة من القوانين، آخرها القانون رقم 12.18 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.21.56 بتاريخ 27 شوال 1442 الموافق لـ 8 يونيو 2021، الجريدة الرسمية عدد: 6995 بتاريخ 3 ذو القعدة 1442 الموافق لـ 14 يونيو 2021، ص: 4162.
2. القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.255 صادر في 25 من رجب 1423 الموافق لـ 3 أكتوبر 2002، كما تم تعديله وتتميمه بمجموعة من القوانين، آخرها القانون رقم 32.18 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.92 صادر في 5 ذي القعدة 1440 الموافق لـ 8 يوليو 2019.
3. القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.113 الصادر في 6 ذي القعدة 1437 الموافق لـ 10 أغسطس 2016، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد: 6494، 21 ذو القعدة 1437 الموافق لـ 25 غشت 2016، ص: 6305، كما تم تعديله وتتميمه بموجب القانون رقم

- 05.23 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف عدد 1.23.16، بتاريخ 19 رجب 1444 الموافق لـ 10 فبراير 2023، الجريدة الرسمية عدد: 7173 بتاريخ 3 شعبان 1444 الموافق لـ 27 فبراير 2023، ص: 2247.
4. قانون رقم 10.95 المتعلق بالماء، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.154 بتاريخ 16 غشت 1995، الجريدة الرسمية عدد: 4325، ص: 2520.
5. قانون رقم 12.05 مؤرخ في 4 غشت سنة 2005 يتعلق بالمياه كما تم تعديله، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 60، بتاريخ 4 شتنبر 2005، ص: 3.
6. قانون عدد 16 لسنة 1975 مؤرخ في 31 مارس 1975 يتعلق بإصدار مجلة المياه كما هي منقحة ومتممة بالنصوص القانونية اللاحقة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 022، بتاريخ 01 أبريل 1975، ص: 612.
7. Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, Agencia Esta talBoletín Oficial del Estado, núm. 189, de 8 de agosto de 1985, p: 25123.
8. القانون رقم 48 لسنة 1982، القانون رقم 48 لسنة 1982 والمتعلق بحماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث، على الموقع الرسمي لوزارة الموارد المائية والري المصرية التالي: www.mwri.gov.eg.
9. مرسوم رقم 2.18.453 صادر في 4 محرم 1440 (14 سبتمبر 2018) بتحديد شروط وكيفيات تعيين أعوان شرطة المياه ومزاولتهم لمهامهم، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد: 6712، 17 محرم 1440 الموافق لـ 27 شتنبر 2018، ص: 8393.
10. نموذج البطاقة المهنية المرفقة بالرسوم رقم 2.18.453 صادر في 4 محرم 1440 الموافق لـ 14 سبتمبر 2018 بتحديد شروط وكيفيات تعيين أعوان شرطة المياه ومزاولتهم لمهامهم، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد: 6712، 17 محرم 1440 الموافق لـ 27 شتنبر 2018، ص: 8395.

• التقارير والتصاريح والمواقع الالكترونية :

1. المجلس الأعلى للحسابات : " تقرير حول الأنشطة برسم سنتي 2019 و 2020"، دجنبر 2021، الجريدة الرسمية عدد: 7073 مكرر، 14 مارس 2022.
2. تصريح المدير العام لهندسة المياه بوزارة التجهيز والماء، بمناسبة حضوره لبرنامج " نكونوا واضحين" بإذاعة 2M بتاريخ 21 شتنبر 2022.
3. الموقع الرسمي لوزارة البيئة والتنمية المستدامة الموريتانية التالي : www.environnement.gov.mr.
4. الموقع الرسمي لوزارة الموارد المائية والري المصرية التالي : www.mwri.gov.eg.

السيادة المعلوماتية والإذاعية والسياسية

من منظور الأهلية القانونية - دراسة مستخلصة

Information, radio and political sovereignty

from the perspective of legal capacity-extracted study



الحسين الزقيم محمد عبد الرحيم، دكتوراه القانون

العام - كلية الحقوق - جامعة أسيوط جمهورية مصر العربية

Al- Hussein Al-Zeqeim Mohamed Abdul -Raheim Doctor of Public
Law - Faculty of Law - Assiut University The Egyptian Arabic Republic

ملخص :

لما كانت الثقافة السياسية مهمة في دعم قيم الولاء والانتماء لأي مجتمع من المجتمعات الديمقراطية، وأن أحداث تغيير بعض القيم السياسية التقليدية يحتاج الي تقدم تكنولوجي ونمو ديمقراطيخلق نوع من الاحتكاك الثقافي والاتصال السياسيالمستمر بين الأفراد ذوي الثقافات المختلفة. وما ترتب علي ذلك من تغييرات في الأنظمة الحكومية لسائر الدول لفرض نوع من القيود التي تتباين في جوهرها ومضمونها من دولة لآخري شده وضعف جراء إعمال مبدأ السيادة الدولية النابع من الأهلية القانونية.

• الكلمات المفتاحية : السيادة-الأهلية - القانونية - المعلومات - الاذاعة- السياسية.

Abstract :

Since political culture is important in supporting the values of loyalty and belonging to any of the democratic societies, and that bringing about a change in some traditional political values requires technological progress and democratic growth to create a kind of cultural friction and continuous political contact between individuals with different cultures.

And the consequent changes in the governmental systems of other countries to impose a kind of restrictions that differ in their essence and content from one country to another in strength and weakness due to the implementation of the principle of international sovereignty stemming from legal capacity.

- **Key words :** Sovereignty - eligibility - legal - information - broadcasting - politics.

المقدمة :

يعد حق الحصول على المعلومات وحرية تداولها في البلاد الديمقراطية من الأمور المتلحة النابعة من تقديس واحترام حقوق الانسان وحرياته السياسية، وإن كان هذا الحقمحاطاً بصعوبات شتى في الدول غير الديمقراطية التي تعمل علي فرض القيود ووضع العقبات وفق اعتبارات سياسية يحتكر فيها الحكام إنتاج المعلومات وتوزيعها يفرجون عما يشاءون ويجسسون ما يريدون، مطوعين حق المعرفة لخدمة أنظمتهم ليس لخدمة أوطانهم ويتسم عندها دور المواطن في هذه العملية بالدور السلبي المرهون فقط بتلقي ما يوجد به الحكام من معلومات وبيانات⁽¹⁾.

كماتعد حرية البث وبصفة خاصة الخبر الإذاعي الذي يقدم الاطلاع علي العديد من التعريفات والاستنتاجات لأحدث جديدة تؤثر في حياة عدد كبير من الجمهور وذلك لتقديمه بطريقة مفهومة لدي الكثير منهم وبصفة خاصة إذا كان الخبر مسموعاً ومحرراً بواسطة النشرات الإخبارية التي تبث عبر الإذاعة، وإن كانت النخب الحاكمة تقوم بتوظيف الإذاعة في التنشئة السياسية لمجتمعاتها بهدف غرس قيم سياسية معينة تروج لها تلك النخب وتزيد من خلالها تعميق الولاء للنظام الحاكم القائم والشخصية الوطنية والكيان السياسي إلي جانب ترسيخ التماسك السياسي والوحدة الوطنية داخل كل دولة.

1- د/ فاروق عبد البر (دراسات في حرية التعبير واستقلال القضاء و ضمانات التقاضي) الناشر/ دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006، ص 10.

وبذلك تلعب دور الوسيط بين الحكومة والشعب وتبلغ صوت الدولة وتنشر أفكارها وأيديولوجيتها إلى الأفراد في الداخل والخارج كما تنقل مشاكلهم واهتماماتهم للسلطة لتصدر القرارات المناسبة⁽¹⁾.

وإن كانت هذه الحقوق تتصادم في كثير من الاوقات مع مبدأ في غاية الخطورة وهو مبدأ السيادة الذي يعتبر مركز قانوني يقدمه القانون الدولي للوحدات التي توافرت لديها شرائط معينة، حيث يسمح بالقول بأنها قد ارتفعت إلى مرتبة الدولة في مفهوم القانون الدولي العام، فيكون لها التمتع بالمركز القانوني الذي يقدمه القانون الدولي وخاصة مبدأ السيادة والاستقلال في مواجهة سائر الدول الأخرى⁽²⁾.

لذا يشكل مبدأ السيادة⁽³⁾ الأساس القانوني الذي تقوم عليه العلاقات المتبادلة بين الدول ويتضمن هذا المبدأ وجود اختصاص مانع للدولة على إقليمها والأفراد المقيمين في هذا الإقليم وضرورة احترام سيادة الدولة الأخرى وعدم التدخل في الموضوعات التي تخضع لاختصاصها الداخلي وإن رضا الدولة وموافقتها شرط لخضوعها للالتزامات الاتفاقية، ومن ثم فإن السيادة ذات مفهوم إيجابي يتمثل في تمتع الدولة ذات السيادة باختصاصات مانعة على إقليمها في إطار القانون الدولي كما أنها ذات مفهوم سلبي يتطلب وجوب احترام حقوق وسيادة الدول الأخرى على إقليمها وعدم التدخل في شؤونها الداخلية⁽⁴⁾.

• أهمية موضوع الدراسة :

تكمن أهمية موضوع الدراسة في:

- غزو التطور التكنولوجي للمؤسسات الإعلامية والحكومية والتعليمية والجمهورية لدول العالم.
- زيادة خلق الادراك السياسي والمشاركة في الحياة السياسية لجمهور المواطنين وتطوير الروح القومية لهم بالتعرف علي العالم الخارجي عن مجتمعهم مما ينعكس علي إدراكهم السياسي والاجتماعي.
- أهمية السيادة الدولية التي تحظى بها جميع الدول وفقاً لقاعدة الأهلية القانونية .

1- بدارفؤاد (سيكولوجية القيم الإخبارية بالإذاعة الجزائرية) دراسة ميدانية حول إذاعة مستغانم ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، علم اجتماع الاتصال ، جامعة وهدان ، كلية العلوم الاجتماعية ، سنة 2016/2015، ص 56 .

2- د/صلاح الدين عامر (مقدمه لدراسة القانون الدولي العام المعاصر)، الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1989، ص493.

3- د/ محمد طلعت الغنيمي (الوسيط في قانون السلام) الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1989، ص493

• أهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلى :

- كيفية الحصول علي الحق في المعلومات وحرية بثها وتداولها في ظل التطور التكنولوجي وفقلمحماية الحقوق والحريات المنظمة دولياً والمحصنة داخلياً.
- مدى التوافق والتصادم بين هذه الحقوق وحق الدول أصحاب السيادة في كثير من الاوقات مع مبدأ السيادة الدولية الذي يعتبر مركز قانوني يقدمه القانون الدولي للوحدات التي توافرت لديها شرائط معينة.

• سبب اختيار موضوع الدراسة :

لكل دراسة دوافع وأسباب دفعت الباحث الكتابة عنها من هذه الدوافع والأسباب :

- تزايد هيمنة الدول علي فرض القيود ووضع العقوبات أمام تدفق حرية تداول المعلومات واستقبال واستقاء الاخبار والاحداث عبر وسائل الاعلام.
- حق الدول اصحاب السيادة في حفظ امنها داخلياً وخارجياً وحق المجتمع في إمداده بالمعلومات وممارسة حقوقه وحرياته.

• إشكاليات الدراسة :

تعالج هذه الدراسة بعض الإشكاليات التي ظهرت في الآونة الأخيرة :

- الغزو الثقافي الذي تمارسه الدول بصفة خاصة الذي تحاول من خلاله الربط بين الحق في حرية تداول المعلومات والبث الإذاعي أن تفرض هيمنتها وسيطرة ثقافتها وأفكارها علي سائر مواطنيها معلميها مثقفها وأميها.
- الحياة السياسية بين الواقع والمأمول بشأن ممارسة الحقوق والحريات والاحتفاظ بالسرية والمعلومات .

• 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 ووضع العقوبات أمام حرية تداول المعلومات؟
- وما هي الأسباب التي يمكن أن تبرأ الدول من فرض هيمنتها وسيطرتها علي تلقي الاخبار والاحداث الإذاعية المرئية والسمعية ؟

• منهجية البحث في الدراسة :

اتبعت في هذه الدراسة أسلوب : البحث التحليلي المقارن المستخلص وذلك لاعتماد الدراسة علي النصوص القانونية المقارنة والقوانين النموذجية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحرية تداول المعلومات وحرية البث الإذاعي من منظور قاعدة الاهلية القانونية للدول.

• هيكل الدراسة - خطة الدراسة :

تتكون هذه الدراسة من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة ونتائج وتوصيات :

المبحث الأول : سيادة الدولة وحرية تداول المعلومات.

المبحث الثاني : سيادة الدولة وحرية البث الإذاعي.

المبحث الثالث : سيادة الدولة والسوعي السياسي.

الخاتمة

النتائج والتوصيات

قائمة المراجع

المبحث الأول

سيادة الدولة وحرية تداول المعلومات

يقول القاضي الاسترالي (Thomas) هناك ارتباط وثيق بين السلطة والمعلومات، بحيث يمكن النظر إلي التحرك نحو الحكومة المفتوحة علي أنها محاولة لتصحيح الخلل في السلطة من خلال تأمين وصول المواطنين إلي المزيد من المعلومات الحكومية المفتوحة في جوهرها تعني تحول السلطة من الحكومة إلي الشعب صاحب السيادة الحقيقية⁽¹⁾.

كما يوجد اختلاف في موقف كل دولة بخصوص البث التليفزيوني المباشر حيث تنظر كل دولة من جهة مختلفة وتلجأ إلى ضرورة تغليب حرية المعلومات على مبدأ سيادة الدولة أو العكس ولا بد من التعرف على الأسانيد القانونية التي تؤدي إلى القول بخضوع البث التليفزيوني المباشر لما تفرضه الدولة بمقتضى سيادتها من قيود ومنها ضرورة الحصول على الموافقة المسبقة للدولة المستقبلية قبل أن يبدأ البث التليفزيوني المباشر والموجه إلى أقاليم الدول الأخرى دون موافقتها .

كما نلاحظ أن مبدأ سيادة الدولة من المبادئ الأساسية في القانون الدولي التي لا يناع في قانونيته احد وسيادة الدولة وفقاً لمفهومها المعاصر تتمثل في الاستقلال السياسي للدولة وحققها في تقرير مصيرها وسيادتها الاقتصادية على مواردها الطبيعية حيث إن مبدأ السيادة هو الأساس الذي تقوم عليه العلاقات بين الدول بناء على الاحترام المتبادل لحقوق الدول السيادية وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى⁽²⁾.

وعلى رغم ما لحق مبدأ سيادة الدولة من تطور ما زال مبدأ عام يعطي للدولة وفقاً لأحكام القانون الدولي اختصاصات وسلطات واسعة منها الحق في الحفاظ على نظامه ومؤسساتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية وصيانة ثقافتها وأنماط معيشة سكانها وأداتها وتقاليدها، ولا تتقيد الدولة في ممارسة هذه الاختصاصات إلا بإرادتها، بينما حرية المعلومات وردت قيوداً على ممارستها وأجازت للدول فرض قيود أخرى لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب، وقد أشار بعض الفقه إلى انه لا يمكن لأي دولة أن تطبق حرية مطلقة ومن ثم يفضل أن تقترن ممارسة هذه الحرية بشروط معينة تحدد الواجبات والمسؤوليات المقابلة⁽³⁾.

1-Hon Justice ew Thomas , secrecy and open Govern ment , in essay son law and Government , vol1 , principles and values , edpdfinn , law book go Sydney , 1995 , pp184-185.

2-د/محمد مصطفى يونس (النظرية العامة لعدم التدخل في شئون الدول) كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، سنة 1985 ، ص422 وما بعدها

3- I.fisher . priorconsent. Op.cit p197

ولأجهزة الإعلام دوراً هاماً وجوهرياً باعتبارها وسيط بين الرأي العام والنظام الحاكم وذلك بتحديدتها لأبعاد العمل السياسي ومعاني الشرعية والمواطنة وحكم القانون، الأمر الذي يسهم في تشكيل تصور الرأي العام للسياسة، والإسهام في تحديد شرعية النظام السياسي وإمكانية مساءلة أعضاء النخبة السياسية⁽¹⁾ وهو ما أكدته إحدى الدراسات من أن هناك تأثيراً قوياً للإعلام في توجيه وتشكيل اتجاهات المناقشة حول القضايا السياسية والعامية في المجتمع⁽²⁾.

ويتحدد دور وسائل الإعلام في محاولة تغيير السلوك السياسي للرأي العام على مستويين : -

أولاً :-

خلق الوعي السياسي على أن يشمل:

- 1- اتجاهًا عقلياً يعكس تصور الفرد لذاته والبعد السياسي للمواقف الاجتماعية، والظروف البيئية المحيطة في المجتمع⁽³⁾.
 - 2- إدراك أهمية التوحد مع الآخرين في اتخاذ موقف موحد نحو القضايا المختلفة.
- ثانياً :-

مستوى المشاركة السياسية على أن يتضمن :

- 1- دفع الفرد إلى الحرص على ممارسة دوره في الحياة السياسية.
 - 2- تنمية المشاركة بالتوعية المستمرة وتحفيز الرأي العام على ممارستها.
- وهناك طريقة أخرى غير مباشرة تدعى من خلالها وسائل الإعلام بأنها مرآة المجتمع وأن القائمين بالاتصال ممثلون لأفراد المجتمع يعبرون عن اهتماماتهم وأراءهم⁽⁴⁾.

1- ثروت على مكي (وسائل الاتصال الجماهيري و المشاركة السياسية) رسالة دكتوراه غير منشورة ، جامعة القاهرة كلية الاقتصاد و العلوم السياسية ، سنة 1993 ، ص126.

2- Callaghan K.andschanell f "Assessing the democratic debate :How new media frame policy" communication Abstracts Vol-No . 6 .795 December 2001.

3- السيد عبد الفتاح عفيفي (بحوث في علم الاجتماع المعاصر) الناشر/ دار الفكر العربي ، القاهرة ، سنة 1996 م مشار إليه في ماجدة محمد عبد الباقي (دور وسائل الإعلام في التثقيف السياسي للرأي العام ومدى تنمية اتجاهاته نحو المشاركة) رسالة مقدمة على درجة الحصول للدكتوراه في الإعلام ، جامعة أسيوط كلية الآداب ، قسم الإعلام، سنة 1426 هـ / 2005 ، ص 138.

4- شيماء ذو الفقار زغيب (دور المادة الإخبارية في التلفزيون المصري في تشكيل اتجاهات طلاب الجامعة نحو أداء الحكومة) رسالة ماجستير غير منشورة ، جامعة القاهرة ، كلية الإعلام ، سنة 2000 ، ص 34 ، 36.

حيث تعمل وسائل الإعلام الجماهيرية والمؤسسات الدينية والأحزاب السياسية وكذلك العوامل البيئية المحيطة بالجمتمع مثل المستوى الاقتصادي والتعليمي والانتماء القبلي أو العائلي وما شابه ذلك كمؤشرات على تكوين الرأي العام⁽¹⁾.

المبحث الثاني

سيادة الدولة وحرية البث الاذاعي

يتمتع أعضاء الجماعة الدولية بمبدأ المساواة في السيادة على الرغم من وجود بعض الاختلافات السياسية والاجتماعية والاقتصادية بينها، ويترتب على ذلك أن هناك خصائص تتوافر بها وهي:-

- 1- أن جميع الدول متساوية قانوناً.
- 2- أن جميع الدول تتمتع بحقوق السيادة الكاملة .
- 3- أن جميع الدول تلتزم باحترام شخصية وحقوق الدول الأخرى.
- 4- أن جميع الدول لا يجوز لها انتهاك السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي.
- 5- أن لكل دولة الحق في اختيار وتنمية نظامها السياسي والاجتماعي والاقتصادي والثقافي بحرية.
- 6- أن كل الدول تلتزم بأداء التزاماتها الدولية كاملة وبحسن نية وبالعيش في سلام مع الدول الأخرى⁽²⁾.

ومن هنا فإن لكل دولة الحق في أن تختار نظامها السياسي والاجتماعي والثقافي والاقتصادي بحرية دون تدخل خارجي في ذلك ودون أن تقوم أي دولة أخرى بالتأثير على إرادتها الحرة في هذا الاختيار أو تغيير أو محاولة تغيير هذا النظام مهما كانت وسيلة هذا التأثير سواء أكان ذلك بالوسائل المادية أو غير المادية، ومن هذه الوسائل البث المباشر وما أدى إليه من نشأة فكرة السيادة المعلوماتية والسلامة الثقافية التي تعتمد على التطور والأهمية العظيمة لوسائل الاتصالات وتداول المعلومات في تحديد شكل التطور الاجتماعي والثقافي والاقتصادي في الدولة والتأثير على علاقتها الدولية⁽³⁾.

لذا ينبع الحق في السيادة المعلوماتية من ثلاثة مبادئ رئيسية في القانون الدولي العام وهي مبدأ المساواة في السيادة ومبدأ عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول ومبدأ الحق في تقرير المصير.

كما يهدف واجب احترام السيادة المعلوماتية للدول إلى ضرورة الامتناع عن التدخل في الشؤون الداخلية للدول عن طريق المعلومات بوسائل الدعاية الهدامة والامتناع عن القيام بأنشطة الدعاية المحرمة قانوناً،

1- حامد عبد الماجد قويسني (دراسات في الرأي العام) مقارنة سياسية ، الناشر/ مكتبة الشروق الدولية، سنة 2003، ص32.

2- y.v.king.aresome states more equal than other the united nations and the principle of sovereign equality of states Indian. J I L.vol 36. No.3.1996 . p69.

3- ينظر في ذلك :.I.Hannikainan. Internationallaw and mass communication in approaches to international communication p.189-

وقد ورد النص على ذلك في قرار الأمم المتحدة بشأن عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول الصادر في 9 ديسمبر عام 1981⁽¹⁾.

أما بخصوص السلامة الثقافية فالهدف منها حماية الثقافة الوطنية من الخضوع للسيطرة الثقافية لدولة البث أو التدفق المعلوماتي والأساس القانوني للسلامة الثقافية وهو ما ورد في الاتفاقية الدولية للحقوق الثقافية والاقتصادية والاجتماعية وتفويض الدول في اتخاذ الخطوات اللازمة لتحقيق الإدراك الكامل لهذا الحق بما فيها تلك الخطوات الضرورية لصيانة وتنمية ونشر هذه الثقافة⁽²⁾.

وإن كان الفقه لم يجب علي مدى خضوع البث التلفزيوني المباشر لحرية البث التي تحكمها السيادة الدولية إجابة مباشرة ولكن يبدو أن الفقه الغربي يميل كلياً إلى الاعتراف بخضوع البث التلفزيوني المباشر لمبدأ حرية البث⁽³⁾، أما الفقه العربي فإنه لم يقدم إجابة ما على هذا السؤال واكتفى بتغليب مبدأ سيادة الدولة على حرية المعلومات⁽⁴⁾.

ويبدو أن حرية البث لا تنطبق على البث التلفزيوني المباشر وذلك للأسباب التالية :-

أولاً :-

الأصل هو سيادة الدولة واختصاصها وحدها بحكم جميع المسائل التي تدخل في صميم اختصاصها الداخلي وفقاً لمبدأ المساواة في السيادة وحق تقرير المصير واستقلال الدولة في إدارة شئونها وتوجيه سياستها الخارجية والبث التلفزيوني هو احد خدمات الاتصالات التي تختص الدولة بتنظيمها وحدها بناء على القاعدة القانونية الدولية التي تقضي بحق الدولة السيادة في تنظيم اتصالاتها⁽⁵⁾.

ثانياً :-

تعد حرية البث استثناء على سيادة الدولة ارتضته بإرادتها ويستدل على ذلك من استعراض النظريات التي قيل بها بشأن حرية البث والتي تستند إلى النظام القانوني للهواء الجوي فالنظرية الأولى ترى أن موجات الراديو يخضع لسيادة الدولة التي تسري على الهواء الجوي وتقابلها نظرية أخرى ترى حرية موجات الراديو على أساس موجات الراديو على أساس تطبيق مبدأ حرية الهواء الجوي ثم ينتهي الجدل

1- ينظر أيضاً:- تعليق د/ جعفر عبد السلام على مطول قانون الاذاعة (الراديو والتليفزيون) المجلة المصرية للقانون الدولي عام 1971م، ص 204.
2- J.freemanDirect broad cost developments and directions : the nationalsovereignty and cultural integrity positions A.S.I.L 74th annual meeting p308

3- د/ عصام زناتي (التليفزيون المباشر عبر الأقمار الصناعية) دراسة قانونية ، مستخرج من العدد الرابع عشر ، مجلة الدراسات القانونية ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، يونيو سنة 1992، ص 168.

3- N.M.Matte Aerospace law. Telecommunications satellite . R.C.A.D.I. op cit p138.

4- N.M.Matte Aerospace law . telecommunications satellite . R.C.A.D.I. op cit p140.

القانوني إلى الأخذ بجرية البث الإذاعي استناداً إلى عدم اعتراض معظم الدول على أنشطة البث الإذاعي الموجه إليها ويبرر الفقه عدم اعتراض معظم على أنشطة البث وأيضا تلك اللازمة لوقف البث القادم إليها .

ثالثاً :-

يظهر القرار رقم 37/92 والذي تضمن المبادئ المنظمة لاستعمال الدول الأقمار الصناعية لأغراض البث التلفزيوني المباشر والذي يستوجب ضرورة موافقة الدولة المستقبلة قبل القيام بتوجيه البث التلفزيوني المباشر إلى إقليمها والذي تم إقراره بأغلبية 108 صوت ومعارضة 13 وامتناع 13 عن التصويت بعكس قرار الغالبية العظمى من الدول بالحقوق السيادية للدول في مجال البث التلفزيوني المباشر⁽¹⁾.

رابعاً :-

اختلاف البث الإذاعي عن البث التلفزيوني اختلافاً جوهرياً يتمثل في الآتي⁽²⁾:-

1- ملاحظة أن جميع الدول لم تكن لديها القدرة على القيام بأنشطة البث التلفزيوني المباشر مما يجعل هذه الإمكانية حكراً على عدد قليل من الدول.

2- ملاحظة عدم فعالية الإجراءات المضادة بالنسبة للبث التلفزيوني المباشر سواء أكانت تلك الإجراءات الداخلية المتعلقة بتجريم المشاهدة أو المصادرة للأجهزة أو تلك المتعلقة بالقدرة على التشويش.

3- ملاحظة زيادة قدرة البث التلفزيوني على التأثير بصورة كبيرة بالمقارنة بالبث الإذاعي التقليدي مما يجعله أكثر خطورة وتهديداً لمصالح الدولة الأساسية.

ولقد اعترف المشرع الفرنسي بحقوق ملاك الأراضي علي الفضاء الجوي وأن الدولة مارست سلطة السيادة علي هذا الفضاء الجوي لحماية هذه الحقوق أو تنظيمها للمصلحة العامة⁽³⁾، ويدل هذا النشاط التشريعي علي أن للدولة ممارسة حقوق سيادتها الإقليمية⁽⁴⁾.

1-د/عصام زناتي (التلفزيون المباشر عبر الأقمار الصناعية) مرجع سابق ، ص 170.

2- محمود حجازي محمود بصل (النظام القانوني الدولي للاتصالات بالأقمار الصناعية) مرجع سابق ، ص 363.

3- د/ جمال عبد الفتاح عثمان (المسئولية الدولية عن عمليات البث المباشر العابر للحدود في ضوء أحكام القانون الدولي) رسالة دكتوراه مقدمة الي كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، مصر ، سنة 2008 ، ص 133.

4- د/ إبراهيم شحاتة (القانون الجهدي وقانون الفضاء) الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1969 ، ص 60.

وبالتالي فقد أصبح الفضاء الجوي الذي يعلو أقاليم الدول تابعاً لتلك الدول وتتمارس عليه سلطاتها الكاملة وعليه لا يمكن لأية دولة أن تمارس حقوق سيادية علي فضاء جوي يخضع لسيادة دولة أخرى دون موافقة تلك الأخيرة⁽¹⁾.

ومن هنا نلاحظ عدم خضوع البث التليفزيوني المباشر لقاعدة حرية البث مما يخضعه للأصل وهو سيادة الدولة و من ثم ضرورة الحصول على موافقة الدولة المستقبلة قبل أن يتم البث التليفزيوني المباشر إلى إقليمها.

المبحث الثالث

سيادة الدولة والوعي السياسي

الوعي السياسي هو ما يتمتع به الفرد من حرية سياسية في المجتمع يحمل معه مجموعة من القيم الفاعلة التي تشجع على الممارسة الفعلية والرشيطة سواء من جانب الحاكم أو من جانب المحكوم وهو بهذا المفهوم يعد مكوناً أساسياً من مكونات الثقافة السياسية⁽²⁾.

ويعد الوعي السياسي انتباه الفرد للشؤون السياسية ومدى فهمه لها، أي أن الوعي السياسي هو الارتباط الفعلي بالسياسة، وقد أضاف كل من باتزاروماركو تيز بعد الكفاءة العملية لتعريف الوعي وتعني قدرة الفرد على توظيف ما لديه من معلومات للوصول إلى قرار بشأن قضية ما والتعبير عن ذلك، ويعتبر انخفاض درجة الوعي السياسي عن ضعف الثقافة السياسية وقصورها عن إمداد المواطن بمعرفة ما يتعلق بحقوقه وواجباته السياسية وما يجري حوله من أحداث ووقائع وكذلك ضعف قدرتها على إحاطته بتصور كلي للواقع المحيط به⁽³⁾.

في حين تتحدد المعرفة السياسية بأنها كل المعارف والآراء السياسية المتعلقة بالقضايا والمؤسسات والقيادات السياسية التي تدفع الحاجة إلى معرفتها بصفاتها إحدى الحاجات النفسية، كما أن هناك علاقة

1- د/ احمد فوزي وعبد المنعم نوري سيد (المسئولية الدولية عن البث الإذاعي عبر الأقمار الصناعية في ضوء أحكام القانون الدولي) الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 2003، ص 61.

2- عرفات زيدان خليل (دور المدرسة الثانوية في تنمية الوعي السياسي لدى الطلاب) دراسة مقارنة بين التعليم الثانوي والتعليم الصناعي ، مؤتمر الثقافة السياسية في مصر بين الاستمرارية والتغيير ، سنة 1993 ، مركز البحوث والدراسات السياسية ، المجلد الأول ، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية ، جامعة القاهرة ، سنة 1994، ص 988.

3- شيماء ذو الفقار زغيب (التغطية التلفزيونية والصحفية للقضايا العامة في مصر وعلاقتها بتشكيل اتجاهات الرأي العام نحو هذه القضايا) رسالة دكتوراه غير منشورة ، كلية الإعلام ، قسم الإذاعة ، القاهرة ، جامعة القاهرة سنة 2003 ، ص 77.

بين المعرفة والإدراك في حاجة الفرد إلى اتساق أو إتقان معرفته أو معتقداته تجعله يسعى إلى الاستزادة من المعرفة لتنظيم مدركاته وفهمه لما يدور حوله في البيئة المحيطة به⁽¹⁾.

ولكن لا بد من أن نتذكر أن توافر الوعي السياسي أو المعرفة بدقائق العملية السياسية لا يكفيان في حد ذاتهما لتوليد المشاركة كسلوك إيجابي معبر عن الثقافة السياسية للمواطنين، فمن المتصور أن يكون هناك مواطنون على وعي كامل بمجائز الأوضاع السياسية في بلادهم ويهتمون بكامل الحقائق والأوضاع السياسية في بلادهم ويهتمون بها ولكنهم لا ينخرطون في الأعمال المعبرة عنها⁽²⁾.

لذلك تقوم وسائل الإعلام بتزويد الرأي العام بالمعلومات حول القضايا المختلفة باعتبارها قنوات للتعبير السياسي ونشر الأفكار، الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى خلق شعور بالولاء والوحدة القومية من خلال نشر قيم موحدة⁽³⁾، ومن ثم تتزايد أهمية دور وسائل الإعلام في تقديم هذه المعلومات للجمهور في إطار تغطيتها المباشرة للإحداث السياسية والاقتصادية والاجتماعية والعسكرية⁽⁴⁾، حتى أصبحت قوة اجتماعية مستقلة تمارس دوراً محورياً بين النظامين السياسي والإعلامي وتشكل أداة مهمة من أدوات التثقيف السياسي الذي يدفع نحو المشاركة في المجتمع⁽⁵⁾.

ولقد أثبتت إحدى الدراسات وجود علاقة إيجابية بين استخدام وسائل الإعلام والبرامج السياسية في التلفزيون والانتماء الحزبي حيث حرص المشاركون حزبياً على متابعة المضمون السياسي الذي يتفق مع انتماءاتهم الحزبية، كما أثبتت أن زيادة التعرض للمضمون السياسي في البرامج التلفزيونية يؤدي إلى زيادة المشاركة السياسية.

لذا تؤثر وسائل الاتصال في العلاقة بين الفرد والنظام السياسي على مستويين هما:-

المستوي الأول : الإدراك :

فإدراك الفرد للسياسة والقائمين على النظام السياسي ومدى سيطرتهم على الإحداث أو خضوعهم لها، ومعرفته كذلك للقضايا السياسية يتوقف على كم ونوع وطريقة تقديم وسائل الاتصال للمعلومات.

1- أماني عبد الرؤوف محمد عثمان (الدراما التلفزيونية والواقع الاجتماعي) دراسة نظرية تطبيقية ، رسالة ماجستير غير منشور ، كلية الإعلام ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، سنة 1994 ، ص 153.

2- مصطفى كامل السيد (قضية المشاركة السياسية في مصر -في نجاد برعي المحامي محررا -من أوراق و مداولات مصطفى كامل السيد) قضية المشاركة السياسية في مصر -في نجاد برعي المحامي محررا -من أوراق و مداولات مؤتمر إصلاح النظام الانتخابي في مصر 23-24 ديسمبر 1997) ، جرائد للدعاية والإعلان ، الطبعة الأولى ، جامعة تنمية الديمقراطية ، القاهرة ، سنة 1998 ، ص 51.

3- جمال عبد العظيم (دور الصحافة المصرية في المشاركة السياسية لدى قادة الرأي) المصرية لبحوث الرأي العام ، المجلد الثاني ، العدد الأول ، يناير/ مارس سنة 2001 ، ص 162.

4- جيمس- ف. هوج (البث التلفزيوني المباشر) المجلة الدراسات الإعلامية ، العدد 83 ، القاهرة ، أبريل 1996 م ، ص 56

5- نبيل علي (الثقافة العربية وعصر المعلومات) سلسلة عالم المعرفة ، العدد 265 ، الكويت ، يناير 2001 ، ص 349.

المستوي الثاني : القبول أو الرفض :

قبول أو رفض شرعية النظام السياسي والفرص السائد هو أن وسائل الإعلام تميل إلى تعزيز شرعية النظم التي تخدمها.

وهناك مستوى ثالث :

من مستويات التأثير وهو السلوك السياسي إذ يتأثر إلى حد ما بوسائل الاتصال حيث تعمل أنظمة الحكم على استخدام وسائل الاتصال من أجل توجيه الرأي العام، وتحديد موافقة المساندة لسياساتها وبرامجها السياسية والاقتصادية والاجتماعية ومحاولة إضعاف ظاهرة الرفض والمعارضة لهذه السياسات⁽¹⁾.

حيث أكدت العديد من الدراسات في مجالي السياسة والاتصال على أهمية العلاقة التي تربط هذين المجالين، على اعتبار ما يمثله الاتصال كجزء جوهري من النظام السياسي القائم في أي مجتمع، حتى أنها نادت بإعادة دراسة وتحليل العلوم السياسية بالاعتماد على نظريات الاتصال.

لذا تعد مظاهر السلوك السياسي ذات طابع اتصالي في الأساس لاعتبار المادة التي تتكون منها العلاقات الإنسانية والتي يصبح لوسائل الإعلام من خلالها دور وظيفي في إطار العملية السياسية والاجتماعية⁽²⁾.

فالمواطنون لا بد أن يكونوا قادرين على توصيل رغباتهم ومطالبهم إلى الحكومة، وعلى الحكام أن يكونوا قادرين على توصيل قراراتهم إلى المواطنين وتبريرها لهم بهدف نيل رضاهم⁽³⁾.

وإن كانت مسألة تشكيل أو إعادة تشكيل الاتجاهات الثقافية السياسية من المهام الصعبة لأنها تستغرق وقتاً طويلاً وتتداخل فيها عوامل كثيرة ومتشعبة مثل التنشئة والتعليم والعادات والتقاليد وغيرها من أمور قد يصعب أحياناً قياس مدى التغيير فيها، فضلاً عن أنها بطبيعتها لا تتم إلا على المدى الطويل لارتباطها بالجانب المعنوي لدى الرأي العام⁽⁴⁾.

بحيث يقوم الإعلام بدور أساسي في شرح المفاهيم السياسية بشكل عام للربط بين الرأي العام وتطبيق السياسة في ضوء الإطار العام لخدمة المجتمع وهو ما أكده كارل دويتش من أن عملية الاتصال تعد

1-محمد حمدان المصالحه (الاتصال السياسي) مقرب نظري تطبيقي الناشر/ داروائل للنشر، الأردن ، سنة 2002، ص57

2-عزيز عبده (الإعلام السياسي و الرأي العام) الناشر/ دار الفجر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، سنة 2004 ، ص19

3-عصام الدين فرج (الاتصال السياسي) بدون طبعة ، وكذلك بدون دار نشر، سنة 2003، ص3.

4-هالة مصطفى (وليمة أعشاب البحر وأزمة الأحزاب السياسية)، القاهرة، قضايا برلمانية ، العدد 39 ، القاهرة، يونيو 2000، ص4.

بمثابة الجانب المحوري في أي نظام سياسي، على أساس نموذجه الذي أشار فيه إلى أن توافر المعلومات يساعد الفرد على اتخاذ قرار يترجم إلى أفعال تنفيذية فيما بعد⁽¹⁾.

ويتحدد ذلك بناء على اتجاهات المواطنين نحو النسق السياسي تؤثر في نوعية المطالب، وكيفية التعبير عنها واستجابة القائمين على النظام لها، بل إنها تشكل الظروف المؤثرة في أداء النسق السياسي عامة⁽²⁾.

لذا ترى بعض الدراسات أن قادة الرأي هم الأفراد الذين يتلقون المعلومات من وسائل الإعلام وينقلونها إلى الآخرين الذين يتأثرون بهم خاصة الأقل تعرضاً لهذه الوسائل، كما يتسمون بكثرة التعرض لوسائل الإعلام، وعلى درجة اتصال أكثر بالمسؤولين عن التغيير في المجتمع وان يكونوا أكثر مشاركة من أتباعهم وان يتمتعوا بقوة وجاذبية الشخصية والقدرة على التأثير والرغبة فيه وسهولة الوصول للمتلقين⁽³⁾.

وتزداد أهمية تأثير قادة الرأي في المجتمعات التقليدية نظراً لتسارع الاتصالات الجماعية نحو تحقيق التكامل السياسي بين المجتمعات القروية التقليدية وعالمها الخارجي وتدعم تلك الاتصالات دور قادة الرأي في هذه المجتمعات التقليدية، على اعتبار أن المشاركة في هذه الاتصالات من أهم ما يميز قادة الرأي في المجتمعات القروية عن غيرها⁽⁴⁾.

لذا تعد وسائل الاتصال تؤدي دوراً هاماً في التنشئة السياسية للأفراد، من خلال خلق الاهتمامات الواعية لديهم بتزودهم بالمعلومات عن الأحداث السياسية وتعريفهم بتاريخ مجتمعهم وشرح المبادئ التي يقوم عليها نظام الحكم، وحقوق وواجبات الأفراد، ونقل المعلومات عن قرارات الصفوة السياسية إلى الجماهير، ونقل رد فعل الجماهير إلى الصفوة⁽⁵⁾.

1-إيناس ابو يوسف (الوعي السياسي والانتخابي لدى طلاب الجامعات) دراسة ميدانية على عينة من طلاب جامعة القاهرة ، مجلة الرأي العام ، المجلد الثاني ، العدد الأول ، كلية الإعلام ، جامعة القاهرة ، يناير/ مارس 2001 ، ص73.

2-حنفي محروس حسنين (الثقافة السياسية لدى طلاب جامعة أسيوط) دراسة ميدانية على عينة من الطلاب ، مجلة كلية الآداب بسوهاج جامعة جنوب الوادي ، المجلد 22 ، الناشر/ كلية الآداب بسوهاج جامعة جنوب الوادي ، ، سنة 1999 ، ص184

3- عزة صديق (الإعلام والمشاركة في التنمية) المجلة الاجتماعية القومية ، المجلد التاسع والعشرون ، العدد الأول ، القاهرة، يناير 1992 ، ص162.

4-الهام الدسوقي احمد سلطان (البرامج الصحية في الراديو والتلفزيون وتبني الممارسات الصحية السليمة في الريف المصري) رسالة دكتوراه غير منشورة ، جامعة القاهرة ، كلية الإعلام ، سنة 1995، ص60.

5-نوال عمر (الإذاعة المحلية ودورها في تنمية المجتمع المحلي) مجلة الدراسات الإعلامية ، العدد62، القاهرة ، يناير/ مارس سنة 1991، ص 64 ، 65.

الخاتمة :

بحمد الباري ونعمة منه وفضل اضع القطرات الأخيرة التي مرت بثلاثة مباحث دار الفكر بينهمين تدبروتعقل لتلخيص وجيز نحو (السيادة المعلوماتية والإذاعية والسياسية من منظور الأهلية القانونية). ولقد كانت رحلة قصيرة ووجيزة تناولت فيها المقدمة وثلاثة مباحث تحدثت في الأول منها عن: سيادة الدولة وحرية تداول المعلومات، وفي الثاني: سيادة الدولة وحرية البث الإذاعي، وفي الثالث: سيادة الدولة والوعي السياسي.

وأخيراً سوف أقوم بتوضيح أهم النتائج التي توصلت إليها وطرح أهم ما يستحق منها من توصيات ومقترحات :-

نتائج الدراسة :

- إن حرية تداول المعلومات وحرية البث اثرت بشكل كبير وجددي علي جمهور المواطنين بسائر أطيافه والوانه وذلك لاستيعابهم وفهمهم قيمهم السياسية والاجتماعية من خلال تداول وتدفق المعلومات عبر الحدود الجغرافية.
- أصبح من السهولة التبادل الاخباري اليوم خصوصاً عن طريق القمر الصناعي الذي يعد جزء من الانفتاح علي ثقافات دول العالم المختلفة.
- قيام وسائل الاعلام بدور فعال وحيوي يفوق الدور التعليمي والتثقيفي للمؤسسات التعليمية بمختلف الدول.

توصيات ومقترحات الدراسة :

أوصي وأقترح ما يأتي:

- أنه لا بد من مواكبة التطورات والتقنيات التكنولوجية الحديثة في مجال تداول المعلومات وحرية البث شريطة أن تكون هناك قواعد محددة تضمن عدم المساس بمبدأ السيادة للدول.
- ان الصفوة في المجتمع النامي تعمل جاهدة للتميز بين الواجبات والالتزامات تجاه دولهم مما حدا نقل ذلك للمواطن العادي كي يقوم بدورة ولو بقدر ضئيل من الوعي السياسي.
- أنه لا بد من تفعيل النصوص التي تكفل حرية تداول المعلومات وحرية البث للوصول بالوعي والتثقيف السياسي اعلي درجاته وتطبيق أيديولوجياته.
- 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 شحاتة (القانون الجهادي وقانون الفضاء) الناشر / دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1969م.
- أحمد فوزي (المسؤولية الدولية عن البث الإذاعي عبر الأقمار الصناعية في ضوء أحكام القانون الدولي) الناشر / دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 2003م.
- حامد عبد المجد قويسني (دراسات في الرأي العام) مقارنة سياسية ، الناشر / مكتبة الشروق الدولية، سنة 2003م.
- السيد عبد الفتاح عفيفي (بحوث في علم الاجتماع المعاصر) الناشر / دار الفكر العربي ، القاهرة ، سنة 1996م.
- صلاح الدين عامر (مقدمه لدراسة القانون الدولي العام المعاصر) ، الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1989م.
- عبد المنعم نوري سيد (المسؤولية الدولية عن البث الإذاعي عبر الأقمار الصناعية في ضوء أحكام القانون الدولي) الناشر / دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 2003م.
- عزيز عبده (الإعلام السياسي و الرأي العام) الناشر/ دار الفجر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، سنة 2004م.
- عصام الدين فرج (الاتصال السياسي) بدون طبعة ، وكذلك بدون دار نشر، سنة 2003م.
- فاروق عبد البر (دراسات في حرية التعبير و استقلال القضاء و ضمانات التقاضي) الناشر/ دار النهضة العربية، القاهرة ، سنة 2006م.
- محمد حمدان المصالحة (الاتصال السياسي) مقترح نظري تطبيقي الناشر/ دار وائل للنشر ، الأردن ، سنة 2002م.
- محمد طلعت الغنيمي (الوسيط في قانون السلام) الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1998م.
- مصطفى كامل السيد (قضية المشاركة السياسية في مصر -في نجاد برعي الحامي محررا -من اوراق و مداوات مصطفى كامل السيد (قضية المشاركة السياسية في مصر -في نجاد برعي الحامي محررا - من اوراق و مداوات مؤتمر إصلاح النظام الانتخابي في مصر 23-24 ديسمبر 1997) ، جرائدي للدعاية و الإعلان ، الطبعة الأولى، جامعة تنمية الديمقراطية، القاهرة ، سنة 1998م.
- حسين عبد الجبار (اتجاهات الإعلام الحديث والمعاصر) الناشر/ دار أسامة للنشر والتوزيع ، الأردن ، سنة 2009م.

