مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة محكمة متخصصة تعنى بالدراسات القانونية تصدر دوريا

عدد

28

مدير النشر
أ.قارة وليد
رئيس التحرير
د نبيلة بن يوسف
ن.رئيس التحرير
د محمد فيصل ساسي

ISSN 2392-5175

EL NADWA JOURNAL OF LEGAL STUDIES
REVUE EL NADWA D'ETUDES JURIDIQUES

Site web/ revuenadwa.jimdo.com email/ revue.nadwa@gmail.com

N°

28

Directeur
De La Publication
Kara Oualid
Redacteur En Chef
Nabila Ben Youcef
Vice , Redacteur En Chef
Mohamed Faycal Sassi

ISSN 2392-5175

مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة علمية محكمة تصدر الكترونيا

الترقيم الدولي : ISSN2392-5175

لمراسلة المجلة :

الموقع الرسمي للمجلة: revuenadwa.jimdo.com

البريد الإلكتروني للمجلة revue.nadwa@gmail.com

العدد (28) – عدد خاص –سبتمبر / 2019

التعريف بالمجلة

هي مجلة علمية مستقلة محكمة من طرف هيئة علمية رفيعة المستوى حيث تضم أكبر الدكاترة في مجال القانون و العلوم الانسانية ذات الصلة على الصعيدين الوطني و الدولي.

تحوز على الترقيم الدولي ، تصدر إلكترونيا كل ثلاثة أشهر(بالاضافة الى أعداد خاصة) .

تديرها مجموعة من الاستاذة و الباحثين بعيدا عن وصاية أي مؤسسة عمومية ، تهدف المجلة لنشر البحوث العلمية بغية تدعيم المراجع الالكترونية و مساعدة الباحث في الجزائر و الوطن العربي كمثيلاتها من المجلات الدولية . تنخرط المجلة في الاتحاد العالمي للمؤسسات العلمية ، كما يربط المجلة بالمؤسسات التي تعنى بالنشر الالكتروني عدة اتفاقيات بغية نشر البحوث المقدمة لها في قواعد بيانات عربية و دولية ، قصد المساهمة الفعالة في نشر البحث العلمي بين أقطار الدول العربية و العالم بأسره في مجال البحث القانوني.

مدير المجلة :أ. قارة وليد

رئيسة التحرير : د. بن يوسف نبيلة

اعضاء هيئة التحرير

د.مقراني ريمة– د. ساسي محمد فيصل

أ.شيباني نضيرة – د.ثوابتي ايمان ريمة سرور –د.سويح دنيا

التدقيق اللغوي : أ. مسعودي صليحة

الهيئة العلمية للمجلة

أ.د السيد أبو الخير– استاذ محاضر في القانون الدولي بعدد من الجامعات– عضو نقابة المحامين– مصر

أ.د فوزي أوصديق–رئيس المنتدى الاسلامي للقانون الدولي الانساني– استاذ زائر في عدة جامعات / قطر

أ.د بوضياف عمار–استاذ التعليم العالي– مدير مخبر دراسات البيئة و التنمية المستدامة–كلية الحقوق و العلوم السياسية –جامعة تبسة – الجزائر

أ.د بوحنية قوي – استاد التعليم العالي – عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة ورقلة – الجزائر

أ.د . بو بكر عبد القادر – استاذ التعليم العالي –كلية الحقوق . بن عكنون – الجزائر

أ.د . بوعزة ديدن – استاذ التعليم العالي–كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة تلمسان – الجزائر

أ.د . بموسات عبد الوهاب – استاذ التعليم العالي – كلية الحقوق – جامعة سيدي بلعباس – الجزائر

د . ماهر عبد الله العربي – استاذ القانون الجنائي – كلية حقوق القاهرة – فرع الخرطوم . السودان– مصر

د . زواقري الطاهر – عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة عباس لغرور– خنشلة – الجزائر

د . اسعد حورية – استاذة محاضرة –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة تيزي وزو – الجزائر

د . إرزيل كاهنة – استاذة محاضرة – كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة تيزي وزو– الجزائر

د . نهاد أحمد – استاذة بالأكاديمية العربية المفتوحة بالدانمارك و بجامعة الملك سعود(السعودية) – مصر

د . الدياب حسن عز الدين – استاذ محاضر – كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة المنار– تونس

د . بوزيان راضية – استاذة محاضرة – عميدة سابقة لكلية علم الاجتماع – جامعة الطارف – الجزائر

د . زياد علي محمد الكايد – استاذ محاضر– قسم إدارة الأعمال– –جامعة شقراء– المملكة السعودية