الرسائل العلمية :

رسائل الماجستير :

- أماني عبد الرؤوف محمد عثمان (الدراما التلفزيونية والواقع الاجتماعي) دراسة نظرية تطبيقية ، رسالة ماجستير غير منشور ، كلية الإعلام ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، سنة 1994م.
- شيماء ذو الفقار زغيب (دور المادة الإخبارية في التلفزيون المصري في تشكيل اتجاهات طلاب الجامعة نحو أداء الحكومة) رسالة ماجستير غير منشورة ، جامعة القاهرة ، كلية الإعلام ، سنة 2000م.

رسائل الدكتوراه :

- بدار فؤاد (سيكولوجية القيم الإخبارية بالإذاعة الجزائرية) دراسة ميدانية حول إذاعة مستغانم ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، علم اجتماع الاتصال ، جامعة وهران ، كلية العلوم الاجتماعية ، سنة 2016/2015م.
- ثروت على مكي (وسائل الاتصال الجماهيري و المشاركة السياسية) رسالة دكتوراه غير منشورة ، جامعة القاهرة كلية الاقتصاد و العلوم السياسية ، سنة 1993م.
- جمال عبد الفتاح عثمان (المسئولية الدولية عن عمليات البث المباشر العابر للحدود في ضوء أحكام القانون الدولي) رسالة دكتوراه مقدمة الي كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، مصر ، سنة 2008م.
- ماجدة محمد عبد الباقي (دور وسائل الإعلام في التثقيف السياسي للرأي العام و مدى تنمية اتجاهاته نحو المشاركة) رسالة مقدمة على درجة الحصول للدكتوراه في الإعلام ، جامعة أسيوط كلية الآداب ، قسم الإعلام، سنة 1426 هـ / 2005م.
- محمد مصطفى يونس (النظرية العامة لعدم التدخل في شئون الدول) رسالة دكتوراه - كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1985م.
- الهام الدسوقي احمد سلطان (البرامج الصحية في الراديو والتلفزيون وتبنى الممارسات الصحية السليمة في الريف المصري) رسالة دكتوراه غير منشورة ، جامعة القاهرة ، كلية الإعلام ، سنة 1995م.

الأبحاث والمقالات والمجلات :

- إيناس ابو يوسف (الوعي السياسي و الانتخابي لدى طلاب الجامعات) دراسة ميدانية على عينة من طلاب جامعة القاهرة ، مجلة الرأي العام ، المجلد الثاني ، العدد الأول ، كلية الإعلام ، جامعة القاهرة ، يناير / مارس 2001م.
- جمال عبد العظيم (دور الصحافة المصرية في المشاركة السياسية لدى قادة الرأي) المصرية لبحوث الرأي العام ، المجلد الثاني ، العدد الأول ، يناير / مارس سنة 2001م.
- جيمس - ف. هوج (البث التلفزيوني المباشر) المجلة الدراسات الإعلامية ، العدد 83 ، القاهرة ، ابريل 1996 م.

- حنفي محروس حسانين (الثقافة السياسية لدى طلاب جامعة أسيوط) دراسة ميدانية على عينة من الطلاب ، مجلة كلية الآداب بسوهاج جامعة جنوب الوادي ، المجلد 22 ، الناشر/ كلية الآداب بسوهاج جامعة جنوب الوادي ، ، سنة 1999م.
- عرفات زيدان خليل (دور المدرسة الثانوية في تنمية الوعي السياسي لدى الطلاب) دراسة مقارنة بين التعليم الثانوي و التعليم الصناعي ، مؤتمر الثقافة السياسية في مصر بين الاستمرارية و التغيير ، سنة 1993 ، مركز البحوث و الدراسات السياسية ، المجلد الأول ، كلية الاقتصاد و العلوم السياسية ، جامعة القاهرة ، سنة 1994م.
- عزة صديق (الإعلام و المشاركة في التنمية) المجلة الاجتماعية القومية ، المجلد التاسع والعشرون ، العدد الأول ، القاهرة ، يناير 1992م.
- عصام زناتي (التلفزيون المباشر عبر الأقمار الصناعية) دراسة قانونية ، مستخرج من العدد الرابع عشر مجلة الدراسات القانونية ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، يونيو سنة 1992م.
- نبيل علي (الثقافة العربية و عصر المعلومات) سلسلة عالم المعرفة ، العدد 265 ، الكويت ، يناير 2001م.
- نوال عمر (الإذاعة المحلية ودورها في تنمية المجتمع المحلي) مجلة الدراسات الإعلامية ، العدد 62 ، القاهرة ، يناير / مارس سنة 1991م.
- هالة مصطفى (وليمة أعشاب البحر و أزمة الأحزاب السياسية) ، القاهرة ، قضايا برلمانية ، العدد 39 ، القاهرة ، يونيه 2000م.
- ثانياً: - المراجع باللغة الأجنبية :

- Hon Justice ew Thomas , secrecy and open Govern ment , in essay son law and Government , vol 1, principles and values , edpdfinn , law book go Sydney 1995
- J.freemanDireect broad cost developments and directions : the nationalsovereignty and cultural integrity positions A.S.I.L 74th annual meeting
- y.v.king.aresome states more equal than other the united nations and the principle of sovereign equality of states Indian. J I L.vol36. No. 3..1996
- Callaghan K.andschanell f "Assessing the democratic debate :How new media frame policy" communication Abstracts Vol-No . 6. 795December .2001
- l.Hannikainan. Internationallaw and mass communication in approaches to international communication p..189
- N.M.Matte Aerospace law . telecommunications satellite . R.C.A.D.I. op cit
- N.M.Matte Aerospace law. Telecommunications satellite . R.C.A.D.I. op cit

حماية حق المرأة في الميراث بين الفقه الإسلامي والقانون الليبي

the protection of women's right to inheritance, and to
clarify this protection in Islamic jurisprudence and Libyan law



الدكتور محمد صالح عمر أبو حجر أستاذ مساعد بقسم

الشريعة والقانون بكلية الشريعة والقانون بالجامعة الأسمرية الإسلامية

Dr-Mohamed Salah Omar Abohajer , Teaching staff member

at the Faculty of Sharia and Law , Al-Asmariya Islamic University

ملخص :

يسعى هذا البحث إلى تأصيل حماية حق المرأة في الميراث, وبيان هذه الحماية في الفقه الإسلامي والقانون الليبي, من حيث مصادرها, وموجبها, وقد استُخدم في إجراء هذه الدراسة المشمولة بهذا البحث المنهج التكاملي المبني على المنهجين الاستقرائي والتحليلي لنصوص الشريعة الإسلامية من القرآن الكريم والأحاديث النبوية, ونصوص التشريعات الليبية من القانون رقم 6 لسنة 1959م بشأن حماية حق النساء في الإرث, وما يرتبط به من نصوص القانون المدني, وقانون العقوبات الليبيين.

وخلصت الدراسة إلى مقترحات هي:

ضرورة نشر الوعي القانوني بحق المرأة في الميراث من خلال وسائل الإعلام المختلفة, ووسائل التواصل الاجتماعي, واستخدامها في إظهار الحماية الشرعية والقانونية لهذا الحق, من أجل إزالة العوائق الاجتماعية التي تمنع المرأة من حصولها على حقها.

و ضرورة تقنين أحكام الموارث أسوة بما فعلته جهات التشريع في بعض الدول الإسلامية والعربية، واستنهاض همم علماء الشريعة والاختصاصيون فيها لأداء واجب توعية الناس بضرورة إنصاف المرأة وإعطائها حقوقها في هذا المجال
الكلمات المفتاحية : حماية, حق المرأة, الميراث.

Abstract :

This research seeks to consolidate the protection of women's right to inheritance, and to clarify this protection in Islamic jurisprudence and Libyan law, in terms of its sources, and its motive.

The integrative approach based on the inductive and analytical approaches to the texts of Islamic law which extract from the Holy Qur'an and the hadiths of the Prophet , and the texts of Libyan legislation from Law No. 6 of 1959 AD regarding the protection of women's right to inherit, and the related provisions of the Civil Code, and the Libyan Penal Code, was used in conducting this study.

The study concluded with suggestions as following :

The necessity of spreading legal awareness of women's right to inheritance through various media and social media, as well as using them to demonstrate the legitimate and legal protection of this right, in order to remove the social obstacles that prevent women from obtaining their right, and the need to codify the provisions of inheritance, similar to what the legislative authorities have done in some Islamic and Arab countries, also mobilizing Sharia scholars and specialists in it to perform the duty of educating people about the necessity of fairness to women and giving them their rights in this field.

Keywords : protection, women's rights, inheritance.

مقدمة :

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى الآل والصحب ومن والاه، واستن بسنته، واهتدى بهداه، وبعد :

فإن إيفاء الحقوق أصحابها، من الواجبات التي فرضتها الشريعة الإسلامية، يستوي في ذلك أن يكون صاحب الحق ذكراً أو أنثى، والامتناع عن هذا الوفاء غير جائز مهما كان السبب، فلا مشروعية لذلك؛ لأنه ظلم، والظلم حالة شذوذ تخالف سلاسة حصول الإنسان على حقه بشكل طبيعي على النحو الذي شرعه الإسلام، وتجعل العلاقة داخل المجتمع علاقة أفراد يعيشون ثنائية الظالم والمظلوم، وهو ما توصف به علاقة المرأة العربية بشكل عام والليبية بشكل خاص في حصولها على حقها من الميراث.

وفي هذا الشأن أصبح من القضايا التي عني المجتمع محلياً ودولياً قضية حماية حق المرأة في الميراث، ومواجهة حالات التعدي على هذا الحق، توكياً لما يترتب على الإخلال بمنظومة الحقوق من آثار تُدخل العلائق الأسرية في حالة من عدم الاستقرار، وتجعل الحياة في المجتمع مليئة بالفوضى والاضطراب، بتعريض السلم والأمن في المجتمع للخطر.

ومن هنا أصدرت جهة التشريع في ليبيا بعد منتصف القرن الماضي القانون رقم 6 لسنة 1959م بشأن حماية حق النساء في الإرث، استجابة إلى مُسَلِّمة عَقْدِيَّة هي ضرورة الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في حياتنا، وحماية الحقوق التي أقرتها، وهو ما حَفَزْنَا إلى بناء جاءت هذه المشاركة بعنوان : "حماية حق المرأة في الميراث بين الفقه الإسلامي والقانون الليبي".

• أسباب اختيار الموضوع :

هناك أسباب عدة دفعتني لاختيار هذا الموضوع منها :

1. انتشار ظاهرة حرمان المرأة من حقها في الإرث، والاحتجاج بأعذار واهية، لا صلة لها بأسس التشريع

في الإسلام، ولا علاقة لها بقواعد الشريعة الإسلامية العامة.

2. حفز الهمم نحو الاهتمام بوسائل حماية حق المرأة في الميراث، التي من أهمها القوانين.

• أهمية البحث :

تنبثق أهمية البحث من دور المرأة في المجتمع، بوصفها النصف الثاني من وجود الإنسان في هذا الكون، ولأهمية دورها والواجبات المتعلقة به، تعود مسألة استيفائها حقوقها، ومن بينها حقها في الميراث، في إطار فكرة العدالة والإنصاف.

• إشكالية البحث :

تتمثل إشكالية البحث في سؤال رئيس هو ما حقيقة وجود حماية حق المرأة في الميراث بين الفقه الإسلامي والقانون الليبي، وما شكلها الذي تقدم به؟، وتتعلق بهذه الإشكالية جملة من الاستفسارات التي تدور الإجابة عنها حول مصادر هذه الحماية، ومداه.

• نطاق البحث :

يتحدد نطاق البحث دراسة الحماية التي تقدمها الشريعة الإسلامية لحق المرأة في الميراث, ومدى وجود مظاهرها في القوانين الليبية, وتطبيقها في الواقع القضائي.

• منهج البحث :

استخدم في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن, فهي دراسة فقهية قانونية مقارنة, مضمونها استقراء مصادر الشريعة الإسلامية في الموضوع, والقوانين الليبية ذات العلاقة, وبيان مدى انسجام الأخيرة مع الأولى, ودعمها واقعا ملموسا في المجتمع.

• الدراسات السابقة :

من الدراسات السابقة في هذا الموضوع بحث بعنوان: " الحماية الجنائية لحق النساء في الارث في التشريع الليبي (قراءة تحليلية في القانون رقم 6 لسنة 1959م), للدكتور: مسعود محمد خليفة شلندي, منشور بمجلة العلوم القانونية والشرعية, العدد السادس عشر, السنة الثامنة, يونيو 2020م, ص74-124, وهو يتعلق على نحو أساسي بدراسة أحكام جريمة الامتناع عن أداء حق النساء في الإرث, ومن ثم فهو في إطار القانون الجنائي.

خطة البحث :

رُتبت أفكار البحث وعناصره على وفق التنظيم الآتي:

مطلب تمهيدي: في التعريف بموضوع البحث, يشتمل على فرعين:

الفرع الأول: الحماية المقصودة.

الفرع الثاني: حق الميراث فقها وقانونا.

المبحث الأول: مصادر الحماية فقها وقانونا, ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: حماية حق المرأة في الميراث في النصوص التشريعية:

الفرع الأول: نصوص الشريعة الإسلامية

الفرع الثاني: نصوص القانون الليبي

المطلب الثاني: حماية حق المرأة في الميراث في غير النصوص التشريعية:

الفرع الأول: الإجماع

الفرع الثاني: العرف.

المبحث الثاني: موجب حماية حق المرأة في الميراث

المطلب الأول: الامتناع عن أداء الحق

الفرع الأول: مفهوم الامتناع.

الفرع الثاني: شروط تحقق الامتناع.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الامتناع
الفرع الأول: جزاء الامتناع.

الفرع الثاني: انقضاء الدعوى العمومية عن الامتناع.

وفي نهاية هذه المقدمة نحتسب عند الله - ﷻ - ما لقيناه من صعوبات، ونسأل القارئ أن يسامح نسيج بحثنا بالإغضاء والحسن، وأن يهدي إلينا عيوبنا، فليس جهد البشر مبرءاً من العيب، إذ الكمال لله وحده.

مطلب تمهيدي: في التعريف بموضوع البحث

تمهيدا بين يدي الموضوع نعرف بالحماية المقصودة في هذه الدراسة فرعاً أول، ونعرف بحق المرأة في الميراث فقها وقانوناً فرعاً ثانياً، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: الحماية المقصودة:

الطريقة المعهودة في معرفة الدلالة هي الاستعانة بالوسائل المعينة على الوصول إلى المعنى المتمثلة في اللغة العامة المعجمية أولاً، واصطلاح أهل العلم ثانياً، وهو ما سيكون؛ معرفة الحماية المقصودة على النحو الآتي:

أولاً: المعنى اللغوي للحماية

الحماية لغة: هي مصدرٌ من حمى - الناقص صرفياً - يحمي، يقال: " حمى الشيء حمياً وحمياً وحمايةً ومحميةً: منعه، ودفع عنه"¹، ومنه الحمى، وهو: " المنوع، والمكان الذي يُمنع الغيرُ من الاقتراب منه"²، واشتق منه حديثاً الحامي: وهو المدافع عن أحد الخصمين، والحامة: وهي مهنة الحامي³، و بهذا فإن دلالة المادة اللغوية للحماية في الجملة تنحصر في المنع والدفع والنصرة.

ثانياً: المعنى الاصطلاحي للحماية:

البحث في كتب الفقه الإسلامي عن مصطلح الحماية يُظهر أن استعمال الفقهاء في هذا الإطار كان في باب الحمى من كتاب إحياء الموات، وهو: " أن يحمي [الإمام] موضعاً لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة لذلك، لماشية الصدقة، والخيل التي يحمل عليها"⁴، وهو اصطلاح يوظف المعنى اللغوي في دلالاته،

¹ - لسان العرب. جمال الدين أبو الفضل ابن منظور الأنصاري، (ت. 1477هـ)، (دار المعارف، من دون بقية بيانات النشر)، ص1014، مادة: حمى.

² - كشف المصطلحات الفقهية من خلال مختصر خليل بن إسحاق المالكي. محمد المصلح، (مركز البحوث والدراسات في الفقه المالكي، الرابطة المحمدية للعلماء، الرباط، المغرب، الطبعة الأولى، 1435هـ=2014م)، ص141.

³ - ينظر: المعجم الوسيط. مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1425هـ=2004م)، ص201.

⁴ - شرح حدود ابن عرفة. الموسوم الهداية الكافية الشافية، لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، لأبي عبدالله محمد الأنصاري الرصاع، (ت. 894هـ=1489م)، (دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1993م)، تحقيق: محمد أبو الأجنان، وآخر، ج1: ص538، وينظر: الأحكام السلطانية والولايات الدينية. لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، (ت. 450هـ)، ص242.

ويقودنا إلى الاختصار عليه في توضيح المقصود بمصطلح الحماية في الفقه الإسلامي " لأنه الذي يحمل عليه الشرع إذا لم يكن له اصطلاح خاص"¹.

أما في اصطلاح الفقه القانوني للحماية هي: " مجموع الإجراءات المتخذة من المشرع؛ لحفظ شيء، والدفاع عنه، والوقاية من الاعتداء عليه؛ لضمان سلامته"²، ويعرفها جيرار كورنو (GERARD CORNU) بأنها: " احتياط يرتكز - إذ يتجاوب مع من يحميه، أو ما يحميه وينظر عموما واجبا لمن يؤمنه - على وقاية شخص أو مال ضد المخاطر، وضمان أمنه، وسلامته إلخ، عن طريق وسائل قانونية أو مادية..."³.

والذي يهمنا من ذلك هو الحماية القانونية التي تعد وسيلة ضرورية للتمتع بالحقوق على نحو طبيعي، وهي أوسع نطاقا من الحماية القضائية، من حيث اشتمالها على وسائل غير قضائية لحماية الحق، بالإضافة إلى الوسائل القضائية، فالأولى مثل التوفيق، والصلح، والتحكيم، وغيرها من الوسائل التي توفر الحماية للحقوق بعيدا عن المحاكم، والثانية تتمثل في: الدعوى، والدفع، والعريضة، وتتنوع إلى: حماية جنائية، تتولاها دوائر القضاء الجنائي، وحماية مدنية، تتولاها الدوائر المدنية، وحماية إدارية تتولاها دوائر القضاء الإداري.⁴

والحق الذي تتعلق به الحماية القانونية في الدراسة هو حق المرأة في الميراث، فما حقيقة فقها وقانونا؟

الفرع الثاني: حق الميراث فقها وقانونا.

إضافة الحق هنا إلى الميراث، تقتضي بيان معنى الحق أولا، ثم بيان معنى الميراث ثانيا فقها وقانونا، وعلى النحو الآتي :

أولاً: الحق :

أ. الحق لغة : نقيض الباطل، والجمع منه حقوق، وحقق، ولا يوجد منه بناءً أقل عددياً، ومن معانيه الثبوت، قال تعالى: ﴿قَالَ الَّذِينَ حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ﴾⁵، أي: ثبت، وحق الشيء حقيقاً أي: وجب ولزم⁶، قال تعالى: ﴿وَلَكِنْ حَقَّ الْقَوْلُ مِنِّي﴾⁷، وهو: " الثابت الذي لا يسوغ إنكاره"⁸.

¹ - بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك. أحمد بن محمد الصاوي المالكي، (ت. 1241هـ/1825م)، (دار نهضة مصر، القاهرة)، القاهرة، الطبعة الأخيرة، 1372هـ=1952م، ج1: ص5.

² - الحماية الجنائية للأسرة، دراسة مقارنة. محمود لنگار، (رسالة دكتوراه، مقدمة إلى فرع القانون الجنائي بكلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، العام الجامعي: 2010م)، ص39

³ - معجم المصطلحات القانونية. (المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ=1998م)، ترجمة: منصور القاضي، ص726.

⁴ - ينظر: المدخل إلى علم القانون (الحق). الكوني علي عبودة، (المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، ليبيا، الطبعة الرابعة، 2003م)، ص277-275.

⁵ - القصص: 63.

⁶ - ينظر: لسان العرب. المصدر السابق، ص939-942، مادة: حَقَّقَ.

⁷ - السجدة: 13.

⁸ - معجم التعريفات. للعلامة علي بن محمد بن الشريف الجرجاني، (ت. 816هـ=1413م)، (دار الفضيلة، القاهرة، مصر)، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، ص79، باب: جاء، جاء مع القاف.

ب. الحق في الفقه الإسلامي :

لم يعن قدامى الفقهاء بالبحث تعريف الحق تعريفاً جامعاً مانعاً، ربما لاعتقادهم بأنه واضح وضوحاً، لا يحتاج معه إلى تحديد، بخلاف الفقهاء المعاصرين الذين اجتهدوا في ذلك اجتهاداً يتردد بين التأثر بالفقه القانوني الوضعي، وبين الطموح إلى الاستقلال بوضع تعريفات تتصف بكونها أصيلة وجامعة ومانعة، معتمدة في بعضها التعريف بالغاية، مثل تعريف الدكتور: محمد يوسف موسى¹، ونصه أن الحق هو: " مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع، أو لهما معاً، يقررها الشارع الحكيم"² ومعتمدة في بعضها الآخر على مقومات الحق مثل تعريف الأستاذ مصطفى الزرقا، ونصه أن الحق " اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً"³.

ج. الحق في القانون

لم يعرف القانون المدني الليبي الحق، لأن المشرع غالباً لا يتدخل في تعريف المصطلحات تاركاً المجال لفقهاء القانون الوضعي الاجتهاد بصوغ التعريفات، وهؤلاء اختلفوا اختلافاً أدى إلى تعدد مذاهبهم في هذا الشأن، ومرد هذا الاختلاف هو نظرهم إلى موضوع الحق أو إلى صاحبه، أو إلى الجمع بين هذين الأمرين، وكانت النتيجة ظهور ثلاثة مذاهب في تعريف الحق: المذهب الشخصي، والمذهب الموضوعي، والمذهب المختلط، حيث كان الحق في المذهب الشخصي قدرة إرادية أو سلطة إرادية لصاحب الحق يستعملها في ظل حماية القانون، و عند أصحاب المذهب الموضوعي مصلحة يحميها القانون، وعند أصحاب المذهب المختلط سلطة إرادية يعترف بها القانون ويوفر لصاحبها الحماية اللازمة ، محلها مال أو مصلحة⁴.

ويجري الفقه الحديث في غالبته على أن عناصر الحق أربعة هي: الانتماء أو الاستئثار، والسلطة، ووجود الغير، والحماية القانونية، مستبعداً ما لا يعد من مقومات الحق وخصائصه، معرفاً الحق بأنه " الميزة التي يمنحها القانون لشخص، بمقتضاها يتصرف في مال معترف بثبوت له إما باعتباره مملوكاً له، وإما باعتباره مستحقاً له"⁵.

وينتهي أستاذنا الدكتور: الكوني علي عبودة بعد مناقشة أهم مسالك الفقه الحديث في تعريف الحق إلى أن الحق هو " اختصاص قانوني حاجز يمنح صاحبه سلطة أو تكليفاً"⁶.

ثانياً : معنى الميراث ثانياً فقهاً وقانوناً :

لبيان معنى الميراث، نبحت في أصل الوضع اللغوي للفظ الميراث ثم الاستعمال الاصطلاحي، على النحو الآتي:

¹ - المدخل إلى علم القانون (الحق). المرجع السابق، ص30.

² - نقلاً عن المدخل إلى علم القانون (الحق). المرجع السابق، ص31.

³ - نقلاً عن المرجع نفسه.

⁴ - ينظر: نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية. عبدالكريم زيدان، (مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، الطبعة الأولى، 1426هـ = 2005م)، ص292، 293.

⁵ - نقلاً عن المدخل إلى علم القانون (الحق). المرجع السابق، ص33.

⁶ - المرجع نفسه، ص37.

أ. الميراث في اللغة :

مصدر ميمي من ورث الشيء وراثته وميراثا، وإرثا، يقال: ورث فلان أباه يرثه وراثته وميراثا، فمأثيه مثال، وأصل ياء المصدر واو¹، لأنه من الوراثة، وقعت الواو ساكنة بعد كسر ثم حركت فقلبت ياء للتخفيف، فأصل ميراث موارث ثم موارث²، وتسقط الواو من فعل المضارع من ورث؛ لوقوعها بين ياء وكسرة، وهما متجانسان، والواو مضادتهما، فحذفت لاكتنافهما إياها³، ويستعمل بمعنى الإرث، وهو: " انتقال الشيء من قوم إلى آخرين⁴ .

ب. الميراث فقها وقانونا :

عرف الفقهاء الميراث اصطلاحا بتعريفات عدة، تعكس اتجاهاتهم في النظر إلى مضمونه بين موسع ومضيق، فالحنفية يعرفونه بأنه: " انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة"⁵، والمالكية والحنابلة يعرفونه بأنه " حق قابل للتجزئته لمستحقه بعد موت من كان له ذلك لقرابة بينهما، أو ما في معناها"⁶، والشافعية يعرفونه بأنه: " ما يخلف [الميت] من حق كخيار وحد قذف أو اختصاص أو مال..."⁷.

ومن الناحية القانونية يفهم من نص المادة: 903 من القانون المدني الليبي أن الميراث هو ما يؤول من أموال التركة الباقية بعد تنفيذ التزاماتها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي، وبهذا يعد الميراث سببا من أسباب اكتساب الملكية طبقا للفصل الثاني أسباب كسب الملكية من الباب الأول حق الملكية من الكتاب الثالث الحقوق العينية الأصلية من القسم الثاني من الحقوق العينية.

نخلص مما تقدم إلى أن حماية حق المرأة في الميراث هو مجموع الإجراءات المتخذة من المشرع؛ لحفظ حق المرأة في الميراث، والدفاع عنه، والوقاية من الاعتداء عليه؛ لضمان سلامته، والمعتمدة على ضرورة الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في توزيع التركة، لأنها تمثل القانون الإسلامي المتضمن مجموعة

¹ - ينظر: لسان العرب. المصدر السابق، ص4808، 4809.

² - ينظر: الأصول الوافية الموسومة بأخبار الربيع في الصرف والنحو والمعاني والبيان والبدیع. للشيخ محمود العالم المنزلي، (ت. 1311هـ)، وبهامشه كتاب حسن الصنيع في علم المعاني والبيان والبدیع، للشيخ محمد علي البسيوني البيباني، (ت. 1310هـ = 1892م)، (مطبعة التقدم العلمية، مصر، الطبعة الأولى، 1332هـ)، ص39.

³ - ينظر: لسان العرب. المصدر السابق، ص4808.

⁴ - حاشية الرحبية في علم الفرائض. عبدالرحمن بن محمد بن قاسم النجدي، (ت. 1392هـ)، (من دون ناشر، من دون مكان نشر، الطبعة الخامسة، 1410هـ = 1989م)، ص13.

⁵ - الاختيار لتعليل المختار. عبدالله بن محمود بن مودود الموصللي الحنفي، (ت. 683 هـ)، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. ط. د. ت)، علق عليه: محمود أبو دقيقة، ج5: ص85.

⁶ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. لأبي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي، المعروف بالحطاب الرعيبي، (ت. 954هـ)، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1416هـ = 1995م)، ضبط: الشيخ زكريا عميرات، ج8: ص580، والعذب الفائض شرح عمدة الفارض. للشيخ إبراهيم بن عبدالله بن إبراهيم الفرضي، على منظومة كل فارض في علم الوصايا والفرائض، المعروفة بألفية الفرائض، للشيخ صالح بن حسن الأزهرى الحنبلي، (من دون بيانات نشر)، ج1: ص16.

⁷ - تحفة المحتاج بشرح المنهاج. شهاب الدين بن حجر الهيثي، (ت. 973هـ)، وهو شرح على كتاب منهاج الطالبين، لأبي زكريا معي الدين بن شرف النووي، (ت. 676هـ)، (دار الحديث، القاهرة، 1437هـ = 2016م)، علق عليه: سيد بن محمد السناري، ج3: ص39.

من القواعد التي تعد تعبيراً عملياً للعقيدة الدينية للمسلمين، حيث الخضوع التام والمطلق لإرادة الله - ﷻ - هو لب العقيدة الإسلامية، والقانون المرتبط بالدين يعرف إرادة الله - تعالى - ضمن إطار قانون شامل للتصرفات، يتناول كل جوانب الحياة¹، وهنا تظهر أهمية تقنين أحكام الفقه الإسلامي في موضوعات مهمة مثل حق المرأة في الميراث، وهو ما يدفع بنا إلى بيان مصادر حماية هذا الحق.

المبحث الأول: مصادر الحماية فقها وقانوناً:

دراسة مصادر حماية حق المرأة في الميراث ستكون مفصلة على نحو نتناول فيه حق المرأة في الميراث في النصوص التشريعية مطلباً أول، وحق المرأة في الميراث في غير النصوص التشريعية مطلباً ثانياً، على النحو الآتي:

المطلب الأول: حماية حق المرأة في الميراث في النصوص التشريعية:

سيتناول هذا المطلب نصوص الشريعة الإسلامية المتعلقة بحماية حق المرأة في الميراث في الفرع الأول منه، ونصوص القانون الليبي في الفرع الثاني منه، على النحو الآتي:

الفرع الأول: نصوص الشريعة الإسلامية

سيكون عرض نصوص الشريعة الإسلامية من خلال فقرتين تتناول الأولى الآيات القرآنية الكريمة، وتتناول الثانية الأحاديث النبوية الشريفة التي يمكن أن يفهم منها ما يفيد في الإشارة إلى حماية حق المرأة في الميراث على النحو الآتي:

أولاً: الآيات القرآنية الكريمة

الشريعة الإسلامية أول تشريع تناول حقوق النساء في الميراث بالتفصيل، حيث ثبتت مشروعيتها توريثهن بأدلة كثيرة من القرآن الكريم، منها ما يلي:

أ. قوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾².

تعد هذه الآية ناسخة لما كان عليه الناس في الجاهلية من توريث الرجال من دون النساء، ودلالته واضحة على إثبات حق النساء في الميراث³.

ب. قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ...﴾⁴.

¹ - ينظر: المصطلحات القانونية باللغة الإنجليزية. زيد محمود العقابلية، (دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، 1430هـ=2009م)، ص73.

² - النساء: 7.

³ - ينظر: أحكام القرآن. لأبي محمد عبد المنعم بن عبد الرحيم، المعروف بابن الفرس الأندلسي، (ت. 597هـ)، (دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1427هـ=2006م)، تحقيق: منجية بنت الهادي النفزي السوايعي، ج2: ص69، 70.

⁴ - النساء: 11.

تعد هذه الآية ركنا من أركان الدين، وعملة من أعملة الأحكام، وأما من أمات الآيات لاشتمالها على ما يهيم علم الفرائض¹، فقد تضمنت دلالات على عدة أحكام لميراث النساء مفصلة تفصيلا لا غموض فيه².

ج. قوله تعالى: ﴿سَتَفْتُونَكَ قُلَّ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ أَمْرُ هَلْكَ لَيْسَ لَهُ وَوَلَدٌ وَوَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَوَلَدٌ فَإِنْ كَانَتْ إِثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾³.

تدل الآية على أن الفرائض تخص الرجال والنساء، لا فرق بينهما في ذلك، وهو ما يفهم منه ثبوت حق المرأة في الميراث أسوة بصنوها الرجل.

د. قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾⁴.

تعد هذه الآية مصدرا من مصادر حماية حق المرأة في الميراث – وإن كان نزولها على سبب اختلف فيه المفسرون⁵ – عملا بقاعدة العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب⁶؛ وهي بهذا تتضمن معنى النهي عن إيذاء المؤمنين والمؤمنات من غير جنائية أو جريمة حملوها أو خطأ ارتكبهه يستحقون بسببه العقاب والإيذاء، ومن ثم كان إيفاء المرأة حقها في الميراث لازما حتى لا يدخل من في حوزته التركة في جملة المؤذنين للمؤمنين والمؤمنات بغير ذنب اقترفوه⁷.

ثانيا: الأحاديث النبوية الشريفة

تضمنت السنة النبوية المطهرة الكثير من الأحاديث التي تتعلق بالميراث، والتي تنهى عن الإضرار بالغير، منها على سبيل المثال ما يلي:

¹ - ينظر: الجامع لأحكام القرآن. لأبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، (ت. 671هـ)، (دار الحديث، القاهرة، مصر، 1428هـ = 2007م)، ج:3، ص54.

² - ينظر: البحر المحيط في التفسير. محمد بن يوسف الشهرير بأبي حيان الأندلسي الغرناطي، (ت. 745هـ)، (دار الفكر، لبنان، 1412هـ = 1992م)، ج:3، ص532.

³ - النساء: 175.

⁴ - الأحزاب: 58.

⁵ - ينظر: الجامع لأحكام القرآن. لأبي عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، (ت. 671هـ)، (مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1427هـ = 2006م)، تحقيق: عبدالله بن عبد المحسن التركي، وآخرين، ج:17، ص:226، 227.

⁶ - صاغ هذه القاعدة جمهور الأصوليين، ومعناها: أن السبب الخاص لا يخص العام فلا يخرج عن عمومته، بل يكون العام شاملا للسبب الخاص ولغيره. ينظر: طرق استنباط الأحكام من القرآن الكريم. عجيل جاسم النشعي، (مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، الكويت، الطبعة الثانية، 1418هـ = 1997م)، ص 35-38.

⁷ - ينظر: حاشية الشهاب المسماة عناية القاضي وكفاية الرازي على تفسير البيضاوي، (دار صادر، بيروت)، ج:7، ص:184.

أ- عن جابر - رضي الله عنه -¹، (قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك يوم أحد شهيدا، وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا، ولا يُنكحان إلا ولهما مال، فقال: ((يقضي الله في ذلك)) قال: فنزلت آية الميراث، فأرسل رسول الله إلى عمهما فقال: ((أعط ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقي فهو لك))².

ب- عن أبي قيس - رضي الله عنه -³، سمعت هزيل بن شرحبيل⁴ قال: (سئل أبو موسى⁵ عن بنت وابنة ابن وأخت، فقال: للبنت النصف، وللأخت النصف، وأت ابن مسعود⁶ فسيتابعني، فسئل ابن مسعود، وأخبر بقول أبي موسى، فقال: لقد ضللت إذا وما أنا من المهتدين، أقضي فيها بما قضى النبي - صلى الله عليه وسلم - : ((للابنة النصف، ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين، وما بقي للأخت))، فأتينا أبا موسى، فأخبرناه بقول ابن مسعود، فقال: " لا تسألوني مادام هذا الخبر فيكم)"⁷.

ج- عن ابن عباس - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: (ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر)⁸، يدل هذا الحديث على إعطاء كل ذي حق حقه من التركة، وبيان من يستحق الميراث من بعد أصحاب الفروض⁹.

د- عن ابن شهاب أن سالم بن عبدالله أخبره أن عبدالله بن عمر أخبره أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : (المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه، من كان في حاجة أخيه كان الله - عز وجل - في حاجته، ومن فرج عن

¹ - هو جابر بن عبدالله بن عمرو بن حرام السلمي ابن ثعلبة بن حزام بن كعب بن كعب بن غنم بن كعب بن سلمة، صاحب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، يكنى أبا عبدالله، وقيل: أبو عبد الرحمن، شهد العقبة الثانية مع أبيه، وهو صبي، كان من المكثرين في رواية الحديث، توفي سنة 74هـ. ينظر: أسد الغابة في معرفة الصحابة. عزالدين ابن الأثير، أبو الحسن علي بن محمد الجزري، (630هـ)، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، تحقيق: علي محمد معوض، وآخر، ج:1، ص 492-494.

² - مسند الإمام أحمد بن حنبل، (241هـ)، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1428هـ = 2008م)، مسند جابر بن عبدالله - صلى الله عليه وسلم - الحديث: 15178، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج:6، ص:181.

³ - هو "عبد الرحمن بن ثروان الأودي أبو قيس الكوفي، روى عن عمرو بن ميمون، وروى عنه أبو إسحاق، محمد بن جادة، وثقه ابن معين، والعجلي، وقال أحمد مخالف، مات سنة عشرين ومائة". خلاصة تذهيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال، للإمام الحافظ صفي الدين أحمد بن عبدالله الخرزجي الأنصاري، (المطبعة الكبرى المصرية، ببولاق مصر العزبية، الطبعة الأولى، 1301هـ)، ص225.

⁴ - هو هزيل بن شرحبيل، من تابعي الكوفة، قيل: أدرك الجاهلية. ينظر: أسد الغابة في معرفة الصحابة. المصدر السابق، ج:7، ص:371.

⁵ - هو عبدالله بن قيس بن سليم بن حضار بن حرب بن عامر بن عترة بن بكر بن عامر بن عذرة بن وائل بن ناجية بن الجُمَاهِر بن الأشعر بن أدد بن زيد بن يَشْجُب، أبو موسى الأشعري، صاحب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، مات بالكوفة، وقيل: غير ذلك، سنة اثنتين وأربعين، وقيل: غير ذلك. ينظر: أسد الغابة في معرفة الصحابة. المصدر السابق، ج:3، ص:364-366.

⁶ - هو عبدالله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن شَمَخ بن فار بن مخزوم بن صاهلة بن كاهل بن الحارث بن تميم بن سعد بن هذيل بن مُدْرِكَة بن إلياس بن مضر، أبو عبد الرحمن الهذلي، هاجر الهجرتين، توفي بالمدينة سنة اثنتين وثلاثين ينظر: أسد الغابة في معرفة الصحابة. المصدر السابق، ج:3، ص:382-387.

⁷ - صحيح البخاري. لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، مع فتح الباري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، (ت. 852هـ)، (مكتبة الملك فهد، الرياض، الطبعة الأولى، 1421هـ = 2001م)، كتاب: الفرائض، باب: ميراث ابنة الابن مع ابنته، الحديث: 6736، ج:12، ص:18، تحقيق: عبد القادر شيبه الحمد.

⁸ - المصدر نفسه كتاب: الفرائض، باب: ميراث الولد من أبيه وأمه، الحديث: 6732، ج:12، ص:12.

⁹ - فتح الباري مع صحيح البخاري. المصدر نفسه، ج:12، ص:14.

مسلم كربة فرج الله - عز وجل - بها عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة¹.

محل الاستشهاد في الحديث هو النهي عن الظلم، فلا يجوز للمسلم أن يظلم غيره من المسلمين، فالظلم محرم بسبب الأخوة في الإسلام، ويكون من باب أولى الامتناع عن ظلم ذوي القرباة، وبخاصة إذا كان الأمر متعلقاً بإيفائهم حقوقهم، ومن ذلك حق المرأة في تركتها مورثاً.

هـ - عن عبدالله بن عمرو عن رسول الله - ﷺ - قال: (المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده، والمهاجر من هجر ما نهى الله عنه)²، ودلالة الحديث تشمل معاني منها أن المسلم الذي يؤدي حقوق المسلمين بعد أداء حقوق الله هو من أفضل المسلمين، وأن من العلامات التي يستدل بها على إسلام المرء سلامة المسلمين من لسانه ويده، وهو أيضاً من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى حيث يشير معنى الحديث إلى حسن معاملة العبد مع ربه؛ لأنه إذا أحسن معاملة المسلمين فأولى أن يحسن في علاقته مع ربه³، ويدخل في ذلك أداء المسلم حقوق أقربائه ذكورا وإناثا، ومنها حقهم في الميراث.

و - عن عبادة بن الصامت أن رسول الله - ﷺ - قضى أن: " لا ضرر ولا ضرار"⁴، ودلالة ظاهر الحديث هي أن أنواع الضرر كلها محرمة، يؤيد ذلك أن الظلم محرم، و" كل ما جاء في تحريم الظلم من الآيات والأحاديث دليل على تحريم الضرر؛ لأنه نوع من الظلم، فعلم أن معنى الحديث ... نفي سائر أنواع الضرر والمفاسد شرعاً"⁵، ومن جملة الضرر منع الوارث حقه، على اعتبار أن معناه هو منع إيذاء الغير مطلقاً⁶.

الفرع الثاني : نصوص القانون الليبي :

يعد نصيب المرأة في الميراث حقاً فرضه الله - ﷻ - بنصوص صريحة قرآنية قطعية، ومفصلة تفصيلاً دقيقاً، فلم يترك الله - ﷻ - قسمة التركة لأحد بل تولى - ﷻ - قسمتها بين المستحقين، فلا يجوز لأي شخص التغيير في تلك الأحكام والتحايل فيها، وهذا يشير بشكل واضح إلى حساسية هذه القضية، وأهميتها،

¹ - مسند الإمام أحمد بن حنبل، المصدر السابق، مسند المكثرين وغيرهم، الحديث: 5779، ج3: ص311.

² - صحيح البخاري مع فتح الباري، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، (ت. 852هـ)، كتاب: الإيمان، باب: المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده، الحديث: 10، ج1: ص69، (طبع على نفقة الأمير سلطان بن عبدالعزيز آل سعود)، تحقيق: عبدالقادر شيبه الحمد، وينظر: صحيح مسلم، (ت. 261هـ)، كتاب: الإيمان، باب: بيان تفاضل الإسلام، وأي أموره أفضل، الأحاديث: 64، 65، 66، ج1: ص65، 66، (دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، مقدمة 1954م)، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقى، ومسند الإمام أحمد بن حنبل، المصدر السابق، مسند المكثرين وغيرهم، الحديث: 6671، ج3: ص537.

³ - ينظر: المرجع نفسه.

⁴ - سنن ابن ماجه، (ت. 275هـ)، كتاب: الأحكام، 13، الباب: 17، الحديث: 2340، ج2: ص784، (دار إحياء الكتب العربية)، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقى.

⁵ - الفتح المبين لشرح الأربعين، أحمد بن حجر الهيتمي، وبهامشه حاشية حسن ابن علي المدابغي، (المطبعة العامرة الشرفية بشارع الخرنفش، بمصر، 1320هـ)، ص211، 212.

⁶ - ينظر: المصدر نفسه، ص211، 212.

وتأكيد الإسلام حق جميع الورثة في التمتع بالتركة ذكورا وإناثا، فأعطى المرأة نصف حصة الرجل من الميراث في بعض الحالات، وساوى بينهما في حالات أخرى¹.

والناظر في القانون المدني الليبي يجد أنه قد أحال فيما يتعلق بالموارث على أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثم لا يجوز قانونا أن يحرم شخصاً المرأة ميراثها، فالمادة: 879 بشأن تطبيق الشريعة الغراء والقوانين الخاصة، تجعل تعيين الورثة، وتحديد أنصبتهم في الإرث، وانتقال التركة إليهم خاضعا لأحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها².

والمادة: 893 من القانون المدني تجعل الاستيلاء على مال التركة جريمة يعاقب مرتكبها بعقوبة التبديد، ولو كان من استولى غشا على شيء من مال التركة وارثا.

ويقصد بالتبديد " تصرف الحائز حيازة ناقصة في منقول تسلمه بناء على أحد عقود الأمانة تصرفا قانونيا أو ماديا، وهو إحدى صور الفعل الذي ترتكب به جريمة خيانة الأمانة"³، وهذا يعني تطبيق نص المادة 465 من قانون العقوبات بشأن جريمة خيانة الأمانة.

ونظرا لانتشار ظاهرة حرمان النساء من الإرث فقد أصدر المشرع القانون رقم 6 لسنة 1959م بشأن حماية حق النساء في الإرث، الذي نشر في الجريدة الرسمية العدد 10، السنة التاسعة، الصادر بتاريخ: 15/ مايو / 1959م، حيث نصت المادة الأولى منه على الآتي: " يكون ميراث النساء وتعيين أنصبتهم طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية"⁴.

والملاحظ أن هذا القانون صدر منذ ما يزيد على نصف القرن، وما زلنا نعيش حالة حرمان المرأة حقها في الميراث، وعلى الرغم من تغير الحياة إلا أن طريقة التفكير مازالت جامدة على ما كانت عليه.

المطلب الثاني: حماية حق المرأة في الميراث في غير النصوص التشريعية:

سيتناول هذا المطلب حماية حق المرأة في الميراث في غير النصوص التشريعية: وذلك من خلال دور الإجماع في تأكيد حق المرأة في الميراث في الفرع الأول منه، ودور العرف في الفرع الثاني منه، على النحو الآتي:

الفرع الأول: دور الإجماع في تأكيد حق المرأة في الميراث:

من المعلوم أن الإجماع يتعلق باتفاق مجتهدي الأمة الإسلامية بعد وفاة النبي - ﷺ - في عصر من العصور في مسألة من مسائل الدين اتفاقا لم يسبقه خلاف مستقر، ومن ثم فلا يعتد باتفاق عامة الناس في

¹ - ينظر: المرأة بين الفقه والقانون. مصطفى السباعي، (دار السلام، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1424هـ=2003م)، ص24.

² - مجموعة القانون المدني. إعداد الإدارة العامة للقانون، (مطابع الهيئة العامة لشؤون القضاء، 1988م)، ص162.

³ - معجم القانون. مجمع اللغة العربية، (الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1420هـ=1999م)، ص249.

⁴ - مجموعة القانون المدني. المصدر السابق، ص217.

تلك المسائل، ولا يعتد أيضا بخلافهم¹؛ لأنهم ليسوا من أهل الذكر المأمور بسؤالهم في قوله تعالى: ﴿فَسَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾².

وتظهر أهمية الإجماع من كونه يحسم الخلاف بين الفقهاء الناشئ من احتمال النصوص الشرعية التأويل، والتخصيص، والتقييد، والنسخ، والقطع بثبوت بعضها وعدم ثبوت بعضها³. ولم تكن مسائل الميراث بشاذة عن الإجماع، فقد نُقل إجماع الصحابة والتابعين -رضي الله عنهم - ومن بعدهم إجماع أهل العلم في الحالات التي لم يرد فيها نص من كتاب أو سنة مثل استحقاق بنت الابن نصيب البنت الصلبية عند عدمها، والأخت لأب نصيب الشقيقة عند عدمها، واعتبار الجدة كالأم عند عدم وجودها، وأن فرضها السدس، وكذلك فرض الجدتين والثلاث⁴، وغيرها من المسائل التي تعد من أبواب الإجماع في الميراث⁵.

ومن هنا كان الإجماع وسيلة ومصدرا من مصادر حماية حق المرأة في الميراث، ويمنحها سنداً شرعياً في المطالبة بهذا الحق، والقضاء لها به، وهو ما يعد بيئة لنشوء عرف في المجتمع يعترف بحق المرأة ذلك، فما دور العرف في حمايته؟

الفرع الثاني: دور العرف في تأكيد حق المرأة في الميراث.

من الطبيعي جدا في بيئة إسلامية، يُفوض فيها أمر البت في مسائل الدين أو الأمور الشرعية إلى أهل الاختصاص من الفقهاء، وترتبط بالدين الإسلامي ارتباطا وثيقا أن يتكون لدى أفرادها وعي بحق المرأة في استيفاء حقها في الميراث، وأن يُعرضوا عن عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، بحكم تأثيرها فيهم بإصلاح سلوكهم على الدوام.

وأثر العرف في المجتمع، وانقياد الناس له ينبع من كونه ينشأ من مجموع التصرفات والسلوكيات المتراكمة من طول التداول بين الناس والاعتیاد⁶، ولهذا كان العرف مصدرا من مصادر التشريع الإسلامي بضوابطه التي صاغها علماء الأصول، وهو ما جعل منه مصدرا مشتركا بين المذاهب الإسلامية، بعد توافر الشروط والضوابط التي تستلزمها عملية الاعتداد بالعرف⁷.

¹ - ينظر: الإقناع في مسائل الإجماع. لأبي الحسن ابن القطان، (628 هـ)، (الفاروق الحديثة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1424 هـ = 2004 م)، ج1: ص8، تحقيق: حسن بن فوزي الصعيدي.

² - الأنبياء: 07.

³ - ينظر: الإقناع في مسائل الإجماع. المصدر السابق، ج1: ص12.

⁴ - الإجماع. لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، (ت. 318 هـ)، (مكتبة الفرقان، عجمان، والمكتبة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات، 1420 هـ = 1999 م)، ص90.

⁵ - ينظر: الإقناع في مسائل الإجماع. المصدر السابق، ج1: ص89-115.

⁶ - ينظر: إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي. محمد عبدالله بن التمين، (منشورات دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، حكومة دبي، 1430 هـ = 2009 م)، ص39.

⁷ - ينظر: المرجع نفسه. ص9.

ولأهمية العرف عُني علماء الأصول بصياغة الضوابط والشروط التي تجعل منه محل اعتماد في التشريع؛ لمرونته وانسجامه مع الواقع في حل كثير من المسائل التي لا يوجد فيها نص صريح، ومن باب أولى إذا كان العرف مصدرا احتياطيا وعاملا مساعدا في تطبيق الأحكام الشرعية، و " لا يكون العرف مقبولا حتى يكون موافقا للنص الشرعي غير مصادم له، وَيَطْرُدُ أو يغلب، ويكون سابقا للنازلة المراد تطبيقه عليها، وَيَسْلَمُ من تصريح بخلافه، فهذه الشروط إذا فُقدت فقد العرف صلاحيته للعمل"¹.

وبتطبيق ما تقدم على واقع حق المرأة في الميراث في الممارسة، نجد أن سلوك حرمان النساء من حقهن في ميراث آبائهن - وبخاصة إذا كان محل التركة يتكون من عقارات وأراض - هو المظهر الملموس في القول والفعل، فعوضا من أن يحيا المجتمع عرفا يدفع باتجاه إنصافهن، وتمكينهن من ذلك، نجد أن الموروث الثقافي يقوم على قناعة الأفراد بضرورة الحفاظ على ممتلكات العائلة، اعتقادا أن الأموال في حالة توريث المرأة ستذهب إلى الغرباء، ومن ثم ضياع أموالها.

وقد يبرر بعض الناس هذا الحرمان بأن المرأة لا تحسن التصرف في مالها، فضلا عن اتصاف بعضهم بالطمع والجشع، وهي صفات تنمو في غياب الالتزام بالأحكام الشرعية عمدا أو جهلا. يفضي بنا بحث حماية حق المرأة في الميراث إلى موجب هذه الحماية، على النحو الذي سيكون موضع الدراسة في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: موجب حماية حق المرأة في الميراث :

هناك مخالقات ومحرمات ترتكب في حق الورثة بشكل عام، وفي حق المرأة بشكل خاص بقصد الامتناع من أداء حقهم وحقها في الميراث، ومن خلال ما تقدم بان أن موجب الحماية هو الامتناع عن أداء الحق، وبيناهسيكون بتخصيص المطلب الأول لتوضيح حقيقة الامتناع عن أداء الحق، وبتخصيص المطلب الثاني للآثار المترتبة على الامتناع، على النحو الآتي:

المطلب الأول : الامتناع عن أداء الحق :

إن مآلات أفعال الناس لتحقيق مصلحة شخصية فقط من دون النظر إلى حق الغير فيه مخالفة شرعية؛ لأنه غاية الأنانية، فالإنسان ملزم شرعا بعدم التعدي على حقوق الناس، يستوي في ذلك أن يكون التعدي بالجحود والإنكار أو الإيتلاف، ولو كان استعمالا لحقٍ آخر، فما مفهوم الامتناع؟ وما شروط تحققه؟

الفرع الأول : مفهوم الامتناع :

عرفت المادة الثانية من القانون رقم 6 لسنة 1959م الامتناع بقولها: " يقصد بالامتناع عن أداء حق النساء في الميراث عدم تسليم المرأة نصيبها من الميراث أو الحيلولة دون انتفاعها به، أو تصرفها فيه، أو حبس غلته عنها أو عدم تمكينها من مباشرة ما للمالك من حقوق أخرى على ملكه"².

¹ - ينظر: المرجع نفسه. ص 79.

² - مجموعة القانون المدني. المصدر السابق، ص 217.

هذا المعنى الاصطلاحي الذي صور فيه المشرع ماصدقات الامتناع، يستجيب مع الحدود التي رسمتها مبادئ الشريعة الإسلامية في الاستفادة من الحق، حيث حرمت التعدي عليه، يقول رسول الله ﷺ - (من قطع ميراثاً فرضه الله، قطع الله ميراثه من الجنة)¹.

وقد نصت الفقرة (1) من المادة رقم (2) من القانون رقم (6) لسنة 1959م بشأن حماية حق المرأة في الإرث على مايلي: "لا يجوز الامتناع عن أداء ماتستحقه المرأة من نصيب في الميراث"².

ويمكن استخلاص صور الامتناع من المادة نفسها في الفقرة (2) وهي على النحو التالي:

(1) عدم تسليم المرأة نصيبها من الميراث.

(2) الحيلولة دون انتفاعها به أو تصرفها فيه.

(3) حبس غلته عنها.

(4) عدم تمكين المرأة من مباشرة ما للمالك من حقوق أخرى على ملكه.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه على الرغم من ثبوت حق النساء في الميراث في الفقه الإسلامي والقانون الليبي، إلا أنه يوجد الكثير من الأشخاص يدعون ظلماً وبهتاناً إلى حرمان النساء من الميراث، سواء بشكل مباشر أو بأساليب ملتوية، ويتخذون أساليب للامتناع من أداء حقها منها:

أ- تقسيم المورث (الأب) ثروته في حياته على الذكور من أولاده من دون الإناث، يقصد به حرمانهن الميراث بعد وفاته، وذلك عن طريق الهبة أو التملك (بالبيع الصوري).

وفي هذه الحالة يمكن الطعن على عقود البيع بالصورية، فإن ثبتت الصورية عن طريق القضاء فإن المرأة تأخذ حقها من الميراث³.

ب- الوقف أو الحبس وهو: " جعل منفعة مملوك ولو بأجرة أو غلته لمستحق بصيغة، مدة ما يراه المُحْبَس"⁴، وهو مندوب لأنه من جملة أعمال الخير والبر، ولكن هناك صورة منه تُحرم فيها الإناث من الانتفاع ويُقَصَّر ذلك على الذكور، بأن يحبس المالك أملاكه على بنيه دون بناته، يستوي في ذلك أن يخرجهن من الحبس ابتداء من أول الأمر، أو يجعل لهن الحق ابتداء، ولكن بشرط أن من تزوجت منهن أخرجت، ولا حق لها في الوقف، وهي صورة شائعة في كثير من المدن الليبية، وهي محل اختلاف بين أهل العلم⁵.

وفي سبيل تحديد ما يعد امتناعاً يمكن الاستئناس بأحكام محكمة النقض المصرية؛ لعدم وجود أحكام للمحكمة العليا الليبية، ومن تلك المبادئ التي أرستها محكمة النقض المصرية أن التحيل وإن كان باطلاً

¹ - سنن سعيد بن منصور. أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخرساني الجوزجاني، (ت. 227هـ)، كتاب: الفرائض، باب: من قطع ميراثاً فرضه الله، الحديث: 285، مج: 3، ج: 1، ص: 118، (دار السلفية، الهند، الطبعة الأولى، 1403هـ=1982م)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي.

² ينظر: مجموعة القانون المدني، المرجع السابق.

³ - ينظر: أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، عدنان طه الدوري، (الطبعة الثالثة، الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1999م)، ص: 95.

⁴ - أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك. أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، (ت. 1201هـ)، (مكتبة أيوب، كانو، نيجيريا)، ص: 124.

⁵ - ينظر: مدونة الفقه المالكي وأدلته. الصادق عبدالرحمن الغرياني، (مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1423=2002م)، ج: 4، ص: 226.

بطلانا مطلقا، ولكنه مع ذلك لا يمنع المالك الكامل الأهلية من حرية التصرف في ملكه تصرفا غير مشوب بعيب من العيوب، ولو أدى تصرفه هذا من حرمان ورثته، أو إلى تعديل أنصبتهم، وأن أحكام الإرث لا تطبق إلا على ما يخلف المتوفى من الأملاك حين وفاته، أما ما يكون نقد خرج من ملكه حال حياته لسبب من أسباب التصرفات القانونية فلا حق للورثة فيه، ولا سبيل لهم إليه ولو كان المورث قد قصد حرمانهم منه، أو إنقاص أنصبتهم فيه، ومن ثم فلا تنقيد التصرفات إلا ابتداء من مرض الموت، أما قبل ذلك فالملك الكامل الأهلية حر التصرف في ملكه¹.

الفرع الثاني: شروط تحقق الامتناع.

صار معلوما لدينا أن الله قد فرض لكل من الوارثين نصيبا معيناً، وهو حق ينتقل إليه فوراً بعد المورث إذا لم يتعلق بالتركة دين²، ويكون واضح اليد على التركة ممتنعاً من إعطاء المرأة حقها من الميراث بتوافر أحد أمرين هما:

(1) أن يكون استحقاق المرأة ثابتاً بالإقرار به³، وذلك بأن أقر أحد الورثة بوارثته معهم في الميراث، فإنها تشارك المقر في الميراث في قول أكثر أهل العلم⁴.

(2) أو أن يكون استحقاق المرأة ثابتاً بصدر حكم نهائي من جهة مختصة⁵.

ويكون ذلك بالرجوع إلى القضاء والقيام بعدة إجراءات نصت عليها العديد من مواد القانون الليبي (قانون الإجراءات الشرعية) المنشور في الجريدة الرسمية العدد (22) الصادر في 1998/11/25م نذكر منها المادة رقم (224) من قانون الإجراءات الشرعية حيث نصت على الآتي: "على طالب تحقيق الوفاء والوراثة أن يقدم طلباً بذلك إلى القاضي المختص، ويكون الطلب مشتملاً على بيان تاريخ الوفاة وموطن إقامة المتوفى وقتها، وأسماء الورثة وموطنهم ومحل عقارات التركة".

والمادة (225) من قانون الإجراءات الشرعية حيث نصت على الآتي: "للقاضي أن يطلب من جهة الإدارة التحري عما ذكر في المادة السابقة من المختر أو شيخ القبيلة الذي يقع الموطن في دائرته أو من يقوم مقامه من أهل قرابة المتوفى".

والمادة (227) من قانون الإجراءات الشرعية حيث نصت على التالي: "على الطالب بعد إتمام التحريات أن يعلن بقية الورثة للحضور أمام القاضي في الميعاد الذي يحدده لذلك .

¹ - ينظر: الطعن 2/ 6ق، الصادر في 1936/06/04م، مجموعة عمر، العدد 11، ص1138، مجموعة عمر، ج1: 211، مراجعة: أحمد محمد عبد العظيم الجمل.

² - ينظر: الموارث والوصايا في الشريعة الإسلامية فقها وعملاً، حمزة أبو فارس، (35)، ط7، دار الحكمة للطباعة والنشر والتوزيع، طرابلس، ليبيا، 2015م.

³ - مجموعة القانون المدني، ذكر سابقاً، (217)، المادة (2) من القانون رقم (6) لسنة 1959م.

⁴ - ينظر الموسوعة الفقهية، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة الثانية، 1404هـ=1983م)، ج6: ص75.

⁵ - المادة (2) من القانون رقم (6) لسنة 1959م مجموعة القانون المدني، المرجع السابق، ص217.

فإذا حضروا جميعاً أو حضر البعض وأجاب من لم يحضر بالمصادقة أو لم يجب بشئ أصلاً, وجب على القاضي تحقيق الوراثة بشهادة من يثق به ومطابقة التحريات المذكورة .

وإذا أجب من لم يحضر بالإنكار وجب على الطالب أن يرفع دعواه بالطريق الشرعي".
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الامتناع.

إن حرمان النساء من الميراث يؤدي إلى تداعيات خطيرة حيث يتسبب في نشر البغض والعداوة بين أفراد الأسرة الواحدة, ويجعل المرأة أقل ولاء لأسرتها, فهي تشعر بأنها تشغل المكانة الدنيا بالنسبة لتلك العائلة , وتشعر أيضاً بظلم كبير من أهلها وربما تتم مقاطعتها بسبب ذلك , ناهيك عن زوجها وأولادها والضغوط التي تمارس ضدها , وهذا ما يخلق حالة من التوتر والقلق تزيد من حدة المشاكل الاجتماعية والتفكك الأسري , ومن الآثار المترتبة على الامتناع من الناحية الشرعية والقانونية ما يلي:

الفرع الأول: جزاء الامتناع.

سنتناول في هذا الفرع جزاء الامتناع عن أداء حق المرأة في الميراث من الناحيتين الفقهية والقانونية على النحو الآتي:

أولاً: جزاء الامتناع عن أداء حق المرأة في الميراث فقها :

لقد أوضحنا أن الشريعة قررت حماية الحق لصاحبه بعدة مؤيدات منها المسؤولية أمام الله , وأن الناظر في آيات الموارث يجد أنها اختتمت بالوعد بجنت تجري من تحتها الأنهار لكل من أطاع الله بتنفيذه حدوده على الوجه المشروع , وبالوعيد بعذاب مهين لكل من عصى الله ورسوله , وتعدى حدود الله بزيادة ونقص أو بجرمان من يستحق وإعطاء من لا يستحق , وكذلك الوعيد لكل من لا يقبل هذا التقسيم الإلهي للميراث¹, قال تعالى : (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ ، وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ² .
ومن الآثار المترتبة على ذلك القطيعة لصلة الرحم وعقوبة قاطع الرحم تُعَجَّل في الدنيا , ولعذاب الآخرة أشد وأبقى , ولا يرفع له عمل , ولا يقبل , ومن قطعها قطع الوصل مع الله , عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: قال رسول الله - ﷺ - : ((الرحم معلقة بالعرش تقول من وصلني وصله الله ومن قطعني قطعه الله))³, وهي سبب لمنع الجنة , قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : ((لا يدخل الجنة قاطع رحم))⁴.

¹ ينظر: الموارث بين عدل الأحكام وجور التطبيق . محمود إبراهيم بزال, (دار ابن كثير, دمشق-بيروت, 1419هـ = 1998م), ص36.

² - النساء: 13, 14.

³ - صحيح مسلم . مسلم ابن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري, (ت, 261هـ), كتاب: البر والصلة والآداب, باب صلة الرحم وتحريم قطيعتها, الحديث 2555, ج4: ص (دار إحياء التراث العربي, بيروت), تحقيق: محمد فؤاد عبدالباق.

⁴ - صحيح البخاري, كتاب: الأدب , باب: إثم القاطع , الحديث: 5984 (دار طوق النجاة, الطبعة الأولى, 1422هـ), تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر.

ومن الآثار المترتبة على الامتناع هي الاعتداء والظلم على حقوق الآخرين والأكل لأموال الناس بالباطل وتعريض الأسرة والأفراد إلى الفقر والعوز بسبب ذلك ، وقد ورد تحريم تلك في العديد من الآيات كما بينت العقوبة الأخروية المترتبة عليه ، قال تعالى : ﴿ أُولَئِكَ مَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ إِلَّا النَّارَ ﴾¹. فالميراث فريضة إسلامية وعقوبة الدين لمن يرفض توزيع الموارث هو صاحب كبيرة ، فإن تاب ورد المواضيع لأصولها تاب الله عليه ومن لم يتب فأمره إلى الله إن شاء عذبه أو رحمه.

ومن هنا يظهر لنا أن الفقه الإسلامي لم يتضمن عقاباً دنيوياً معيناً وهذا لا يمنع من الاعتداد بالعقاب التعزيري الذي تضمنه القانون رقم (6) لسنة 1959م على النحو الذي سيبيّن في الفقرة التالية:

ثانياً : جزاء مانعي ميراث النسلة قانوناً :

مانع ميراث النساء يتعرض لجزأين أحدهما جنائي والآخر مدني، وذلك على النحو الآتي:

1- الجزاء الجنائي : يعد مانع المرأة من حقها في الميراث مرتكباً لجريمة، وصفها القانوني أنها جنحة وذلك طبقاً للقواعد العامة للجريمة في القانون الليبي المادة رقم (54) من قانون العقوبات ، وطبقاً لهذه المادة "...الجنحة هي الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآنية :- الحبس الذي تزيد مدته على الشهر والغرامة التي يزيد أقصى مقدارها على عشرة جنيهات".

وقد تضمنت المادة (5) من القانون 6 لسنة 1959م المشار إليه سلفاً هذا الجزاء بقولها: "كل مخالفة لأحكام هذا القانون يعاقب عليها بالحبس مع الحكم بأداء ما تستحقه المرأة من ميراث"².

2- الجزاء المدني : وهو أداء ما تستحقه المرأة من الميراث³ ، وهذا ما نص عليه القانون رقم 6 لسنة 1959م بشأن حماية النساء في الإرث وذلك في المادة رقم 5-المشار إليها قبل قليل-حيث نصت على أنه: "كل مخالفة بأحكام هذا القانون يعاقب عليها بالحبس مع الحكم بأداء ما تستحقه المرأة من ميراث".

الفرع الثالث : انقضاء الدعوى العمومية عن الامتناع :

سبق أن وضحنا أن الدعوى هي الوسيلة لتحريك حماية القانون للحق، و بها يلجأ صاحب الحق إلى القضاء لكي يقتضي حقه.

فإذا لجأت المرأة إلى القضاء بتقديم دعوى لاستحقاقها الميراث وذلك لمخالفة أحد الورثة لأحكام القانون ومنعها من حقها في الميراث، فإن هذه الدعوى وسيلتها في المطالبة بحقها إلا أن يؤدي المتهم نصيبها في الميراث ، وهذا ما نصت عليه المادة رقم 6 من القانون رقم 6 لسنة 1959م حيث نصت على الآتي : " تنقضي

¹ -سورة البقرة: الآية 173.

² -مجموعة القانون المدني، ذكر سابقاً، (217)

³ -ينظر: شرح الأحكام العامة للجريمة في القانون الجنائي الليبي، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، عبدالعزيز عامر، (منشورات جامعة قار يونس ،بنغازي، ط. 1987م)، ص22

الدعوى العمومية على الجرائم التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون إذ أدى المتهم نصيب المرأة في الميراث قبل صدور حكم نهائي في الدعوى "1.

إن الناظر لإثبات حق المرأة في الميراث وفق ما شرعه الله -تعالى- لها وتطبيقه على أرض الواقع يجد أن حقها ثابت شرعا لكنه معطل وضائع في الواقع , والناظر لمواد القانون الليبي يجد أنه استقى أحكامه من الشريعة الإسلامية, لذلك فإن حقها ثابت بالقانون أيضا , وقد وفر القانون الليبي الحماية لهذا الحق , لكن حمايته لها غير متجسدة على أرض الواقع, لأن هذا القانون قابع في الأدراج وغير مفعّل , ليس بعدم جديته ولكن بسبب عدم لجوء الناس إلى القضاء لتطبيق أحكامه , ولذلك فإن الفتاوى والنصوص القانونية وحدها لا تكفي لتحصيل حق النساء في الميراث , فالنساء في المجتمع الليبي بحاجة إلى توعية بحقوقهن للمطالبة بها, فهذا تحد ثقافي واجتماعي لتقاليد استمرت عقودا من الزمن ومازالت النساء تدفع ثمنها.

الخاتمة :

في ختام هذا البحث نخلص إلى جملة من النتائج على النحو الآتي :

1. اقتضت حكمة الله - ﷻ - أن يكون تنظيم أحكام الميراث في دستور المسلمين القرآن الكريم للدلالة على أهميتها, وعلو شأنها في المحافظة على استقرار المجتمع المسلم وأمنه.
2. قواعد الموارث في الإسلام تتبوأ قمة هرم العدالة والإنصاف.
3. في نطاق التعزير يمثل القانون رقم 6 لسنة 1959م بشأن حماية حق النساء في الميراث وقت صدوره علامة واضحة, وإشارة جادة إلى وعي جهة التشريع في ذلك الوقت بضرورة حماية الحق محل القانون .
4. أداء حق المرأة في الميراث مسؤولية مجتمعية تعكس نضج وعي الناس, ومدى استجابتهم وانضباطهم في أدائه.

وفي إطار الوصول إلى ظهور أثر أحكام الشريعة الإسلامية نوصي بما يلي :

1. ضرورة تقنين أحكام الموارث أسوة بما فعلته جهات التشريع في بعض الدول الإسلامية والعربية.
2. استنهاض همم علماء الشريعة والاختصاصيون فيها لأداء واجب توعية الناس بضرورة إنصاف المرأة وإعطائها حقوقها في هذا المجال.
3. دعم الجهود التي تسهم في استيفاء المرأة حقها في هذا الجانب.

¹-مجموعة القانون المدني, ذكر سابقا,(218)

❖ أهم المصادر والمراجع :

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

أولاً: المعاجم :

- كشف المصطلحات الفقهية من خلال مختصر خليل بن إسحاق المالكي. محمد المصلح, (مركز البحوث والدراسات في الفقه المالكي, الرابطة المحمدية للعلماء, الرباط, المغرب, الطبعة الأولى, 1435هـ = 2014م).
- لسان العرب. جمال الدين أبو الفضل ابن منظور الأنصاري, (ت. 1477هـ), (دار المعارف, من دون بقية بيانات النشر).
- المصطلحات القانونية باللغة الإنجليزية. زيد محمود العقابلية, (دار الثقافة, عمان, الأردن, الطبعة الأولى, الإصدار الثالث, 1430هـ = 2009م).
- معجم التعريفات. للعلامة علي بن محمد بن الشريف الجرجاني, (ت. 816هـ = 1413م), (دار الفضيلة, القاهرة, مصر), تحقيق: محمد صديق المنشاوي.
- معجم القانون. مجمع اللغة العربية, (الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية, القاهرة, 1420هـ = 1999م).
- معجم المصطلحات القانونية. (المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع, بيروت, لبنان, الطبعة الأولى, 1418هـ = 1998م), ترجمة: منصور القاضي.
- المعجم الوسيط. مجمع اللغة العربية بالقاهرة, (مكتبة الشروق الدولية, القاهرة, الطبعة الرابعة, 1425هـ = 2004م).

ثانياً: الكتب :

- الإجماع. لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري, (ت. 318هـ), (مكتبة الفرقان, عجمان, والمكتبة الثقافية, رأس الخيمة, الإمارات, 1420هـ = 1999م),
- أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي, عدنان طه الدوري, (ط. 3, الجامعة المفتوحة, طرابلس, 1999م),
- أحكام القرآن. لأبي محمد عبدالمنعم بن عبدالرحيم, المعروف بابن الفرس الأندلسي, (ت. 597هـ), (دار ابن حزم, بيروت, لبنان, الطبعة الأولى, 1427هـ = 2006م), تحقيق: منجية بنت الهادي النفزي السواحي.
- الاختيار لتعليل المختار. عبدالله بن محمود بن مودود الموصلبي الحنفي, (ت. 683هـ), (دار الكتب العلمية, بيروت, لبنان, د. ط, د. ت), علق عليه: محمود أبو دقيقة.

- أسد الغابة في معرفة الصحابة. عزالدين ابن الأثير، أبو الحسن علي بن محمد الجزري، (630هـ)، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، تحقيق: علي محمد معوض، وآخر.
- الأصول الوافية الموسومة بأنوار الربيع في الصرف والنحو والمعاني والبيان والبدیع. للشيخ محمود العالم المنزلي، (ت. 1311هـ)، وبهامشه كتاب حسن الصنيع في علم المعاني والبيان والبدیع، للشيخ محمد علي البسيوني البياني، (ت. 1310هـ = 1892م)، (مطبعة التقدم العلمية، مصر، الطبعة الأولى، 1332هـ).
- إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي. محمد عبدالله بن التميم، (منشورات دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، حكومة دبي، 1430هـ = 2009م)،
- أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك. أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، (ت. 1201هـ)، (مكتبة أيوب، كانو، نيجيريا).
- الإقناع في مسائل الإجماع. لأبي الحسن ابن القطان، (628هـ)، (الفاروق الحديثة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1424هـ = 2004م)، ج1: 8، تحقيق: حسن بن فوزي الصعدي.
- البحر المحيط في التفسير. محمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي الغرناطي، (ت. 745هـ)، (دار الفكر، لبنان، 1412هـ = 1992م).
- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك. أحمد بن محمد الصاوي المالكي، (ت. 1241هـ/1825م)، (دار نهضة مصر، الفجالة، القاهرة، الطبعة الأخيرة، 1372هـ = 1952م).
- تحفة المحتاج بشرح المنهاج. شهاب الدين بن حجر الهيتمي، (ت. 973هـ)، وهو شرح على كتاب منهاج الطالبين، لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، (ت. 676هـ)، (دار الحديث، القاهرة، 1437هـ = 2016م)، علق عليه: سيد بن محمد السناري.
- الجامع لأحكام القرآن. لأبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، (ت. 671هـ)، (دار الحديث، القاهرة، مصر، 1428هـ = 2007م).
- _____ ، (مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1427هـ = 2006م)، تحقيق: عبدالله بن عبد المحسن التركي، وآخرين.
- حاشية الرحبية في علم الفرائض. عبدالرحمن بن محمد بن قاسم النجدي، (ت. 1392هـ)، (من دون ناشر، من دون مكان نشر، الطبعة الخامسة، 1410هـ = 1989م).
- حاشية الشهاب المسماة عناية القاضي وكفاية الراضي على تفسير البيضاوي، (دار صادر، بيروت).
- خلاصة تذهيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال، للإمام الحافظ صفي الدين أحمد بن عبدالله الخزرجي الأنصاري، (المطبعة الكبرى الميرية، ببولاق مصر العزبية، الطبعة الأولى، 1301هـ).
- سنن ابن ماجه، (ت. 275هـ)، (دار إحياء الكتب العربية)، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي.

- سنن سعيد بن منصور. أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخرساني الجوزجاني, (ت. 227هـ), (دار السلفية, الهند, الطبعة الأولى, 1403هـ = 1982م), تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي.
- شرح الأحكام العامة للجريمة في القانون الجنائي الليبي, دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية, عبدالعزيز عامر, (منشورات جامعة قار يونس, بنغازي, ط. 2, 1987م).
- شرح حدود ابن عرفة. الموسوم الهداية الكافية الشافية, لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية, لأبي عبدالله محمد الأنصاري الرصاع, (ت. 894هـ = 1489م), (دار الغرب الإسلامي, بيروت, لبنان, الطبعة الأولى, 1993م), تحقيق: محمد أبو الأجنان, وآخر.
- صحيح البخاري. لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري, مع فتح الباري, أحمد بن علي بن حجر العسقلاني, (ت. 852هـ), (مكتبة الملك فهد, الرياض, الطبعة الأولى, 1421هـ = 2001م), كتاب: الفرائض, باب: ميراث ابنة الابن مع ابنته, تحقيق: عبدالقادر شيبه الحمد.
- صحيح البخاري, (دار طوق النجاة, الطبعة الأولى, 1422هـ), تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر.
- _____ مع فتح الباري, لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني, (ت. 852هـ), (طبع على نفقة الأمير سلطان بن عبدالعزيز آل سعود), تحقيق: عبدالقادر شيبه الحمد.
- صحيح مسلم . مسلم ابن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري, (ت, 261هـ), (دار إحياء التراث العربي, بيروت), تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي.
- طرق استنباط الأحكام من القرآن الكريم. عجيل جاسم النشمي, (مؤسسة الكويت للتقدم العلمي, الكويت, الطبعة الثانية, 1418هـ = 1997م).
- العذب الفائض شرح عمدة الفارض. للشيخ إبراهيم بن عبدالله بن إبراهيم الفرضي, على منظومة كل فارض في علم الوصايا والفرائض, المعروفة بألفية الفرائض, للشيخ صالح بن حسن الأزهري الحنبلي, (من دون بيانات نشر).
- الفتح المبين لشرح الأربعين, أحمد بن حجر الهيتمي, وبهامشه حاشية حسن ابن علي المدابغي, (المطبعة العامرة الشرفية بشارع الخرنفش, بمصر, 1320هـ).
- المدخل إلى علم القانون (الحق). الكوني علي عبودة, (المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية, طرابلس, ليبيا, الطبعة الرابعة, 2003م).
- مسند الإمام أحمد بن حنبل, (241هـ), (دار الكتب العلمية, بيروت, لبنان, 1428هـ = 2008م), تحقيق: محمد عبد القادر عطا.
- المرأة بين الفقه والقانون. مصطفى السباعي, (دار السلام, القاهرة, مصر, الطبعة الأولى, 1424هـ = 2003م).
- المواريث بين عدل الإحكام وجور التطبيق . محمود إبراهيم بزال, (دار ابن كثير, دمشق- بيروت, 1419هـ = 1998م).

- المواريث والوصايا في الشريعة الإسلامية فقها وعملا , حمزة أبو فارس , (35), ط.7, دار الحكمة للطباعة والنشر والتوزيع , طرابلس , ليبيا, 2015م.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. لأبي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي, المعروف بالخطاب الرعيني, (ت. 954هـ), (دار الكتب العلمية, بيروت, لبنان, الطبعة الأولى, 1416هـ = 1995م), ضبط: الشيخ زكريا عميرات.
- الموسوعة الفقهية. إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية, الكويت, الطبعة الثانية, 1404هـ = 1983م).
- نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية. عبدالكريم زيدان, (مؤسسة الرسالة ناشرون, دمشق, الطبعة الأولى, 1426هـ = 2005م).

ثانيا : الرسائل :

- الحماية الجنائية للأسرة, دراسة مقارنة. محمود لنكار, (رسالة دكتوراه, مقدمة إلى فرع القانون الجنائي بكلية الحقوق, جامعة منتوري, قسنطينة, الجزائر, العام الجامعي: 2010م).

ثالثا : الدوريات والقوانين :

- مجموعة عمر , ج 1: 211, مراجعة : أحمد محمد عبد العظيم الجمل.
- مجموعة القانون المدني, إعداد الإدارة العامة للقانون.

الحماية الجنائية للمعطيات ذات الطابع الشخصي

Criminal protection of personal data



نجاة بوعريب¹ : دكتورة

في الشريعة والقانون ، كلية

الشريعة ، جامعة ابن زهر أكادير، المغرب

Najat Bouarib : Doctor of Chariaa and Law

Faculty of Sharia , Ibn Zohr University, Agadir/Morocco

¹ - منسقة برنامج الدمج المدرسي للأطفال الصم ، مهتمة بقضايا المرأة والطفل. Email : najatbouarib26@gmail.com

Coordinator of the School Inclusion Program for Deaf Children , Interested in women's and children's issues

الملخص:

تعتبر المعطيات ذات الطابع الشخصي من قبيل الحياة الخاصة للأفراد، إذ أنها تمثل أحد أهم مظاهر الحقوق والحريات الأساسية التي كرسها الدساتير الوطنية، اقتداءً بالمواثيق الدولية، لاسيما بعد التطور التكنولوجي الذي شهده العالم وما أفرزه من تقنيات متطورة في عملية معالجة المعطيات لأغراض متعددة. انطلاقاً مما سبق، وعملاً على مواجهة الاعتداءات التي تهدد الحياة الخاصة للفرد وكذلك الاهتمام الدولي سارع المشرع المغربي إلى وضع قانون يواكب التوجهات الدولية حيث أصدر قانون رقم 08-09 بتاريخ 18 فبراير 2009 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين اتجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي. ذلك أن هذا القانون يهدف إلى حماية الأفراد إزاء الاستعمال المفرط واللامسؤول من طرف المؤسسات الخاصة والعمومية لمعطياتهم الشخصية .

وكما هو معلوم فالبحث في موضوع الحماية الجنائية للمعطيات ذات الطابع الشخصي يكتسي أهمية خاصة لكونه مرتبط بالتطور القانوني و التكنولوجي والقفزة المعلوماتية التي أسفرت عن ضرورة وجود حماية قانونية للحقوق والحياة الخاصة خاصة في ظل الجرائم التي قد تطل خصوصية الأفراد ومعطياتهم الشخصية.

• الكلمات المفتاحية : المعطيات ذات الطابع الشخصي ، الحماية الجنائية ، الجرائم المعلوماتية ، الخصوصية .

Abstract :

Data of a personal nature is considered as the private life of individuals, as it represents one of the most important manifestations of basic rights and freedoms enshrined in national constitutions, following the example of international covenants, especially after the technological development witnessed by the world and the resulting advanced techniques in the process of processing data for multiple purposes.

Proceeding from the foregoing, and in order to confront the attacks that threaten the private life of the individual as well as international attention, the Moroccan legislator hastened to draft a law in line with international trends, as he issued Law No. 09-08 of February 18, 2009 related to the protection of private persons in the direction of the processing of data of a personal nature. This is because this law aims to protect individuals against the excessive and irresponsible use by private and public institutions of their personal data.

As it is known, research on the issue of criminal protection of personal data is of particular importance because it is linked to the legal and technological development and the informational leap that resulted in the need for legal

protection of rights and private life, especially in light of crimes that may affect the privacy of individuals and their personal data.

• **Keywords** : Data of a personal nature - criminal protection - information crimes - privacy.

مقدمة :

تعتبر المعطيات ذات الطابع الشخصي من قبيل الحياة الخاصة للأفراد، إذ أنها تمثل أحد أهم مظاهر الحقوق والحريات الأساسية التي كرسها الدساتير الوطنية، اقتداء بالمواثيق الدولية، لاسيما بعد التطور التكنولوجي الذي شهده العالم وما أفرزه من تقنيات متطورة في عملية معالجة المعطيات لأغراض متعددة. في سياق ذلك، نجد أن هناك اجماعا دوليا ووطنيا على أن الحق في الحياة الخاصة من الحقوق الدستورية الملازمة للشخص الطبيعي بصفته الانسانية، ولهذا تحرص المجتمعات الديمقراطية على كفالة هذا الحق، وتعمل على حمايته وتكريسه انطلاقا من مقتضياتها التشريعية. الا أنه ومع تزايد التقنيات الحديثة وتطورها زادت المخاطر على الخصوصية، بحيث أصبح من الصعب محاصرة التقنيات الجديدة في انتهاك المعطيات الشخصية، لذلك لم تستطع الدول بحكم بطى اشتغال الأجهزة التشريعية بها مسابرة التكنولوجيات الحديثة من الناحية القانونية، فالإنترنت و تكنولوجيا الاعلام تتطور بشكل سريع، في حين أن التشريعات غير قادرة على مواكبتها.¹

في اطار ذلك، ظهرت عدة قوانين وطنية ودولية تهدف الى حماية الأشخاص الذاتيين تجاه المخاطر المرتبطة بمعالجة المعطيات الشخصية، وهي قوانين وتشريعات جاءت ضمن رد الفعل على تزايد أنشطة جمع وتخزين ونقل وتبادل المعطيات الشخصية عن طريق التقنيات الحديثة.²

وعموما فحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي تؤول في مدلولها الى كافة الاجراءات التي تقوم بها الدولة عبر جميع مؤسساتها في سبيل حماية المعطيات الشخصية للمواطنين والسهر على حفظ حياتهم الخاصة، وعلى مستوى التشريع الوطني، نجد أن حماية المعطيات الشخصية بالمغرب يرتبط بمجموعة من الرهانات الحقوقية والاقتصادية ورهانات المحافظة على السيادة الرقمية، فأمام مواجهة الاعتداءات التي تهدد الحياة الخاصة للأفراد وكذلك الاهتمام الدولي المتنامي، سارع المشرع المغربي إلى وضع قانون يواكب التوجهات الدولية في هذا المجال، وذلك من خلال اصدار قانون الرقم 08-09 بتاريخ 18 فبراير 2009 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين اتجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

إن هذا القانون يهدف بالأساس إلى حماية الأفراد إزاء الاستعمال المفرط واللامسؤول من طرف المؤسسات الخاصة والعمومية لمعطياتهم الشخصية. وهو يعبر عن ارادة واضحة في اقرار نصوص تشريعية

¹ علي كربي، تأثير التطور التكنولوجي على حقوق الانسان: الحياة الخصوصية وحماية البيانات الشخصية نموذجا، مجلة أبحاث، العدد الاول، السنة: 2014، ص: 78-79

² فؤاد بن صغير، البيانات الشخصية الالكترونية، دار النشر futur objectif، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2011، ص: 8

هادفة الى اقرار حماية قانونية للأفراد الذاتيين، ليظل الهدف الأساسي من ذلك حماية المعطيات الشخصية من خلال توقيع عقوبات زجرية لردع كل من سولت له نفسه الاعتداء على تلك المعطيات باعتباره اعتداء مباشرا على الحق في الحياة الخاصة، كما يمس مساسا مباشرا بحقوق الانسان بالدرجة الأولى.¹

هكذا نجد هذا القانون، يتضمن جملة من المقتضيات القانونية الهادفة إلى حماية الهوية والحقوق والحريات الفردية والجماعية والحياة الخاصة من كل ما من شأنه أن يمس بها عبر استخدام المعلومات، كما يحدد هذا القانون الحق في الولوج إلى القواعد التي تتضمن المعطيات الشخصية، والتعرض على بعض عمليات المعالجة وطلب تصحيح المعطيات الخاطئة أو مسح المعطيات التي انتهت صلاحيتها أو التي تم تحقيق الغاية من معالجتها.

انطلاقا مما سبق، يمكننا صياغة الاشكالية الرئيسية التي يطرحها الموضوع انطلاقا مما يلي: ما هي حدود الحماية الجنائية التي قررها المشرع المغربي لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي؟
وتتفرع عن هذه الاشكالية الرئيسية عدة أسئلة فرعية نحدد كالتالي :
* ما هو نطاق تطبيق القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية؟
* ما هو مضمون وماهية المعطيات ذات الطابع الشخصي في التشريع المغربي؟
* ماهي آليات الحماية القانونية للمعطيات ذات الطابع الشخصي ؟ وأين تتجلى صور الجرائم الماسة بالمعطيات الشخصية؟

* ما مدى فعالية النصوص المتضمنة في القانون رقم 09.08 في حماية الحياة الخاصة؟
وللإجابة على هذه الاشكالات، سنحاول مقارنة موضوع " الحماية الجنائية للمعطيات ذات الطابع الشخصي " انطلاقا من التقسيم التالي:
المبحث الأول : نطاق تطبيق القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي
المطلب الأول : ماهية المعطيات الشخصية للأفراد الذاتيين
المطلب الثاني : حقوق والتزامات الأشخاص المعنيين بمعالجة المعطيات الشخصية
المبحث الثاني : آليات حماية المعطيات الشخصية و الجرائم المرتبطة بها
المطلب الأول : آليات حماية المعطيات الشخصية
المطلب الثاني: صور الجرائم الماسة بالمعطيات الشخصية
خاتمة.

1 نادية حموتي، الحماية الجنائية للأشخاص الذاتيين في اطار قانون 09.08، مقال منشور في مجلة revue économie gestion et société العدد :24، بتاريخ، غشت 2020، ص:3

المبحث الأول: نطاق تطبيق القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي :

لقد أصبحت المعطيات الشخصية، موضع اهتمام العديد من الدول كونها تشكل جزء من الحق في الخصوصية الذي كفلته معظم الدساتير، ومنها المشرع المغربي ، من خلال القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية، خاصة في ظل التطور التكنولوجي الذي شهده العالم، وما أفرزه من تهديد لهذه المعطيات ولما كانت هذه المعطيات من قبيل الحياة الخاصة للأفراد، فقد أورد لها المشرع المغربي حماية خاصة في تشريعاته الداخلية.

المطلب الأول: ماهية المعطيات الشخصية للأفراد الذاتيين :

عملت جل التشريعات المقارنة على تحديد مفهوم دقيق للمعطيات ذات الطابع الشخصي (الفقرة الأولى)، نفس هذا التوجه سار عليه المشرع المغربي (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: تعريف المعطيات ذات الطابع الشخصي في التشريعات المقارنة :

لقد عرفت الاتفاقية الأوروبية رقم 108 الصادرة عن مجلس أوروبا البيانات الخاصة من خلال المادة 2/الفقرة الأولى، حيث نصت على أن: " المعطيات ذات الطابع الشخصي هي كل المعلومات المتعلقة بشخص طبيعي معرف أو قابل للتعرف عليه"، وبنفس المعنى، عرفت المادة 2/الفقرة 1 من التوجيه الأوروبي رقم: 95/46 الصادر بتاريخ 1995 بأن: " المعطيات ذات الطابع الشخصي هي كل معلومة متعلقة بشخص طبيعي معرف أو قابل للتعرف عليه، يعد قابل للتعرف عليه (الشخص المعني)، الذي يمكن معرفته، بصفة مباشرة أو غير مباشرة لاسيما بالرجوع الى رقم التعريف أو الى عنصر أو عدة عناصر خاصة بميزة لهويته الطبيعية الفيزيولوجية ، النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية".