د . بن حملة سامي – أستاذ محاضر –كلية الحقوق – جامعة قسنطينة 1. قسنطينة – الجزائر

د . بلقاسم سعودي – استاذ محاضر –كلية العلوم الاقتصادية – جامعة مسيلة – الجزائر

د . حسن عالي – استاذ محاضر –كلية العلوم الاجتماعية – جامعة وهران – الجزائر

د . الشيماء محمد – عضو هيئة التدريس بجامعة تبوك – المملكة السعودية – مصر

د . عبد السلام بني حمد – عضو هيئة التدريس بالجامعة الأردنية – الأردن

د . خلف الله عبد السلام محمد– استاذ محاضر–كلية الاقتصاد و العلوم السياسية – جامعة الزيتونة – ليبيا

د . خضراوي الهادي– استاذ محاضر – عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة الأغواط – الجزائر

د . نبيلة بن يوسف – استاذة محاضرة – كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة تيزي وزو – الجزائر

د . بخوية ادريس – استاذ محاضر–كلية الحقوق و العلوم السياسية – الجامعة الافريقية . أدرار – الجزائر

د . منصور لخضاري – عضو هيئة التدريس –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة مسيلة – الجزائر

د . خنفوسي عبد العزيز – استاذ محاضر –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة سعيدة – الجزائر

د . رياض التميمي – استاذ محاضر –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة العربي بن مهيدي– الجزائر

د . السبتي وسيلة – استاذة محاضرة –كلية العلوم الاقتصادية و التجارية – جامعة محمد خير– الجزائر

د . عثامنية كوسر – استاذة محاضرة –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة عباس لغرور – الجزائر

د . حساني خالد – أستاذ محاضر –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة عبد الرحمان ميرة – الجزائر

ا . محديد حميد – اعضو هيئة التدريس –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة زيان عاشور – الجزائر

ا . ليلى زيد الراشد – عضو جمعية المحامين – الكويت

قواعد النشر في

مجلة الندوة للدراسات القانونية :

* أن تتسم المقالات بالأصالة و الحداثة و الاسهام العلمي الجاد.
* تتوفر على الشروط العلمية و المنهجية.
* يقدم صاحب المقال سيرته الذاتية .
* يرسل المقال إلى هيئة التحرير عبر بريد المجلة الالكتروني .
* تقديم الملخص إلزامي باللغة العربية و لغة أجنبية أخرى
* يكتب في أول المقال إلى اليسار اسم ولقب الباحث و اسفله رتبته العلمية و المؤسسة العلمية و الدولة .
* لا يتجاوز عدد الصفحات في المقال (30) ثلاثون صفحة ، و لا يقل عن (10) عشر صفحات من مقياس 21- 29 ، إلا استثناء .
* يكتب المقال باللغة العربية بحجم 14 و بخط Arabic traditionnel. و باللغة الأجنبية بحجم 12 غليظ و بخط times new romain
* التهميش : يذكر في أخر كل فكرة مقتبسة رقم يدل على المؤلف، الذي يشار اليه في أسفل الصفحة التي وردت بها الفكرة بالطريقة التالية: **لقب و اسم المؤلف ،عنوان المؤلف، الجزء ،الطبعة، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم أو عدد الصفحات المقتبسة منه.**

* يكتب الهامش بنفس الخط و بحجم 11 عربي و حجم 10 غليظ أجنبي .
* تكتب في نهاية المقال قائمة المراجع المستعملة، و ترتب ترتيبا أبجديا، باحترام الترتيب المعتمد ضمن المقال.
* تخضع المقالات المقدمة للتحكيم العلمي، من قبل اللجنة العلمية للمجلة، قبل نشرها، و تحتفظ اللجنة بحقها في ابداء التحفظات.
* على صاحب المقال احترام تحفظات اللجنة العلمية للمجلة.
* يحق للجنة العلمية تأخير نشر المقالات أو رفضها كلية، اذا خالفت قواعد النشر في المجلة.
* المقالات و البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن رأي صاحبها .
* لا يكون المقال موضوع طلب النشر، قد نشر سابقا في أي مجلة أخرى .
* المقال المقبول للنشر يصبح ملكا للمجلة .