كما أشارت المادة 2 من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيع الالكتروني الصادر بتاريخ: 13 ديسمبر 1999، الى أن المقصود بالبيانات ذات الطابع الشخصي، وعرفتها بأنها: " كل معلومة تتصل بشخص محدد الهوية أو قابل للتحديد"¹

ان الملاحظ أن هذين التعريفين سيشكلان مصدرا أساسيا لمختلف التشريعات الأوروبية والعربية لحماية المعطيات الشخصية، حيث عملت هذه التشريعات على ملاءمة نصوصها مع التوجه السالف الذكر، ويمثل المشرع الفرنسي أبرز مثال لهذا التوجه، حيث نص في المادة 2، الفقرة 2 من القانون رقم: 6 يناير 1978 المعدل والمتمم المتعلق ب" المعلومات والحريات" على أنه: "تشكل المعطيات ذات الطابع الشخصي كل معلومة متعلقة بشخص طبيعي معرف أو يمكن التعرف عليه بصفة مباشرة أو غير مباشرة بالرجوع الى رقم تعريف أو عنصر أو عدة عناصر".

¹ يحيى تومي، الحماية القانونية للمعطيات ذات الطابع الشخصي على ضوء القانون 07.18، دراسة تحليلية، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد: 2، السنة: 2019، ص: 1525.

الفقرة الثانية: المعطيات ذات الطابع الشخصي في التشريع المغربي :

الى حدود 30 دجنبر 2008، كانت التشريعات القانونية المغربية تفتقر الى قانون لحماية المعطيات الشخصية، الا أنه بعد الدراسة التي قامت بها مديرية الدراسات التابعة لوزارة الاقتصاد والمالية، تبينت أهمية وضع آلية لحماية المعطيات الشخصية تماشياً مع التوجه الأوروبي والقانون الفرنسي لمواكبة التطور الذي لحق مجال حماية المعطيات الشخصية في العالم.

وهكذا صدر القانون رقم 09.08 مائلاً نظيره الفرنسي رقم 78.17 ل 6 يناير 1978 والمتعلق بالمعلومات والملفات والحريات¹، ويعتبر القانون رقم 09.08 هو الأساس في المادة المتعلقة بحماية المعطيات الشخصية، اذ جاء استجابة للضرورة الملحة التي يتطلبها مجال الحفاظ على السيادة الرقيمة للدولة وحماية حقوق وحريات الأفراد.

بالرجوع الى المادة الأولى من القانون رقم: 09.08²، يتضح أن المشرع المغربي عرف المعطيات ذات الطابع الشخصي بأنها: "كل معلومة كيفما كان نوعها بغض النظر عن دعامتها، بما في ذلك الصوت والصورة، والمتعلقة بشخص ذاتي معرف أو قابل للتعرف عليه والمسمى بعده "بالشخص المعني" ويكون الشخص قابلاً للتعرف عليه إذا كان بالإمكان التعرف عليه، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ولا سيما من خلال الرجوع إلى رقم تعريف أو عنصر أو عدة عناصر مميزة لهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجينية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية".

ان ادراج المشرع للصوت والصورة ضمن المعطيات الشخصية، دليل واضح على احاطة مثل هذه المعطيات بعناية خاصة، تؤكد في هذا السياق أن خطورة الاستخدام غير المشروع لمثل هذه المعطيات، لا تنحصر آثاره وكذا أهدافه في الحصول على منافع مادية شخصية، وانما يتعداه لاستخدامه وسيلة للمس بالأمن الداخلي والخارجي للدولة كذلك.

فلا شك أن الصوت والصورة يعتبران من الوسائل الهامة لتحديد هوية الفرد، كما أنها تعتبر أكثر اتصالاً وتجسيدا للشخصية الانسانية، فمن البديهي أن يتم اقرار حماية قانونية لها، خاصة وأن الوسائل التقنية الحديثة تتيح امكانية استغلالها بشكل غير مشروع³.

ارتباطاً بما سبق، فالمعطيات الشخصية لا تقتصر على الصوت والصورة، انما تشمل كل المعلومات ذات الصلة بالاسم العائلي، الاسم الشخصي، تاريخ ومكان الازدياد، العنوان الشخصي، العنوان الرقمي،

¹ علي أوجال، حماية المعطيات الشخصية بالمغرب: دراسة تحليلية مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، ماستر العمل السياسي و العدالة الدستورية، تحت اشراف الدكتور: عبد العزيز قراقي، الموسم الجامعي: 2018-2019، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ص: 77
القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين اتجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية ، العدد 5711، الصادرة في 23 فبراير 2009، ص: 52.

³ نادية حموتي، الحماية الجنائية للأشخاص الذاتيين في اطار قانون 09.08، مقال منشور في مجلة: Revue économie;gestion et société، العدد: 5، ص: 24 غشت 2020، ص: 5

البصمات اليدوية والجينية، الاسم التجاري، العلامة التجارية، الرقم الهاتفي، رقم الضمان الاجتماعي، بطاقة الاعتماد، رقم تسجيل السيارة، البريد الإلكتروني، رقم التأجير...¹
المطلب الثاني: حقوق والتزامات الأشخاص المعنيين بمعالجة المعطيات الشخصية :

لقد منح القانون المتعلق بحماية المعطيات الشخصية بعض الضمانات في مواجهة الاعتداءات التي من الممكن أن تمس بحرياتهم الشخصية، حيث أقر مجموعة من الحقوق (الفقرة الأولى) وفي مقابل ذلك ألزم المسؤولين عن المعالجة ببعض الالتزامات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : حقوق الشخص المعنى بالمعطيات المزمع معالجتها :

تنقسم هذه الحقوق الى الحق في الاخبار والولوج، ثم الحق في التصحيح والاعتراض، وهى حقوق منحها القانون رقم 09.08 للأشخاص الذاتيين في مواجهة المسؤول عن المعالجة، حيث تسهر اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات الشخصية على ممارسة الأفراد لهذه الحقوق.

أولاً: الحق في الاخبار : **Right to be informed**

للأفراد الحق في ابلاغهم بجمع أو استعمال معطياتهم الشخصية، وهذا يتضمن الأغراض من معالجة هذه المعطيات، وفترات الاحتفاظ بها تم تفاصيل حول من تتم معه مشاركة معطيات الأشخاص المعنيين. فبالرجوع الى المادة 5 من القانون رقم 08.09، يلزم اخبار الأشخاص المعنيين الذين يتم الاتصال بهم لجمع المعطيات بمجموعة من العناصر، وذلك قبل القيام بهذا التجميع.

ويتوجب أن يكون الاخبار صريحاً، ويقع هذا الالتزام على عاتق كل من المسؤول عن المعالجة أو من يمثله ولا يسقط الا في الحالة التي يكون فيها الشخص المعنى على علم مسبق بالعناصر اللازم اخباره بها.²

ثانياً: الحق في الولوج : **Right to access**

ويقصد بهذا الحق أساساً، امكانية الولوج والاستفسار عن المعطيات المعالجة وخصائصها ومصدرها والجهات التي أرسلت اليها هذه المعطيات، ويلاحظ أن المشرع المغربي كان قد مختصراً من حيث تنظيمه للحق في الولوج، حيث لم يضع له أي استثناء على ممارسة هذا الحق.

استناداً الى ذلك، يتمتع الشخص المعنى بمعالجة معطياته الشخصية في مواجهة المسؤول عن المعالجة، بالحق في العلم بمجموعة من العناصر، فهو لا يقتصر على أن المعطيات الشخصية المتعلقة به تعالج أو لا تعالج، بل يشمل كذلك على المعلومات المنصبة على غايات المعالجة وفئات المعطيات المتعلقة بها، والمرسل اليهم، أو فئات المرسل اليهم الذين أوصلت اليهم المعطيات الشخصية.³

¹ المرجع نفسه، ص: 5

² علي أرجدال، حماية المعطيات الشخصية بالمغرب: دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص: 93

³ المرجع نفسه، ص: 101

بالإضافة الى ما سبق، يتمتع الشخص المعنى كذلك بالحق في الاحاطة بطريقة مفهومة بالمعطيات الخاضعة للمعالجة، وبكل معلومة متاحة متعلقة بمصدر المعطيات، ويتم حق الولوج بالنسبة للمعطيات السالفة الذكر من خلال استدعاء الشخص المعنى للاطلاع على بطاقته أو قراءة ما يوجد على شاشة الحاسوب الآلى حسب الأحوال، ويجب أن يكون بإمكان الشخص المعنى أن يتمتع بالاطلاع عن طريق لغة واضحة وبشكل فوري ودون أداء أي مقابل عن ذلك.¹

ثالثا: الحق في التصحيح Right to rectification

ان المعطيات الشخصية معرضة لأن تتم معالجتها بشكل خاطئ أو ناقص، كما يمكن أن يطرأ عليها التغيير والتحوير بعد ذلك يتم تحصيلها وتصحيح غير متطابقة مع الواقع، مما يؤثر بشكل سلبي على حقوق وسعة الأشخاص المعنيين بها، وفي مثل هذه الحالة، يمكن للشخص المعنى أن يطلب من المسؤول عن المعالجة بأن يباشر تحيين أو تصحيح أو محو المعطيات الخاطئة أو اتمام الناقصة منها حسب ما يقتضيه الأمر.²

غير أن مثل هذه الطلبات قد تكون عرضة للإهمال أو التماطل، لذلك تدخل المشرع وفرض أجلا أقصاه 10 أيام لكي يستجيب لها المعالج، والا حق للمعنى بالأمر اللجوء الى اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، والتي تكلف في هذه الحالة عضوا منها للتحقيق في الأمر، ومباشرة العمل على التصحيحات اللازمة في أقرب الآجال، وأثناء هذا الوقت يحاط المعنى بالأمر علما بمآل طلبه.³

رابعا: الحق في التعرض Right to Object

يحق لكل شخص الحق في تصحيح الأخطاء المتعلقة بمعطياته الشخصية، وذلك وفق الكيفيات التي ينص عليها القانون، في هذا الاطار ، نصت الفقرة الأولى من المادة 9 من القانون رقم 08.09 على أنه: "يحق للشخص المعنى، بعد تقديم ما يثبت هويته، ان يتعرض لأسباب مشروعة على القيام بمعالجة معطيات تخصه..".

انطلاقا من هذا المقتضى، فان ممارسة الحق في التعرض يتم عبر تقديم طلب من الشخص المعنى الى المسؤول عن المعالجة، وفي أي وقت منذ مرحلة تجميع المعلومات الشخصية، وكذا في باقي المراحل الأخرى للمعالجة، بل وحتى بعد المعالجة، وذلك بشكل مجاني ودون مصاريف.⁴

¹ المرجع نفسه، ص: 102

² العربي جنان. معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي: الحماية القانونية في التشريع المغربي والمقارن. المطبعة والوراقة الداوديات، الطبعة الثانية، مراكش، 2010، ص: 72،

³ راجع المادة 8 من القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي.

⁴ المادة 9 من القانون رقم 09.08

الفقرة الثانية : التزامات المسؤول عن المعالجة :

وضع المشرع المغربي على عاتق المسؤول عن معالجة المعطيات الشخصية مجموعة من الالتزامات

وهي :

– إخبار المعنى بالأمر واحترام الغاية من المعالجة وإبلاغها إلى شخص المعنى وإلى اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي؛

– احترام مبدأ التناسب دون الإفراط في المعطيات وبالنظر إلى الغاية من المعالجة المراد إجرائها.

– التحقق من جودة المعطيات وصحتها ووثوقها وتماها وكونها محينة .

– السهر على احترام مدة حفظ المعطيات والتي لا يمكن أن تتعدى المدة الضرورية لتحقيق الغاية من المعالجة التي جمعت من أجلها.

– السهر على ممارسة الأشخاص المعنيين لحقوقهم واتخاذ كافة التدابير التي تمكنهم من ممارستها.

– ضمان سلامة وسرية المعطيات الشخصية التي توجد في حوزته وحمايتها من الإتلاف أو الضياع غير المتعمد ومن كل أشكال المعالجة الغير مشروعة.

– ضرورة إشعار اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي بالمعالجات المزمع القيام بها، قبل الشروع فيها وذلك بإتباع المسطرة الملائمة¹

وتجدر الإشارة على أن المشرع المغربي في المادة 12 من قانون رقم 09.08 قد اشترط ضرورة وجود

إذن مسبق من اللجنة الوطنية للقيام بالمعالجة في مجموعة من الحالات المحددة على سبيل الحصر وهي : المعطيات الحساسة التي تكشف عن الأصل العرقي أو الاثني أو الآراء السياسية أو القناعات الدينية أو الفلسفية أو الانتماء النقابي للشخص المعنى أو معطيات الجينية المرتبطة بالصحة، وأيضا إذا استعملت المعطيات لغايات أخرى غير تلك التي جمعت من أجلها في الأصل، وكذلك المعطيات المتعلقة بالمخالفات أو الإدانات أو التدابير الوقائية، ثم المعطيات التي تحتوي على رقم بطاقة التعريف الوطنية للشخص المعنى، وأخيرا إذا كانت المعالجة تستلزم ربطا بينيا لملفات معطيات غاياتها الأساسية مختلفة.

ان الملاحظ من خلال ما سبق، أن المشرع المغربي ولأول مرة في المشهد القانوني المغربي، عمل على اقرار جملة من المقتضيات القانونية الهادفة إلى حماية الهوية والحقوق والحريات الفردية والجماعية والحياة الخاصة من كل ما من شأنه أن يمس بها عبر استخدام المعلومات وذلك من خلال مقتضيات القانون رقم 09-08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، هذا الأخير الذي يحدد بدقة الحق في الولوج إلى القواعد التي تتضمن المعطيات الشخصية، والتعرض على بعض عمليات المعالجة، وطلب تصحيح المعطيات الخاطئة أو مسح المعطيات التي انتهت صلاحيتها أو التي تم تحقيق الغاية من معالجتها.

¹ أنس المدن ، مقال: " الحماية القانونية للمعطيات ذات الطابع الشخصي"، منشور على الموقع الإلكتروني: "Droit et entreprise" اطلع عليه بتاريخ:

المبحث الثاني : آليات حماية المعطيات الشخصية و الجرائم المرتبطة بها :

أحدث القانون آلية مؤسساتية من أجل السهر على احترام و حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، و تضمنت المادة 27 من القانون الصادر في 18 فبراير 2009 و المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، إحداث اللجنة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية لدى رئيس الحكومة، من اجل العمل على تنفيذ مقتضيات القانون و التأكد من مدى التقيد بمقتضياته.(المطلب الأول).
بموازاة ذلك، وفي اطار ضمان حماية أكبر للمعطيات الشخصية للأفراد الذاتيين، عمل المشرع المغربي على تحديد مجموعة من الأفعال التي تشكل جرائم ضد المعطيات ذات الطابع الشخصي وذلك من خلال القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية.(المطلب الثاني).

المطلب الأول : آليات حماية المعطيات الشخصية :

عمل المشرع المغربي من خلال القانون رقم 09.08 على تحديد مجموعة من القواعد المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، وذلك ضمانا لحق الأفراد في الحياة الخاصة، بحيث تقتضي أهمية المعطيات الشخصية ضرورة وضع مجموعة من الآليات لحمايتها من المخاطر التي تهددها. هكذا تضمن الباب الرابع من القانون رقم 09.08 احداث لجنة وطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي.
وللاحاطة باختصاصات وطبيعة هذه اللجنة، سنتطرق أولا لطبيعة اللجنة وتشكيلها (الفقرة الأولى)، ثم اختصاصاتها وصلحاياتها(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : طبيعة اللجنة وتشكيلها :

تعتبر اللجنة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، من أبرز الآليات التي أحدثت بمقتضى القانون رقم 09.08 الصادر في 18 فبراير 2009 و المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، حيث تتولى اللجنة مهمة التحقيق من أن معالجة المعطيات الشخصية تتم بشكل قانوني، دون أن تمس بالحياة الخاصة للمواطنين أو الحقوق والحريات الأساسية.

وبالرجوع للمادة 27 من القانون رقم 08.09 ، نجد أنها تنص على أن اللجنة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية تحدث من طرف الوزير الأول(رئيس الحكومة حاليا)، أي أنها تابعة لمؤسسة رئيس الحكومة. بموازاة ذلك، نصت المادة 7 من المرسوم التطبيقي¹ للقانون رقم 08.09 على أن اللجنة الوطنية تضع نظامها في ظرف شهر من أجل تبليغه للوزير الأول أو السلطة الحكومية المكلفة بهدف الموافقة عليه.²
أما بخصوص تشكيل اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات الشخصية ، فتتص عليه المادة 32 من القانون رقم : 09.08، حيث حددت هذه المادة عدد أعضاء الهيئة في 7 أعضاء يتم تعيينهم كالتالي:
— رئيس يعينه الملك.

¹ المرسوم رقم 2.09.165 الصادر في 21 ماي 2009 بتطبيق القانون رقم 09.08، المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين اتجاه المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية رقم: 5744، بتاريخ 18 يونيو 2009.

² علي أرجدال، حماية المعطيات الشخصية بالمغرب: دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص: 83

— 6 أعضاء يعينهم أيضا الملك، وذلك باقتراح من :
رئيس الحكومة.

رئيس مجلس النواب؛

رئيس مجلس المستشارين.

وتحدد مدة العضوية في اللجنة الوطنية في خمس سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة.

ويتم اختيار أعضاء اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي من بين شخصيات القطاع العام أو الخاص، والمؤهلين اضافة الى امتلاك كفاءة في الميادين القانونية والقضائية ومجال الحريات الفردية والمجال الرقمي.¹

الفقرة الثانية : اختصاصات اللجنة وصلاحياتها :

تتمتع اللجنة الوطنية لمراقبة المعطيات ذات الطابع الشخصي، بمجموعة من الصلاحيات والاختصاصات ضمن حدود اشتغالها، وهو ما يسمح لها بتعزيز دورها كسلطة اشراف ومراقبة في مجال حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي.

ولقد حددت هذه الاختصاصات في المواد من 27 الى 31 كما يلي :

أ — تدلي اللجنة برأيها أمام :

— الحكومة والبرلمان بشأن مشاريع أو مقترحات القوانين (بما فيها التنظيمية) ذات الصلة بالمعطيات ذات الطابع الشخصي.

— كل سلطة مختصة في شأن احداث ملفات من أجل:

1 — جمع أو معالجة المعطيات الشخصية بهدف الرقابة على الجرائم وزجرها، ويكون رأيها في هذه الحالة بمثابة تصريح.

2 — احداث ومعالجة معطيات مرتبطة بالتحقيقات والاحصائيات لدى السلطات العمومية .

ب — كما تدلي برأيها أمام الحكومة في شأن :

— كفيات التصريح في الحالات غير الخاضعة للاذن المسبق.

— كفيات التقييد بالسجل الوطني لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي.

— القواعد المسطرية والحماية للمعطيات ومعالجة الملفات الأمنية الواجب اخضاعها للتسجيل (حسب الصيغة الفرنسية للنص).

¹ المادة 3 من المرسوم رقم 2.09.165 الصادر في 21 ماي 2009 بتطبيق القانون رقم 09.08، المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين اتجاه المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية رقم: 5744، بتاريخ 18 يونيو 2009.

ج — تتلقى التبليغ في شأن :

- هوية الممثل المستقر بالمغرب القائم مقام المعالج المستقر بالخارج.
 - هوية المسؤول عن معالجة السجلات المفتوحة للعموم المنصوص عليها في المادة 11.
 - تأذن بتمديد مدة حفظ المعطيات الشخصية.
 - تمنح أجلا اضافيا للمسؤول عن المعالجة للجواب عن طلبات الشخص المعني.
 - تبادر الى اجراء التصحيحات اللازمة في المعطيات في حال رفض المسؤول القيام بها دون موجب بناء على طلب الشخص المعني.
 - وتقوم اللجنة أيضا بدراسة طلبات الاذن المنصوص عليها في المادة 12 (الاذن المسبق) وتسليمها .
- بالإضافة الى حصر لائحة :
- أصناف المعالجات التي تستفيد من التصريح المبسط.
 - المعالجات غير الالية الخاضعة للتصريح المبسط.
 - المعالجات التي يكون الغرض الوحيد منها هو مسك سجل مفتوح لإخبار العموم طبقا لنص تشريعي، أو تنظيمي وفقا للشروط الواردة في المادة 18.
 - تسليم وصل التصريح المنصوص عليه في المادة 13، وتوضيح محتواه .
 - اعداد لائحة للبلدان التي تتوفر على تشريعات ملائمة لحياة الأشخاص تجاه معالجة المعطيات الشخصية.
 - الاذن بنقل المعطيات نحو بلد اجني.
 - الاعفاء من القيود في اجراءات السلامة لاعتبارات خاصة بصفة المسؤول عن المعالجة ونوعية المعدات المستخدمة فيها.
 - فرض الاذن على المعالجة على الرغم من كونها خاضعة للتصريح من الناحية القانونية.
 - سحب وصل التصريح المسلم للمصالح أو الاذن الممنوح له في حال ارتكابه المخالفات المنصوص عليها في المادة 51.
- كما تختص اللجنة كذلك :
- بتلقي الشكايات واجراء التحقيقات في شأنها، واتخاذ ما يلزم قانونا من أجل الاستجابة لها واحالتها عند الاقتضاء على النيابة العامة من أجل ي متابعة محتملة.
 - اجراء الخبرة بناء على انتداب من السلطات العامة لاسيما السلطة القضائية في نطاق العناصر الخاضعة لتقديرها وصلاحياتها طبقا للقانون 09.08.
 - مساعدة الحكومة في تحضير وتحديد موقف المغرب في المفاوضات الدولية في مجال حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي.

- كما تتوفر اللجنة الوطنية على سلطة البحث والتحري تمكن أعوانها من الولوج الى المعطيات والمحلات التي تعالج فيها، ولهم صلاحيات جمع المعلومات والوثائق على ضوء التفويض الممنوح لهم من رئيس اللجنة.

- بالإضافة الى ما سبق، تتمتع اللجنة بسلطة الأمر بالإغلاق على المعطيات أو محوها أو اتلافها أو منع معالجتها بصفة مؤقتة أو دائمة، بما في ذلك المحمولة على شبكة الانترنت انطلاقا من محو الخادما (serveurs) التي تقع داخل التراب الوطني.

انطلاقا مما سبق، يتبين أن مهام اللجنة الوطنية تروم أساسا العمل على حماية المعطيات الشخصية و ضمان معالجتها في الإطار القانوني، على اعتبار أن هذه اللجنة موكولة بحماية و مراقبة معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي و حفظها من كل ما قد يهدد سلامتها.

المطلب الثاني: صور الجرائم الماسة بالمعطيات الشخصية :

من المعلوم أن الجرائم المتعلقة بمعالجة المعطيات الشخصية تتميز بالتعدد والتنوع، اذ لا يمكن حصرها أو تحديدها، الا ان المشرع المغربي عمل على تحديد هذه الجرائم، وذلك في اطار العمل على ضمان الحياة الخاصة للأفراد سواء منها الحماية الدستورية أو القانونية وذلك بالتوافق مع ما نصت عليه مختلف تشريعات الدول المتقدمة.

انطلاقا مما سبق، سنتناول هذه الجرائم التي حددها المشرع من خلال تقسيمها الى: الجرائم المتعلقة بالمعالجة غير المشروعة للمعطيات الشخصية (الفقرة الأولى)، ثم الجرائم المتعلقة بالاستخدام الغير المشروع لهذه المعطيات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الجرائم المتعلقة بالمعالجة غير المشروعة للمعطيات الشخصية :

من المعلوم أن المقصود بالمعالجة حسب المشرع المغربي : " كل عملية أو مجموعة من العمليات تنجز بمساعدة طرق آلية أو بدونها وتطبق على معطيات ذات طابع شخصي، مثل التجميع أو التسجيل أو التنظيم أو الحفظ أو الملاءمة أو التغيير أو الاستخراج أو الاطلاع أو الاستعمال أو الإيصال عن طريق الإرسال أو الإذاعة أو أي شكل آخر من أشكال إتاحة المعلومات، أو التقريب أو الربط البيئي وكذا الإغلاق أو المسح أو الإتلاف؛

ومعلوم أيضا أن معالجة المعطيات الشخصية يمكن أن تتحقق بواسطة عملية واحدة أو عمليتين، الا أنه يجب التأكيد على أن القيام بهذه العمليات (التجميع، الحفظ..)، لا يمكن اتمامها الا بمراعاة مقتضيات القانونية. بحيث لا يجوز للمسؤول عن المعالجة القيام بمعالجة قد تمس حقا من حقوق الأفراد الذاتيين، أو تمس حريتهم، الا أنه للأسف قد تلجأ العديد من المؤسسات الى خرق تلك الحقوق رغم أهميتها.¹

¹نادية حموتي، الحماية الجنائية للأشخاص الذاتيين في اطار قانون 09.08، مرجع سابق، ص:9

فمثلا بإقدام المؤسسة البنكية على معالجة المعطيات الشخصية لزبون من زبائنها عن طريق مسح اسمه ودون مبرر من الملف المتضمن للمعطيات الخاصة به يعد مساسا بحق من الحقوق المخولة له قانونا.¹

كما أن اعتماد المؤسسات البنكية على وسائل عدة لمراقبة الزبناء البنكيين بما في ذلك أجهزة الكاميرات، يعد شكلا من أشكال المعالجة المتجلية في عدة عمليات، كتسجيل صورة الزبون أو صوته أو الاطلاع على تحركاته داخل البنك يعد انتهاكا لحرية الزبون البنكية.²

وعموما، وعلى مستوى الجرائم المتعلقة بالقواعد الاجرائية للمعالجة، جرم المشرع مجموعة من الافعال التي تشكل خرقا للقواعد الموضوعية التي يلزم مراعاتها عند القيام بكل معالجة للمعطيات ذات الطابع الشخصي، و قد تتعلق هذه الافعال بتسيير المعطيات، مثل: جريمة المعالجة غير المشروعة، او جريمة الاستعمال غير المشروع للمعطيات. او قد تتعلق بحقوق الشخص المعنى و التي قد تتجلى في المعالجة بدون رضی الشخص المعنى او الاعتداء على حقوق الشخص المعنى.

اما فيما يتعلق بالجرائم الماسة بالقواعد الشكلية للمعالجة، فيقتضى القيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ضرورة احترام مجموعة من القواعد الشكلية التي نص عليها المشرع بهدف حماية الاشخاص الذاتيين اتجاه المعالجة، و التالي جرم مجموعة من الافعال المتعلقة بالشكليات المسبقة، حيث يلزم المسؤول عن المعالجة قبل اجراءها ضرورة القيام ببعض الشكليات المسبقة التي تخوله معالجة المعطيات الشخصية، ومثل ذلك المعالجة بدون تصريح او بدون اذن مسبق او مواصلة المعالجة بعد سحب التصريح او الاذن، ومن ثم فان مخالفة هذه الشكليات يعد جريمة معاقب عليها، ومن اجل ضمان سلامة المعطيات و حمايتها من مختلف المخاطر التي يمكن ان تتعرض لها خاصة انتهاك سربيتها، فرض المشرع على المسؤول عن المعالجة ضرورة احترام التزامات التعاون مع اللجنة الوطنية و الا اعتبار مرتكبا لجرائم معاقب عنها، و ذلك مثل عدم اتخاذ اجراءات الحماية او الامتناع عن التعاون مع اللجنة الوطنية.³

استنادا الى ما سبق، وبالرجوع الى المادتين 54 و 55 من القانون رقم 09.08، يتضح بأن جريمة المعالجة غير المشروعة تتحقق بكل جمع غير مشروع أو بحفظ المعطيات أكثر من المدة القانونية، وتشكل هذه العمليات الركن المادي للجريمة، ويشترط توفر القصد لتوقيع العقوبة المقررة لذلك، بالتالي تتحقق جريمة الجمع أو المعالجة للمعطيات الشخصية من خلال القيام بأحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 54، بما في ذلك:

- * جمع المعطيات بطريقة تدليسية أو غير نزيهة أو غير مشروعة .
- * انجاز معالجة لأغراض أخرى غير تلك المصرح بها أو المرخص لها.

¹ عبد الجليل جابري، حماية المعطيات الشخصية في المجال البنكي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في الحقوق، القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2013 . 2014، ص: 247 . 248

² المرجع نفسه، ص: 251

³ أنس المدن ، مقال: " الحماية القانونية للمعطيات ذات الطابع الشخصي"، منشور على الموقع الالكتروني: " Droit et entreprise " اطلع عليه بتاريخ:

* إخضاع المعطيات الشخصية لمعالجة لاحقة متعارضة مع الأغراض المصرح بها أو المرخص لها، هذا بالنسبة للجمع غير المشروع، أما بالنسبة لحفظ المعطيات الشخصية لمدة تزيد عن المدة القانونية، فقد نصت المادة 55 من القانون رقم 09.08 على أنه: " يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 درهم إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط :

* كل من احتفظ بمعطيات ذات طابع شخصي لمدة تزيد عن المدة المنصوص عليها في النصوص التشريعية الجاري بها العمل أو المنصوص عليها في التصريح أو الإذن؛

* كل من احتفظ بالمعطيات المذكورة خرقاً لأحكام (ه) من المادة 3 من هذا القانون.

يعاقب بنفس العقوبات كل من قام، لأغراض أخرى غير تاريخية أو إحصائية أو علمية، بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي تم الاحتفاظ بها بعد المدة المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه.

بعد تحديد الأفعال المكونة لجريمة المعالجة غير المشروعة، يطرح تساؤل هام حول مدى ملاءمة وانسجام تلك الجزاءات الجزائية المع غير المشروع والحفظ الذي يتجاوز المدة القانونية.

الا أنه وحسب بعض الباحثين، فإن اقرار المشرع كجزاء لارتكاب مثل هذه الأفعال عقوبة حبسية تتراوح من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 20000 إلى 200000 درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، تعتبر عقوبة غير مشددة بالمقارنة مع المشرع الفرنسي الذي عاقب على هذه الجريمة بعقوبة الحبس لمدة 5 سنوات وغرامة تبلغ 1.300000¹.

الفقرة الثانية : الجرائم المتعلقة بالاستخدام غير المشروع للمعطيات الشخصية :

مما لا شك فيه أن الاستخدام غير المشروع للمعطيات الشخصية، يشكل مساساً مباشراً بالحق في الحياة الخاصة للفرد، ولعل المقصود بالاستخدام غير المشروع كل استخدام تعسفي تدليسي للمعطيات الشخصية للأفراد الذاتيين.

في هذا الإطار ينص الفصل 61 من القانون رقم 09.08 بأنه: " يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 درهم إلى 300.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل مسؤول عن معالجة وكل معالج من الباطن وكل شخص، بالنظر إلى مهامه مكلف بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي، يتسبب أو يسهل، ولو بفعل الإهمال، الاستعمال التعسفي أو التدليسي للمعطيات المعالجة أو المستلمة، أو يوصلها لأغيار غير مؤهلين.

زيادة على ذلك، يمكن للمحكمة أن تقضي بحجز المعدات المستعملة في ارتكاب هذه المخالفة، وكذا بمسح كل المعطيات ذات الطابع الشخصي موضوع المعالجة التي أدت إلى ارتكاب المخالفة، أو جزء منها."

¹نادية حموتي، الحماية الجنائية للأشخاص الذاتيين في إطار قانون 09.08، مرجع سابق، ص: 11

ان مقتضيات هذه المادة تنص بشكل صريح على أن الجريمة تتم من طرف المسؤول عن المعالجة¹، أو المعالج من الباطن²، أو الشخص المكلف بحكم مهامه بمعالجة المعطيات الشخصية.

استنادا الى ما سبق، فالمعطيات الشخصية تتصل بالحياة الخاصة للفرد وبالحرية الفردية، لذلك فصورها وحمايتها معناه حماية حقوق الانسان، وحفظ كرامته وحقه في الخصوصية. فمن البديهي أن تحظى بحماية تشريعية خاصة، ولعل الغاية من وضع المشرع المغربي لهذا القانون تجاه المعالجة هو حماية الفرد الذاتي من المخاطر التي قد تترتب عن استخدام المعطيات الشخصية واستغلالها.

في اطار ذلك، نص المشرع المغربي على أن التسبب في الاستعمال التعسفي أو التدليسي للمعطيات المعالجة أو المستعملة أو تسهيل ذلك، يعد عنصرا أساسيا لجريمة الاستخدام غير المشروع للمعطيات الشخصية، بحيث لا يجوز لكل مسؤول عن المعالجة سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا يقوم باستخدام تلك المعطيات

استخداما تعسفيا تدليسيا أي استعمالا غير مشروع وغير نزيه والا ترتبت عن ذلك مساءلة جنائية³.

ان ضمان حماية حقوق الشخص المعني، يقتضي حماية استخدام معطياته الشخصية بشكل مشروع، وفق الغرض المحدد له، وفرضية الانحراف عن الغرض أو الغاية من معالجة المعطيات الشخصية، معناه استعمال غير نزيه، على اعتبار أن هذه المعالجة تكون من أجل غاية أو غرض محدد دون غيره، يحدد بشكل مسبق، اما في النص التشريعي الذي يرخص بالمعالجة أو في التصريح أو الاذن بها⁴.

من هذا المنطلق، ولتكيف الفعل المتمثل في استخدام المعطيات الشخصية جريمة من الناحية القانونية، يجب أن يكون استخداما غير مشروع ثم أن يشكل انحرافا عن الغرض المحدد له، ولا يكفي ذلك، انما اشترط المشرع بشكل صريح ضرورة ائصال المعطيات ذات الطابع الشخصي لأغيار غير مؤهلين مفاده أن الجريمة تتحقق بقيام المسؤول عن المعالجة أو المعالج من الباطن أو كل شخص مكلف بحكم مهامه، بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي بإيصال المعطيات للأشخاص يمنع القانون أن تصلهم تلك المعطيات⁵.

في هذا الاطار، يطرح تساؤل هام مفاده: هل يكفي لقيام جريمة الاستخدام غير المشروع للمعطيات الشخصية مجرد إيصال تلك المعطيات الى أشخاص غير مؤهلين أم لا بد من تحقيق عنصر الضرر؟

¹ الشخص الذاتي أو المعنوي أو السلطة العامة أو المصلحة أو أي هيئة تقوم، سواء بمفردها أو باشتراك مع آخرين بتحديد الغايات من معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ووسائلها، اذا كانت الغايات من المعالجة ووسائلها محددة بموجب نصوص تشريعية أو تنظيمية.

² الشخص الذاتي أو المعنوي أو السلطة العامة أو أي هيئة اخرى تعالج المعطيات ذات الطابع الشخصي لحساب المسؤول عن المعالجة.

³ نادية حموتي، الحماية الجنائية للأشخاص الذاتيين في اطار قانون 09.08، مرجع سابق، ص:13

⁴ المرجع نفسه، ص:13

⁵ أنس المدن ، مقال: " الحماية القانونية للمعطيات ذات الطابع الشخصي"، منشور على الموقع الالكتروني: " Droit et entreprise " اطلع عليه بتاريخ:

بالرجوع الى الفصل 61 من القانون رقم 09.08 نستخلص أن فلسفة المشرع اتجهت الى اعتبار مجرد قيام المسؤول عن المعالجة كاف لقيام الجريمة دون اشتراط قيام الضرر، فمجرد تمكين الأغير من الاطلاع على المعلومات الخاصة للأفراد وايصالها اليهم دون أن يعطيهم القانون الحق في ذلك يعد كافيا لقيام الجريمة دون اشتراط وقوع الضرر.¹

ختاما لما سبق، نستنتج أن المغرب بحكم موقعه الاستراتيجي لم يستطع البقاء بمعزل عن التعامل على مستوى التشريع مع ظاهرة المعلومات التي تعتبر رافدا للعولمة، وكذا إقامة علاقة الشراكة وخاصة مع الاتحاد الأوربي الذي منح المغرب وضعاً متقدماً، ومن ثم وعلى غرار ما انتهجته العديد من التشريعات المقارنة، ومواكبة منه للاتفاقيات الدولية والاتفاقات العالمية، اضطر المشرع المغربي إلى سن تشريع يتلاءم مع خصوصية الجريمة المعلوماتية انسجاماً مع مبدأ الشرعية الجنائية.

❖ لائحة المصادر والمراجع :

- أنس المدن ، مقال: " الحماية القانونية للمعطيات ذات الطابع الشخصي"، منشور على الموقع الالكتروني: " Droit et entreprise " اطلع عليه بتاريخ: 2023/05/25 على الساعة 20:25 ص: 8
- أنس المدن ، مقال: " الحماية القانونية للمعطيات ذات الطابع الشخصي"، منشور على الموقع الالكتروني: " Droit et entreprise " اطلع عليه بتاريخ: 2023/05/25 على الساعة 20:25 .
- عبد الجليل جابري، حماية المعطيات الشخصية في المجال البنكي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في الحقوق، القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2013 — 2014، ص: 247 _ 248
- العربي جنان، معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي: الحماية القانونية في التشريع المغربي والمقارن، المطبعة والوراقة الداوديات، الطبعة الثانية، مراكش، 2010.
- علي أرجدال، حماية المعطيات الشخصية بالمغرب: دراسة تحليلية مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، ماستر العمل السياسي و العدالة الدستورية، تحت اشراف الدكتور: عبد العزيز قراقي، الموسم الجامعي: 2018 — 2019، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية.
- علي كريمي، تأثير التطور التكنولوجي على حقوق الانسان: الحياة الخصوصية وحماية البيانات الشخصية نموذجاً، مجلة أبحاث، العدد الاول، السنة: 2014.
- فؤاد بن صغير، البيانات الشخصية الالكترونية، دار النشر futur objectif، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2011.

¹نادية حموتي، الحماية الجنائية للأشخاص الذاتيين في اطار قانون 09.08، مرجع سابق، ص: 14

- القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين اتجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية ، العدد 5711، الصادرة في 23 فبراير 2009.
- المرسوم رقم 2.09.165 الصادر في 21 ماي 2009 بتطبيق القانون رقم 09.08، المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين اتجاه المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية رقم: 5744، بتاريخ 18 يونيو 2009.
- نادية حموتي، الحماية الجنائية للأشخاص الذاتيين في اطار قانون 09.08، مقال منشور في مجلة revue *économie gestion et société*، العدد: 24، بتاريخ، غشت 2020.
- يحيى تومي، الحماية القانونية للمعطيات ذات الطابع الشخصي على ضوء القانون 07.18، دراسة تحليلية، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد: 2، السنة: 2019.

المسؤولية الطبية في مجال الجراحة التجميلية

Medical responsibility in the field of plastic surgery



فاطمة الزقيم محمد عبدالرحيم : باحث دكتوراه

بقسم القانون الخاص – كلية الحقوق – جامعة اسيوط

Fatma Al-Zeqeim Mohamed Abdel-Rahim

PhD researcher, Department of Private Law

Faculty of Law - Assiut University

ملخص :

خلق الله الإنسان في أحسن تقويم فجعله في أفضل هيئة وأكمل صورة وأودع فيه غريزة حب التزين والتجمل وبصفة خاصة المرأة لطبيعتها الأنثوية التي تتطلب عناية بالتزين والتجمل الذي يعتبر أحد القيم الاجتماعية كونه يعبر عن المظهر الخارجي للإنسان.

ولقد كان التجميل والتزين شكلاً لم يتجاوزه إلي ما هو عليه اليوم من التقنية الطبيعية وتطور علم الجراحة إذ مع هذا التطور بدا الأمر مختلفاً وبات من الممكن تجاوز التجمل الشكلي وأصبحت المسؤولية المدنية الناشئة عنه تدور وجوداً وعدمًا معه.

• الكلمات المفتاحية : المسؤولية - المشروعية - الطبية - الجراحة - التجميلية.

Abstract :

God created man in the best form, so He made him in the best form and the most perfect image, and deposited in him the instinct of love for adornment and beautification, especially the woman because of her feminine nature that requires care for adornment and beautification, which is considered one of the social values as it expresses the outward appearance of man. Beautification and beautification was a form that did not transcend it to what it is today from the natural technology and the development of the science of surgery.

With this development, the matter seemed different and it became possible to transcend formal beautification, and the civil responsibility arising from it revolved whether or not with it.

• **Key words** : Responsibility - legality - medical - surgery – plastic.

المقدمة :

تشير التقارير بأن أول تجربة قدمت في منتصف القرن الخامس عشر عن طريق الطبيب هاتريش فون فولسي وندت الذي قام بصنع أنف جديد لشخص بعد أن أكلتها الكلاب عن طريق استقطاع جزء من الجلد من منطقة خلف الزراع ووضعها مكانها.

وفي القرن التاسع عشر بدأت امريكا تجاربها الأولى في عمليات التجميل حيث قام الدكتور جون بيتر ميناير وهو أول جراح تجميل امريكي بإجراء أول عملية بأدوات صممها بنفسه لتلك العملية، كما استطاع النيوز بلاندي وضع العديد من التقنيات الحديثة في جراحة التجميل ويعتبر الأب للجراحة التجميلية الحديثة بحسب تقرير قدمته البي بي سي (1).

لذا اتسع نطاق الجراحة التجميلية في العصر الحديث وخاصة بعد انتهاء الحرب العالمية الأخيرة وقوضي بسببه الكثير من الجراحين خصوصاً في فرنسا وكانت نظرة القضاء الفرنسي اليه في البداية بالسخط والكره ولكن تحت تأثير ما نجم من تطورات في العالم علي اثر الحرب العالمية الثانية وما نتج عنها من آثار تتعلق بمشوهي الحرب، مما اضطر بعض الدول إلي اخفائهم في امكنه خاصة بعيداً عن أعين الجمهور حتي لا

(1) www.islamonline.com – lite.almasyalyom.com.

تؤدي الأحياء بمنظرهم المريع لذلك عدل الفقه الفرنسي عن نظرتة السابقة وافر بإجراء عمليات التجميل(1).

خلال الحرب العالمية الثانية عمل جيليز مع الحكومة البريطانية علي تأليف وحدات للجراحة التجميلية في كل انحاء البلد، ومن أول عمليات التجميل التي أجراها السير جيليز كانت لشخص يدعي (والتريو) وهو بحار انجليزي اثناء الحرب العالمية الاولي وهو اول شخص تجري له عملية تجميل في وجهه بسبب اصابة خسر بها جفنيه العلوي والسفلي، وكذلك عملية تجميل لأنف شخص يدعي وليام سيريكلي وهو ملازم في القوات البريطانية، وبسبب ذلك توسعت العمليات التجميلية بشكل لافت في القرن الأخير.

مما صاحب معها مخاطر واثار ضارة تتعلق بالمساس بالجسد البشري مما دفع المرضي الذين اصابهم ضرر من النشاط الطبي الي اللجوء للقضاء للمطالبة بالتعويض جبراً لما اصابهم من ضرر.

من خلال ما تقدم ذكره ونظراً لأهمية وخطورة هذا الموضوع، وُجدت الحاجة الملحة التي تدعو إلي ضرورة توضيح هذا الموضوع من عدة جوانب أهمها: " بيان أهمية هذا الموضوع وأهدافه، سبب اختيار هذا الموضوع وإشكالياته، تساؤلات هذا الموضوع وفرضياتها أخيراً بيان منهج موضوع الدراسة ".

أولاً :- أهمية موضوع الدراسة :

تكمن أهمية هذا الموضوع في عدة نقاط :

- تعلق هذا الموضوع بغريزة الإنسان وهي حب التزين والتجميل والذي ساعد في ظهورها الانفتاح الاعلامي وذلك من خلال الاطلاع علي المستجدات الطبية في وسائل الاعلام.
- تشعب الجراحات التجميلية وتفرعها في الكثير من التخصصات الطبية المختلفة.
- انتشار المستشفيات ومراكز التجميل في كل انحاء العالم ولكل فئات المجتمع.

ثانياً :- أهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلى :

- بيان ما أفرزته التقنيات التكنولوجية الحديثة في مجال العمل الطبي وبصفة خاصة العمليات التجميلية.
- توضيح الشروط والضوابط العامة التي تحكم العمل الطبي في مجال الجراحة التجميلية.
- بيان المسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار الجراحات التجميلية.

(1) د/ منير رياض حنا (الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية) الطبعة الأولى 2008م، الناشر/ دار الفكر الجامعي الاسكندرية ، ص 515 وما بعدها.

ثالثاً :- سبب اختيار موضوع الدراسة :

لكل دراسة دوافع وأسباب دفعت الباحث للكتابة عنها الأمر الذي يزيد من قيمتها العلمية، ومن هذه الدوافع والأسباب ما يلي :

- أهمية هذا الموضوع وأهدافه السابق ذكرها.
- الوقوف علي مستجدات التقدم التقني في الاعمال الطبية ومدى علاقته بالمسئولية القانونية.
- الرغبة في معرفة المسئولية المدنية التي قد تنشأ عن الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية.

رابعاً :- إشكالية الدراسة :

تكمن إشكالية هذه الدراسة في الآتي :

ما أجازته القانون نحو تعرض جسم الانسان للجراحة ورخص للطبيب ذلك بمقتضي العلاج الطبي بغرض تخفيف المريض واسعافه ولكن كيف يتوفر ذلك الترخيص وذلك التعرض في مجال الجراحة التجميلية المقصود منها التزين دون غيرها من الاغراض الأخرى.

خامساً :- تساؤلات وفروض الدراسة :

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

إذا كان الغرض من عمليات التجميل هو تحسين المظهر فهل هو مشروع قانوناً ؟

سادساً :- منهجية البحث في الدراسة :

اتبع الباحث في هذه الدراسة أسلوب البحث المقارن وأسلوب البحث الوصفي التحليلي :

- المنهج المقارن : قام الباحث من خلاله بدراسة موضوع البحث للوصول إلي التكييف القانوني الصحيح والسليم للمسئولية المدنية الناشئة عن الخطأ والضرر الناتج عن الجراحة التجميلية.
- أما المنهج الوصفي التحليلي : قام الباحث بواسطته بجمع المعلومات والبيانات حول موضوع البحث وذلك من خلال جمع المصادر وأمهات الكتب والمراجع، وكذلك المقالات والمجلات والمجلدات العلمية.

سابعاً :- هيكل الدراسة أو خطة الدراسة :

تتكون هذه الدراسة من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة ونتائج وتوصيات :

المبحث الأول: العمل الطبي ومشروعيته.

المطلب الأول: تعريف العمل الطبي.

المطلب الثاني: مشروعية العمل الطبي.

المبحث الثاني: المسؤولية الطبية وطبيعتها.

المطلب الأول: المسؤولية الطبية.

المطلب الثاني: طبيعة المسؤولية الطبية.

المبحث الثالث: موقف القانون من العمل التجميلي.

المطلب الأول: القضاء المعارض لعمليات التجميل.

المطلب الثاني: القضاء المؤيد لعمليات التجميل.

الخاتمة.

النتائج والتوصيات.

قائمة المراجع والمصادر.

المبحث الأول.

العمل الطبي ومشروعيته.

تمهيد وتقسيم :

يعتبر العمل الطبي من الاعمال المهنية التي يصعب تحديد مدلولها مع سهولة استخدام مسمياتها ويتصف بالتطور مع مرور الزمن مما يتطلب وضع تشريع يتضمن تعريفاً له وتحديد معيار مرن يتجاوز ويتجاوب مع هذا التطور وقد تضمن القانون المدني وسائل وادوات تكفل حماية جسم الانسان من اعتداء الاخرين وتشمل هذه الحماية الكيان المادي والمعنوي للجسم فأخرجه من دائرة التعامل، أما الفقه الاسلامي فقد اهتم بالإنسان وضمن عدة مبادئ تقضي بجرمة جسم الإنسان وحظر المساس به⁽¹⁾.

(1) د/ محمد سعد خليفة (الحق في الحياة وسلامة الجسد - دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الاسلامية) الناشر/ دار النهضة العربية، طبعة

من خلال ما تقدم ذكره قمت بتقسيم هذا المبحث إلي مطلبين : -

المطلب الأول:- تعريف العمل الطبي.

المطلب الثاني:- مشروعية العمل الطبي.

المطلب الأول

تعريف العمل الطبي

حاول فقهاء القانون تمييز العمل الطبي عن غيره من الأعمال التي قد تخلط به لكونه دائم التطور وباعتباره تطبيقاً للاكتشافات العلمية الحديثة(1).

كما حاولوا تحديد مدلوله سواء في القانون او اللوائح التي تنظم مزاولة مهنة الطب وتحديد سلوكيات من يمارسها، لذا سوف يتم تناول هذه المحاولات فيما يلي:-

أولاً:- العمل الطبي في التشريع :

تناول المشرع الفرنسي العمل الطبي في قانون مزاولة مهنة الطب ولائحته أخلاقيات المهنة فحدد ما يعتبر من الأعمال الطبية علي سبيل الحصر ولم يحدد تعريفاً للعمل الطبي.

اما المشرع المصري فقد سار علي نهج المشرع الفرنسي سواء في إصدار القوانين التي تنظم مهنة الطب أو لائحة آداب وأخلاقيات وممارستها فلم يضع هو الآخر تعريفاً للعمل الطبي بل حدد ما يعتبر من الاعمال الطبية.

ثانياً:- العمل الطبي في الفقه :

في الفقه الفرنسي عرف العمل الطبي سواء من خلال النصوص التشريعية أو لوائح وميثاق شرف المهنة واختلفت الآراء حول تعريفه فعرفه البعض بأنه " العمل الذي تبرره ضرورة العلاج أيًا كان من يمارسه وله يعطي القائم به حرية العمل علي جسم المريض(2)".

كما عرفه البعض الآخر بأن " تلك الأعمال التي لا يمكن إنجازها إلا بواسطة الأطباء دون غيرهم من اشخاص الجهاز الطبي كالتشخيص ووصف العلاج وإجراء العمليات الجراحية".

(1) د/ انس محمد بشار (تغير الجنس واثره في القانون المدني والفقه الاسلامي) رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة، سنة 2003م، ص

297.

(2) د/ محمد السعيد رشدي (الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل) الناشر/ دار الفتح ، سنة 1987م، ص 43.

في الفقه المصري حاول الفقه المصري البحث والاجتهاد في تحديد المقصود بماهية العمل الطبي وتحديد نطاقه واسباس مشروعيته فعرف العمل الطبي بأنه " ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من اجل شفاء المريض وذلك طبقاً للأصول والمعارف الطبية المقررة من علم الطب والأصل في العمل الطبي أن تكون علاجاً بمعنى أن يستهدف التخلص من مرض أو تخفيف حدته أو مجرد تخفيف الآمه وهو يعتبر فناً علمياً أكثر من كونه علماً مجتاً لأنه يتقدم ويتطور بتقديم العلم كما أن الظواهر العضوية التي يهتم بها تتميز بالصعوبة والتعقيد(1)".

كما عرفه البعض الآخر بأن " كل نشاط يمارسه علي جسم الانسان طبيب متخصص حاصل علي ترخيص بممارسة مهنة الطب بقصد استكشاف أو العلاج أو الوقاية مراعيًا في ذلك الأصول العلمية والآداب المهنية المتبعة(2)".

ثالثاً :- العمل الطبي في الفقه الإسلامي :

اهتمت الشريعة بصحة الفرج والمجتمع ولكنها لم تعرف العمل الطبي وإن كان الحفاظ علي حرمة الجسد هو الهدف الذي تسعى اليه الشريعة الاسلامية من خلال مقاصدها الخمس " حفظ الدين، حفظ العقل، حفظ النسل، حفظ المال، حفظ النفس".

ولقد اشار بعض الفقهاء الي الاعمال الطبية بطريقة غير مباشرة فقال العز بن عبدالسلام " وكذلك الاطباء يدفعون اعظم المرض بالتزام بقاء انهما ويجلبون أعلي السلامتين والصحتين ولا يباليون بفوات أدناهما".

المطلب الثاني

مشروعية العمل الطبي

يقر المشرع مصلحة المجتمع والفرد في الحفاظ علي سلامة الجسد ويحميها لكي تسير وظائف الحياة في الجسم علي النحو الطبيعي، فالطبيب قد يأتي أفعالاً أثناء ممارسته لعمله تعتبر من قبيل الجرائم إذا مارسها شخص عادي لأنها تعتبر مساساً بالجسم البشري، فهل تعد مسؤولية الطبيب جنائية ومدنية أم يعفي من هذه المسؤولية؟، ولنا أن نتسأل سؤال آخر وهو ما هي مبررات العمل الطبي وما هي مبررات مشروعية العمل الطبي؟، لذا كان لابد من التطرق لمشروعية العمل الطبي في القانون المدني والفقه الاسلامي.

(1) د/ محمد حسن قاسم (إثبات الخطأ الطبي) الناشر/ دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، سنة 2004م، ص 13 وما بعدها.

(2) د/ شعلان سليمان حمدي (نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي) رسالة دكتوراه ، كلية

الحقوق ، جامعة المنصورة، سنة 2002م، ص 96.

أولاً :- مشروعية العمل الطبي في القانون المدني :

اختلفت الآراء حول اساس مشروعية العمل الطبي أو ما يعرف بأسباب الإباحة والتي تخرج الفعل من دائرة الأفعال المعاقب عليها إلي مجال الإباحيات وهذه الإباحة لها نوعان وهي إما تكون مطلقة أو نسبية، فمن الفقهاء من قال بأن مشروعية العمل الطبي ترجع توافر رضا المريض، بينما ذهب جانب ثان للقول بأن اساس المشروعية هو ترخيص القانون للطبيب بممارسة العمل، وذهب رأي ثالث للقول بأن أساس مشروعية العمل الطبي للضرورة الطبية العلاجية.

وإن كان هناك جانب من الفقه يري أن شروط ممارسة مهنة الطب هي " ترخيص القانون واتباع الاصول العلمية في الطب، رضا المريض، قصد العلاج(1)".

رضا المريض كأساس لمشروعية العمل الطبي :

لا يوجد في قانون المهن الطبية نص يعالج مسألة رضا المريض كسبب لمشروعية الأعمال الطبية، وقد استقر الفقه والقضاء علي أن رضا المريض لا يعد سبباً لمشروعية العمل الطبي سواء توافر قصد الشفاء أم لم يتوافر، مثال ذلك " إجراء التجارب أو عمليات التعقيم والتجميل ولكن قد يكون سبباً لتخفيف عبء مسئولية الطبيب".

تطبيقات القضاء الفرنسي :

قضت محكمة النقض الفرنسية بان رضا المريض لا يعد مانعاً من المسئولية ولا يعطي الحق في التعرض لأجسام الأشخاص لأن ذلك يتعلق بالنظام العام(2).

تطبيقات القضاء المصري :

قضت محكمة النقض المصرية في قضية حلاق أجري عملية إزالة شعر بأن جرح الذي يحدثه الحلاق بجفن الجني عليه بإجرائه له عملية إزالة الشعر غير المرخص له بإجرائها يكون جريمة الجرح العمدم(3)".

ترخيص القانون كأساس لمشروعية العمل الطبي :

(1) د/ محمود محمود مصطفى (مسئولية الأطباء والجراحين الجنائية) بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ،كلية الحقوق ،جامعة القاهرة، عدد 2 ، سنة 1932م، ص 319.

(2) نقض جنائي ، سيرى 1938، يوليو 1937، ص 193.

(3) نقض 4 يناير 1973 ، مجموعة احكام النقض ج 4، رقم 34 ص 31.

ذهب غالبية الفقه للقول بأن أساس مشروعية العمل الطبي مرده الي ارادة المشرع حيث حول الاطباء حق التعرض لأجسام مرضاهم، استناداً الي ترخيص القانون لهم بمزاولة العمل الطبي بكل صوره ولكن إذا مارسها غيرهم تعتبر أفعالهم جرائم تعاقب عليها المادة (60) من قانون العقوبات المصري(1).

الضرورة العلاجية كأساس لمشروعية العمل الطبي :

ظهر اتجاه فقهي يري أن الضرورة العلاجية هي المعيار الأساسي لمشروعية وإباحة كل عمل طبي وقد وضع ضوابط يراعيها الطبيب في تحديد توافر هذه الضرورة للقيام بالعمل الطبي.

وهذه الضوابط هي :

_ أن يكون العمل الطبي مطابقاً للمبادئ الأولية في العلم الطبي.

_ أن تكون الضرورة مؤسسة علي مجموعة من المعارف الاكلينيكية والنفسية والمعنوية المتعلقة بالمرضى.

_ وجوب فهم الضرورة بمعني خاص عندما تكون عمليات التجميل ضرورية مع وجوب المقارنة بين مخاطر العلاج والنتائج المترتبة عليه فلا يكون للطبيب الحق في القيام بأي عمل طبي لا يكون ضرورياً للمريض وليس في مصلحته وأن هذا المعيار أساسي لإباحة العمل الطبي.

المصلحة الاجتماعية كأساس لمشروعية العمل الطبي :

تختلف المصلحة الاجتماعية من دولة لأخري لكونها مستمدة من المبادئ العامة في الدين والقانون وما استقرت عليه احكام القضاء وتقاليد المجتمع ورغم ذلك الاختلاف فتعتبر غايتها واحده هي احترام القوانين وتحقيق المصلحة العامة والمحافظة علي حياة الفرد والمجتمع.

وتتطلب هذه المصلحة الاجتماعية من الطبيب أن يمارس عمله وفقاً للقواعد التي تنظم مهنة الطب، ولذلك يكون عمل الطبيب مشروعاً طالما أنه استهدف تحقيق هذه المصلحة التي يقرها القانون.

أما اذا كان العمل الطبي خارجاً عن القانون فلا يكون مشروع مثل الطبيب الذي يجري عملية اجهاض خارج حالات الاجهاض العلاجي أو حالات الضرورة(2).

وتكون العله من ضرورة توافر رضاه المريض بالعمل الطبي متحققة في فكره المصلحة الاجتماعية والتي توجب علي الطبيب احترام حرية و ارادة المريض في اختيار العلاج(3).

(1) مؤتمر المسؤولية الطبية - جامعة بني غازي - ليبيا - سنة 1978م - ص 2.

(2) د/ اسامة عبدالله قايد (المسئولية الجنائية للأطباء) رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، سنة 1983م، ص 50.

(3) د/ اسامة عبدالله قايد (المسئولية الجنائية للأطباء) مرجع سابق ، ص 141.

ثانياً: - مشروعية العمل الطبي في الفقه الاسلامي :

اتفق الفقهاء علي اعتبار تعلم فن الطب فرض من فروض الكفاية بمعنى لا يسقط عن الطبيب الا اذا قام به غيره في البلد الذي يوجد فيها أكثر من طبيب.

وقد يكون تعلم فن الطب فرض عين اذا لم يوجد في البلد غير طبيب واحد ويترتب علي هذا الواجب أن الطبيب لا يكون مسئولاً عن نتائج ضارة بالمريض وذلك لان الواجب لا يتقيد بشرط السلامة⁽¹⁾.

وقد اختلف الفقهاء حول أساس مشروعية العمل الطبي علي عدة آراء منها:

- رضاء المريض كأساس لمشروعية العمل الطبي.
- إذن الحاكم كأساس لمشروعية العمل الطبي.
- اتباع الأصول العلمية كأساس لمشروعية العمل الطبي.

المبحث الثاني

المسئولية الطبية وطبيعتها

يعتبر تحديد التكييف القانوني للمسئولية الطبية التي يكتنفها الغموض وتحتاج الي ايضاح بحيث يتم بيان المعايير أو الوسائل التي من خلالها يمكن إضفاء الوصف القانوني المناسب علي مسئولية الطبيب أو غيره ممن يمارس النشاط الطبي وتحديد نوع المسئولية هل عقدية أم تقصيرية، حيث تختلف أحكام كل منهما عن الأخرى سواء من حيث مباشرة الدعوي أو عبء الإثبات.

من خلال ما تقدم ذكره قمت بتقسيم هذا المبحث إلي مطلبين:-

المطلب الأول:- المسئولية الطبية.

المطلب الثاني:- طبيعة المسئولية الطبية.

(1) د/عبدالقادر عوده (التشريع الجنائي الاسلامي) الناشر/ دارالفتح ، سنة 1977م، ص 50.

المطلب الأول

المسئولية الطبية

المسئولية الطبية لا تنعقد الا في حالة الاهمال أو الطيش أو الجهل بالأشياء التي يتعين علي الطبيب معرفتها⁽¹⁾، وتثور المسئولية الطبية عندما يختلف ابناء المهنة عن بذل العناية التي تتطلبها مهنتهم والتي ينتظرها منهم المرضى ، وقد كانت تلك المسئولية محللاً للعديد من التطبيقات القضائية وبالتالي للكثير من التساؤلات حول تحديد طبيعتها عقدية أم تقصيرية.

فمن الواضح أن المسئولية تنقسم بصفه عامة ألي مسئولية عقدية ومسئولية خطئية أو تقصيرية فإذا كان الضرر حادثاً بسبب الاخلال بالتزام سابق ناشئ عن عقد صحيح بين المتسبب في الضرر والمصاب كان الجزاء بوجه عام خاضعاً للمسئولية العقدية.

أما إذا انتفت الرابطة العقدية بين المتسبب في الضرر والمصاب بأن كل منهما من الغير فقواعد المسئولية التقصيرية هي التي يجب أن تطبقها.

وإذا القضاء الفرنسي قد استقر علي ان المسئولية الطبية هي في الأصل مسألة عقدية والاستثناء أن تكون تقصيرية إلا أن القضاء المصري يقضي بأن مسئولية الطبيب مسئولية تقصيرية إلا انها يمكن أن تكون عقدية في بعض الأحوال ورغم الاختلاف بين القضائين الا ان النتيجة تكاد تكون واحدة فكلاهما متفق علي ان جوهر التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية.

ومع هذا فان هناك بعض النتائج التي تقتضيها القواعد العامة والتي تترتب علي تكييف المسئولية الطبية بأنها مسئولية تقصيرية أم مسئولية تعاقدية، من الواضح أن المشرع عني بتنظيم أحكام كل من هاتين المسئوليتين فرتب علي هذا التقسيم آثاره لأغلبها أهمية كبرى فينا يتعلق بموضوع المسئولية الطبية.

فضلاً عن بعض القواعد الخطيرة التي امتازت بها المسئولية التقصيرية في التشريع الفرنسي والتي جعلت لهذا التقسيم أهمية خاصة بالنسبة للمسئولية الطبية والتي بدأت تظهر أهميتها في مصر عن طريق القانون المدني الحديث⁽²⁾.

(¹) د/ السيد محمد السيد عمران (التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية) الناشر/ مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية ، سنة 1992م، ص 5.

(²) د/ وديع فرج (مسئولية الأطباء المدنية) مجلة القانون والاقتصاد ، سنة 2012، ص 381.

المطلب الثاني

طبيعة المسؤولية الطبية

قد تكون المسؤولية الطبية عقدية أساسها الاخلال بالتزام عقدي واحياناً تكون مسؤولية تقصيرية أساسها الاخلال بالتزام قانوني، ولكن المهم هو تحديد الطبيعة القانونية لها نظراً لتغيير احكام كل منهما والآثار المترتبة عليهما في المجال الطبي(1).

أولاً :- طبيعة المسؤولية الطبية في القانون المدني :

الطبيعة العقدية للمسئولية الطبية :

يعتبر من اهم خصائص العقد الطبي أنه عقد مستمر فهو ينشأ التزامات علي عاتق الطبيب بالعناية والرعاية والعلاج كما أنه عقد ملزم للجانبين فيلتزم الطبيب بأداء خدماته ويلتزم المريض بدفع الاتعاب فلا بد من وجود عقد بين الطرفين واخلال احدهما بالتزاماته العقدية حتي تقوم المسؤولية العقدية لذلك يشترط لقيام المسؤولية العقدية(2) :-

أن يكون هناك عقد :

ويتوفر وجود العقد في حالة اختيار المريض لطبيبه أو الطبيب المعين من قبل المستشفى الخاص أو المشروع الخاص.

أن يكون العقد صحيحاً :

ذلك لأن العقد الباطل لا يترتب عليه التزام وتكون المسؤولية تقصيرية في هذه الحالة، كما تكون كذلك إذا لم يؤخذ رضا المريض.

أن يكون المضرور هو المريض :

فإذا كان غير المرض كانت مسؤولية الطبيب تقصيرية.

أن يكون الخطأ منسوب إلي الطبيب :

لابد أن يكون الخطأ هو نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشئ عن العقد الطبي.

(1) د/ حسني زكي الابراشي (مسئولية الاطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المدني) الناشر/ دارالنشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، سنة 2011م، ص 13.

(2) د/ عبدالكريم مأمون (رضا المريض عن الأعمال الطبية الجراحية – دراسة مقارنة) الناشر/ دارالمطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، سنة 2006م، ص 59.

أن يكون المدعي صاحب الحق في الاستناد الي العقد، ويتعين التفرقة بين فرضين(1) :-

- الفرض الأول :

أن يكون المريض أو من ينوب عنه قانوناً هو الذي اختار الطبيب فإذا اقام دعوي المسؤولية فهي تكون مسؤولية عقدية، وإذا مات المريض فإن الوضع لا يخلو من أمرين :-

- الأمر الأول :

أن ترفع الورثة الدعوي وتكون هنا المسؤولية مسؤولية عقدية.

- الأمر الثاني :

أن ترفع الدعوي من غير الورثة وتكون هنا المسؤولية مسؤولية تقصيرية.

- الفرض الثاني :

أن يكون الذي ابرم العقد ليس هو المريض ولا من يمثله قانوناً ولا اتفاقاً كالعقد الذي يبرمه زوج لزوجته أو رب العمل لعماله، وهنا اما ان يتعاقد شخص مع الطبيب باسمه مشروطاً حقاً مباشراً للمريض أو يتعاقد باسم المريض ولمصلحته فتكون العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية أو ان يكون تعاقد مع الطبيب باسمه ولتحقيق مصلحته الشخصية بدون أن يقصد ترتيب حقاً مباشراً للمريض تكون مسؤولية تقصيرية.

كون المسؤولية الطبية مسؤولية تقصيرية :

إذا كانت القاعدة العامة هي اعتبار المسؤولية الطبية ذات طبيعة تعاقدية إلا إن هناك بعض الحالات التي تكون فيها تلك المسؤولية تقصيرية، وهذه الحالات هي :-

الخدمات المجانية أو العلاج بالمجان :

حيث تنتفي الصفة العقدية عن الخدمات المجانية وهذه الالتزامات لا تلقي علي عاتق المدين سوي واجبات ادبية فهي لا ترتب سوي مسؤولية تقصيرية.

(1) المستشار عز الدين الدناصوري ود/ عبدالحميد الشواربي (المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء) الناشر/ دارالكتب القانونية، الطبعة السادسة، المحلة الكبرى، سنة 1997م، ص 1410.

حالة امتناع الطبيب من تلبية دعوة المريض لإجراء العلاج :

والطبيب الذي يمتنع عن علاج المريض يعد مخالفاً لواجب عام وهو عدم الإضرار بالغير (1) حيث يعتبر امتناع الطبيب في هذه الامتناع تعسفي (2) كذلك الطبيب اذا امتنع عن الحضور رغم استدعاؤه من قبل إدارة المستشفى له لوجود ولادة متعثرة أو امتناعه عن ربط شريان نازف للجريح (3).

تدخل الطبيب بدون دعوة المريض :

كأن يصاب شخص في الطريق العام فيتدخل الطبيب من تلقاء نفسه لإسعاف المصاب فهنا تكون المسؤولية تقصيرية، فواجب الطبيب أن يبذل كل ما في وسعه لعلاج المريض وأن يعمل علي تخفيف الألم عنه بكل الطرق الممكنة أم الشفاء فهو أمر يخرج عن امكانية الطبيب فهي بيد الله عز وجل (4).

تدخل الطبيب الذي يعمل موظفاً في مستشفى عام :

حيث يعتبر في مركز تنظيمي أو لائحي ويخضع للقوانين واللوائح الخاصة بالعاملين بالدولة حيث لا يمكن القول بوجود اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام والطبيب الممارس بها في علاقتها غير العقدية بالمريض (5).

إذا اخذت مخالفة الطبيب لالتزامه ببذل عناية طابعاً جنائياً :

فتخضع الدعوي للقضاء الجنائي ويختص هو بالدعوي المدنية مثل الإهمال الجسيم للمرضي الذي يؤدي الي وفاة الوليد.

الحالات التي ينجم عن تدخل المريض ضرر يصيب الغير:

كإهمال الطبيب في علاج مختل عقلياً أو اصابة الغير بالعدوي من المريض أو امتناع الطبيب عن علاج أو انقاذه دون مبرر مقبول.

التجارب الطبية :

حيث أن الهدف منها ليس علاجاً لاستهداف الطبيب بعمله غرضاً آخر غير العلاج.

– إذا ابرم العقد مع الطبيب هو المريض أو من ينوب عنه قانوناً :

ومات المريض نتيجة خطأ الطبيب كانت المسؤولية تقصيرية.

– إذا ابرم العقد مع الطبيب غير المريض ولا يمثله قانوناً أو اتفاقاً :

(1) د/ بدر حامد يوسف راشد (المسئولية المدنية عن مخاطر الأجهزة الطبية التعويضية "دراسة مقارنة بين القوانين اللاتينية والقوانين الانجلو امريكية رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، سنة 2010م، ص 405.

(2) د/ محمد علي عمران (الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته "دراسة فقهية قضائية في مصر وفرنسا") الناشر/ دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1980م، ص 90.

(3) د/ محمد حاتم صلاح الدين عامر (المسئولية المدنية عن الاجهزة الطبية) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، سنة 1996م، ص 47.

(4) د/ هشام محمد مجاهد (الامتناع عن علاج المريض بين الفقه الاسلامي والقانون المقارن) الناشر/ الفكر الجامعي ، الاسكندرية، سنة 2007م، ص 124.

(5) د/ احمد شرف الدين (مسئولية الطبيب وإدارة المرفق الصحي العام) طبعة 1983م، ص 55.

تعاقد المريض مع الطبيب باسمه ولتحقيق مصلحة شخصية يكون من حق هذا الغير استعمال الدعوي العقدية.

أولاً :- طبيعة المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي :

- الطبيعة العقدية للمسئولية الطبية :

الأصل في الفقه الإسلامي أن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية عقدية قال السرخسي " وأما فعل الفصاد والنزاع فإن مضمون ضمان عقد ولكن لا يتولد ضمان الجناية من ضمان العقد(1)".

ثم اضاف ابن حزم " وجائز أن يستأجر الطبيب لخدمة أيام معلومة لأنه عمل محدد فإن اعطي شيئاً عند البرء من غير شرط فحلال لأمر النبي صلي الله عليه وسلم بأخذ ما اعطي المرء من غير مسألة(2)".

ويتضح مما سبق أن الفقهاء قد اعتبروا مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية أصلاً وهذه المسؤولية ناشئة عن إجازة الطبيب وسواء كان أجير مشترك ، أو أجير خاص.

- الطبيعة التقصيرية للمسئولية الطبية :

توجد في الفقه الإسلامي حالات متعددة تعتبر فيها المسؤولية تقصيرية نذكر منها ما يلي:-

- الخدمة الطبية المجانية.
- تدخل الطبيب لمعالجة مريض بدون دعوة منه.
- الطبيب الذي يعمل بمستشفى حكومي.
- الطبيب الجاهل بالأصول العلمية والطبية.

(¹) السرخسي (المبسوط) ج 26 ، المكتبة الشاملة (فقه حنفي) ج 29 ، ص 149 ، 29.

(²) ابن حزم (المحلي) ج 8، المكتبة الفقهية ، ص 196.

المبحث الثالث

موقف القانون من العمل التجميلي

نجد القضاء قد تدرج في اخذ موقف من عمليات التجميل ففي بداية الأمر كان القضاء يتخذ موقفاً عدائياً فاعتبر مجرد الاقدام علي علاج لا يقصد به الاتجميل الشخص يعد خطأ في ذاته يتحمل الطبيب بسببه كل الاضرار التي تنشأ عن العلاج، ثم بعد ذلك تغير موقف القضاء وأباح عمليات التجميل وافر بشرعيتها..

من خلال ما تقدم ذكره قمت بتقسيم هذا المبحث إلي مطلبين:-

المطلب الأول:-القضاء المعارض لعمليات التجميل.

المطلب الثاني:-القضاء المؤيد لعمليات التجميل.

المطلب الأول

القضاء المعارض لعمليات التجميل

جري القضاء الفرنسي في اول الأمر تطبيقاً لقاعدة أن عمل الطبيب يجب أن يقصد به العلاج وان ما يعرف بجراحة التجميل ليس مما يدل في اطار الاعمال العلاجية التي يباح للطبيب مباشرتها علي جسم الانسان، ولهذا فلاقدام عليها يكون خطأ في حد ذاته يخرج عن أعمال الابادة التي يقصد بها العلاج حتي ولو ثبت انها اجريت للقواعد الفنية الطبية السليمة.

ولذلك قضت محكمة استئناف باريس⁽¹⁾ بأن مسؤولية الطبيب الذي قام بإجراء علاج بالأشعة لشاب لإزالة زائدة في وجهه نجم عن هذا العلاج قرحة مستديمة في دقنه، وذلك علي اساس أن العملية لم يكن لها مبرر وقد تأيد هذا الحكم لدي محكمة النقض.

وكذلك الفقه في بلجيكا يمنع اجراء عمليات التجميل التي تتعارض مع أداء واجب اجتماعي كأن يستأصل الزوجة التي ينتظر حملها ثدييها لتعديل قوامها فتعطل بذلك وظيفة الارضاع لديها، أو يكون لكسب المال كأن ينتزع شاب بعض غدده لفتح بها عجوز لقاء مبلغ من المال.

(1) د/ احمد محمود سعد، مرجع سابق ، ص 426.

المطلب الثاني

القضاء المؤيد لعمليات التجميل

سبق وأن تكلمنا عن الموقف المعارض لعمليات التجميل ولكن نظراً للتطور الطبي والضرورة التي ادت الي كثرة عمليات التجميل بسبب الرغبة البشرية المتزايدة وحب الانسان في ان يكون كامل الهيئة وجميل المظهر.

كل هذه الاسباب جعلت القضاء يعيد النظر في هذا الامر ومن ثم تغير موقف القضاء الفرنسي والبلجيكي نحو علميات التجميل، فنجد القضاء الفرنسي اخضع عمليات التجميل الي القواعد العامة التي تخضع لها الجراحة العلاجية فاشترط أن تكون هناك علة تبرز المساس بجرمة الجسم البشري، وأن تكون ملائمة تتناسب بين الخطر الذي يتعرض له المريض والفائدة التي يرجوها من العمل الجراحي التجميلي.

وتقرر هذا الموقف بما قضت به محكمة استئناف ليون في 17/3/1937م في قضية تتلخص وقائعها بأن طبيب اشعة حاول ان يزيل شعر زائد في ساق سيدة فأصيبت بتقصف في جلدها فأقامت دعوي تطلب فيها التعويض، فقضت المحكمة سالفه الذكر بحكماً تمهيدياً بتعيين خبير لبيان مدي الضرر الذي حصل، وقررت في الحكم انه مع التسليم بأن الشعر الذي يغطي اطراف المدعية غير عادي الا انه ليس بمرض بل هو مجرد تشويه ، وان الحالة التي أصيبتها السيدة هي نتيجة كان يمكن من الطبيب ان يتوقعها ، وان عدم التناسب بين الضرر المتوقع والنتيجة المرجوة كان كبير وواضح وكان يجب علي الجراح ان يرفض اجراء هذا العلاج.

اما القانون العربي فهو وان لم يكن مواكباً للمستجدات الحياتية ومنها الموقف من عمليات التجميل الجراحية بدرجة تتناسب مع تطور هذه العمليات وشيوعها فإن الفقه والقضاء ينظران اليها كحالة من حالات العمل الجراحي العام الذي يبرره القانون بالشروط التي التزم بمراعاتها، ومن ثم تدخل تحت اسباب الاباحة كونها واحدة من الاعمال الطبية والتي رخص فيها القانون للأطباء طبقاً للقواعد العامة في اجراءها شروط منصوص عليها.

وفي القضاء المصري اقر القضاء فنياً جراحة التجميل فقضت المحكمة⁽¹⁾ بأن الطبيب ليس مسئولاً عن طريقة فنية استعملت مع مريض ما دامت هذه الطريقة معترف بها في عالم الطب، وان الطبيب الاخصائي الذي يعالج مريضاً بناء علي امر طبية المعالج ليس مسئولاً عن نتيجة هذا العلاج الا اذا ثبت وقوع خطأ فني في هذا العلاج، ولهذا قضت برفض الدعوي وقد الغت ذلك محكمة الاستئناف⁽²⁾.

من خلال ما سبق عرضه يتبين أن هناك ثلاثة اتجاهات نحو الموقف القانوني لعمليات التجميل هي:-

(¹) المجموعة الرسمية بتاريخ 1933/5/30 ، س 37، بند93، ص 260.

(²) استئناف 1936/1/31 ، س 16 ، بند 334، ص 713 في القضية رقم 787 كلي عام 1932.

- الاتجاه الأول :

يميل الي منع عمليات التجميل لأنه يفترض العمل الطبي شرع وسوغ علي اساس شفاء المريض ومن هنا فعمليات التجميل غير مشروعة لأنها ليس بقصد الشفاء.

- الاتجاه الثاني :

يميل الي التوسع في اباحة العمل الجراحي التجميلي وتم تكييف العمل الجراحي بنحو يكون مشمولاً بمفهوم العلاج وبذلك لا يكون باقي من العمليات الجراحية التجميلية سوي ما لا يكون مشمولاً بمفهوم العلاج بل عمل لا تدعو اليه حاجة ماسة في جسم المريض او نفسيته.

- الاتجاه الثالث :

ركز هذا الاتجاه علي الاضرار الت ب تلحق الجسم البشري جراء القيام بهذه العمليات لذلك اباح انصار هذا الاتجاه عمليات التجميل في العيوب البسيطة ومنع عمليات التجميل في العيوب الجوهرية، ولقد تم التمييز بين ما هو عمل جراحي بداعي العلاج وبين ما لم يكن كذلك وبين اذا كانت عمليات التجميل تنال ضرر بجسم او صحة المريض او لا يحدث ذلك بالتالي لا بد من موافقة المريض قبل مباشرة عمليات التجميل.

الختامة :

بحمد الباري ونعمة منه وفضل نضع قطراتنا الأخيرة بعد رحلة من الدراسة مرت بثلاثة مباحث تفرعت عنها ثمان مطالب دار الفكر بينهم وتدبر العقل من خلالها نحو المقصود والمراد من موضوع الدراسة ببيان المسؤولية الطبية في مجال الجراحة التجميلية.

ولقد كانت رحلة جاهدة للارتقاء بدرجات العقل ومعراج الأفكار عندما حاولت أن أتناول هذه الدراسة بدراسة نظرية تطبيقية عامة باذلة قصارى جهدي بشكل يغلب عليه الاختلاف بعض الشيء عن باقي الدارسات السابقة التي تناولت هذه الدراسة، فكان من الصعب علي أن أقوم بعرض كامل لهذه الدراسة.

لذا تحدثت في المبحث الأول من هذا البحث: بيان العمل الطبي ومشروعيته والذي قمت بتقسيمه إلي مطلبين:-

تناولت في المطلب الأول: تعريف العمل الطبي، ثم تطرقت في المطلب الثاني: مشروعية العمل الطبي ثم انتقلت في هذا البحث إلي المبحث الثاني: بيان المسؤولية الطبية وطبيعتها والذي قمت بتقسيمه إلي مطلبين:-

تناولت في المطلب الأول: المسؤولية الطبية، ثم تطرقت في المطلب الثاني: إلي بيان طبيعة المسؤولية الطبية. ثم عرجت في هذا البحث إلي المبحث الثالث: موقف القانون من العمل التجميلي والذي قمت بتقسيمه إلي مطلبين:-

تناولت في المطلب الأول: القضاء المعارض للعمل التجميلي، ثم تطرقت في المطلب الثاني: إلي بيان القضاء المؤيد للعمل التجميلي.

وفي نهاية دراستي التي تناولت فيها "المسئولية الطبية في مجال الجراحة التجميلية" سوف أقوم بتوضيح أهم النتائج التي توصلت إليها وطرح أهم ما يستحق منها من توصيات ومقترحات نسعي لتحقيقها من أجل اكمال الفائدة.

أولاً: - نتائج الدراسة :

من جماع ما سبق يتضح أن هناك ثلاثة نتائج توصلت إليهم الدراسة: الجراحة التجميلية هي اجراء طبي جراحي يستهدف تحسين المظهر. التجميل مشروع ولكن بضوابط شرعية تختلف باختلاف القصد . المسئولية العقدية والتقصيرية كسبب ناتج عن الخطأ في المجال الطبي.

ثانياً: - توصيات ومقترحات الدراسة :

من جماع ما سبق يتضح أن هناك ثلاثة توصيات ومقترحات توصلت إليهم الدراسة: لابد من مواكبة التطورات والتقنيات التكنولوجية الحديثة في مجال الجراحات العامة والجراحات التجميلية. يجب علي جميع الدول وبصفة خاصة الإسلامية تطبيق شرع الله فيما يتعلق بالجراحات التجميلية. يجب عدم التعسف في استعمال الحق حال قيام المسئولية بشقيها العقدية والتقصيرية الناشئة عن الخطأ الطبي كي نواكب كافة التطورات والتقنيات الحديثة في المجال الطبي. 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 المصادر والمراجع :

أولاً :- المراجع باللغة العربية :

• الكتب الشرعية :

— ابن حزم (المحلي) ج 8، المكتبة الفقهية .

— السرخسي (الميسوط) ج 26 ، المكتبة الشاملة.

• الكتب القانونية :

— أحمد شرف الدين

(مسئولية الطبيب وإدارة المرفق الصحي العام) طبعة 1983م.

— حسني زكي الابراشي

(مسئولية الاطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المدني) الناشر/ دار النشر للجامعات

المصرية ، القاهرة ، سنة 2011م.

— السيد محمد السيد عمران

(التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية) الناشر/ مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية ، سنة

1992م.

— عبدالحميد الشواربي

(المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء) الناشر/ دار الكتب القانونية، الطبعة السادسة، المحلة الكبرى،

سنة 1997م.

— عبدالقادر عوده

(التشريع الجنائي الاسلامي) الناشر/ دار الفتح ، سنة 1977م.

— عبدالكريم مأمون

(رضا المريض عن الأعمال الطبية الجراحية - دراسة مقارنة) الناشر/ دار المطبوعات الجامعية ،

الإسكندرية، سنة 2006م.

— عز الدين الدناصوري

(المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء) الناشر/ دار الكتب القانونية، الطبعة السادسة، المحلة الكبرى،

سنة 1997م.

— محمد السعيد رشدي

(الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل) الناشر/ دار الفتح ، سنة 1987م.

- محمد حسن قاسم
(إثبات الخطأ الطبي) الناشر/ دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، سنة 2004م.
- محمد سعد خليفة
(الحق في الحياة وسلامة الجسد - دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الاسلامية) الناشر/ دار النهضة العربية، طبعة 1996/1995م.
- محمد علي عمران
(الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته "دراسة فقهية قضائية في مصر وفرنسا") الناشر/ دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1980م.
- منير رياض حنا
(الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية) الطبعة الأولى ، الناشر/ دار الفكر الجامعي الاسكندرية ، سنة 2008م.
- هشام محمد مجاهد
(الامتناع عن علاج المريض بين الفقه الاسلامي والقانون المقارن) الناشر/ الفكر الجامعي ، الاسكندرية، سنة 2007م.
- الرسائل العلمية :
رسائل الدكتوراه :
- اسامة عبدالله قايد
(المسؤولية الجنائية للأطباء) رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، سنة 1983م.
- انس محمد بشار
(تغير الجنس واثره في القانون المدني والفقه الاسلامي) رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة، سنة 2003م.
- بدر حامد يوسف راشد
(المسؤولية المدنية عن مخاطر الأجهزة الطبية التعويضية "دراسة مقارنة بين القوانين اللاتينية والقوانين الانجلو امريكية) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، سنة 2010م.
- شعلان سليمان حمدي
(نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الحديثة فتي الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي) رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة، سنة 2002م.
- محمد حاتم صلاح الدين عامر
(المسؤولية المدنية عن الاجهزة الطبية) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، سنة 1996م.

• الأبحاث والمقالات والمجلات :

– محمود محمود مصطفى

(مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية) بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ،كلية الحقوق ،جامعة القاهرة، عدد 2 ، سنة 1932م.

– مؤتمر المسؤولية الطبية – جامعة بني غازي – ليبيا – سنة 1978م.

– وديع فرج

(مسؤولية الأطباء المدنية) مجلة القانون والاقتصاد ، سنة 2012م.

• الأحكام القضائية :

– نقض جنائي ، سيري 1938 ، يوليو 1937م.

– المجموعة الرسمية بتاريخ 1933/5/30 ، س 37 ، بند 93.

– القضية رقم 787 كلي عام 1932م، استئناف 1936/1/31 ، س 16 ، بند 334

– نقض 4 يناير 1973 ، مجموعة احكام النقض جـ 4.

ثانياً :- مواقع الانترنت :

– www.islamonline.com – lite.almasyalyom.com.

السياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة

2025/2015 بالمغرب : السياق والأهداف وإكراهات التنزيل

The integrated public policy of child protection in Morocco between
2015-2025 : The context, the objectifs and the obstacles of implementation



هناة الذهبي (*) : باحثة في سلك الدكتوراه ، كلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال ، جامعة محمد الخامس الرباط - المغرب

Hanaa Dehbi:PhD research at te Faculty of Legal ,Economic and
Social sciences, Agdal,Mohammed - V University , Rabat- Morocco

الملخص :

تعد السياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة بالمغرب من أبرز الأدوات السياسية لحل مختلف المشاكل التي
تعنى بحماية الطفل بالمغرب وقد سعت هذه الورقة البحثية إلى دراسة الجدوى منها بين الانجازات
والاكراهات ومدى فعاليتها في ظل التحولات الوطنية والدولية لتعزيز حماية حقوق الطفل وتوصلت
إلى وجود تعثر كبير في الإلتزام بمقتضاتها.

• الكلمات المفتاحية : السياسة العمومية، الطفولة، البرامج.

Abstract :

Public child protection policy in Morocco is considered as the most important political lever for solving the various problems related to child protection in Morocco. This research paper has tried to study the feasibility of this public policy, its recorder achievements and the constraints identified. It also attempts to measure the effectiveness of this policy in the light of national and international transformations regarding the protection of child rights.

The research paper concluded that there are major shortcomings in respecting the requirements of this public policy.

• **Keywords :** Public policy, Childhood, Programs.

مقدمة :

تعدّ السياسات العمومية¹ من الخطط والبرامج الأساسية في حل المشكلات السياسية والاقتصادية والاجتماعية للبلاد. فما يميّزها هو شمولية نتائجها لشرائح واسعة من المجتمع؛ إن لم يكن المجتمع كله². فلا يمكن لأي دولة - مهما كانت إمكانياتها المادية والبشرية ومواردها الاقتصادية - تلبية المطالب التي يتقدم بها مواطنوها، أو معالجة جميع مشاكلهم دفعة واحدة. بل يتطلب الأمر العمل بنظام الأولويات؛ أي تقديم الأهم عن المهم. وهذا ما تعتمده السياسات العمومية في حل المشاكل الاقتصادية والاجتماعية .

وفي مجال حماية حقوق الطفل بالمغرب؛ ترجع اول محطة للملامح سياسة عمومية في مجال حقوق الطفل الى سنة 1992 بمناسبة المصادقة على " الإعلان العالمي لبقاء الطفل ونمائه" وخطة العمل لتنفيذ هذا الإعلان في بداية التسعينات وذلك خلال انعقاد مؤتمر القمة العالمي من اجل الطفل بنيويورك - سبتمبر 1990، وخلال ثم وضع خطة عمل وطنية سنة 1992 لإعمال اهداف هذا الإعلان في افق سنة 2000³.

واستمر نسق السياسات والمخططات الوطنية سنة 2006 بإطلاق السياسة العمومية " مغرب جدير بأطفاله" خلال الفترة 2006-2015، غير أن التقييم النصف مرحلي للخطة ابان عن القصور في عدة

(*) - hanaa.dehbi@gmail.com

¹ - يعرف المعهد العالي للدراسات العمومية في فرنسا السياسة العمومية؛ على أنها " هي مجموع القرارات، والأعمال، والتدخلات المتخذة من قبل الفاعلين المؤسساتيين، والإجتماعيين لأجل إيجاد الحلول لمشكل جماعي ما. بينما يذهب الباحثان الفرنسيان "مينه" و"جون كلود" في كتابهما السياسة العمومية؛ ويعرفانها على أنها: برنامج عمل حكومي في قطاع اجتماعي، أو مجال جغرافي.