*** لا يجوز إعادة نشر مواد المجلة إلاّ بعد موافقة كتابية من هيئة التحرير**

*** ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي صاحبه، ولا يعبر بالضرورة على وجهة نظر المجلة**

مجلة الندوة للدراسات القانونية
Revue El nadwa d'études juridiques
ISSN . 2392-5175

فهرس البحوث و الدراسات

01- دور الكفالة في إسناد الجنسية في القانون المغربي
أ. مصطفى سدني –كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – جامعة محمد الخامس – المغرب ص003

02- سلطة القاضي على الشرط الجزائي في القانون المدني الليبي، والشريعة الإسلامية
أ. خليفة مفتاح خليفة مفتاح المعداني و أ.د . عبد الحميد الأحرش ص 052

03- القرض العقاري وتأثيره على التنمية العقارية
Mortgage loan and its impact on real estate development
أ. بوعبيد عز الدين – جامعة العربي التبسي– تبسة – الجزائر ص 061

04- عوارض المسؤولية الجنائية الدولية عند استخدام القوة
Symptoms of international criminal responsibility in the use of force
د. فادي علاونة و د. إسلام راسم البياري –كلية القانون – جامعة الاستقلال –فلسطين ص 076

05- مخطط الشراكة العمومية–الخاصة كآلية لترقية الاستثمار السياحي (تجسيدا للمخطط التوجيهي للتهيئة السياحية 2025)
أ.فاتح راشي و أ.سارة عبايدية –كلية الحقوق والعلوم السياسية –جامعة تبسة – الجزائر ص 101

06- واقع استخدام تكنولوجيا الاتصال الحديثة لضمان الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي الجزائرية
The Circumstance of Using Modern Communication Technology to Ensure Total Quality in Algerian Higher Education Institutions
د. بوعشيبة عائشة أستاذ محاضر ب و أ. نهيجة سعاد – جامعة صالح بوبنيدر قسنطينة3–الجزائر ص128

ملاحظة : ليست هناك معايير محددة في ترتيب المقالات

تخلي المجلة كامل مسؤوليتها عن أي اخلال بالملكية الفكرية من خلال المقالات المنشورة بها

الافتتاحية

بسم الله الرحمان الرحيم

دور الكفالة في إسناد الجنسية في القانون المغربي

الباحث/ مصطفى سدني

طالب في سلك الدكتوراه – كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي

جامعة محمد الخامس – الرباط – المغرب

sadni1979@gmail.com

الملخص

يعتبر حق الطفل في اكتساب الجنسية من بين الحقوق الأساسية المضمونة للطفل بمقتضى القوانين الوطني والمواثيق الدولية، الأمر الذي جعل المشرع المغربي يكرس هذا الحق في قانون الجنسية المغربية من خلال إقراره لإمكانية اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة.

تهدف هذه المساهمة إلى تسليط الضوء على موضوع دور مؤسسة الكفالة في إسناد الجنسية على ضوء القانون المغربي، من خلال تفكيك الاطار القانوني المؤطر لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة وإبراز أهم خصوصياته وتقاطعاته مع القوانين الأخرى. وسعيا إلى ربط هذه المساهمة بالجانب العملي، فقد تم توظيف العمل القضائي في هذه الدراسة قصد تحديد موقف القضاء من العديد الإشكاليات التي تطرحها مسطرة إسناد الجنسية عن طريق الكفالة، مع الاستئناس بالتشريع والفقه المقارنين في هذا المجال.

الكلمات المفتاحية: الطفل المهمل، الجنسية، الكفالة، الأجنبي، التبني.

Le résumé

Le droit de l'enfant à acquérir une nationalité est parmi les droits garantis en vertu des lois nationales et des conventions internationales, ce qui a incité le législateur marocain à consacrer ce droit dans la loi sur la nationalité en adoptant un ensemble de dispositions juridiques garantissant ce droit, et notamment le droit d'acquérir la nationalité marocaine par la Kafala .

De ce fait, la présente contribution vise à mettre en lumière le sujet du « rôle de l'institution du Kafala dans l'attribution de la nationalité dans la loi marocaine ». Il s'agit précisément de décomposer le cadre légal régissant l'acquisition de la nationalité par la Kafala, en identifiant ses spécificités et ses interférences avec d'autres textes juridiques.

Et pour rendre cette contribution plus fonctionnelle, on a exploité l'activité judiciaire en la matière à fin d'identifier leur position vis-à-vis

de différentes problématiques soulevées par la procédure de l'attribution de la nationalité par la Kafala, en tenant compte la législation et la doctrine comparées .

Mot clés : l'enfant abandonné, la nationalité, la Kafala, l'étranger, l'adoption.

مقدمة

بالرغم من المجهود المبذول من طرف مجموعة من المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بالمصلحة العامة، إلا أنها لا تقوم مقام أسرة الطفل، ولا تؤدي دورها في التنشئة الاجتماعية والتربية الأسرية، خاصة أمام ما تعانيه هذه المؤسسات من نقص في الإمكانات المادية والبشرية والتدبيرية. وبهذا تكون للأسرة، الحاضنة الطبيعية للطفل، دور رئيس في حماية حق الطفل في الرعاية، كما يعتبر الطفل النواة الصلبة واللبنة الأساسية في تكوين الأسرة التي تجسد كينونة المجتمع، ومن تم فإن الاهتمام به والعناية بحقوقه أصبح يشكل هاجس كل المجتمعات، إلى درجة أصبح معها تقدم الأمم والشعوب يقاس بمدى الاهتمام والرعاية الذي توليه لأطفالها[1].