² - بما ان السياسة العمومية تتخذ رسميا باسم جهاز الدولة، فإن لهذا الإعتبار تبعات مهمة وأساسية، وهذا ما يمنح للسياسات العمومية مميزات خاصة تنفرد بها، وتعطيها أهمية بالغة. فالسياسة العمومية تعبر منطقيا وافتراسيا - على الأقل - عن المصلحة العامة، ثم إنها تصدر في إطار محدد مسبقا من المشروعية. ومن المفترض كذلك أن تعبر السياسة العمومية عن درجة محترمة من الانسجام . وأخيرا فإن ضخامة فعل السياسة العامة، وخطورة المصالح التي تمسها؛ تتطلب درجة كبرى من التوقعية؛ لكي لا تؤدي السياسة العامة إلى إثارة آثار عكسية غير مرغوب فيها .

³ - "بولعلام مبارك"، ست سنوات من السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة 2015-2025 / مابعد...؟ أنظر الموقع الالكتروني

أوجه لها، خاصة على مستوى الحماية وهو نفس المنحي الذي أكدته لجنة حقوق الطفل في ملاحظاتها الختامية للمغرب بمناسبة النظر في تقريره الدوري الجامع للتقريرين الثالث والرابع¹.

وبناء عليه بادرت الحكومة الى احداث لجنة تقنية تضم مختلف القطاعات الحكومية للعمل على مراجعة وتحسين الخطة، ليبدأ بذلك مسار المشاورات لإعداد وإقرار سياسة عمومية مندمجة لحماية الطفولة (2015-2025). تأخذ بعين الاعتبار الرهانات الوطنية المرتبطة بمقتضيات دستور سنة (2011)، وتركز على الممارسات الجديدة للمرحلة الأولى من تفعيل خطة العمل الوطنية للطفولة: "مغرب جدير بأطفاله (2015-2006)"².

ومن خلال ما تقدم تتضح أهمية الاشواط الاجرائية التي سنها المغرب في مجال حماية الطفولة وتعزيز الحماية الداخلية لحقوق الطفل بالبلاد ، وكما نلمس وجود اكرهات تحول دون تحقيق الاهداف المرجوة من كل ؛ والتي تم ملاحظتها واكتشافها من خلال دراسة نتائج كل مرحلة. وبعد مرور (7) سبع سنوات على وضع السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة تبرز الاشكالية التالية حول: الجدوى من السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة بالمغرب بين الانجازات والاكراهات ومدى فعاليتها في ظل التحولات الوطنية والدولية لتعزيز حماية حقوق الطفل؟؟

وعليه سيقدم هذا المقال نظرة شمولية عن سياق وضع السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة؛ والغاية منها مع تحديد ما حققته من أهداف وفقا لمختلف الصعوبات؛ والعراقيل التي تصادف تفعيل إجراءاتها القانونية والمؤسسية بالمغرب وسيتم ذلك وفق محورين أساسيين :

- المحور الأول : السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة :السياق والأهداف:
- المحور الثاني: السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة بين تحقيق الأهداف وإكراهات التنزيل:

المحور الأول : السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة :

السياق والأهداف

يشمل هذا المحور؛ تحديد السياق العام لوضع السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة؛ وتطور مراحل وضعها وتسطير بياناتها وأهدافها الأساسية الرامية إلى تعزيز مجال حماية الطفولة بالمغرب بكافة اتجاهاته ومجالاته وذلك وفق مطلبين أساسيين :

¹ - نفس المرجع السابق

² - "وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية والمساواة " ، مسلسل إعداد السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة بالمغرب ، التقرر المرهلي . حزيران/ يونيو (2013) ، ص (5).

المطلب الأول : من خطة العمل الوطنية للطفولة إلى سياسة عمومية مندمجة لحماية الطفولة :

مع بداية الألفية الجديدة وبالضبط في السادس (6) و السابع (7) من أيار/ ماي سنة (2002). التقى رؤساء الدول والحكومات، والمندوبون رفيعوا المستوى لأكثر من مئة وتسعين (190) دولة، وممثلوا منظمات غير حكومية، إضافة إلى مئات الفتيات والفتيان؛ المتراوحة أعمارهم ما بين تسع (9) سنوات، وثمان عشرة (18) سنة التأموا جميعا في مدينة " نيويورك"؛ بمناسبة "الدورة الاستثنائية للجمعية العامة للأمم المتحدة المخصصة للأطفال"¹. وفي ختام الدورة أجمعت كلُّ الدول على تبني إعلان وخطة عمل؛ تحت عنوان "عالم جدير بالأطفال"؛ وَضَعَتْ في أفق سنة (2015) كهدف لها؛ تحسینَ وضعیة الأطفال في العالم. وقد حدّد الإعلان وخطة العمل؛ برنامجَ تنميةٍ متكامل؛ يتضمّن أربعة أهداف استراتيجية ذات أولوية :

1_ خلق شروط حياة أفضل؛ تضمن الصحة للأطفال.

2_ توفير تعليم جيد النوعية.

3_ حماية الأطفال من سوء المعاملة، ومن الاستغلال والعنف.

4_ محاربة داء السيدا².

فعلى مستوى الهدف الثالث والمعني بالرقيّ بالحق في الحماية؛ وضعتُ الخطة مجموعةً من التدابير على مختلف أوجه الحماية الخاصة بالطفل؛ تنطلق من وضع آليات حماية الطفل من العنف في المدرسة؛ من خلال تحديد مصادر وأشكال هذا العنف، وإعداد مساطر للرقابة والوقاية من مخاطره وإشاعتها. مع دمج سلوكات وأخطار العنف في برامج التكفل، وتشجيع الثقافة والسلوكات المناهضة للعنف، وتقييم أعمال مساطر الرقابة والوقاية من مخاطر العنف. يمثل كل ما سبق؛ الأنشطة المسطرة، والتدابير المرتقبة، والتي على قطاع التعليم والقطاعات المعنية³ إدراكها وتحقيقها وفق مواعيد محدّدة؛ ما بين سنتي (2006 و 2015). حيث تم تحديد مجموعة من مؤشرات الإنجاز الخاصة بآليات حماية الطفل من العنف في المدرسة. أبرزها :

- تبني الأشكال والسلوكات المناهضة للعنف ونشرها في (2005/12/31).

- المصادقة على المساطر ونشرها في (2006/06/30).

- روزنامة⁴ دمج السلوكات المستهدفة في المقررات المتاحة في (2006/06/30).

- احترام مواعيد دمج السلوكات المستهدفة في المقررات المرصودة في الروزنامة.

- إدماج تشجيع السلوكات المستهدفة في أنشطة الحياة الدراسية.

¹ - المملكة المغربية ، خطة العمل الوطنية للطفولة (2006-2015) - "مغرب جدير بأطفاله" - كانون أول/ دجنبر (2005)، ص (11).

² - نفس المرجع السابق ؛

³ - القطاعات المعنية حسب ما نصت عليه خطة العمل الوطنية للطفولة (2006-2015) : كتابة الدولة الكلفة بالأسرة والطفولة والأشخاص المعاقين، الصحة، الداخلية، العدل، التشغيل، الشؤون الإسلامية، الجماعات المحلية، التجهيز، التنمية الاجتماعية، الشؤون الخارجية، الوظيفة العمومية، المالية، الأمن الوطن، وسائل الإعلام والمنظمات غير الحكومية.

⁴ - كلمة رزمانية في معجم المعاني الجامع : " كتيب يتضمن معرفة الأيام والشهور وطلوع الشمس والقمر على مدار السنة / دفتر اليومية.

ومن النتائج الأساسية المتوخاة التي نصت عليها خطة العمل الوطنية؛ إحداث وحدات لحماية الطفولة وذلك بهدف الاستجابة للحاجات المستعجلة للأطفال في وضعية المعنّفين، وضمان الخدمات المتعلقة بالاستماع والتوجيه وبالمساعدة مع تأمين الخدمة الطبية والعلاجية المستعجلة للأطفال ضحايا الاستغلال والإيذاء، والعنف الجنسي والتأكيد على تنظيم الدورة الموحدّة لرصد أدلة التعنيف، والحفاظ عليها قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة، وتأمين الخدمات الإدارية المتعلقة بالقيود في السجلات، والتسجيل السمععي البصري لتصريحات الضحايا، وضمان تهيئ ومتابعة الملفات القضائية عند الاقتضاء؛ بما في ذلك وضع الشكايات، وعند الضرورة؛ يتم تأمين حماية جسدية للطفل في وضعية خطر؛ وذلك لضمان خدمة التكفل والاستقبال والنقل. وعلى المستوى المحلي؛ يتم تأمين نظام فعال للرقابة، والمتابعة بالنسبة للتشغيل المبكر، أو غير المشروع للأطفال¹.

وفي هذا الإطار؛ نصت خطة العمل على ضرورة إنجاز العديد من المهمات؛ لتحقيق التدابير المرتقبة من إحداث وحدات لحماية الطفولة؛ والمتمثلة في:

- المصادقة على الإطار التشريعي لوحدات حماية الطفولة .
- المصادقة على دليل المساطر.
- تم إنشاء العديد من وحدات حماية الطفولة في تجمعات الجماعات المستهدفة.
- إحداث خمس (5) وحدات لحماية الطفولة؛ بكل من مدن : الدار البيضاء، مراكش، فاس، طنجة والعيون.

هذا بالإضافة الى العديد من الأهداف الواجب إدراكها في مجال حماية الطفل. فرغم المكتسبات التي حققتها الخطة؛ يبقى هدف حماية الأطفال بعيد المنال؛ وذلك بسبب ضعف التنسيق، والخصائص في الموارد البشرية المؤهلة، وتواضع الإمكانيات المادية، والنقص في التتبع والتقييم².

وتبعاً للتقييم النصف مرحلي لخطة العمل الوطنية للطفولة - والذي تم إنجازه سنة (2011) - فقد كانت هناك العديد من الاكراهات التي حالت دون بلوغ كل النتائج المتوخاة؛ وتم الاكتفاء بمكتسبات محدودة أهمها؛ إصلاحات تشريعية من أجل ملائمة القوانين الوطنية مع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها؛ والتي همّت كلاً من: مدونة الأسرة، مدونة الشغل، القانون الجنائي، قانون المسطرة الجنائية، قانون الحالة المدنية، قانون الجنسية، القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، القانون المتعلق بشروط فتح مؤسسات الرعاية الاجتماعية وتديرها، ومشروع قانون العمل المنزلي. كما تم إحداث هياكل جديدة لحماية الأطفال مثل : خلايا التكفل بالنساء والأطفال بالمحاكم، خلايا التكفل المندمج للنساء والأطفال بالمؤسسات الاستشفائية، خلايا الإنصات والوساطة بالمؤسسات التعليمية، الوحدات المتنقلة للإسعاف الاجتماعي المستعجل، وحدات

¹ - المملكة المغربية ، خطة العمل الوطنية للطفولة (20062015) - مغرب جدير بأطفاله - كانون أول/دجنبر (2005) ص (66).

² - وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية والمساواة "مسلسل إعداد سياسة عمومية مندمجة لحماية الطفولة بالمغرب" - تقييم مرحلي ، حزيران/يونيو (2013) ، ص (7).

حماية الطفولة وفضاءات استقبال الأطفال داخل مخافر الشرطة. وعلى مستوى التحسيس تم تنظيم حملات واسعة للتحسيس، ورفع "الطابوهات" عن بعض أشكال الاعتداء واستغلال الأطفال، والتعريف بحقوق الطفل. ليعزز العمل بالتنسيق مع فعاليات المجتمع المدني كشريك أساسي بتفعيل البرامج والخدمات التي تقدمها الجمعيات لحماية بعض فئات الأطفال والتكفل بهم؛ كما هو شأن: الأطفال في وضعية الشارع، الأطفال المهملين، الأطفال المشغّلين، الأطفال في وضعية إعاقة، الأطفال ضحايا العنف والاستغلال الجنسي، والأطفال أمام القانون¹.

ويبقى الجانب التكويني من اهم انجازات خطة حماية الطفولة بوضع برامج التكوين لفائدة الأطر المتدخلة في مجال حماية الأطفال: الشرطة، الدرك، القضاة، الأطر الطبية، العاملين الاجتماعيين وغيرهم. مع العمل على إنتاج دلائل حول المساطر والإجراءات العملية؛ للتكفل بالأطفال ضحايا العنف والإساءة والاستغلال. وإنشاء برلمان الطفل، والمجالس الجماعية للأطفال.

ومع ذلك عرفت خطة العمل الوطنية للطفولة تفعيل جزئيا وغير مكتمل؛ بسبب وجود العديد من الاكراهات تشمل:

- ضعف تطبيق القوانين.
- الطابع القطاعي للتدخلات وتشتتها، وضعف التنسيق والتآزر بين مختلف المتدخلين.
- غياب الموارد البشرية المؤهلة والمتخصصة؛ مع غياب إطار مرجعي وقانوني للعاملين الاجتماعيين.
- ضعف اعتماد المقاربة الحقوقية للأطفال في برجة التدخلات.
- عدم كفاية خدمات الحماية، ومحدودية الولوج إليها، وضعف جودتها، وعدم تجانسها بسبب غياب منظومة حماية جيدة وعملية ومندمجة.
- ضعف ومحدودية بدائل التكفل المؤسسي بالأطفال، وبدائل الحرمان من الحرية.
- غياب أي تصنيف لبنيات الاستقبال، وعدم احتكام عملها إلى معايير محدّدة.
- غياب استراتيجية لدعم الآباء والأسر، وتعزيز قدراتهم.
- ضعف آليات التبليغ، وتقديم الشكاوى، وعدم مطابقتها للمعايير الدولية.
- ضعف عمليات التتبع والتقييم، وضعف آليات المحاسبة².

تكمن الصعوبات التي واجهتها الخطة الوطنية للطفولة - عند تطبيقها - أساساً في هيمنة المقاربة القطاعية، والنقص في آليات التنسيق والتشاور بين القطاعات؛ مركزيا ومحليا. فهناك إذن حاجة ماسة لمراجعة

¹ - نفس المرجع السابق

² - "وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية والمساواة"، مسلسل إعداد سياسة عمومية مندمجة لحماية الطفولة بالمغرب - تقييم مرحلي حزيران/يونيو (2013)، ص(7)

المقاربات التي يبنى عليها فهمنا لمشكلات: العنف والإساءة، والاستغلال، وتخطيطنا للتدخل الحمائي. يجب أن نتقل من المقاربة القائمة على ثنائية (مشكل/جواب)، ومن منطق التدخلات القطاعية المتراكم بعضها إلى جانب بعض - دون تكامل ولا تنسيق بينها - إلى مقاربة نسقية مندمجة؛ تأخذ بعين الاعتبار مجمل مكونات الواقع الموضوعي، وتَعقُد ظواهره، وتُعبأ في مواجهته كلُّ الطاقات المتوفرة في اندماج وتناغم¹.

لن يفوتنا هنا تسجيلُ مساهمة السياق "السوسيو-سياسي" الذي عرفه المغرب خلال السنوات الخمس الأخيرة؛ في بلورة مقاربات جديدة في العمل العمومي لحماية حقوق الطفل. فإلى جانب الالتزامات الدولية للمغرب في مجال حماية الطفل؛ لعبت العديد من الإصلاحات الاجتماعية والسياسية والدستورية دوراً أساسياً في تكريس حقوق الطفل عامة؛ والحق في الحماية خاصة. كما أن "المبادرة الوطنية للتنمية البشرية" التي انطلقت سنة (2005)؛ تَخَصَّصَتْ في برنامج محاربة الهشاشة، وفي جزء منها لحماية الأطفال في وضعية هشة. وخصَّص الدستور الجديد لسنة (2011) حيزاً هاماً، وإطاراً مؤسسياً وسياسياً لحماية الطفولة؛ وذلك من خلال إقرار مبدأ الديمقراطية التشاركية، وإصلاح منظومة العدالة، ووجود مجموعة من المؤسسات؛ كهيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز، والمجلس الاستشاري للأسرة والطفولة، والمجلس الاستشاري للشباب والعمل الجمعي².

لقد ساهم كل ذلك في خلق مقاربة جديدة لحماية حقوق الطفل؛ أدت بالفاعلين السياسيين بالمغرب إلى وضع السياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة³

وبعد التعرف بشكل دقيق على السياق العام لوضع السياسة العمومية المندجة للطفولة وكافة الاكراهات التي حالت دون نجاعة خطة العمل للطفولة، يطرح السؤال حول الأهداف والإجراءات العامة لتفعيل مضامين السياسة العمومية للطفولة بالمغرب؟

¹ - نفس المرجع السابق ص(9).

² - نفس المرجع السابق ص (10).

³ - مسار السياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة.

- آذار/مارس، سنة (2013): عقد أول اجتماع مع القطاعات الحكومية.
- نيسان/أبريل، سنة (2013): انطلاق الورش التشاوري مع جمعيات المجتمع المدني العاملة في مجال حماية الأطفال.
- حزيران/يونيو، سنة (2013) إصدار التقرير المرحلي حول السياسة العمومية.
- تشرين ثاني/نونبر، سنة (2013) انطلاق الاستشارة مع الأطفال حول السياسة العمومية.
- نيسان/أبريل، سنة (2014) تنظيم المناظرة الوطنية الأولى حول السياسة العمومية.
- تشرين أول/أكتوبر، سنة (2014) المصادقة على مرسوم إحداث اللجنة الوزارية المكلفة بتنفيذ السياسات الوطنية في مجال النهوض بأوضاع الطفولة وحمايتها.
- حزيران/يونيو، سنة (2015) اعتماد السياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة بالمغرب.
- تشرين أول/أكتوبر، سنة (2015) انطلاق أشغال إعداد البرنامج التنفيذي للسياسة العمومية.

المطلب الثاني : أهداف وخصائص السياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة :

بتنسيق مع مختلف القطاعات الوزارية المعنية، وبدعم من "اليونسيف"؛ شرعت "وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والأسرة" - خلال شهر آذار/ مارس عام (2013) - في إعداد سياسة عمومية مندجة لحماية الطفولة¹.

ويهدف رسم هذه السياسة إلى وضع إطار استراتيجي متعدد التخصصات - بشراكة مع كل الفاعلين - يضم منظومة قانونية فعالة وشاملة؛ تحتوي كل التدابير والبرامج والأنشطة الهادفة إلى منع كافة أشكال الإهمال والاعتداء والاستغلال والعنف ضد الأطفال؛ والوقاية منها. وإعطاء أجوبة من حيث التكفل والإدماج والمتابعة، والتحديد الواضح لآليات التنسيق العملية؛ لضمان تحسُّن الولوج، والتغطية الترابية، والاستمرارية، وآثار الخدمات؛ مع عقلنة وترشيد الموارد. كما تستهدف هذه السياسة كلَّ الأطفال الذين يقل سنهم عن ثمان عشرة (18) سنة؛ والمحتمجين إلى الحماية؛ بمن فيهم الأطفال ضحايا الاعتداء والإهمال والعنف، والاستغلال. بما في ذلك بيع الأطفال والاتجار فيهم.

وتَقصد السياسة المندجة بالعنف والاعتداء والاستغلال والإهمال: كلَّ أشكال الإساءة، والعنف الجسدي والنفسي والاجتماعي والجنسي، بما في ذلك سوء معاملة الأطفال، والممارسات التقليدية الضارة بالأطفال؛ مثل الزواج المبكر والقسري، وكل أنواع استغلال الأطفال في الشغل وفي أنشطة جنسية يعود مدخولها للغير. وعليه تُهدف حماية الطفل إلى خلق بيئة متجانسة؛ تضم مجموعة من العناصر الأساسية :

- وضع سياسات للحماية الاجتماعية، وتوفير الموارد المالية الكافية، والمصادقة على الاتفاقيات ذات الصلة.
- وضع إطار قانوني ملائم ومُطبَّق على أرض الواقع بشكل متجانس، موضِّحا ومحدِّدا المسؤوليات، وتكريس المحاسبة وعدم الإفلات من العقاب.
- تقاليد اجتماعية وثقافية وقيم، ومواقف وسلوكيات وممارسات؛ تُدين الممارسات الضارة بالأطفال، وتشجِّع الممارسات التي تحميهم.
- نقاش حول القضايا المتعلقة بحماية الأطفال، يكون منفتحاً على وسائل الإعلام والمجتمع المدني.
- تمكين الأطفال من المعارف، والمهارات التي تتيح لهم الانخراط الفعلي في حماية أنفسهم.
- توفير المعرفة والخبرات، والدعم اللازم للأشخاص المتعاملين مع الأطفال؛ للاضطلاع بفعالية بمهمتهم في حماية الطفل.
- توفير الخدمات الأساسية والخدمات الخاصة².

¹ - نفس المرجع السابق ص (5).

² - تقديم الخدمات الاجتماعية، والعلاجات الصحية، وتوفير التمدرس الأساسي لجميع الأطفال بدون تمييز، وكذا تقديم خدمات متخصصة؛ تستهدف الوقاية ضد العنف والاستغلال، وتقديم الرعاية والدعم والمساعدة على إعادة الإدماج.

- التتبع والمراقبة؛ بوضع نظام لجمع المعلومات؛ يرصد حجم الظواهر واتجاهات تطورها، ويحقق المراقبة والإشراف على الخدمات، وتقييم التدابير المتخذة.

والخلاصة؛ أن الهدف من هذه السياسة العمومية؛ هو ضمان حماية فعلية مستدامة لكل أطفال المغرب ضد كل أشكال العنف والاعتداء، والاستغلال والإهمال. وتتمحور هذه السياسة العمومية حول خمسة (5) أهداف استراتيجية؛ هي :

1- تقوية الإطار القانوني لحماية الأطفال وتعزيز فعاليته.

2- خلق منظومة ترابية مندمجة لحماية الطفولة.

3- وضع معايير للهياكل والخدمات والممارسات.

4- إشاعة القيم والمعايير الاجتماعية الحامية للطفل والارتقاء بها.

5- وضع منظومات معلوماتية موحدة وموثوق بها، ومنظومة منتظمة وفعالة للتتبع والتقييم والمراقبة.

• الهدف الأول : تقوية الإطار القانوني لحماية الأطفال وتعزيز فعاليته:

تبعاً لما نصت عليه السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة بالمغرب؛ ارتكز الهدف الأول على نقطتين

أساسيتين للحماية: إطار قانوني حمائي، و عدالة ملائمة للأطفال

من أجل التوفر على إطار قانوني حمائي للأطفال؛ يجب إتمام مسلسل ملائمة التشريعات الوطنية مع

الآليات القانونية الدولية المصادق عليها؛ وكذا مع الدستور. وذلك من خلال إجراءات متعددة وهامة؛ تشمل

حماية الطفل من الاستغلال الجنسي أهمها الحرص على عدم تجريم الأطفال ضحايا الاستغلال الجنسي

الأقل من ثمان عشرة (18) سنة في قضايا: الدعارة، والسياسة الجنسية، والمواد الإباحية ، وتجريم المخالفات

المتعلقة بالاستدراج الجنسي، والسياسة الجنسية التي يُورطُ فيها الأطفال؛ وفقاً للاتفاقية الأوروبية حول حماية

الأطفال من الاعتداء والاستغلال الجنسيين؛ والمعروفة باتفاقية جزيرة "لانزاروت LANZAROTE"¹.

وإلزام قطاعات تكنولوجيا الإعلام والاتصال والسياحة والأسفار؛ بالتبليغ عن هذا النوع من المخالفات،

وتنزيل توصيات الميثاق الوطني لإصلاح منظومة العدالة؛ بهدف تعزيز الحماية الجنائية للطفل على اختلاف

وضعيته. ويتعلق الأمر ب :

- مراجعة القانون الجنائي؛ من خلال تجريم عدد من الأفعال الجديدة؛ كالانتحار بالبشر، ومضاعفة

وتشديد العقاب على جملة من الأفعال الجرمية التي يقع الطفل ضحيتها، ومنع أعمال ظروف

¹ - اتفاقية مجلس أوروبا لحماية الأطفال من الاستغلال والاعتداء الجنسي) بالإنجليزية: Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse

هي معاهدة متعددة الأطراف تابعة لمجلس أوروبا توافق فيه الدول بموجبها على تجريم بعض أشكال الاعتداء الجنسي ضد الأطفال وتعتبر أول معاهدة دولية تركز حول قضايا الاعتداء الجنسي الذي يتعرض له الأطفال في المنزل أو من قبل أفراد الأسرة.

التخفيف في كل الاعتداءات التي تستهدفه، مع إحداث تدابير وقائية جديدة لتعزيز حمايته، وبدائل جديدة للعقوبات السالبة للحرية؛ من أجل تقويمه وإعادة إدماجه.

- مراجعة قانون المسطرة الجنائية؛ بما يضمن تعزيز الخصوصية في معالجة قضايا الطفل دون خمسة عشر (15) سنة بشكل عام؛ ومنع سلبه حرته. بالإضافة إلى مؤسسة خلايا التكفل بالنساء والأطفال بالمحاكم. وتطوير دور المساعدين الاجتماعيين في حماية وتتبع وضعية الطفل¹.

وبهدف تقوية تفعيل القوانين، وتيسير ولوج الأطفال للعدالة؛ يجب القيام بمجموعة من الإجراءات الأساسية تبدأ بتبسيط، وتعميم مسطرة التبليغ؛ مع ضمان مشاركة الأطفال الضحايا والأطفال الشهود في مسار العدالة؛ وفقا للمقتضيات المنصوص عليها في اتفاقية حقوق الطفل، والمبادئ التوجيهية للأمم المتحدة المتعلقة بعدالة الأحداث، والقوانين الوطنية الجاري بها العمل؛ خصوصا فيما يتعلق بضمان حق الطفل في الإخبار، وفي الاستماع إليه، وحقه تلقائيا في المساعدة القضائية، وفي توفير الأمن والسرية، والفضاء الملائم، وتسجيل تصريحاته بالفيديو لتفادي تكرار الاستماع إليه؛ وبالتالي تجنبه الآثار النفسية السلبية بتقديم تصريحاته أكثر من مرة أمام العديد من الأشخاص. وتعزز العدالة الملائمة للأطفال بضمان الحق التلقائي للطفل في المساعدة القضائية وتعزيز خلايا حماية الأطفال ضحايا العنف والعمل على تعميمها مع العمل على تسريع المساطر القضائية المتعلقة بقضايا الأطفال ونشر القوانين والمساطر من أجل الإخبار الواسع، والقبال للولوج ويبقى مجال التكوين دور اساسي في ذلك من خلال العمل على تكوين قوات الأمن، والقضاة، وممثلي الإدعاء؛ حول حقوق الطفل، والقوانين والمساطر المتعلقة بحماية الأطفال².

• الهدف الثاني : خلق منظومة ترابية مندمجة لحماية الطفولة :

يقصد بخلق منظومة ترابية مندمجة لحماية الطفولة: إحداث أجهزة ترابية تعمل على تقديم خدمات جيدة النوعية، وسهلة الولوج للأطفال والأسر والمجتمع وذلك على مستويين: مستوى رصد الأطفال ضحايا العنف أو الاعتداء أو الإهمال أو الاستغلال، والتبليغ عن حالتهم والتكفل بهم، وعلى مستوى اتخاذ تدابير وقائية؛ تهدف إلى تحديد ومعالجة هشاشة الأطفال والأسر والمجتمعات المحلية. وبالتالي يمكن تحديدهما في :

1- الأجهزة الترابية المندمجة لحماية الطفولة: الرصد والتكفل وتتبع وضعية الأطفال الضحايا :

يتعلق الأمر على هذا المستوى؛ بوضع مسار مقنن لحماية الطفل؛ يتكون من مجموعة من المراحل أهمها :
أولا - الرصد عن طريق التبليغ، أو الفرق المتنقلة، أو الرقم الأخضر، أو خلايا الاستماع.
ثانيا - المساعدة الفورية في حالات الاستعجال الطبي و/أو الاجتماعي.
ثالثا - التشخيص الأولي (الخبرة الطبية، والطب الشرعي والنفسي)، وتحليل الوضعية الاجتماعية.

¹ - "وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية والمساواة"، السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة ، ص (35).

² - "وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية والمساواة"، السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة ، ص (36).

رابعاً - المواكبة، والتكفل الطبي والنفسي والقضائي والاجتماعي.
خامساً - إعادة التأهيل، وإعادة الإدماج.
سادساً - تتبع وضعية الأطفال.

وهنا وجب في كل مرحلة من هذه المراحل؛ تحديد سلة الخدمات الخاصة. كما يتحتم وضع شروط وآليات إحالة الأطفال والكفالة (وضع منظومة للإحالة، وبروتوكولات التكفل)؛ وذلك اعتماداً على خارطة الفاعلين والمؤسسات، وعلى أدوار ومسؤوليات كل منها؛ مع وضع روابط عملية بين الفاعلين: (لوائح، بطاقات للاتصال، تبادل المعلومات، الدراسة المشتركة لحالات الأطفال).

2- الأجهزة الترايبية المندمجة لحماية الطفولة : الوقاية

يتمثل دور الجهاز على هذا المستوى في تكثيف، وتيسير التنسيق بين المتدخلين. وتفادي خطر تعرض الأطفال للعنف والاعتداء والاستغلال والإهمال؛ من خلال تكثيف التدابير الحمائية، وتعزيز البيئة الحامية على المستوى الترايبى. ويهدف الجانب الوقائي من الجهاز الترايبى المندمج لحماية الطفولة إلى :

- إحداث آليات للتظلم، والرصد المبكر للأطفال والأسر في وضعية هشّة؛ داخل المصالح الاجتماعية للجماعات الترايبية والعمالات والأقاليم.

- ضمان ولوج الأطفال والأسر، والمجتمعات في وضعية هشّة؛ إلى الخدمات الاجتماعية الأساسية. ويتعلق نجاح الجانب الوقائي بشكل حاسم؛ بإدماج أهداف الحماية في السياسات القطاعية، وفي انخراط القطاع الخاص. مع التركيز على ما يلي¹ :

- الولوج للخدمات الصحية عموماً، وخدمات الصحة النفسية بالنسبة للمراهقين، والتكفل بالأطفال في وضعية إعاقة، والأطفال المدمنين.

- المراقبة الفعلية لعدم تشغيل الأطفال في القطاع غير المنظم.

- برامج دعم الأسر.

- إنخراط القطاع الخاص في الوقاية؛ وذلك من خلال: عقد شراكات مع مُزوّدِي خدمات الإنترنت

ووكالات الاتصال؛ لتعزيز حماية الأطفال ضد الاستغلال الجنسي، ووضع برامج وتطبيقات معلوماتية تضمن ولوج الأطفال بشكل آمن للإنترنت، مع تبني قطاع السياحة لمدونة حماية الأطفال من مخاطر الاستغلال الجنسي وانخراط وسائل الإعلام في برامج الإخبار حول حقوق الطفل، والتحسيس بها.

• الهدف الثالث : وضع معايير الهياكل والخدمات والممارسات :

لتحقيق هدف وضع مصالح ومنظومات ناجعة وملائمة، وسهلة الولوج للأطفال والأسر، ينبغي القيام أساساً بما يلي: تعزيز الورش المتعلق بوضع معايير لمؤسسات الاستقبال التي تشتغل عليها مجموعة من

¹ - " وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية والمساواة، "السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة ، ص (37).

القطاعات، وتوحيد الرؤية، وخلق الانسجام والتوافق بين مختلف الفاعلين المعنيين و أهمية توحيد الممارسات من خلال تَبْنِي مرجعية مشتركة. وبهدف تحديد طبيعة الخدمات، والرفع من جودتها؛ ينبغي¹:

- وضع معايير توحّد الممارسة بين مختلف المتدخلين؛ عندما يتعلق الأمر باستقبال الأطفال (النهارى - الليلي - المؤقت - أو الإيواء)؛ مع وضع معايير وقواعد دنيا لمؤسسات الاستقبال تتعلق بشروط الاستقبال، واختصاصات ومهام الموارد البشرية المعنية بذلك.
- توفير آليات التظلم للأطفال، ووضع شروط الإشراف، ومراقبة الخدمات، وتسليم التراخيص، وشهادات المطابقة.

كما تتطلب حماية الطفولة؛ التوفّر على مِهْنِيّين من مجالات متعددة التخصصات. وبهدف توفير موارد بشرية مؤهلة؛ يتحتمّ القيام بجهودات مهمة في مجال تقوية قدرات الموارد المتوفرة، وتكوين موارد بشرية جديدة؛ مع توظيف الموارد البشرية المتواجدة حاليا في هذا المجال. وتشمل الجهود التي ينبغي القيام به؛ تعزيز قدرات المؤسسات الوطنية العاملة في مجال تكوين المهنيين وشبه المهنيين؛ من خلال مساعدتها على إحداث وحدات للتكوين، وتأهيل المكوّنين. وتأهيل الموارد البشرية المتوفرة بناء على جرد دقيق؛ يحدّد الحاجيات تبعا لمواصفات ومستوى تدخل الفاعلين ويبقى وضع مخططات عمل للتكوين المستمر، والرفع من جودته؛ بناء على تقييم شامل لمكتسبات، وممارسات المهنيين أهمية اساسية في وضع معايير للممارسات. مع أهمية توحيد ونشر الأدوات، والدلائل التي أعدّها مختلف الفاعلين في مجال حماية الأطفال، ووضع إطار مرجعي لمهن العمل الاجتماعي؛ يحدّد الفئات والمواصفات، والكفاءات الأساسية الخاصة بكل فئة، والوضعية القانونية والمهنية لكل منها².

• الهدف الرابع : إشاعة القيم والمعايير الاجتماعية الحمائية للطفل والارتقاء بها :

يتطلب توفير حماية أفضل للطفولة؛ تعبئة كل الجهود وفق توافق اجتماعي، ويبقى تحقيق التغيير المنشود رهيناً بمشاركة جميع الأطراف المعنية. فالكثير من أشكال العنف والاستغلال تمارس بسبب التمييز، أو بسبب بعض التمثّلات والتصورات الاجتماعية والتي لا يتم التبليغ عنها بفعل "الطابوهات"، والمقاومات الثقافية. وبهدف النهوض بمعايير اجتماعية حمائية ينبغي إنجاز دراسات - بشراكة مع الجامعة المغربية، أو المنظمات ذات التخصص - تُمكن من الفهم العميق للسلوكات والممارسات والتمثّلات الاجتماعية المتعلقة بحماية الأطفال، وبحقوق الطفل³، القيام بأبحاث ودراسات تساعد على توفير المعرفة بأشكال وأسباب واتجاهات تطور ظواهر العنف، والاعتداء والاستغلال والإهمال، ويبقى لعملية الرصد أهمية قصوى من خلال رصد القيم والمعايير الاجتماعية الحامية للأطفال والنهوض بها وخلق مناسبات لإثارة نقاش مفتوح؛ في

¹ -وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية والمساواة السياسية العمومية المندمجة لحماية الطفولة، ص (38).

² - " وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية والمساواة، "السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة، ص (40).

³ - نفس المرجع السابق، الصفحتان (40) و(41).

المدارس والمؤسسات والمركبات الثقافية والمساجد، وكل وسائل الإعلام؛ حول حماية الأطفال. أما فيما يخص تعزيز الدور الحمائي للأسر؛ فوجب التركيز على برامج للتربية الموجهة للآباء، وتعزيز الدور الحمائي لشبكات التضامن المشكّلة داخل الجماعات والمجتمعات المحلية، وبالنسبة للجانب الخاص بتعزيز الشركاء أهمها تشجيع وتعميم مشاركة الأطفال وإتاحة الفرصة لهم؛ من أجل الانخراط في حوار متفاعل مع باقي أفراد المجتمع، وإبداء الاحترام والتقدير لأرائهم وتطوير الشراكات بين القطاعات العمومية والخواص، وبلورة برامج للتربية على عدم التمييز، وعلى مناهضة العنف. وتنظيم لقاءات التحسيس حول الاستغلال الإلكتروني.

• الهدف الخامس: وضع منظومات معلوماتية موحدة وموثوق بها ومنظومة ومنتظمة وفعالة للتتبع والتقييم والمراقبة :

يكتسي هذا الهدف أهمية بالغة؛ في تقوية عملية التتبع، والتقييم لحماية الطفولة؛ من خلال منظومة موحدة للمعلومات والتتبع والتقييم والمراقبة المستقلة لحقوق الطفل، فعلى مستوى منظومة وحدة المعلومات يقتضي الأمر توفير المعطيات الإحصائية، والتحليل الجيد لهذه المعطيات على المستويين الوطني والمحلي؛ أهمية قصوى في مجال تنفيذ السياسات العمومية، وتتبع وتقييم هذا التنفيذ. لذلك نصت السياسة العمومية لحماية الطفولة بالمغرب على وضع منظومة موحدة، ومركزة ومشاركة بين كل الفاعلين في مجال الحماية؛ من أجل جمع المعلومات حول العنف والاعتداء والاستغلال التي يتعرض لها الأطفال؛ وتحليلها. وذلك من خلال :

- وضع منظومة للمعلومات خاصة بالأطفال في المؤسسات المعنية، وفي مصالح الحماية؛ تسمح بتتبع وضعيتهم.
- وضع منظومة موحدة ومشاركة بين كل الفاعلين؛ لجمع المعلومات حول العنف، والاعتداء والاستغلال والإهمال وتحليلها.
- تعيين هيئة أو بنية مكلفة بتنسيق وإنتاج ونشر معطيات مفصلة ومنتظمة؛ حول كل فئات الأطفال في حاجة للحماية؛ معلومات تمكن من التخطيط والتتبع، وتقييم تنفيذ برامج الحماية.
- إشراك كل الهيئات المعنية بحماية الأطفال؛ على وضع مقاربة نسقية ومنسجمة في مجال جمع وتحليل، ونشر المعلومات¹.

وبالنسبة للتتبع والتقييم وتبعاً لما نصت عليه السياسة العمومية لحماية الطفولة بالمغرب؛ يتضمن تتبع، وتقييم أنشطة وخدمات الحماية، وأثرها على وضعية الأطفال؛ ولا يتم ذلك إلا بوضع خطط لتتبع، وتقييم تنفيذ السياسة العمومية ووضع مؤشرات تمكن من قياس أثر الأنشطة المنجزة في مجال حماية الطفولة مع نشر تقارير دورية منتظمة.

¹ - "وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية والمساواة"، "السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة"، ص (41).

وبهدف تحقيق الملائمة مع مقتضيات الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل؛ والمتعلقة بتوفير آليات مستقلة للمراقبة والتظلم. يجب :

- إحداث آلية للتظلم والمراقبة؛ تكون في متناول الأطفال وتضمن حمايتهم.
- أن يضطلع "المجلس الاستشاري للأسرة والطفولة"؛ بإبداء الرأي حول سياسات الأسرة والطفولة، وبتتبع وتقييم مدى تفعيلها¹.

ولتحقيق ما جاءت به السياسة العمومية لحماية الطفولة؛ وجب على العديد من القطاعات الحكومية؛ التدخل - في نفس الوقت - عند مراحل معينة من مسلسل الحماية. حيث أن رصد حالة طفل وقع ضحيةً عنف والتكفل به؛ يتطلب تدخل عدة مهنيين - في نفس الآن - كالشرطي و/ أو الدركي والقاضي و/ أو الوكيل، والعامل الاجتماعي، والطبيب، و/ أو الطبيب النفسي. وللوقاية من هشاشة الأطفال والأسر تتدخل مصالح وقطاعات متعددة : كالتربية، الصحة، الأمن، الحالة المدنية، والمصالح الاجتماعية؛ دون إغفال الدور الذي يمكن أن تلعبه وزارة الاتصال في إذكاء النقاش المجتمعي حول حماية الطفولة.

وتعد كل هذه التدخلات أساسية لنجاح منظومة الحماية في القيام بمهامها؛ بل إن تفاعلها وتكاملها هو سرُّ فعاليتها. كما أن تناسق وتكامل مساهمات كل الفاعلين فيما بينهم شرطٌ حاسمٌ في حسن سير منظومة الحماية².

من بين أهم تحديات السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة؛ التحدي المرتبط بتحديد شكل ومحتوى المؤسسات التي ستضطلع بالتنسيق على المستويين الوطني واللامركزي. فإذا كانت وزارات : "التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والأسرة"، "العدل"، "الداخلية"، "التربية الوطنية والتكوين المهني"، "الصحة" و"الشباب والرياضة" - بحكم مهامها - أطرافاً أساسية وفاعلة في حماية الطفولة؛ فإن وزارات أخرى تلعب هي الأخرى أدواراً لا تقل أهمية في تحقيق الأهداف المنوطة بالمنظومة المندمجة لحماية الطفولة؛ كوزارات: "الاتصال"، "التشغيل"، "السياحة" و"المندوبية الوزارية لحقوق الإنسان" الخ. ويبقى التحدي الأكبر هو أن تتوفر الهيئة المسؤولة عن قيادة السياسة العمومية في تعبئة كل هؤلاء الفاعلين، وتنسيق عملهم. وهنا يأتي دور "اللجنة الوزارية المكلفة بتتبع تنفيذ السياسات والمخططات الوطنية في مجال النهوض بأوضاع الطفولة وحمايتها"³. وتعتبر هاته اللجنة - التي تم ترسيمها بمقتضى المرسوم الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ (19) تشرين ثاني/نونبر سنة (2014) - هيئةً رفيعةً المستوى يرأسها السيد رئيس الحكومة. وتتكون من أكثر من اثنين وعشرين (22) قطاعاً حكومياً، وثلاث (3) مؤسسات وطنية. كما

¹ - نفس المرجع السابق، ص (42).

² - ومن جهة أخرى، فإن العديد من الوزارات والمؤسسات الحكومية قام بإصلاحات هيكلية، أو أنها بصدد القيام بها حالياً. أما على المستوى الترابي؛ فهناك عدة برامج جارية منذ سنوات؛ كما هو الشأن بالنسبة للمبادرة الوطنية للتنمية البشرية، والمخططات الجماعية للتنمية. في حين أطلقت الجمعيات، والأطفال، والشباب، وبعض فعاليات القطاع الخاص مبادرات متعددة. أنظر "وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والأسرة"، السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة"، ص (41).

³ - المرسوم رقم (2.14.668)، الصادر في (25) من محرم (1436) هجرية، الموافق (19) تشرين الثاني/نونبر، سنة (2014).

لعبت دورا مهما في إعداد السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة. وتستطيع هذه اللجنة - بحكم تركيبتها ومهامها- تأمين مشاركة فعالة لمختلف القطاعات المعنية، واتخاذ القرارات السياسية والمالية لتطبيق السياسات العمومية، وضمان بقاء حماية الأطفال على رأس أولويات السياسة الوطنية.

وترتكز أدوار اللجنة على تعزيز التنسيق بين القطاعات الحكومية لتنفيذ القرارات الإستراتيجية والسياسية التي تتخذها اللجنة الوزارية. وتحت إشراف "وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والأسرة"؛ تلعب هذه اللجنة دوراً مهماً في انخراط القطاعات الحكومية في تنزيل السياسة العمومية. وباعتبارها السلطة الحكومية المسؤولة عن الطفولة؛ تسهر هذه الوزارة أيضا على تفعيل مجموعة من الأوراش الهامة؛ أهمها :

- تنفيذ وتتبع مخططات العمل السنوية المتعلقة بتفعيل السياسة العمومية.
 - وضع قاعدة معلومات مندمجة حول تفعيل حقوق الطفل؛ بما في ذلك الحق في الحماية.
 - رفع تقارير دورية، وتقريراً سنوياً حول تفعيل السياسة العمومية، والبرامج ومخططات العمل القطاعية المتعلقة بها إلى اللجنة الوزارية.
 - التعاون مع منظمات المجتمع المدني والمؤسسات الدستورية. سواء تلك التي تم إحداثها، أو التي مازالت في طور الإحداث ك: "المجلس الوطني لحقوق الإنسان"، "المجلس الاستشاري للأسرة والطفولة"، "المجلس الاستشاري للشباب والعمل الجمعي"، وأيضا مع تنظيمات الأطفال والشباب، والقطاع الخاص، والشركاء الدوليين.
- إن مضامين السياسة العمومية لحماية الطفولة شملت كل أوجه الحماية الهامة للطفل المغربي وأوصت بأهمية تدخل كل القطاعات من أجل تفعيل ناجع وسليم وذو مردودية، فما هي إذن أهم الإنجازات التي حققها تنفيذ مضامينها على أرض الواقع وأين تتمثل معيقات وإكراهات التفعيل؟ هذا ما سنتعرف عليه من خلال المحور الثاني لهذا المقال .

المحور الثاني: السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة بين تحقيق الأهداف وإكراهات التنزيل:

شملت عملية تنزيل مقتضيات السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة بالمغرب، تحقيق وبلوغ عدد من الإنجازات المقررة وفق الأهداف الخمسة لهذه السياسة ، إنجازات متفاوتة وفقا لمجموعة من الاكراهات والمعوقات الاستراتيجية والاجرائية التي تحول دون الوصول الى تحقيق شامل ومتكامل لهذه الاهداف الاساسية :

المطلب الأول : إنجازات متفاوتة لمضامين السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة :

انطلاقا من الحصيلة النصف مرحلية للبرنامج الوطني التنفيذي للسياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة والتي تم تقديمها في اللجنة الوزارية بتاريخ 30 أبريل 2019، يمكن استخلاص مجموعة من المنجزات

المتعلقة بتنفيذ البرنامج حسب الأهداف الاستراتيجية الخمسة للسياسة العمومية فعلى مستوى الهدف الاول والمتعلق بتقوية الإطار القانوني لحماية الأطفال وتعزيز فعاليته تم تحقيق مجموعة من الانجازات :

- اعتماد 11 نفا قانونيا جديدا شملت مجموعة من المجالات ،نذكر منها على سبيل المثال، تعزيز حماية الفتيات أقل من 18 سنة ضد العنف والاستغلال الجنسي والإكراه على الزواج ، وتعزيز حماية الأطفال ضد جريمة الاتجار بالبشر والاستغلال في العمل المنزلي، ومخاطر الإعلام.
- صدور قوانين أخرى تتعلق بتحسين التكفل بالأطفال داخل مؤسسات الرعاية الاجتماعية وتعزيز حق الأطفال في وضعية إعاقة في التمدرس إضافة إلى وضع آلية وطنية للطعن في انتهاكات حقوق الطفل
- إحداث لجان محلية ولجان جهوية للتنسيق على مستوى الدائرة القضائية، وتحسين بنيات وخدمات خلايا التكفل بالنساء والأطفال المتواجدة بمجموع المحاكم الابتدائية والاستئنافية والنهوض بقدرات العاملين مع الأطفال داخل منظومة العدالة¹.

ويبقى للجانب المؤسساتي أهمية كبرى في تفعيل مقتضيات وبرنامج السياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة من خلال ما جاء به الهدف الثاني والثالث للسياسة العمومية ، حيث تم إعداد مشروع برنامج لإحداث الأجهزة الترابية المندمجة لحماية الطفولة² على مستوى الأقاليم وتنظيم لقاءات تشاورية والقطاعات الحكومية المعنية والجمعيات العاملة في مجال الطفولة ليقدم بذلك مشروع البرنامج أثناء اجتماع اللجنة الوزارية ليوم 30 أبريل 2019. يتكون هذا البرنامج من مجموعة من التدابير الهادفة إلى تعزيز منظومة حماية الطفولة ضد مختلف أشكال الإهمال والعنف والاستغلال على المستوى الإقليمي، أهمها : إحداث لجن إقليمية لحماية الطفولة، إحداث مراكز المراقبة لحماية الطفولة، وضع برنامج للتكوين في مجال الطفولة، وضع منظومة معلوماتية إقليمية لتتبع الطفل في مدار الحماية، وضع أدوات عملية تمكن من تحقيق الالتقائية البرامج والخدمات القطاعية المتعلقة بحماية الطفولة³.

¹ - "وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية" الساسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة بالمغرب 2015-2025 أنظر الموقع الإلكتروني <https://social.gov.ma/>

² - يندرج هذا البرنامج في إطار تفعيل الهدف الاستراتيجي الثاني للسياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة بالمغرب 2015-2025 المتعلق بإحداث أجهزة ترابية مندمجة لحماية الطفولة وفي إطار تفعيل منشور السيد رئيس الحكومة رقم 11/2019 بتاريخ 26 يوليوز 2019 حول موضوع تنزيل الترابي للسياسة العمومية المندمجة لحماية الطفولة كما يندرج هذا البرنامج في إطار تفعيل الميثاق الوطني لفائدة الطفولة المنبثق عن أشغال الدورة 16 للمؤتمر الوطني لحقوق الطفل، الذي نظمته المرصد الوطني لحقوق الطفل في نوفمبر 2019 تحت الرعاية السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله والرئاسة الفعلية لصاحبة السمو الملكي الأميرة لأميريم حيث أعطى هذا الميثاق دفعة نوعية لتسريع إطلاق هذه الأجهزة .

³- "وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية" برنامج إحداث الأجهزة الترابية المندمجة لحماية الطفولة"، أنظر الموقع الإلكتروني

فعلى مستوى إحداهن اللجن الإقليمية لحماية الطفولة؛ تم إصدار قرارات عملية بشأن إحداهن اللجن الإقليمية لحماية الطفولة همت هذه القرارات سبعة أقاليم من مجموع ثمانية أقاليم مستهدفة سنة 2020 وبناء على ذلك تم إحداهن هذه اللجن بكل من طنجة، أصيلة، سلا الدار البيضاء أنفا مكناس مراكش أكادير والعيون .

كما أطلقت وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والأسرة بداية سنة 2021 بتنسيق مع القطاعات الحكومية المعنية مسار إحداهن الأجهزة الترابية بـ 10 أقاليم جديدة تشمل ملا من بني ملال، سيدي قاسم، فاس، الجديدة، تارودانت، تاونات، الراشدية، وجدة، القنيطرة، سطات

وفي اتجاه وضع مراكز المراقبة لحماية الطفولة قام القطاع الوصي بوضع دفتر تحملات "مراكز المراقبة لحماية الطفولة" وقام في إطار اتفاقية شراكة مع التعاون الوطني، وبالتعاون مع المبادرة الوطنية للتنمية البشرية والجماعة الترابية، بإحداهن هذه المراكز بسبعة أقاليم من مجموع ثمانية أقاليم مستهدفة، وذلك بكل من طنجة - أصيلة سلا الدار البيضاء أنفا مكناس مراكش أكادير العيون¹.

وبهدف تعزيز عمل هذه اللجن والهيئات المحلية المندمجة تم وضع برنامج تكويني يهدف إلى مراقبة الأجهزة الترابية المندمجة لحماية الطفولة بالتعاون مع الاتحاد الأوروبي واليونسيف امتد على مدى 11 شهرا خلال الفترة بين يونيو 2020 وأبريل 2021، وذلك من خلال (13) ثلاثة عشر دورة تكوينية أشرف على تأطيرها وتنشيطها (11) إحدى عشر خبيرا مغربيا وأجنيبيا، بالإضافة إلى أطر وزارة القطاع الوصي².

ويبقى للجانب المتعلق بوضع منظومة معلوماتية مدمجة لتتبع الطفل بمدار الحماية، قامت وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والأسرة بإعداد منظومة معلوماتية مدمجة لتتبع الطفل في مدار الحماية، حيث بدأ تجريب المنظومة المعلوماتية بـ "مركز المراقبة لحماية الطفولة" بسلا انطلاقا من 25 مارس 2021³.

وقد تم إعداد هذه المنظومة المعلوماتية بدعم من الاتحاد الأوروبي وبالتنسيق وتشاور مع القطاعات الحكومية المعنية والمؤسسات العمومية التابعة لها والسلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة وإلى جانب ذلك تعمل على تعميم المرحلة التجريبية لهذه المنظومة على سبع أقاليم إضافة إلى توفير دليل لاستعمال وقواعد ومساطر تدبير المنظومة المعلوماتية وإطلاق برنامج للتكوين حول استعمال المنظومة المعلوماتية على غرار البرنامج التكويني الذي تم تنظيمه بسلا بداية شهر أبريل 2021 .

وضمانا لاستمرارية ورش إطلاق الأجهزة الترابية المندمجة لحماية الطفولة "برنامج ولادنا" وضعت الوزارة الوصية خطة عمل في هذا الشأن لسنة 2021 تتضمن مجموعة من الأنشطة أهمها:

¹- نفس المرجع السابق .

²- استفاد من هذا البرنامج العاملون بـ "مراكز المراقبة لحماية الطفولة" التي تم افتتاحها بكل من طنجة ، سلا، مكناس، الدار البيضاء-أنفا مراكش أكادير والعيون بمعدل 80 مشاركا في كل دورة وينسبة حضور تراوحت بين 60% و 95% .

³- "وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية" برنامج إحداهن الأجهزة الترابية المندمجة لحماية الطفولة"، أنظر الموقع

- مواكبة اللجن الإقليمية لحماية الطفولة لإنجاز تشخيص إقليمي للخدمات والهياكل وخطط عمل إقليمية لحماية الطفولة
 - تقييم المرحلة التجريبية للمنظومة المعلوماتية وإطلاقها في الأقليم المستهدفة مع مواكبة الفاعلين من أجل تيسير استعمالها وصيانتها
 - إطلاق برنامج التكوين في مجال حماية الطفولة لفائدة الفاعلين في العمالات والأقاليم المحتضنة لأجهزة الترابية الجديدة، بناء على نتائج تقييم البرنامج الأول،
 - مواصلة مسار إعداد البروتوكول الإطار لحماية الأطفال ومواكبة الفاعلين الترابيين لتفعيله¹.
- ولنجاعة عمل المؤسسات المعنية لاستقبال الاطفال فقد تم تسجيل العديد من التدابير المتخذة والهادفة إلى وضع وتعزيز معايير المؤسسات والممارسات وتشمل:
- إعداد مشروع القانون رقم 35.16 المتعلق بالعاملين الاجتماعيين؛
 - تأهيل المعهد الوطني للعمل الاجتماعي، من خلال إصدار مرسوم إعادة تنظيم المعهد الوطني للعمل الاجتماعي (21 شتنبر 2016)، وإتمام الإجراءات البيداغوجية المتعلقة بإرساء نظام شواهد الإجازة والماستر والدكتوراه؛
 - إنجاز مرجع مهن وكفاءات العاملين الاجتماعيين في مجال حماية الطفولة ومرجع للتكوين واثمين المكتسبات للعاملين الاجتماعيين في مجال حماية الطفولة.
 - توظيف 140 عاملا اجتماعيا مختصا في مجال الطفولة، و13 أخصائيا نفسيا في العمل الاجتماعي، لاستقبال ومواكبة الأطفال في وضعية صعبة بمؤسسات الرعاية الاجتماعية.
 - تنظيم 14.838 يوما تكوينيا لفائدة العاملين ب 516 مؤسسة للرعاية الاجتماعية للطفولة، وإنجاز 48 دورة تكوينية لفائدة 1230 مستفيدا ومستفيدة، في إطار برنامج «ارتقاء» لتأهيل الجمعيات العاملة في المجال الاجتماعي؛
 - تنظيم دورات تكوينية حول أساليب الإنصات للأطفال لفائدة 100 إطار تربوي بمراكز حماية الطفولة ومندوبي الحرية المحروسة والباحثات العائليات؛
 - تكوين أكثر من 300 مساعد اجتماعي بمؤسسات الرعاية الاجتماعية في مجال حماية حقوق المهاجرين واللاجئين؛
 - تنظيم دورات تكوينية لفائدة أعوان تفتيش الشغل بشأن القانون 19.12 بتحديد شروط الشغل والتشغيل المتعلقة بالعمالات والعمال المنزليين².

¹ -"وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية" برنامج إحداث الأجهزة الترابية المندمجة لحماية الطفولة" أنظر الموقع الإلكتروني :

<https://social.gov.ma/>

² - نفس المرجع السابق.

أما على مستوى الهدف الاستراتيجي الرابع المعني بالنهوض بالمعايير الاجتماعية الحمائية فإنه يتكون من ثلاث مكونات أساسية تشمل توفير حماية أفضل للطفولة من خلال مشاركة جميع الأطراف المعنية، والحد من انتشار العنف القائم على التمييز وعلى تمثلات وتصورات اجتماعية ضارة، وتعزيز ثقافة التبليغ ضد العنف. وتم في هذا الإطار:

- إطلاق برنامج «إ-سلامة» لحماية الأطفال على الأنترنت، ووضع خطة للتكوين في مجال التربية الوالدية، وتنظيم ورشات تكوينية لفائدة الجمعيات العاملة في مجال الأسرة والطفولة، ولفائدة الفاعلين المؤسساتيين حول موضوع المعايير الاجتماعية الحمائية للأطفال وموضوع التواصل من أجل التنمية¹.
- تعميم ونشر التكوين وفق مقاربة التثقيف بالنظير والمهارات الحياتية من خلال إعداد وطبع الحقيبة التربوية الخاصة بالتثقيف بالنظير والمهارات الحياتية وتكوين المنسقين الجهويين بالمراكز الجهوية للوقاية ومناهضة العنف بالوسط المدرسي حول محتوياتها. كما تم تسجيل استفادة 100 إطار تربوي من مراكز حماية الطفولة ومندوبي الحرية المحروسة والباحثات العائليات من دورات تكوينية حول أساليب الإنصات للأطفال، وتجديد مكاتب مجالس الأطفال بمراكز حماية الطفولة؛
- توجيه خطب الجمعة في موضوع الطفولة وحمايتها، وتنظيم ندوات ودروس دينية وعظية ومحاضرات تربوية بعدد من مساجد المملكة حول حماية الطفل في الشريعة الإسلامية وخطورة العنف ضد الأطفال، والمسؤولية الجماعية في حماية الطفولة، ومهارات التواصل مع الأطفال، والطفل والإعلام
- و في أفق وضع منظومة متكاملة للمعلومات والتتبع والتقييم والمراقبة، يمكن تسجيل بعض التقدم المحرز في مجال تتبع تنزيل البرنامج الوطني التنفيذي للسياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة، وذلك كما يلي:
- الشروع في العمل على وضع نظام معلوماتي متعلق بمتابعة تنفيذ توصيات الآليات الأهمية لحقوق الإنسان؛
- إحداث البوابة المعلوماتية "مرصد" الخاصة بالتبليغ وتتبع جميع حالات العنف بالوسط المدر
- مراجعة المنظومة المعلوماتية المتعلقة ببرامج صحة الأم والطفل والتنظيم العائلي والعلاجات الأساسية وذلك وفق الأولويات الجديدة لوزارة الصحة فيما يخص صحة الطفل.
- تطوير البرنامج الإحصائي على صعيد وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي، وهو برنامج يمكن من الحصول على معطيات وبيانات كمية حسب نوع التعليم الأولي، وحسب الجنس، وحسب الوسط، والأقاليم والعمالات والجهات.

¹- وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية، "مشروع النهوض بالمعايير الاجتماعية الحمائية"، انظر الموقع الالكتروني :

وبالعودة إلى تفعيل الهدف الاستراتيجي الرابع للسياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة المتعلق بالنهوض بالمعايير الاجتماعية الحامية للأطفال، أطلقت وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والأسرة، الحملة الوطنية التواصلية لحماية الأطفال ضد العنف والاستغلال والإهمال، ما بين أكتوبر 2020 ومارس 2021، وذلك بهدف التعريف بقيم وعادات المجتمع المغربي التي تعزز حماية الأطفال، ونشر المعارف والقيم التي تتطور بتطور العلوم الطبية والنفسية والاجتماعية، بالإضافة إلى تعزيز ثقافة التبليغ والتعريف بالقوانين والمؤسسات المتعلقة بمختلف أشكال العنف، بما في ذلك العنف الجنسي.

وتعتمد هذه الحملة التواصلية على بث أشرطة فيديو في مختلف وسائل الإعلام بغية المساهمة في إثارة نقاش عمومي حول حماية الأطفال من مختلف أشكال العنف، يؤطره خبراء في العلوم الطبية والنفسية والاجتماعية والاقتصادية والقانونية والدينية.

وقد تم في هذا الإطار إنجاز ما يلي:

- إعداد ونشر شريط تحسيسي حول حماية الأطفال من العنف الجنسي؛
- إعداد ونشر شريط للنهوض بمعايير حماية الطفولة؛
- إعداد مرجع وطني ودليل عملي في مجال مشاركة الأطفال.

ورغم كل الانجازات المشار إليها والمحققة تبقى هناك العديد من التساؤلات تطرح عن فعالية ونجاعة البرنامج التنفيذي للسياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة والأجهزة الترابية المندجة لحماية الطفولة وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني من المحور الثاني.

المطلب الثاني: معيقات تفعيل السياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة :

رغم الأهمية من وضع البرنامج الوطني التنفيذي للسياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة 2015-2020 لتفعيل اهداف السياسة العمومية من خلال تدابير دقيقة لمجال تدخل كل فاعل في اطار جدولة زمنية محددة في خمس سنوات، واعتبارا للظروف الاستثنائية بفعل جائحة كوفيد19 الا أن مرور ازيد من 7 سنوات من إقرار السياسة العمومية يطرح بإلحاح شديد مدى فاعليتها في تعزيز الحماية القانونية والاجتماعية للطفل المغربي.

من جهة أخرى فالعودة الى مضامين البرنامج الوطني التنفيذي للسياسة العمومية والذي حددت فترة تفعيله من سنة 2015 الى سنة 2020 يؤكد أن هناك تعثرا كبيرا في الإلتزام به، فالهدف الأول المتعلق بتقوية الإطار القانوني لحماية الأطفال يعرف تعثرا كبيرا، في اعداد وتعديل عددا من القوانين والتشريعات، منها تأخر اخراج المراسيم التنظيمية لدخول القانون رقم 65.15 المتعلق بمؤسسات الرعاية الاجتماعية حيز التنفيذ منذ اقراره سنة 2018، ثم القانون المؤطر لنظام اسر الإستقبال الذي لم يرى النور بعد على الرغم من برمجة موعد اقراره في غضون سنة 2020¹.

¹-"بولعلام مبارك"، "ست سنوات من السياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة 2015-2025: ماذا بعد...؟"، انظر الموقع الالكتروني :

كما يلاحظ غياب أي نقاش عمومي او تفاعل عمومي لمواكبة وتقييم السياسة العمومية بعد مرور أكثر من نصف المدة المخصصة لها، واستخلاص الدروس والعراقل بشأنها، بعيدا عن اجتماعات اللجنة الوزارية المكلفة بتتبع تنفيذ السياسات والبرامج الخاصة بالطفولة، وهو ما يكرس موسمية النقاش العمومي في قضايا الطفولة.

وبالنسبة للأجهزة الترابية المندجة لحماية الطفولة لعل من اهم الأهداف التي حملتها السياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة تنصيبها على احدات أجهزة ترابية مندمجة لحماية الطفولة، ومنه أصدر منشور لرئيس الحكومة سنة 2019 لتنزيل هذه الأجهزة، وفي مرحلة أولى ثم التأكيد على احدات أجهزة ترابية في ثمانية أقاليم نموذجية.

وبالرغم من الملاحظات التي يثيرها تشكيل هذه الأجهزة، واختصاصاتها، ودور مختلف الفاعلين، فان تفعيلها هي الأخرى يتسم بالبطء الشديد ويؤكد غياب رؤية وتصور واضح لتفعيلها بشكل سليم وبناء على ارض الواقع.

من جانب اخر تثير هذه الأجهزة الترابية ضبابية في اليات اشتغالها خصوصا في هذه المرحلة التأسيسية، مع العلم ان الجهات المعنية تؤكد انها لا تستهدف من وراءها احدات اليات جديدة او برامج او توظيف موارد بشرية جديدة او بنيات جديدة بقدر ما هي عقلنة وترشيد لما هو موجود¹.

ومن خلال الاطلاع على العديد من الدراسات والتقارير التي أنجزت، سواء من طرف الدولة ومنظمة اليونيسف والمجتمع المدني، وكذا تحليل الملاحظات الختامية التي أدلت بها لجنة حقوق الطفل حول التقارير التي يتقدم بها المغرب يتضح أن بعض المعايير والممارسات الضارة بالأطفال ما تزال منتشرة في مجتمعنا، وأن السياسات العمومية المتعلقة بالطفولة تفتقر إلى التنسيق ولا تحضى بالتتبع والتقييم الضروريين كما أن عددا كبيرا من الأطفال مازالوا عرضة لمظاهر عنف متعددة وللأشكال الفظيعة منه بشكل خاص، وبالتالي، فإن التحقيق الفعلي لحقوق الطفل، وعلى وجه الخصوص، حقه في الحماية، مازال مثار قلق وانشغال، بل وتعتبر بعض المنظمات الحقوقية أننا بلادنا لازالت بعيدة عن ملاءمة التشريعات الوطنية مع أحكام ومقتضيات الاتفاقيات الدولية لحقوق الطفل².

ويمكن أن نورد على سبيل المثال بعضا مما جاء في التقرير المهم الذي أعده المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي المعنون بـ " فعالية حقوق الطفل، مسؤولية الجميع " الذي أنجز سنة 2016، حيث سجل من بين ما سجل أن كل السياسات التي يتم تفعيلها إلى حدود اليوم تتميز بطابعها القطاعي وغياب إطار متفق بشأنه للتنسيق بين القطاعات على المستوى المركزي وعلى المستوى الترابي: خصوصا وأن ظواهر العنف والاعتداء والاستغلال والإهمال في ظواهر معقدة ومتعددة الأبعاد تقتضي تدخلات منسجمة بين فاعلين من تخصصات

¹ - انظر نفس المرجع السابق.

² - كلمة رئيس مجلس المستشارين حول السياسة العمومية للهوض بالطفولة بالمغرب، انظر الموقع الإلكتروني : <http://www.chambredesconseillers.ma>

متعددة يشتغلون على مستويات مختلفة. كما يسجل التقرير أن هذه السياسات لا تحظى بالتبعية والتقييم الكافيين، وتفتقر إلى التنسيق والرؤية المنسجمة ومن محدودية الأجرأة على المستوى الترابي¹.
وعليه فإنه من خلال النظر إلى السياق الدولي والوطني العام الهادف إلى تعزيز مجالات حقوق الطفل، فإن الوقت يعتبر ملائماً لإعادة بناء نظام حمائي على أسس جديدة للطفل المغربي لاستحضار تام لكل الالتزامات الدولية الوطنية و الوعي بكل التحديات التي تعيق تفعيل السليم ولما لا ان نرتقى بحماية الطفولة لتصبح إحدى أولويات الأجندة السياسية الوطنية ودمج حقوق الطفل في ميزانيات القطاعات الوزارية وعليه نقترح الآتي :

- تبنى مقاربة منسجمة أفقية ونسقية لتدخل في تفعيل مقتضيات السياسة العمومية المنسجمة لحماية الطفولة.
- الحصر الدقيق لمعيقات تفعيل السياسة العمومية المنسجمة لحماية الطفولة.
- وضع ميزانية متعددة السنوات على أساس مؤشرات مرتبطة بحقوق الطفل وتوسيع دائرة الحصول على الاعتمادات من القطاع الخاص والتعاون الدولي
- اشراك فعال ومنسق للمجتمع المدني والقطاع الخاص
- التكوين المستمر والمندمج للموارد البشرية التي تشتغل في ذات المجال .

¹ - نفس المرجع السابق .

❖ المراجع المعتمدة :

- التقارير والدراسات :

- المرسوم رقم (2.14.668) ، الصادر في (25) المملكة المغربية ، خطة العمل الوطنية للطفولة (2006-2015) - "مغرب جدير بأطفاله" - كانون أول/ دجنبر (2005) وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية والمساواة " ، "البرنامج الوطني التنفيذي للسياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة " 2015-2022.
- "وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية والمساواة " ، مسلسل إعداد السياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة بالمغرب ، التقرير المرحلي - حزيران/ يونيو (2013) .
- المملكة المغربية ، رئيس الحكومة ، "منشور السيد رئيس الحكومة في موضوع: التنزيل الترابي للسياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة 2015-2025 ، عدد 2019/11 الصادر بتاريخ 26 يوليوز 2019 الموافق لـ 23 ذو القعدة 1440) من محرم (1436) هجرية، الموافق (19) تشرين الثاني/ نونبر ، سنة (2014)

- المواقع الالكترونية :

- بولعلام مبارك" ، "ست سنوات من السياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة 2015-2025 / مابعد...؟ الموقع الالكتروني: www.albalad.ma
- "وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية" السياسة العمومية المندجة لحماية الطفولة بالمغرب 2015-2025 الموقع الالكتروني: www.social.gov.ma
- "وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية" ، "مشروع النهوض بالمعايير الاجتماعية الحمائية" ، الموقع الالكتروني: www.social.gov.ma
- "وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية" "برنامج إحداث الأجهزة الترابية المندجة لحماية الطفولة" ، الموقع الالكتروني www.social.gov.ma
- كلمة رئيس مجلس المستشارين حول السياسة العمومية للنهوض بالطفولة بالمغرب ، انظر الموقع الإلكتروني : www.chambreconseillers.ma

الأمن العقدي بين رضى الشكلية وشكلية الرضى

Contractual security between the satisfaction Of formality and the formality of satisfaction



**عبد الخالق الناجي حاصل على شهادة الدكتوراه في
القانون الخاص بكلية الحقوق بفاس محام لدى هيئة المحامين بفاس**

Abdul khaliq Al-naji : holds a Ph.D - in Law of
The Faculty of Law of Fez , a lawyer in Fez - morocco

ملخص:

من الجلي على أن للعقد قوة تساوي قوة القانون بالنسبة لعاقديه كأصل وللغير كاستثناء، عقد بعد أن كان يستمد آثاره وجزائه من سلطان وإرادة مستهلك خدمته وفقا للقاعدة التشريعية التي تؤسس لذلك من منطلق أن العقد ما هو إلا شريعة للمتعاقدين، وهو العقد الذي أضحي محاطا بضوابط نظامية شكلية كتابية وتوثيقية قيدت إرادة المتعاقدين وأخضعت سلطانهم تحت جزاء إثارة مسؤوليتهم العقدية التعويضية للأضرار المترتبة عن إبرام هذا العقد لعيب من العيوب التي فرضت بطلان وإبطال هذا الأخير، بل وبالعقد نموذجي وجاهز تجاوز كلا من الرضائية والشكلية.

تحولات فرضت الحديث عن بزوغ مجموعة من العقود من قبيل العقد الرضائي أو العرفي انتهاء بما سمي بالعقد الرسمي الشكلي، وبغايات تشريعية تمثلت في حماية حقوق المتعاقدين الفضلى تحت غطاء مفاهيم أمن قانوني وعقدي وحقوقى لهؤلاء، تغييرات ظهرت ملاحظها الأساس في صراع نظريتين وقاعدتين هما رضى

الشكلية "سلطان الإرادة"، وشكلية الرضى "سلطان الكتابة"، تسعى كل منهما إلى فرض سيطرتها على العقد.

والجلي وبشكل مفترض لا يقبل إثبات العكس أن قوة العقد اليوم بشكليته والضوابط القانونية النظامية المقيدة لأحكامه بدءاً من تكوينه حتى تنفيذه، إنما فرضت أفول سلطان إرادة مستهلكي خدمة ومنتوج هذا العقد، مسجلة ملامح تحول من رضى الشكلية إلى شكلية وتقنين هذا الرضى التعاقدى، وبتراجع لقواعد رضائية العقد أو ما قد نسميه بالحرية التعاقدية التي تستند لضمير المتعاقد "الفصل 19 و 230 و 231 و 235 من قانون الالتزامات والعقود..."، وبزوغ حالي مستجد ونظامي لشكلية ورسمية العقد أو ما قد نسميه عقدا جاهزا ومقيدا يعتبر فيه الرضى والإرادة عنصرا مكتملا لتبهيء هذا العقد ليس إلا "الفصل 418 و 489 من قانون الالتزامات والعقود وكذا المادة 12 من القانون 18.00 أضيف إلى ذلك المادة 4 من القانون 51.00 أضيف إلى ذلك المادة 3 من القانون 107.12 المتممة للفصل 618 من قانون الالتزامات والعقود، أضيف إلى ذلك المادة 4 من مدونة الحقوق العينية 39.08..."

ملاحح فرضت الحديث عن قوة العقد التنفيذية والتوازن التعاقدى الضامن لحقوق أطرافه الفضلى بشكليته ورسميته لا بسلطان إرادة عاقدية، وإن بتسجيل انتقادات من وجهتنا لم تقتصر فقط على العيوب والقصور الذي طال مؤسسة سلطان الإرادة بل متجاوزة إياه حتى لهذه الشكلية التي أبانت عن قصورها ضمان عدالة تعاقدية لحقوق مستهلكي خدمة هذا العقد بشكل أساس.

• كلمات مفتاحية: الأمن العقدي، الأمن التعاقدى، التراضي، سلطان الإرادة، الشكلية، الرسمية، الحرية التعاقدية، التوازن العقدي، العقد شريعة المتعاقدين، اضطراب نظرية العقد.

Abstract :

It is clear that the contract has a force equal to the force of the law for the contracting parties as an asset and for others as an exception, after it used to derive its effects and consequences from the authority of the will of the consumer who benefited from its services, the contract has become a law for the contracting parties, it is a contract that has been surrounded by formal and written regulatory controls, which bind the will of the contracting parties under the penalty of invoking their contractual liability to compensate for the damages resulting from the conclusion of this contract, due to defects that render it null and void, and even beyond any agreement or formality.

The transformations imposed led to the emergence of a series of contracts, starting from the consensual or customary contract, ending with what is now known as the formal contract, these legislative purposes aimed to protect the

rights of the contracting parties under to cover of legal, contractual, and rights based security concepts.

The changes manifested themselves primarily in the conflict between two theoretical and doctrinal foundations : the formal consent of the will and the formalism of cosent, each of them seeks to impose its control over the contract.

The apparent and assumed concusion is that the strength of a contact today lies in its legal and regulatory constraints that govern its provisions from formation to execution, however the decline in the authority of consumer service and product users has transformed the features of this contract from substantive consent to formal consent, thus regulating this contractual consent , the contractual rules, or what we may call contractual freedom, are based on the consciene of the contracting parties (articles 19-230-235 of the law of obligations and contracts), with the emergence of my current state, both formal and oficial aspects of the contract, or what we may call a prepared and regulated contract, consider consent and will as complementary element to establish this contract (articles 418- 404- 489 of the law of obligations and contract, as well as article 12 of the law of joint ownership 18.00, additionally, consider articles 4 of the tenancy law which leads to property ownership 51.00, articles 3 of law 107.12 which regulates the sale of property under construction and complements articles 618 of the law of obligations and contracts, and articles 4 of the real rights code 39.08...).

The features imposed necessitated the discussion of the power of the executive contract and the contractual balance that guarantees the superior rights of its parties, in terms of its complexity, nomenclature, and documentation, not by the authority of ordinary will alone.

Criticisms were not limited to the shortcomings and limitations that have affected the institution of the authority of will, but they have surpassed even the formal institution and its limitations, which guarantee contractual justice for the rights of service consumers fundamentally.

Keywords : Contractual security ,Contractual security , Consent or agreement ,Sovereignty of will ,Formality ,Formalism ,Contractual freedom , Contractual equilibrium ,The contract is the law of the contracting parties , Disruption of contract theory

مقدمة :

لقد فرضت حاجة المتعاقد مستهلك خدمة العقد إلى إقدامه على العديد من التصرفات شخصية كانت أو بشكل نيابي عن غيره مدنية كانت أو تجارية عقارية أو أسرية، تصرفات فرضت وبشكل لا يقبل اثبات عكسه خطورة في الآثار التي ترتبها وفي ضمان حقوق كل مقدم عليها، ممهدة الطريق لبزوغ عقود تعددت في أشكالها بين العرفية والرسمية وللأشخاص المؤهلة الناظرة فيها.

فالجلي إذن أن المتعاقد وحقوقه قد تأثرت بهاته العقود التي منها من ظلت محافظة على مبادئها التقليدية متميزة برضائية وسلطان إرادة أطرفها، والتي منها من أظفى شكلية ورسمية تدخل فيها المشرع وبشكل نظامي مقيدا هاته الرضائية.

أوضاع وضعت المتعاقد في صراع بين مبدأ قوة سلطان إرادته ورضائيته في تكوين العقد كأصل إلى بزوغ قواعد تشريعية حديثة من قبيل الرسمية والكتابة والشكلية كاستثناء قيد حرية مستهلكي هاته العقود، لتتقرر معها ملامح تحول هذا الاستثناء إلى أصل وبقاعدة وازنتها مفاهيم حديثة فرضت الحديث عن معالم أمن قانوني توثيقي وعقدي بشكل أساس له ضماناته في تهبيء عقود ضامنة لحقوق زبنائها.

فالجدل الدائر اليوم بين قوة العقد في ضمان الحقوق من عدمها والجزاءات التشريعية التي تقررت بمناسبة عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب أو التأخر في تنفيذ التزامات عاقديه، أو بوجود عيوب رضائية قيدت سلطة الإرادة في تهبيء هذه العقود إلى مكانة الكتابة الرسمية والشكلية التي فرضت معالم عدالة تعاقدية حقوقية لعاقديها.

مخاض فطن له المشرع المغربي عندما أوجد قوانين وازنت بين سلطان إرادة المتعاقد وإن سيطرة الشكلية وضماداتها في تحصين حقوق هذا الأخير كان أهلا لها أو في حاجة لنيابة غيره، كوضع تزامن بخطورة هذه التصرفات التعاقدية الذي كان من تجلياتها نشوء صراع تسعى فيه كل من الرضائية والشكلية إلى تقويض نجاعة الآخر رغم أن هدفها واحد هو تقوية مركز العقد بقوة تساوي قوة القانون اللازم للجميع.

مخاض تعاقدية آثار ملامح مكانة وقصور للرضائية والشكلية في تدعيم قوة العقد التنفيذية وضمن حقوق عاقديه الفضلى، وبمنظور حالي آثار راهنية مكانة العقد من أزمته بين جدلية رضى الشكلية وشكلية الرضى، ولعله الجدل الذي أظهر أهمية هذا الموضوع في ظل هاتين النظريتين التقليدية والحديثة وأسسهما في إرساء بديل تشريعي يوثق لعقد فاعل ذي جودة وقوة تنفيذية تؤمن حقوق عاقديه.

بديل يفرض مقارنة إشكالية الأمن العقدي بين جدلية رضى الشكلية وشكلية الرضى؟، وهو ما لن يتأتى إلا بمناقشة هذا الموضوع على النحو الآتي ذكره :

المحور الأول : رضائية مستهلكي خدمة العقد وملاحم الأمن العقدي.
المحور الثاني : شكلية العقد وهاجس الأمن العقدي التشريعي لحقوق المتعاقد الفضلى.

المحور الأول :

رضائية مستهلكي خدمة العقد وملاحم الأمن العقدي

لقد ظلت الرضائية والإرادة كأمر ذاتي وداخلي للمتعاقد قاعدة ومنطلقا أساس في تكوين العقد وقوته التنفيذية الأمرة، وهي بذلك تبقى وصفا في المتعاقد تمهد طريقه لتصرفات خارجية تقرر ما قد يسمى اتفاقات والتزامات نهايتها إيجاد عقد يفرض نفسه على مستهلكيه وبقوة تنفيذية تساوي قوة القانون. لكل ذلك سنحاول مقارنة معالم سلطان الإرادة والرضى التعاقدية الإلزامي، بمناقشة ملاحم قصوره وفعاليتها في دائرة العقد سواء تمثل ذلك في تعزيز قوته وبأمن التزامي عقدي إلى أزمته وآثاره الإيجابي والسلبي على حقوق أطرافه الفضلى.

الفقرة الأولى : رضائية المتعاقدين وسلطانهم المبدأ الأصل في قوة العقد التنفيذية :

يعتبر الوفاء بالإلتزامات التعاقدية واجبا دينيا وأخلاقيا قبل أن يكون قانونيا، ذلك أن الفقه الإسلامي بصفة والمالكي على وجه الخصوص أقر مبدأ الرضائية في العقود معتبرا العقد لازم لأطرافه بمجرد انعقاده¹ بل وشريعة للمتعاقدين الذي لا يجوز تعديله أو تبديله إلا باتفاق أطرافه². إن حرية المتعاقد وحرية إرادته والتزامه بما شاء ومتى شاء ودون أي شكلية بكتابة رسمية أو غيرها، إنما تبقى شريعة ومنهاج في إنتاج عقد له قوته وضمائنه لحقوق عاقيه الفضلى والأساس في استقرار تعاملاتهم مدنية كانت أو تجارية عقارية أو أسرية إلى غيرها من التصرفات العقدية.

لذلك ومن مسلمات الحديث القول على أن العقد يبقى مركزا في ضمان حقوق عاقيه، كعقد ظل بلزومية آثاره ومنطلق جميع التصرفات القانونية ومصدرها عند تمامه بتمام إرادة أطرافه المنفردة والثنائية³، وهو العقد الذي تباينت تعاريف الفقه إليه ممتدا حتى إلى رجال ومتخصصي القانون وإن بمكانة الفقه الذي وضع مفاهيم دقيقة حدته، كالقول الجامع الذي جاء فيه على أنه بذلك الإلتفاق الذي بمقتضاه يجبر شخص تجاه شخص آخر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل"، وإن ظل التعريف الذي وضعه المشرع

¹ - الإمام مالك بن أنس، الموطأ، كتاب البيوع، باب بيع الخيار، الحديث رقم 1985، دار الغرب الإسلامي، المجلد الثاني، الطبعة الثانية 1997، ص: 201.

² - أحمد الزيني، الجائحة وأثرها على القوة الملزمة للعقد بين قواعد الفقه المالكي ومقتضيات قانون الإلتزامات والعقود المغربي، مجلة فضاء المعرفة القانونية، العدد الخامس، أكتوبر 2020، ص: 292.

³ - ادريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام -الإرادة المنفردة، الإثراء بلا سبب، المسؤولية التقصيرية، القانون-، الجزء الثاني، السنة 2000، ص: 9-10.

الفرنسي أدقها عندما ذهب للقول على أنه "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث قانوني في إنشاء إلتزام أو تعديله أو نقله أو إنهائه"¹.

فالنتيجة الحتمية ومن خلال تعريف العقد الموماً إليه كأحد أبرز المصادر الرسمية للإلتزام في القانون المغربي، أن إرادة وتراضي الأطراف تبقى أساس تواجد العقد بآثاره كإرادة وعن طريق هذا العقد هي الجزء اللازم لعاقديه تتمثل قوته في الإلتزامات الأحادية والثنائية بحسب نوع هذا العقد كان بإرادة واحدة أو بإرادتين عوضياً أو تبرعياً إلى غيرها من الأوصاف المحددة لهذا العقد، أوضاع إنما تبقى رضائية وسلطان الأطراف الحرة والسليمة من أية نواقص تعيبها وتعيب أهلية كل مقدم على العقد بانعدام أو نقصان منطلق تكوين هذا الأخير بقانونيته وقوة جزاءاته، وبقاعدة توحى القول على أن قوة العقد التي تساوي قوة القانون قرينة ونتيجة مرتبطة بقوة رضائية وسلطان إرادة أطرافه والتي لا عقد فيها بدون هذا السلطان الإرادي والممتدة آثاره وفقاً لنسبية العقد حتى لغير عاقديه².

لكل ذلك فالرابطة العقدية الإتفاقية والإلتزامية إنما رهينة بتراضي وإرادة مبرميتها والتي من آثارها تقرير صفة كل من الدائن والمدين، وبشكل قد ينفي أية مسؤولية مدنية عقدية وجزائية عند ثبوت الوفاء بالعقد

¹ - بداية القول وبالرجوع إلى المشرع المغربي وبالضبط في ق ل ع فالواضح أنه لم يقرر أي تعريف للعقد أو حتى للإلتزام أو الإتفاق وإن بتسجيل تباين بينها مكتفياً فقط بحدِيثه وفي عبارات عامة عن العقد كأحد المصادر الرئيسية للإلتزام بجانب كل من الإرادة المفردة والإتراء بسبب والعمل غير المشروع وكذا القانون، ذلك أن العقد هو بمثابة توافق إرادتي متعاقدين أو اتفاق على إحداث أثر قانوني، ذلك أن الإتفاق ليس هو العقد بل أعم وأشمل منه يبقى فيها العقد مجرد نوع من أنواع الإتفاقات، وكعقد ليس هو ذلك الإلتزام بل يبقى من أحد المصادر الرئيسية لهذا الأخير الذي يعني تلك الرابطة التي تجمع بين شخصين أحدهما دائن والآخر المدين تنشأ الإلتزامات متبادلة وحقوقاً شخصية بينهما.

غير أنه ومن أدق التعريفات التشريعية التي تقررت للعقد على غرار الفقه، ذلك الذي ذهب فيه المشرع الفرنسي عند قوله وبترجمة حرفية في منطوق المادة 1101 من قانونه المدني على أن العقد هو "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل"، كما يدل على أنه "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزم أو نقله أو تعديله أو إنهائه"، كما يمكن تعريفه على أنه توافق إرادتين على إحداث قانوني أو إنشاء رابطة قانونية أو تعديله أو إنهائه".

- أنظر كذلك مأمون الكزبري، نظرية الإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الإلتزامات، بدون ذكر النشر، بيروت، الطبعة 1972، ص: 1.

² - بهذا الخصوص يظهر أن مشرع قانون الإلتزامات والعقود قد اعتبر سلطان تراضي وإرادة الأطراف أساس تواجد العقد وقوته الجزائية الملزمة لعاقديه بل والشريعة والمنهاج المحدد للإلتزاماتهم الثنائية الواجبة التنفيذ، وإن بنسبية امتداده حتى للغير كما في حالة الإلتزام عن الغير على شرط إقراره إياه أو عند التعهد عن الغير أو عند الإشتراط لمصلحة الغير، أو في الحالة التي يكون فيها هذا الغير مرتبطاً بقرابة أو غيرها مع أحد المتعاقدين، كمقتضيات توثق إياها على الأقل مضامين الفصل 228 من ق ل ع عند قوله "الإلتزامات لا تلزم إلا من كان طرفاً في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون"، أو من خلال فحوى الفصل 229 من ق ل ع القائل "نتج الإلتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب، ولكن أيضاً بين ورثتهما وخلفائهما ما لم يكن العكس مصرحاً به أو ناتجاً عن طبيعة الإلتزام أو القانون...".

تكريس تشريعي لدور التراضي والإرادة الحرة في تدعيم مركز وقوة العقد ما نجده جلياً في مضامين الفصل 230 من ق ل ع القائل "الإلتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معاً أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

والإلتزام سيما في العقود الملزمة لجانبين¹، وإن بافتراض يثار فيه جزاء المسؤولية وبتدخل قضائي لازم لإرادة الأطراف عند ثبوت الإخلال بذلك الإلتزام العقدي سواء تمثل ذلك في عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للعقد أو التأخر عن تنفيذه إلى التنفيذ المعيب له، وإن بضمانات قانونية وقضائية للمسؤول عن ذلك من قبيل نظرة ومهلية الميسرة² إلى القوة القاهرة والحادث الفجائي الذي استحاله معه مطلقا أو جزئيا الوفاء بالعقد القانوني المبرم³، كأحكام أثارها الإخلال بنود العقد ولظروف خارجة عن إرادة عاقديه⁴.

الفقرة الثانية: ملامح الرضائية في إرساء الأمن العقدي

مما لا مرأى فيه أن للرضى والإرادة وتطابقهما بالإيجاب والقبول الخالي من أي لبس دورا في تواجد العقد من عدميته، وفي تقييد عاقديه بهذه الإلتزامات الطبيعية والإرادية شخصية كانت أو ممتدة حتى للغير سواء كان أهلا لها أو غير أهل يحتاج لنيابة ووكالة غيره، أمور إنما فطن لها المشرع المغربي عند تكريسه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في فحوى الفصل 230 من ق ل ع، وبقوة هذه الشريعة النابعة وبشكل اختياري وذاتي

¹ بهذا الخصوص يظهر أن المشرع جاء تنصيبه صريحا موثقه إياه فحوى الفصل 235 من ق ل ع عند قوله "في العقود الملزمة للطرفين، يجوز لكل متعاقد منهما أن يتمتع عن أداء التزامه إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل، وذلك ما لم يكن أحدهما ملتزما حسب الإتفاق أو العرف بأن ينفذ نصيبه من الإلتزام أولا"، وضع إنما نجده مكرسا وبشكل أدق في منطوق الفصل 488 من ق ل ع في باب تمام البيع عند قوله "يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقديه أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والتمن وشروط العقد الأخرى"، أو من خلال جاء في فحوى الفصل 491 من هذا القانون القائل "يكتسب المشتري بقوة القانون ملكية الشيء بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه".

² جاء التنصيب على هذه القاعدة التي منحت ضمانات للمتعاقد سيما للمدين المعسر عن تنفيذ التزامه للدائن عند قوله في الفقرة 2 من الفصل 243 من ق ل ع "ومع ذلك يسوغ للقضاة مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوه آجالا معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة مع إبقاء الأشياء على حالها".