وفي واقع الأمر، لا تنحصر الرعاية الاجتماعية للطفل المهمل في الحق في أسرة حاضنة فقط، بل تتعداها لتشمل الحق في الصحة والتعليم، وكذا الحق في الهوية. هذا الأخير يُعد الاطار القانوني الذي ينبني عليه الاستفادة من باقي الحقوق الأخرى، لصلة هذا الحق في صيانة شخصية الطفل وحفظ كرامته. ومن هذا المنطلق، أصبح الحق في الهوية يكتسي طابعا شموليا وبعدا دوليا من خلال سن مجموعة من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي توفر الحماية القانونية لهوية الطفل، وتلزم الدول بالعمل على احترامها وتكريسها في التشريعات الداخلية.

ويعتبر الحق في الهوية من الحقوق المعنوية اللصيقة بشخصية الطفل وكينونته، وفي مقدمتها الحق في النسب والحق في الجنسية. وإذا كان الحق في النسب يعني حق الطفل في الانتساب إلى والديه سواء كان هذا الطفل شرعيا (رابطة النسب) أو غير شرعي (رابطة البنوة) وما يستتبع ذلك من حقه في التسجيل في سجلات الحالة المدنية، فإن الحق في الجنسية يعني حق الطفل في اكتساب جنسية دولة ما، إما عن طريق الدم أي

[1] – فاتحة الغلالي، "حق الطفل في الهوية بين الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني"، مجلة الفقه والقانون، العدد 47، شتنبر 2016، ص 70.

عن طريق الرابطة الأبوية (النسب) أو عن طريق رابطة الأمومة (البنوة)، وإما عن طريق الإقليم أي اكتساب جنسية الدولة التي ولد فيها، وأما عن طريق حق الدم المقترن بحق الإقليم (الرابطة المزدوجة).

ووعيا من المشرع المغربي بما يعانيه الأطفال المهملين من قصور في الحماية والرعاية إسوة بالأطفال غير المحرومين من الدفء الأسري، قام المشرع بإصدار أو إصلاح مجموعة من القوانين ذات الصلة بالأطفال وفي مقدمتها، إصلاح قانون الجنسية (القانون رقم 62-06) وخاصة الفصل السادس والسابع والتاسع منه، إصلاح مدونة الأسرة (القانون رقم 70-03) وخاصة القسم المتعلق بالبنوة والنسب، تعديل قانون الحالة المدنية (القانون رقم 99-37) وخاصة المواد المتعلقة برسم الولادة، إصدار قانون يتعلق بالأطفال المهملين (القانون رقم 15-01) وخاصة المادة التاسعة منه المتعلقة الأشخاص والهيئات التي تسند إليها كفالة الأطفال بغض النظر عن جنسيتهم.

وهكذا يُعد المغرب من البلدان التي تقبل إسناد الكفالة الدولية، أي عندما يكون الكافل مغربيا مقيما بالخارج أو شخصا أجنبيا، فقانون كفالة الأطفال المهملين لا يشترط حيازة الجنسية المغربية لدى الكافل لإسناد كفالة طفل مهمل، واكتفى بشرط الديانة الإسلامية، لكن شريطة استيفاء بعض الشروط المنصوص عليها في القانون المذكور. وفي هذه الحالة، يفترض لأجل ضمان استمرار الوضعية القانونية لمؤسسة الكفالة العابرة للحدود، أن ينتقل المكفول المغربي مع كافله المغربي أو الأجنبي إلى خارج التراب الوطني حيث محل إقامة الكافل[1].

وعلى مستوى قانون الجنسية، أضاف المشرع المغربي مصدرا جديدا لاكتساب الجنسية المغربية ويتعلق الأمر بإسناد الجنسية عن طريق الكفالة، حيث يمكن للشخص المغربي الجنسية الذي يتولى كفالة مولود ولد بالخارج أن يقدم تصريحا لمنح المكفول الجنسية المغربية. ويبدو أن الدافع من تقرير إمكانية نقل الصفة المغربية من الكافل المغربي إلى المكفول الأجنبي تكمن في توفير حماية شريحة مهمة من الأطفال في وضعية صعبة من قبيل، اللقطاء، مجهولي الأبوين سواء كانت جهالة قانونية أو طبيعية أو هما معا، الأطفال الذين ولدوا خارج التراب الوطني وتم كفالتهم قصد تنشئتهم ورعايتهم والالتزام بتربيتهم وحمايتهم.