³ من الواضح أن المشرع كرس ضمانات للمدين المعسر بإرادته ولظروف خارجة عن تنفيذ التزامه العقدي، وهو الأمر الذي وثقت إياه مضامين الفصل 268 من ق ل ع القائل "لا محل لأي تعويض، إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالإلتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه، كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي، أو مطل الدائن".

معرفا هذه القوة القاهرة في الفقرة 2 من هذا الفصل الأنف على أنها كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية من قبيل الفيضانات والجفاف والعواصف والحرائق والجراد وغارات العدو وفعل السلطة، والتي من شأنها أن تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا. قوة لا تفترض إذا من الممكن دفعها ما لم يقم المدين الدليل على أنه بدل عناية الرجل الحريص لتنفيذ التزامه وبدون أي خطأ سابق منه.

⁴ بهذا الخصوص يظهر أن المشرع قرر ضمانات عند ثبوت الإخلال بتنفيذ التزامات العقد ولأسباب متعددة راجعة لإرادة الأطراف بل حتى الخارجة عنها، مقررنا بذلك مسؤوليتيها الشخصية بل حتى عن الغير عند عدم التنفيذ المطلق أو الجزئي أو التأخر في هذا التنفيذ أو التنفيذ المعيب له، وتؤكد ذلك مقتضيات الفصل 233 من ق ل ع عند حديثها عن مسؤولية المدين عن خطئه وفعله وأخطاء النايبين عنه في تنفيذ العقد، مقررنا أيضا قواعد لمطل المدين والدائن عند عدم تنفيذ هذا العقد وتوثق ذلك مقتضيات الفصل 254 من هذا القانون القائل "يكون المدين في حالة مطل إذا تأخر عن تنفيذ التزامه كليا أو جزئيا من غير سبب مقبول"، وإن بوضع يثار فيها هذا المطل تبعا للعقد المحدد بأجل أو بغير هذا الأجل وتوثق ذلك مقتضيات الفصل 255 من ق ل ع القائل "يصح المدين في حالة مطل بمجرد حلول الأجل...فإن لم يعين له أجل لم يعتبر في حالة مطل إلا بعد أن يوجه إليه أو إلى نائبه إنذار صريح بوفاء الدين".

مطل إنما يثار أيضا في حق الدائن وتوثق ذلك مقتضيات الفصل 270 من ق ل ع القائل "يكون الدائن في حالة مطل إذا رفض دون سبب معتبر قانونا استيفاء الأداء المعروض عليه من المدين أو من شخص آخر يعمل باسمه...".

من سلطان تراضي عاقدية الخالية من أية شكلية أو كتابة تقيدها وبالترامات طبيعية تستند إلى ضمير وأخلاق مستهلكي خدمة هذا العقد.

أ- العقد نتاج وشريعة لسلطان إرادية متعاقدية :

إذا العقد ثمة توافق إرادي لعاقديه في إحداث آثار قانونية تتمثل في إنشاء إلتزامات بتعديلها أو نقلها أو إنهاؤها أو إسقاطها، فإن هذه الإرادة كوصف داخلي في شخص المتعاقد هي المسؤولة عن تحديد الآثار الملزمة لهؤلاء، ذلك أن أي إخلال أو تقصير سواء عن عمد أو إهمال بل حتى الخارج عن إرادتهم في تنفيذ بنود العقد إلا ويثار معها جزاء المسؤولية العقدية الجابر للمتضرر المتعاقد عن الخسارة التي حاقت به، وذلك بتعويضه الإختياري أو الجبري ومن طرف المسؤول عند عدم تنفيذه الكلي أو الجزئي أو عند التأخر في تنفيذه أو في التنفيذ المعيب له¹.

وعليه فالرضائية الحرة والغير مشوبة بأية عيوب عادمة أو ناقصة هي أساس قوة العقد التنفيذية "وبافتراض لا يقبل إثبات عكسه، وهو المقتضى الذي تؤكد تشريعيا على الأقل وتوثق ذلك مضامين الفقرة 1 من الفصل 228 من ق ل ع "الإلتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات التي يحددها القانون"، فهي إذن قوة مرتبطة بسلطان الإرادة والتراضي والذي برز جليا فطنا إليه المشرع من خلال القسم الرابع المعنون بآثار الإلتزامات ويوثق ذلك الفصل 230 من ق ل ع.

ب- العقد نتاج سلطان إرادة عاقدية المختارة :

فالواضح على أنه عندما نتحدث عن سلطان الإرادة فلجلبي إذا أن الأمر يتعلق بوصف ذاتي طبيعي يستند فيه المتعاقد لضميره وأخلاقه سواء عند تكوين العقد أو عند تنفيذه، فهو إذن سلطان إرادي وعن اختيار وحرية لا يتقيد بأية شكلية أو كتابة سواء كان ذلك بتعبير صريح أو ضمني، وبالتالي فإن تواجد العقد من عدمه يبقى رهينا وبشكل جدلي برضى وإرادة عاقدية بل بداية وخاتمة كل الترام أو

¹ - لقد جاء تنصيص المشرع على هذه المقتضيات في الباب المعنون بعدم تنفيذ الإلتزامات وآثاره عند قوله في الفصل 263 من ق ل ع على أنه "يستحق التعويض، إما بسبب عدم الوفاء بالإلتزام، وإما بسبب التأخر في الوفاء به، وذلك ولو لم يكن هناك أي سوء نية من جانب المدين". بل الأكثر من ذلك أنه تحدث عن الضرر الموجب للمسؤولية العقدية في الفصل 264 من هذا القانون قائلا فيه "الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالإلتزام، وتقدير الظروف الخاصة بكل حالة موكولة لفضيلة المحكمة التي يجب عليها أن تقدر التعويضات بكيفية مختلفة حسب خطأ المدين أو تدليسه...

- يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالإلتزام الأصلي كليا أو جزئيا أو التأخير في تنفيذه...

- يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا، ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي".

اتفاق لمستهلكي خدمة هذا العقد وأساس تمام شروطه الإلزامية الجلية بشكل مفترض لا يقبل إثبات عكسه تحت طائلة إثارة قاعدة مسؤولية عقدية تعويضية للضرر الواقع¹.

وعليه فإن سلطان إرادة المتعاقد إنما يجد أسسه في مبادئ موجزة هي كالتالي:

- ضرورة الوفاء بالإلتزام العقدي وبالشكل الذي أنتجته إرادة أطرافه الحرة والمختارة.
- تنفيذ العقد نابع من التزام طبيعي وأخلاقي يحتكم فقط لضمير عاقيه.
- ضرورة بدل العناية اللازمة في التنفيذ العقدي ضمانا لحقوق أطرافه الفضلى واستقرار تعاملاتهم.
- قوة العقد التنفيذية تجد قاعدتها في الإختيار الإرادي البعيد عن أي تدخل خارجي ونظامي للمشرع بقواعد قانونية أو جهاز قضائي أو بأية شكلية تقيد هذا الإختيار الطبيعي.
- العقد لا يتم إلا بتراضي أطرافه على كل شروط التعاقد تحت طائلة بطلانه من صحته اللزام بجزائه لعاقديه².

ج- قاعدة كل التزام أو اتفاق وجب تنفيذه بحسن نية عاقديه :

إذا كان للعقد الذي أوجده إرادة عاقديه قوة تنفيذية تساوي قوة القانون وإن بقاعدة تشريعية لنسبية هذا العقد الذي يمتد إلى غير مبرميه خلفا عاما كان أو خاصا أو أجنبيا عن هؤلاء³، فإن القول بأثار هذا العقد الرضائية إنما تقتضي التزاما بنتيجة يستمد قوته من تعاون أطرافه وبدلهم عناية الرجل المتبصر

¹ - من الثابت جليا أن قيمة ومركز بل وقوة العقد إنما رهينة بقيمة شروطه التي أنتجتها إرادة العاقدين، والتي يفترض الإخلال بها وبشكل مسبق إثارة مسؤولية من عجز وقصر بسلطانه عن عمد أو إهمال أو لظروف خارجة عن الوفاء بشروط التعاقد، وبدعوى قد تكون رضائية إنذارية أو بدعوى قضائية إجبارية لإرجاع التوازن العقدي المفقود عند عدم التنفيذ العقدي الناتجة عن عدم تفعيل شروط التعاقد، وبمسؤولية عقدية بقواعدها وجدت لإصلاح وتعويض الضرر العقدي والواجدة أسسها في ضرورة توافر عقد صحيح بين أطرافه وثبوت الإخلال بالالتزامات عقدية وتحقق ضار حال بمبرمي شروطه.

² - إن قوة العقد رهينة بلزومية لشروطه النابعة من إرادة متعاقديه الحرة البعيدة عن أية عيوب عند تكوين العقد الإرادي، وهي الشروط التي جاءت مكرسة في منطوق الفصل 19 من ق ل ع القائلة:

"لا يتم الإتفاق الإتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للإلتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية، والتعديلات التي يجريها الطرفان بإرادتهما على الإتفاق فور إبرامه لا تعتبر جزء من الإتفاق الأصلي وذلك ما لم يصح بخلافه".

وهو التوجه الذي ذهب في خطاه الفصل 20 من هذا القانون مقررا مكانة هذه الشروط الإتفاقية العقدية عند قوله "لا يكون العقد تاما إذا احتفظ المتعاقدان صراحة بشروط معينة لكي تكون موضوعا لإتفاق لاحق، وما وقع عليه الإتفاق من شرط أو شروط والحالة هذه لا يترتب عليه التزام ولو حررت مقدمات الإتفاق كتابة".

³ - إذا كان الأصل أن الإلتزام العقدي عوضيا كان أو تبرعيا لا يلزم إلا أطرافه تحت طائلة توقيع المسؤولية الجزائية المدنية العقدية عند ثبوت الإخلال به، فإنه استثناء من هذا الأصل قد تنتقل آثاره إلى الغير سواء بمعناه الضيق "خلفا عاما كالوارث الذي يتلقى التركة من مورثه" أو بالمعنى الواسع "خلفا خاصا..." وفقا لقاعدة نسبية العقد، وإن كان المشرع قد فطن لذلك عندما تحدث عن مجموعة من الإلتزامات منظمها أحكامها على غرار "الإشتراط لمصلحة الغير، الإلتزام عن الغير على شرط إقراره إياه، التعهد عن الغير، النيابة في التعاقد..."، وبتنصيص صريح وثقت إياه على الأقل عبارات الفصل 228 من ق ل ع القائلة "...فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون"، وبشكل أساس مقتضيات الفصل 229 من هذا القانون عند قولها "تنتج الإلتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب، ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما ما لم يكن العكس مصرحا به أو ناتجا عن طبيعة الإلتزام أو عن القانون...".

القائم على شؤونه وشؤون غيره وعن حسن نية بعيلة عن أي سوء أو استغلال قد يعيب إرادتهم بإكراه أو تدليس أو غلط أو غبن أو بمرض يستبعد الإرادة الطبيعية الحرة التي أوجدت هذا العقد¹. وعليه فإن مبدأ حسن نية المتعاقدين هي من يقرر للعقد قوته وهو المقتضى الذي فطن إليه المشرع المغربي عند قوله في الفصل 231 من ق ل ع "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب بل أيضا بكل ملحقات الإلتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته"، ولعله مبدأ ذاك الذي تؤكد جليا من خلال المنطوق المكرس في الفصل 477 من هذا القانون عند قوله "حسن النية يفترض ما دام لم يثبت العكس"، وإن بدور للقضاء في تحقيق التوازن العقدي بتفسيره لكل غموض قد يطال بنود العقد إلى تنفيذه السليم²، ذلك أن القاضي باجتهاده وحركيته ما قد يمنح للعقد قوة تنضاف إلى قوة إرادة عاقيه وإن كان مقيدا بعدم إعماله ذلك إذا ما كانت عبارة العقد واضحة³ والبيئة مضامينها في الفصل 461 من ق ل ع وفي باب التأويل العقدي⁴.

د- ضرورة وحتمية تنفيذ التعهدات لإستقرار المعاملات وضمان حقوق أطرافها :

فالواضح أن قوة العقد نتيجة لقوة إرادة عاقيه، وعليه فإن المطلب والغاية الأساس من إبرام هذه العقود مهما تعددت أنواعها عوضية كانت أو تبرعية بإرادة أو بإرادتين لازمة لجانب أو جانبيين إنما تتمثل في ضرورة تقديم هذه العقود بمجودتها وفعاليتها ضمانات حمائية لحقوق عاقيه الفضلى وللمجتمع من خلال توفير أرضية استثمارية تحفيزية واستقرارية لتعاملاتهم. فلجلي إذن أن آثار العقد النابعة من إرادة أطرافه ظلت بين دائرة نشوء هذه الآثار ولزومها وفيما بين المديونية المتمثلة في الإلتزام وكذا المسؤولية المتمثلة في الإلجبار، كأوضاع توحى القول على أن العقد ليس مجرد إرادتين متعاصرتين وتصرفين قانونيين بل هو وثيق الصلة بوجود تساند بين الآثار القانونية المقصودة من طرفي العقد والتي تعزى لرابطتهم الإرادية التي تقوم على إرادة التعاقد وإرادة القيام أو إلى تعهد الموجب وتعهد القيام في نظر بعض الفقه الفرنسي⁵.

¹ - من الثابت أن المشرع وبغاية حمايته لأطراف العلاقة التعاقدية قد نص وتنظيم وافر للتصرفات التي قد تعيب سلطان إرادة مستهلكي خدمة العقد، مقرا بذلك ضمانات وأحكام تقوي مركز العقد وبجزاءات تحقق توازنا وتكافئا لعاقديه عند ثبوت هذه العيوب الإرادية، وبعنوان جاء صريحا قائلا فيه "عيوب الرضى" وبأحكام تنظيمية من الفصول 39 إلى 56 من قانون الإلتزامات والعقود معددا فيها من أشكال هذه العيوب الطارئة على العقد والمتمثلة أساسا في "الغلط، الإكراه، التدليس، الغبن، حالات المرض الأخرى"، هادفا من وراء ذلك إلى ضمان حقوق الطرف الضعيف الذي تعيب سلطان إرادته وبقواعد للبطان والإبطال العقدي بغية التنفيذ الإرادي لبنود العقد.

² - ادريس العلوي العبلوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح، 1996، ص: 592.

³ - عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني دراسة حديثة للنظرية العامة للإلتزامات على ضوء تأثيرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الإقتصادي، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، التصرف القانوني، السنة 2015، ص: 230.

⁴ - جاء في مضامين هذا الفصل أنه "إذا كانت ألفاظ العقد صريحة، امتنع البحث عن قصد صاحبها".

⁵ - ادريس العلوي العبلوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، م س، ص: 21-22.

الخور الثاني :

شكالية العقد وهاجس الأمن العقدي التشريعي لحقوق المتعاقدين الفضلى

من الثابت مفترضا لا يقبل إثبات عكسه أن العقد أضحي مثار صراع بين قواعد تقليدية بدأت بوأت إرادة الأطراف وسلطان تراضيها قوة في تنفيذ بنود العقد وبقاعدة تتمثل في ما نسميه رضى الشكالية، وبين قواعد حديثة فرضت مكانة ما قد نسميه شكالية الرضى أضحي فيها العقد شكليا لا رضائيا تكتفي فيه هذه الأخيرة بمجرد التفكير في إبرام هذا العقد، وبتحول أضحت فيه قوة العقد مرتبطة بالتحديد الشكلي لإرادة عاقديه، الوضع الذي وضع مستقبل ما قد يسمى أمنا عقديا في صراع بين نظريتي رضى الشكالية وشكالية الرضى، وإن بسيطرة هذه الأخيرة ويؤكد ذلك التدخل النظامي للمشرع المغربي بقواعده التي قيدت السلطان الرضائي لعاقديه في جملة من قوانينه الحديثة وسيؤكد لاحقا.

الفقرة الأولى: ملامح الشكالية والهاجس النظامي التشريعي للأمن العقدي :

إن القول بأفول مكانة الرضى والإرادة في التصرفات العقدية الحالية على خلاف ما كان سابقا تحت ستار مفاهيم الشكالية والرسمية والكتابة والتوثيق، كقواعد فرضت قوة تنفيذ العقد وبشكل إجباري لإرادة متعاقديه تساوي قوة القانون، وبغاية نظامية للمشرع تتمثل في إرساء معالم أمن عقدي ضامن لحقوق مستهلكي خدمة هذا العقد واستقرار التعاملات بشكل أشمل.

أوضاع فرضت نظاما شكليا هيمن على العقود الحالية بل وجردها من كل رضائية، وبملاح أساس فرضت مناقشة الشكالية والرسمية في بعض التصرفات الواجدة منطلقها في جودة الخدمة التي يقدمها العقد التوثيقي الرسمي المقيد لإرادة متعاقديه فيما سيأتي من نقط موجزة.

أ- ملامح الشكالية في بعض العقود المدنية :

من المقرر أن المشرع المغربي في قانون الإلتزامات والعقود باعتبارها الشريعة العامة لقوانينه، قد خصص القسم السابع منه لموضوع إثبات الإلتزامات والبراءة منها، وبتنظيم متميز يجد بدايته في الفصل 399 إلى الفصل 460 مقررًا الكتابة أبرز الوسائل الإثباتية للعقد بل ودليلا كتابيا عرفيا سيما الرسمي باعتباره من الملامح الشكالية التي فرضت بشكل نظامي من المشرع وإن بمكانة إثباتية للكتابة العرفية إلى غيرها من الوسائل والمحركات الأخرى التي تقيم وزنا للعقد الكتابي¹.

¹ من الجلي أن المشرع المغربي قد قرر ضمانات للحقوق سيما المترتبة عن العقود المبرمة، تقرير وتنظيم إنما تعددت القوانين التي تناولته سواء كانت مدنية أو زجرية على غرار حديثه عن وسائل الإثبات سواء المسطرية منها المقررة في قانون المسطرة المدنية وبالضبط في الفصول من 55 إلى 106 من هذا القانون من قبيل "الخبرة، شهادة الشهود، الإقرار، اليمين..."، أو من خلال تلك الوسائل الإثباتية الموضوعية المقررة في ق ل ع وبالضبط من الفصول 399 إلى 460 من هذا القانون والجلية بشكل أساس في الفصل 404 منه عند قوله وسائل الإثبات التي يقرها القانون هي " إقرار الخصم، الحجة الكتابية، شهادة الشهود، القرينة، اليمين والنكول عنها"، بل الأكثر من ذلك أنه تحدث عن بعض العقوبات الجزائية في القانون الجنائي لعل أبرزها التزوير الذي قد يقع إبان تحرير العقود وبعقوبات زجرية تؤاخذ مرتكبها بل وضامنة للمتعاقد ضحيتها وتوثق ذلك مقتضيات المواد 351 إلى 359 من القانون الجنائي.

وعليه فإن الكتابة الرسمية التي تأتي في مرحلة لاحقة لإرادة الأطراف المقدمة على العقد، تبقى القوة الدافعة للعقد بشروطه آثاره والتزاماته وبجزاءات قانونية تثار بمناسبة ثبوت أي إخلال عقدي بتنفيذ هذا الأخير عن عمد أو إهمال أو بظروف خارجة عن إرادة متعاقديه سواء بعدم تنفيذه الكلي أو الجزئي أو التأخر في الوفاء به أو بالتنفيذ المعيب له، فارضا بذلك مسؤولية عقدية استوجبت وبشكل أمر تعويض المتعاقد المتضرر بدعوى المسؤولية التي تثار في مواجهة المسؤول عن الإخلال بالعقد الرضائي الشكلي.

رسمية إنما جاءت بينة في منطوق الفصل 418 من ق ل ع عند قوله "الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون..."، كوسيلة دامغة بحجيتها الضامنة لحقوق عاقدتها بل حتى للغير وفقا لمبدأ نسبية العقد التي لا يطعن فيها إلا بالزور وتوثق ذلك مضامين الفقرة 1 من الفصل 419 من ق ل ع¹ وإن بإمكانية الطعن فيها بباقي الوسائل الأخرى عند ثبوت حالاتها بل ومن الأطراف والغير².

فهي إذن رسمية وشكلية للعقد وبهذه الكتابة والتوثيق إنما اختفت معها إرادة وسلطان متعاقديها، وبقواعد آمرة توجه إرادة ورضائية هؤلاء وتؤكد ذلك على الأقل مضامين الفصل 443 من ق ل ع مقررًا إجبارية الكتابة كلما تجاوزت قيمة العقد 10 آلاف درهم تحت طائلة بطلانها وعدم إثباتها بباقي الوسائل الأخرى الأقل درجة منها في قوتها الإثباتية³.

¹ - مما لا مراء فيه أن الوثيقة العقدية الرسمية ذات ضمان عام لحقوق متعاقديها، كضمانة تجد أسسها في قيمة الشخص الذي أوكله المشرع مهمة تحريرها وللجهات المؤهلة للنظر في هذه الوثيقة بعد تحريرها وللمراحل التي تمر منها بدءا من تقديمها لهذه الجهات إلى حين تنفيذ بنودها، كوثيقة رسمية يبقى الطعن بالزور فيها الوسيلة والطريق الوحيد أمام أطرافها للتحلل من كل أثر أنتجته هذه المحررات الرسمية الكتابية، وهو الطريق الجلي الذي وثقت إياه مضامين الفصل 419 من ق ل ع القائل:

"الورقة الرسمية حجة قاطعة حتى على الغير في الوقائع والإتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور".

² - بهذا الخصوص فإن منطوق الفقرة 2 و3 من الفصل 419 من ق ل ع جاء صريحا عند قوله: "إلا أنه إذا وقع الطعن في الورقة بسبب إكراه أو احتيال أو تدليس أو صورية أو خطأ مادي فإنه يمكن إثبات ذلك بواسطة الشهود وحتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة دون احتياج إلى القيام بدعوى الزور، ويمكن أن يقوم بالإثبات بهذه الكيفية كل من الطرفين أو الغير الذي له مصلحة مشروعة".

³ - لقد جاء التنصيص التشريعي على هذه القاعدة الأمرة التي منحت للعقد الكتابي الرسمي قوة في التنفيذ جليا في الفصل 443 من ق ل ع وإن ببعض التعديلات التي طالت النسخ المأخوذة من أصول الوثائق الرسمية والتي أدخلت تغييرات على مقتضيات الفصل 440 من هذا القانون بمقتضى المادة 5 من القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

حيث ومما جاء في فحوى الفصل 443 ساف الذكر على أن "الإفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الإلتزامات 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 تهد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية".

ولعل أهم تجلٍ لشكلية العقد ذاك الذي جاء في فحوى الفصل 489 من ق ل ع عند قوله "إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا، وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون"، هذا على الرغم من التغييرات التي طالته ببعض القوانين العقارية من قبيل القانون 51.00، 18.00، 107.12، إلى جانب قوانين التوثيق سواء تعلق ذلك بالقانون 32.09 والقانون 16.03 التي تجاوزت المحرر الثابت التاريخ الذي قد يحرره المحامي بالتصور الجديد، مقررة قوة المحرر الرسمي للموثق والعدل وضمانته الفضلى لمستهلكي العقد التوثيقي الذي فرضته الحاجة الآنية للتوثيق الضابط وإحكام للعقد ولما أضحي يؤمنه من ضمان وحماية للحقوق والمصالح¹ بل وبغاية مثلى اقتضتها الحاجة إلى الحفاظ على الملكية العقارية والحقوق المرتبطة بها.

ب- ملامح الشكلية في بعض التصرفات العقارية :

لقد تأكدت نظامية الشكلية بشكل أمر لعقدي التصرفات المنصبة على العقار بأنواعه، عندما فرضت تحولا حديث بدأ الحديث فيه من مجرد إخضاع هذه التصرفات للكتابة ذات المحرر الثابت التاريخ إلى وجوبية تقييدها بالمحرر الكتابي الرسمي التوثيقي، الوضع الذي تؤكد جليا في صياغة الفقرة 4 من القانون 39.08 التي وضعت مبادئ متقدمة تساير العقود الحديثة التي انصبت على العقار ضامنة للحقوق بل وللعقار نفسه من أي اعتداء أو استيلاء قد يطاله، عند قولها "يجب أن تحرر تحت طائلة البطلان جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك".

فالثابت أن وسيلة الكتابة أضحيت لازمة لهذه التصرفات عندما تحولت من مجرد وسيلة إثباتية تتعاون مع سلطان إرادة عاقيدها إلى لزومية تقييدها لشروط مبرميتها، واضعا المشرع جزاء مدنيا رتب البطلان على تخلفها وفي إرجاع أطرافها إلى مرحلة ما قبل إبرام هذه التصرفات² التي لا تكفي فيها الإرادة والرضى لضمان الحق المترتب عنها، الأمر الذي فرض قوة للعقد الشكلي الرسمي الضامن بتنفيذه لأمن عقدي وحقوقى واستقرار تعاملات مستهلكي خدمته.

¹ - محمد الشتوي، المعين في التوثيق وفق الضوابط المنظمة لخطة العدالة، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2001، ص 6 وما بعدها.

² - من الواضح أن المشرع وضع جزاء الإبطلان والبطلان بشكل أساس عند تغييب إرادة الأطراف لعنصر الكتابة الذي أعطى من وجهتنا ضمانات لهاته الإرادة ولحقوق عاقيه الفضلى، بطلان يعدم كل آثار للعقد رغم تواجد سلطان تراضي وإرادة أطرافه إنما جاءت موثقة إياه مقتضيات الفصل 306 من ق ل ع القائل:

"الإلتزام الباطل بقوة القانون لا ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له".

ويكون باطلا :

- إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه.

- إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه.

وعليه فقاعدة شكلية وتشكيل الرضى والعقد أضحت نظاما مفترضا لا يقبل إثبات عكسه، وهو الوضع الذي أوجب على المشرع حصرها في بعض الجهات المؤهلة لإظفاء هذه الرسمية على غرار الموثق والعدل والمحامي¹ إلى جانب بعض الجهات التي أوكلت لها هاته المهمة بالنظر للضمانات الوقائية والمساعدة للقضاء، غايته في ذلك إرساء أمن قانوني وقاعدة قانونية تؤسس لعقود فاعلة ضامنة لحقوق عاقدتها وللأغيار بشكل عام وفي البيوع الواقعة الموثقة من هذه الجهات².

ج - ملامح الشكلية في بعض العقود الأخرى

مما لا مراء فيه أن العبارات التي وظفها المشرع المغربي على غرار باقي التشريعات المقارنة من قبيل "الكتابة - الرسمية - الشكلية"، إنما بغاية تتمثل في إيجاد عقود شكلية توثيقية ذات حجة وجودة بل وضابطة وحافطة لمستهلكي خدمتها، وهو الوضع الذي تأكد جليا في التدخل النظامي للمشرع من خلال بعض قوانينه التي أعدمت وأبطلت كل عقد غيب هذه الشكلية هادفا من ورائها إلى توفير أرضية أمن تشريعي طريقا لأمن عقدي مأمول.

توجه ذاك الذي تأكد في منطوق المادة 4 من القانون 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي لتملك العقار عندما قررت وجوبية الكتابة المقيدة لرضى المتعاقدين تحت طائلة بطلان آثارها عند قولها " يجب أن يجر عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ..."، وهو التوجه الذي ذهب في خطاه المادة 16 من هذا القانون.

توجه رسمي وشكلي للعقد ذاك الذي وثقت إياه المادة 12 من القانون 18.00 المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية عند قولها " يجب أن تحرر جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية المشتركة أو إنشاء حقوق عينية عليها أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ... وذلك تحت طائلة البطلان".

ولعله التوجه اللزومي لشكلية الرضى العقدي ذاك التي تأكدت مضاميه في القانون 107.12 المعدل للقانون 44.00 المنظم لبيع العقار في طور الإنجاز وبالضبط في الفقرة 3 من الفصل 618 من ق ل ع عندما أوجبت ضرورة تحرير عقد البيع الإبتدائي للعقار في طور الإنجاز من طرف موثق أو عدل أو بموجب عقد ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني يخوله القانون صفة تحرير هذا العقد مرتبا أثر بطلانه عند تخلف ما تقدم، كبطلان تقرر لحماية النظام العام إذ لكل مصلحة التمسك به كما

¹ من الثابت أن المشرع كرس نصوصا قانونية أوجبت الكتابة رسمية كانت أو عرفية بل حتى ثابتة التاريخ في مختلف العقود ضمنا لإلتزامات أطراف هذه التصرفات العقدية سيما لتلك المنصبة على العقارات، وهو التنصيص الذي وثقت إياه أحكام القانون 32.09 المنظم لمهنة التوثيق الصادر سنة 2011، أو من خلال القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة الصادر سنة 2006، أو من خلال القانون 28.08 المنظم لمهنة المحاماة الصادر سنة 2008.

² أحمد خرطة، قانون التوثيق العصري مع مستجدات مشروع قانون التوثيق 03 - 82 المتطلبات، المجال، الحجية، مطبعة الجسور، الطبعة 2006، ص: 2.

للمحكمة تلقائياً إثارته لعدم مشروعيتها وعدم ترتيبه أي آثار إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له ويستخلص من فحوى الفصل 306 من ق ل ع.

هذا وتبقى من ملامح نظامية العقود ورسميتها خارج دائرة رضائية وإرادة عاقدتها، ذلك التي تؤكد في بعض العقود التبرعية وتوثق ذلك المادة 274 من مدونة الحقوق العينية عند قولها "يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي"، وإن بتسجيل ملاحظة لم يتطرق فيها المشرع إلى المحرر ثابت التاريخ على غرار بعض العقود العقارية الأنفة، توجه نظامي في تقييد وتشكيل العقود إنما سجل أيضاً على مضامين المادة 268 من هذه المدونة عند قولها "يجب أن يبرم عقد المغارسة في محرر رسمي"، مرتباً المشرع أثر بطلانها إذا ما غابت إرادة المتعاقدين هذه الشكلية.

خلاصة القول أن الرسمية والشكلية أضحت تسيطر على سلطان الإرادة مانحة العقد قوة تساوي قوة القانون، سواء كانت عقود عوضية تبرعية بإرادة أو بتعدد إرادي وبجزاءات تعويضية لها ضماناتها تتجاوز به تلك الأحكام التقليدية التي فرضت ما قد يسمى أزمة عقد عجز عن ضمان حقوق عاقدته، فاسحا المجال لمركز العقد بقاعدته الرسمية والشكلية والكتابية في توفير أمن توثيقي عقدي لزبائنه كما تؤكد، وإن ظل الخلاف قائماً حول بعض الجهات المانحة رسميتها للعقد¹ سيما لشخص المحامي ومحرره الثابت التاريخ² الذي يهدف كما للمحرر الرسمي للعدل والموثق إلى منح الرسمية والشكلية للعقود الرضائية، كجهة نرى من وجهتنا ضرورتها لإيجاد عقود تتميز بفاعليتها وجودتها وضمائنها لما قد نسميه أمناً توثيقياً وعقدياً يحقق أحسن النتائج لحقوق عاقدته وزيادة الثقة في تعاملاتهم مهما كان وصفها.

الفقرة الثانية: الأمن العقدي بين أفول الرضائية وسيطرة الشكلية :

فبعد أن كان سلطان الإرادة مركز قوة للعقد أضحت بوادر قصوره جلية بظهور أحكام نظامية فرضت سلطان شكلية على العقد بدءاً من تكوينه إلى حين انتهائه وتنفيذ آثاره، وبوضع أضحت فيه إرادة المتعاقدين مشكلة بقواعد للمشرع بل ومجرد مقدمات تمهيدية جردت العقد من مركزه وقوته الإلزامية

¹ - أنظر للتفصيل أكثر في هذا الخلاف:

عبد الكريم الطالب، توثيق الإيجار المفضي لتملك العقار، ندوة توثيق التصرفات العقارية، منشورات كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية ومركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، مراكش، الطبعة الثانية 2005، ص: 155.

² - من الجلي أن المشرع قد أقام تمييزاً في صفة الأشخاص المؤهلة لإظفاء الرسمية على العقد رغم أنها جهات غايتها واحدة هي تشكيل إرادة الأطراف بقواعد تشريعية ضامنة للوفاء بشروط العقد تحت طائلة إثارة قواعد البطلان والمسؤولية، وبخلاف ذهب فيه الأستاذ بونبات إلى القول مصنفاً المحرر الثابت التاريخ إلى ثلاثة أنواع، إذ وفي نظره إما أن يكون عقد عرفياً محرراً من محام مقبول للترافع أمام محكمة النقص، وإما محرراً ثابت التاريخ يحرم من طرف مهني ينتمي إلى مهنة يخولها قانونها تحرير العقود، وإما محرراً ثابت التاريخ محرر من قبل محام لم يصل إلى مرتبة قبوله للترافع أمام محكمة النقص بعد تقييده بلائحة الأشخاص المؤهلين لتحرير العقود.

أنظر بهذا الخصوص محمد بونبات ، بيع العقار بين حرية اختيار المحرر إلى تقييد هذا الاختيار، ندوة توثيق التصرفات العقارية، ص 111-112.

مصيرها البطلان وكأن لم تكن عند تغييرها لهاته الرسمية بعباراتها الجلية في الكتابة أو التوثيق كقواعد شكلية أضحت مفروضة بجزائها على غالبية العقود المبرمة.

مخاض وضع العقد بين جدلية رضى الشكلية وشكلية الرضى وصراع كل منها في تقويض نجاعة الآخر رغم أن غايتها واحدة هي ضمان حقوق المتعاقد، الأمر الذي كان من نتائجه أن سيطرت فيه الشكلية مقيدة هاته الإرادة لتتقرر معها معالم أزمة طالت العقد الذي أضحي قاعدة لتضييع حقوق مبرميه بعد أن كان مركز ضمانها، مقررة التحول من الرضائية كأصل للمعاملات إلى شكلية الكتابة سيما المنصبة منها على التصرفات العقارية غايتها الأساس حماية هاته الإرادة من الأخطار للصيقة بنوع معين من العمليات التعاقدية التي يتطلب الإقدام عليها كثيرا من التروي والحيلة¹.

وعليه فالقول بأزمة العقد إنما رهين بأزمة الرضائية والإرادة التي أصبحت موجهة بقواعد قانونية للمشرع التي لا تنتج أي أثر إذا تجاوزتها، وبأحكام تشريعية إلزامية بل ونموذجية محددة سلفا لإرادة المتعاقدين بدأ الحديث معها عن تقوية مركز العقد وقوته بهاته الشكلية الأمرة التي غدت فيها الكتابة أساسا للقول بانعقاد العقد من عدمه بعد أن كانت مجرد وسيلة إثباتية كغيرها من الوسائل الأخرى موضوعية كانت أو شكلية.

فأقول التنفيذ الإختياري والطبيعي بل والأخلاقي للعقد الذي يستند لسلطان الإرادة إنما فرض بمقابله ظهور قواعد إجبارية لهاته الأخيرة بسيطرة الشكلية، وبفرض لا يقبل إثبات العكس تحول فيه العقد من مجرد تعبير عن إرادة عاقديه إلى ضرورة الوفاء بالتزاماتهم تحت طائلة الجزاء الذي فرضته هاته الرسمية، الوضع الطبيعي الذي فرض تحولا من رضى الشكلية إلى شكلية الرضى، وإن كانت أزمة قد طالت سلطان الإرادة فاطنا إليها المشرع عند حديثه عن العيوب التي قد تطل هذه الأخيرة مرتبا قواعد بطلانها أو إبطالها بتدليس أو غلط أو إكراه أو غبن أو مرض وتوثق ذلك الفصول من 39 إلى 55 من ق ل ع، كعيوب أضعفت قوة للعقد بقصور قوة الرضى وسلطانه الثابت مقررة فاعلية الشكلية بمبادئها ونظاميتها.

فأزمة الرضى العقدي بحلول العقد الكتابي الرسمي يقتضي معه تعديلات تشريعية توائم نظامية العقود، أمر ذاك الجلي في صياغة الفصل 443 من ق ل ع عندما أوجبت الكتابة في التصرف الذي تجاوزت قيمته 10 ألف درهم، وبشكل يقتضي لزومية هاته الكتابة تحت طائلة البطلان بغض النظر عن قيمة العقد المبرم باعتبارها الضمانة الحقيقية للحقوق ولقوة العقد التنفيذية اللازمة.

أوضاع بدأ الحديث فيها عن أفول العقد شريعة وسلطان المتعاقدين إلى مكانة الشكلية كشرعية ونظام للمتعاقدين، وإن بظهور عقود إدعائية حديثة جاهزة تعدم رضائية المتعاقدين مقيدة إياها، ممتدة حتى إلى

¹ - محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط السنة الجامعية 1983، ص 166-187.

الكتابة والشكلية كقواعد أخيرة حديثة أوجدت عقود فاعلة تميزت بجودة خدماتها وضماداتها لحقوق عاقدتها الفضلى.

توجه مأمول للقول برسمية العقود وشكليتها إنما تقتضي تدخلا قضائيا عند نشوب نزاعات مركزها العقد، من قبيل تفسير العقد إذا كانت عباراته غامضة ومبهمه إلى تأويلها وبما يخدم مصلحة متعاقديه وتدعيم قصدهم الإرادي، إلى تعديلات قد تطل الشرط الجزائي الذي حددته إرادة المتعاقدين وشكليتها من قبيل ما سمي بنظرة الميسرة التي قد يمنحها القاضي للمسؤول عن الإخلال بتنفيذ التزامات العقد الرضائي الكتابي وتوثق ذلك مضامين ف 2 من ف 243 من ق ل ع¹.

هذا وتبقى من معالم سيطرة الشكلية على العقود تلك الأحكام التي تقررت تشريعا في العقود الإلكترونية وبشكل أخضع فيه إرادة المتعاقدين لشكليات بدءا من شروط هذه العقود إلى حين تنفيذها، وإن بمعالم زاوجت بين الإرادة والشكلية وفي قالب حديث له ضماناته سيما للطرف الضعيف الذي قد ينخدع بالوسائل الإلكترونية عند توقيعها الإلكتروني للعقد، وبضمان عادل يثار في حق المسؤول عن الضرر الواقع بفعل العقد الإلكتروني الجامع بين الرضا الإلكتروني والشكلية الإلكترونية.

سيطرة للشكلية أثارت توجهات بين تدعيمها لقوة ومركز العقد بجودة الخدمة التي قدمها لمتعاقديه، وبملاح أضحي الحديث فيها عن أزمة للسلطان الإرادي والرضائي بل وحتى للرسمية والشكلية نفسها بما أضحي يصطلح عليه بالعقود النموذجية الجاهزة التي أضعفت مركز الإرادة والكتابة في تكوين العقد حتى إنهائه.

¹ - إذا كان للعقد قوة ملزمة لأطرافه المتراضية على كل شروط التعاقد إذا ما توفرت أركانه وشروط صحته المكرسة في ق ل ع، فإنه قد تطرأ ظروف واقعية وقاهرة خارجة عن إرادة المتعاقدين قد تجعل الوفاء بهذا الإلتزام التعاقدى يدور بين الإستحالة المطلقة والإستحالة الجزئية المؤقتة، وهو الأمر الذي دفع المشرع وقبله التشريع الإسلامي إلى وقف التنفيذ المعجل للعقد وتأجيله وفقا لسلطة القضاء التقديرية ووفقا لما قد نسميه إمهالا قضائيا وبشروط مفترضة ولازمة للمدين المعسر عند نظر هذا الأخير في النزاعات المتعلقة بالدين، ولعل الملاحح الأساس لذلك تظهر جلية فيما سمي بنظرة الميسرة في ف 2 من ف 243 من ق ل ع بقول المشرع فيها " ومع ذلك، يسوغ للقضاء مراعاة منهم لمركز المدين ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوه أجالا معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة، مع إبقاء الأشياء على حالها".

خاتمة :

مما لا شك فيه أن العقد كمؤسسة وكأحد المصادر الإمتيازية للإلتزامات والإتفاقات الضامنة لحقوق مستهلكي خدماته، ما أضحى مثار صراع بين قاعدة السلطان الإرادي والرضائي المحتكم لضمير وحرية مبرميه كقاعدة كانت الأصل الداعم لقوة العقد التنفيذية، إلى بزوغ قاعدة حديثة شكلية كتابية ورسمية قيدت هذا السلطان مقرررة ضمانات للعقد بجودة خدماته وتقوية مركزه التنفيذي الذي ساوى قوة القانون، وببلايح أضحى فيها الحديث عن مفاهيم حديثة للأمن والعدل العقدي إلى التكافؤ العقدي الحقوقي الواجد أسسه في ما سمي بالأمن القانوني والتدخل النظامي للمشرع بقواعده الشكلية والرسمية التي دعمت الكتابة العقدية وبضمانات أيسر لحقوق مستهلكي خدماتها، وإن بتسجيل أزمة للعقد وفيما قد نسميه اضطراباً أضحى تغيثه مؤسسة ونظرية العقد التقليدية وقصور سلطانه الإرادي والحرية التعاقدية بفعل بعض العقود الحديثة النمودجية التي تجاوزت ما قد نسميه قواعد سلطان الشكلية وسلطان الإرادة معا وإن بزوغ قوانين ووجهت حمايتها للمتعاقد الضعيف في ظل هذا المخاض.

تحولات أضحى فيها مؤسسة العقد دائرة بين قاعدة رضى الشكلية "العقود الرضائية" وقاعدة شكلية الرضى "العقود الشكلية"، وإن بسيطرة هذه الأخيرة فإرضة قوة العقد بالتزاماته وجزاءاته الضامنة لحقوق أطرافه الفضلى، وبغاية مثلى للمشرع في إرساء أمن حقوقي للمتعاقدين وبعادلة عقدية تؤمن حقوق كل مقدم عليها، بل وممكنة القضاء الناظر في نزاعاتها من وسائل تكفل هذه الحقوق، وبغاية أخرى جلية في فرض رقابة جبائية لمؤسسات الدولة بهذه العقود، وإن بتسجيل انتقادات طالت هذه المؤسسة العقدية مقرررة معالم أزمته جلية في القصور الذي طال معا مؤسسة سلطان الإرادة ومؤسسة الشكلية برغم هذه التحولات وغاية المشرع ومفاهيمه الجلية في الأمن القانوني أو التوثيقي وملاحه المستقبلية في إيجاد بدائل تشريعية تؤسس لعدالة وأمن عقدي مدني وعقاري إلى تكريس ما قد يسمى بالتوازن العقدي الذي تأثر بهذه التحولات التشريعية والواقعية المفروضة في وقتنا الحالي.

❖ لائحة المصادر والمراجع :

الكتب :

- أحمد خرطه، قانون التوثيق العصري مع مستجدات مشروع قانون التوثيق 03-82 المتطلبات، المجال، الحجية، مطبعة الجسور، الطبعة 2006.
 - الإمام مالك بن أنس، الموطأ، كتاب البيوع، باب بيع الخيار، الحديث رقم 1985، دار الغرب الإسلامي، المجلد الثاني، الطبعة الثانية 1997، ص: 201.
 - ادريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام - الإرادة المنفردة، الإثراء بلا سبب، المسؤولية التقصيرية، القانون -، الجزء الثاني، السنة 2000.
 - ادريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، نظرية العقد، الجزء الأول، مطبعة النجاح، 1996.
 - مأمون الكزبري، نظرية الإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الإلتزامات، بدون ذكر النشر، بيروت، الطبعة 1972.
 - محمد الشتوي، المعين في التوثيق وفق الضوابط المنظمة لخطة العدالة، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2001.
 - أحمد خرطه، قانون التوثيق العصري مع مستجدات مشروع قانون التوثيق 03-82 المتطلبات، المجال، الحجية، مطبعة الجسور، الطبعة 2006.
 - عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني دراسة حديثة للنظرية العامة للإلتزامات على ضوء تأثيرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الإقتصادي، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، التصرف القانوني، السنة 2015.
- الرسائل والأطروحات :
- محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط السنة الجامعية 1983.
- المجلات :
- مجلة فضاء المعرفة القانونية، العدد الخامس، أكتوبر 2020.
- الندوات :
- توثيق الإيجار المفضي لتملك العقار، ندوة توثيق التصرفات العقارية، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ومركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، مراكش، الطبعة الثانية 2005.
- القوانين :
- قانون الإلتزامات والعقود المغربي الصادر بتاريخ 12 غشت 1913.
 - القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.

- القانون 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي لتملك العقار.
- القانون 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية.
- القانون 107.12 المعدل للقانون 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز.
- قانون المسطرة المدنية الصادر بتاريخ 28 شتنبر 1974.
- القانون 32.09 المنظم لمهنة التوثيق
- القانون 16.03 المنظم لخطة العدالة.

مجلة الفقه والقانون

المملكة المغربية / ردمد : 0615 - 2336

www.majalah-droit.ma