فإذا ثبتت أهمية مقاربة موضوع إسناد الجنسية المغربية عن طريق الكفالة في التشريع المغربي على العملي، فإن أهمية الموضوع على المستوى النظري لا تخلو من أهمية وذلك من خلال:

[1] – مليكة العرامي، "كفالة الأطفال المهملين من طرف القاطنين بالخارج"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 07 لسنة 2014، ص 166.

✓ الخصوصية التي يتميز بها هذا الموضوع على مستوى قانون الجنسية، وخاصة ما تعلق منها باكتساب الجنسية عن طريق الكفالة؛

✓ مقاربة الموضوع يمكن من تحديد المركز القانوني لكل من الكافل المغربي والمكفول الأجنبي في تشريع الجنسية المغربي؛

✓ دراسة الموضوع يتيح تقييم مدى ملاءمة المشرع المغربي للقوانين الداخلية مع الاتفاقيات الدولية وخاصة تلك المتعلقة بحقوق الطفل والجنسية.

إن الذي يقتضيه تناول موضوع دور مؤسسة الكفالة في إسناد الجنسية المغربية، أن هناك نص تشريعي يسمح بنقل الجنسية المغربية من الكافل المغربي إلى المكفول الأجنبي، وهو الذي يؤطر مقتضياته وإجراءاته، ويكشف ما وراء المتن القانوني من إشكاليات عديدة لعل أبرزها تتمثل في ما يلي: ماهي أهم خصوصيات النظام القانوني المرتبطة بإسناد الجنسية المغربية بناء على رابطة الكفالة؟ يتعلق الأمر بالضبط بتحديد دور مؤسسة الكفالة في نقل الجنسية المغربية من الكافل المغربي إلى مكفوله الأجنبي. وعن هذه الإشكالية المركزية، تتفرع مجموعة من التساؤلات التي يتعين الإجابة عنها وهي:

- ما هو مفهوم مؤسسة الكفالة؟ وماهي أوجه التشابه والاختلاف مع مؤسسة التبني؟
- ما هو موقف الشرع الإسلامي والتشريع المغربي من مؤسستي الكفالة والتبني؟
- ما هي الشروط الشكلية والجوهرية اللازمة لممارسة الكافل المغربي حقه في نقل جنسيته إلى مكفوله الأجنبي؟
- ماهي الشروط الشكلية والجوهرية اللازمة لممارسة المكفول الأجنبي حقه في اكتسابه للجنسية المغربية؟
- ما هو موقف الفقه والقضاء المغربيين في مدى اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة؟
- كيف واكب العمل القضائي المقارن مسطرة إسناد الجنسية عن طريق الكفالة وخاصة في التشريعات التي لا تعترف بمؤسسة الكفالة؟

من أجل مقاربة هذه الإشكالية والتساؤلات المتفرعة عنها، تم صياغة فرضية للبحث تُعد منطلقا للإجابة عن مختلف الالتباسات التي يثيرها هذا الموضوع. وعليه، نفترض أن مجموعة من الاعتبارات الدينية والاجتماعية والاتفاقية دفعت المشرع المغربي إلى تعديل قانون الجنسية في اتجاه توسيع حالات اكتساب

الصفة المغربية لتشمل حالة الإسناد عن طريق الكفالة، ووضع إطار قانوني ينظم مختلف الشروط الشكلية والجوهرية الخاصة بمسطرة نقل الجنسية من الكافل المغربي إلى مكفوله الأجنبي.

ومن أجل فحص مدى صلاحية فرضية البحث والإحاطة بتركيز بأهم الإشكاليات التي تثيرها هذه الدراسة، تم اعتماد منهجا تحليليا مقارنا. فمن خلال التحليلي، تم تفكيك النظام القانوني المؤطر لمسألة اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، إلى أجزاء وعناصر قصد تبسيطه وتحديد أهم خصوصياته. وهكذا سنحاول الانطلاق من قانون كفالة الأطفال المهملين لسنة 1993 كما تم تعديله وتتميمه سنة 2002، وقانون الجنسية المغربي لسنة 1958 كما تم تعديله وتتميمه سنة 2006، في محاولة للربط بينهما للخروج بإجابات واضحة عن الإشكالية المطروحة، مع التعريج على بعض القوانين ذات الصلة بالموضوع خصوصا مدونة الأسرة لسنة 2004 وقانون الحالة المدنية لسنة 2002 في حدود الارتباط بينهما في الموضوع، مع الاستئناس ببعض الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المرتبطة بحقوق الطفل، دون إغفال العمل القضائية والاجتهاد الفقهي على المستوى الوطني والمقارن.

كل ذلك سيتم بناء على خطة منهجية تقوم على تفكيك عناصر الموضوع إلى مبحثين، نستعرض في أولها أهم خصوصيات النظام القانوني لمؤسسة الكفالة في التشريع المغربي، في حين نخصص ثانيهما عن آثار إسناد الكفالة على مستوى جنسية الطفل المهمل.

المبحث الأول: خصوصيات النظام القانوني لمؤسسة الكفالة في التشريع المغربي

أصبحت ظاهرة الأطفال في وضعية صعبة من الظواهر التي تثير قلق المجتمع المغربي خصوصا أمام تنامي ضحاياها من الأطفال، وهو ما دفع المشرع المغربي من إصدار مجموعة من القوانين التي ترمي إلى حماية الطفولة والارتقاء بوضعيتها القانونية، وفي مقدمتها قانون كفالة الأطفال المهملين الذي يُعتبر الاطار القانوني الناظم لمختلف الإجراءات القانونية المسطرية والموضوعية المتعلقة بمؤسسة الكفالة (المطلب الأول).

وسعيا لتوفير أكبر قدر من الحماية القانونية، قام المشرع المغربي بتأهيل مؤسسة القضاء، ممثلة في المحاكم الابتدائية، للنظر في مختلف المنازعات الناشئة عن مباشرة مسطرة إسناد الكفالة وتتبعها، وهو ما يستوجب التطرق لحدود تدخل هذه المؤسسة في هذا الإسناد وتحديد الأثار القانونية الناتجة عنها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاطار الفقهي والقانوني لمؤسسة الكفالة في التشريع المغربي

من البديهي جدا أن يضع المشرع ضوابط في منح الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين كفالة الأطفال المهملين، لأن الغاية التي ابتغاها من تنظيمه لهذا النوع من الكفالة هو حماية تلك الطبقة الضعيفة من الأطفال ماديا ومعنويا. ولذلك، وقبل أن يسرد المشرع المغربي خصوصيات النظام القانوني المنظم لمؤسسة الكفالة، قام بتحديد مفهوم الطفل المهمل في المادة الأولى من قانون كفالة الأطفال المهملين (الفقرة الأولى)، ثم التطرق بعد ذلك إلى مفهوم الكفالة في المادة الثانية من نفس القانون (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الطفل المهمل

يشير مفهوم الإهمال إلى الحرمان من الرعاية الأسرية التي تتطلبها مرحلة نمو الطفل لإشباع حاجاته الفطرية التي يستعين بها على إنجاح توافقه النفسي والاجتماعي. وعلى مستوى الفقه، فهو الطفل الذي لأي سبب من الأسباب كاعتلال الصحة، موت أو انفصال الأبوين، أو عدم الشرعية، يكون غير قادر على الحياة في أسرته الطبيعية، أو هو الطفل الذي يعيش مع أسرته، ولكنه لا ينال الرعاية الكافية ولا العطف والحنان اللازمين[1]. وهناك جانب آخر من الفقه يرى بأن الطفل هو كل من يُرفض أو يُهمل من قبل أبويه أو أحدهما، أو من قبل الذين يقومون برعايته، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين، أو هو ذلك الطفل

[1] – الحوات علي، الدويبي عبد السلام، محسن أحمد، "رعاية الطفل المحروم– الأسس الاجتماعية والنفسية للرعاية البديلة للطفولة"، معهد الإنماء العربي للدراسات الاجتماعية، 1989، ص 15.

الذي لا يحصل على إشراف وتوجيه أسري مناسب، ولا تتوافر الرعاية التي تتطلبها مرحلة نموه، أو الذي يتعرض لإساءة معاملة في مظاهرها الجسيمة والنفسية والاجتماعية[1].

وعلى المستوى الاتفاقي، فقد حظيت مسألة رعاية الأطفال في وضعية صعبة باهتمام كبير ودائم على الصعيد الدولي منذ 1924، تاريخ إصدار أول تصريح يتعلق بحماية الأطفال حتى تاريخ إصدار الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي أقرتها الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة، والتي صادق عليها المغرب[2] بتاريخ 21 يونيو 1993. هذه الاتفاقية التي تنص في مادتها العشرين على أن:

"1- للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح له، حفاظا على مصالحه الفضلى، بالبقاء في تلك البيئة، الحق في حماية ومساعدة خاصتين توفرهما الدولة.

2- تضمن الدولة الأطراف، وفقا لقوانينها الوطنية، رعاية بديلة لمثل هذا الطفل.

3- يمكن أن تشمل هذه الرعاية، في جملة أمور، الحضانة، أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني، أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال. وعند النظر في الحلول، ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل ولخلفية الطفل الإثنية والدينية والثقافية واللغوية".

أما على مستوى التشريع المغربي، فالقانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين[3] يُعرف الطفل المهمل في المادة الأولى منه على أنه: "يعتبر مهملا الطفل من كلا الجنسية الذي لم يبلغ سنه ثمان عشرة سنة شمسية كاملة إذا وجد في إحدى الحالات التالية:

- إذا ولد من أبوين مجهولين، أو ولد من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنها بمحض إرادتها؛
- إذا كان يتيما أو عجز أبواه عن رعايته وليست له وسائل مشروعة للعيش؛
- إذا كان أبواه منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعايته وتوجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن، كما في حلة سقوط الولاية الشرعية، أو كان أحد أبويه الذي يتولى رعايته بعد فقد الآخر أو عجزه عن رعايته منحرفا ولا يقوم بواجبه المذكور إزاءه".

---

[1] – وداد العيدوني، "كفالة الأطفال المهملين في التشريع المغربي"، مجلة القانون المغربي، العدد 15، يناير 2010، ص 121.

[2] – ظهير شريف رقم 1.93.363 صادر بتاريخ 21 نونبر 1996 بنشر الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نونبر 1989، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4440، بتاريخ 19 دجنبر 1996، ص 2847.

[3] – القانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.172، بتاريخ 13 يونيو 2002، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 19 غشت 2002، ص 2362.

وباستقراء مقتضيات هذه المادة، يلاحظ أن المشرع المغربي ساير مضمون المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1996 عندما حدد سن الطفولة ببلوغ ثمان عشرة سنة شمسية كاملة. بالإضافة إلى ذلك، حدد مختلف الحالات التي يمكن للطفل أن يكون فيها مهملا وهي:

الحالة الأولى: إذا ولد من أبوين مجهولين معا، أو ولد من أب مجهول وأم معروفة لكنها تخلت عنه بمحض إرادتها. هذه الحالة تضم الوضعية التي يكون فيها الولد مجهول الأبوين. والمقصود بهذه الوضعية كون الولد غير معروف الأبوين، ويدخل ضمنها "اللقيط"، وهو الطفل الضائع المنبوذ الذي لا يُعرف أهله، سواء عُلم بأنه منبوذ من أهله الذين تعمدوا تركه ولكنهم غير معروفين، أم عُلم أنه قد ضاع عن أهله أو سُرق منهم ثم نُبذ، أم عُلم بأن أهله قد هلكوا بسبب كوارث طبيعية أو حروب من غير أن يكونوا معروفين[1]. كما يدخل ضمن هذه الوضعية الولد المولود من امرأة غير متزوجة تخلت عنه فور وضعه دون بيان هويتها قصد التخلص من وليدها نهائيا.

كما تضم هذه الحالة الوضعية التي يكون فيها الطفل مجهول الأب ومعلوم الأم تخلت عنه بمحض إرادتها. فعبارة "مجهول الأب" تحتمل أمرين: الأول أن له أب شرعي وهو الأصل المفترض، ولكنه غير معروف، والثاني ليس له أب شرعي لكن لا يفترض أن أباه المجهول غير شرعي ما لم يثبت ما يخالف ذلك. وعلى العموم، فوضعية الطفل مجهول الأب تتحقق غالبا عمليا فيما إذا كانت الأم معلومة ولا تتوفر على ما يثبت أنها متزوجة لينسب الولد لصاحب الفراش الذي هو الزوج، أو كون الولد ناتج عن الشبهة، أو ناتج عن علاقة جنسية غير مشروعة، وهو ما يسمى بولد السفاح. إلا أنه لا ينبغي أن يُفهم أن المولود من أم معلومة وأب مجهول هو ولد سفاح، لأنه قد يولد من زواج مكتوم أو زواج غير موثق.

الحالة الثانية: كون الولد يتيما أو عجز أبواه عن رعايته. هذه الحالة تضم الوضعية التي يكون فيها الطفل يتيما، ومعنى اليتم[2] هو فقد الأب. أي أن للطفل أبا ثم فُقد بسبب ما، ويتحقق ذلك إما بوفاته فعليا أو بافتراض وفاته قانونيا وفي حكم المفقودين. إلا أنه يُستفاد من سياق هذه الوضعية أن المقصود من عبارة "اليتيم" في إطار المادة الأولى من قانون كفالة الأطفال المهملين، الطفل الذي فقد أبويه معا وذلك للاعتبارين التاليين:

- أن الأم تمارس الولاية على أبنائها القاصرين في حالة عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان الأهلية أو بغير ذلك (المادة 238 من مدونة الأسرة)؛

[1] – محمد أكديد، "كفالة الأطفال في التشريع المغربي"، مجلة محكمة، العدد الثاني، 2003، ص 137.

[2] – اليتيم هو من فقد أباه قبل البلوغ، فإن ماتت الأم فقط فهو عجي، فإن ماتا معا فهو لطيم.

- التعبير بالعطف على عبارة "اليتيم" بجملة "أو عجز أبواه". فاشتراط عجز الأبوين معا لتحقق وضعية الإهمال يفيد أن المقصود باليتم هو فقدان الأبوين معا.

كما تضم هذه الحالة الوضعية التي يكون فيها الأبوين عاجزين عن رعاية الطفل. وتتحقق هذه الوضعية في الحالة التي يكون فيها الطفل معلوم الأبوين وموجودان على قيد الحياة لكنهما عاجزين عن رعايته، ولا يتوفر هو في هذه الحالة على إمكانيات مادية مشروعة للعيش.

الحالة الثالثة: كون أبوي الولد منحرفين أو أحدهما بعد فقد الآخر أو عجزه. فهذ الحالة تستدعي توافر شرطين: الأول انحراف الأبوين، وهذا العنصر يفترض وجودهما معا على قيد الحياة. فإذا انحرف أحدهما دون الآخر وكان هذا الأخير يقوم بما يتوجب عليه من رعاية وتربية للطفل فلا يتحقق هذا الشرط. والمقصود هنا بالعجز عن الرعاية هو تعذر القيام بالرعاية الاجتماعية والتنشئة الأخلاقية والتربوية، وليس هو مجرد من عجز مادي وعدم القدرة على الإنفاق. أما الشرط الثاني فيتمثل في عدم قيام الأبوين بواجبهما في الرعاية والتربية، أما إذا كانا قائمين بهذا الواجب إزاء الولد رغم سلوكهما فلا يتحقق شرط ممارسة الكفالة. إذن انحراف الأبوين وحده لا يكفي لنزع ولايتهما على الطفل، بل لابد من توافر عنصر الإخلال بواجب الرعاية والتربية[1].

فانحراف الأبوين أو أحدهما في حالة عجز الآخر يثبت بمقتضى حكم، وفي حالة عدم وجوده وعدم تخلي الأبوين عن رعاية الطفل فلا يمكن تصنيف هذا الأخير في خانة الأطفال المهملين حسب المادة الأولى من الظهير، برغم أن الطفل يوجد في حالة صعبة وفي بعض الحالات خطيرة مهدد في سلامته وصحته وتربيته وتنشئته[2]. وفي هذا الاطار، نورد ما جاء في تصدير قرار محكمة الاستئناف بالحسيمة، حيث صرحت: ":كفالة –طفل مهمل- مفهومه- تسليم طفل غير مهمل- توفر شروط ذلك (نعم). إن مجال تطبيق الفصل الأول من قانون كفالة الأطفال المهملين ينطبق على الأطفال المهملين، والتي يشترط لذلك كون الأبوين منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعاية وتوجيه الطفل، أما في حالة انعدام ما ذكر، وأمام عدم قدرة الأبوين المادية على رعاية ابنهما، فإن تسليم الطفل للتكفل به ينطبق عليه وصف غير مهمل"[3].

[1] – محمد أكديد، المرجع السابق، ص 141.

[2] – نادية امزاوير، "معيقات إسناد الكفالة"، سلسلة دفاتر محكمة النقض، عدد 22 لسنة 2015، ص 77.

[3] – قرار محكمة الاستئناف بالحسيمة عدد 646، ملف عدد 474-2010/7، الصادر بتاريخ 24 غشت 2010، القرار أورده: حسن إبراهيمي، "قضايا الأحوال الشخصية والميراث"، الجزء الثاني، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، العدد 62، لسنة 2018، ص 263.

وإذا كان هذا القانون قد استفاد كثيرا من الانتقادات التي وجهت إلى ظهير 10 أكتوبر 1993 المتعلق بالأطفال المهملين، فيما يتعلق بتعريف الطفل المهمل، وحاول بالتالي التوسيع من مجال الحماية إلى أكبر فئة من الأطفال المهملين مركزا بالأساس على الإهمال الناتج عن حالات الطفل مجهول الأبوين أو مجهول الأب، الطفل اليتيم أو الذي عجز أبواه عن رعايته، الطفل ضحية سلوك الأبوين، فإن هناك بالمقابل أنماط أخرى من الإهمال لا تقل خطورتها عن سابقتها، ولكن الظهير لم يتطرق إليها، وتتثمل بالأساس في الأنماط التالية:

- الإهمال الجسمي: مثل سوء التغذية، عدم العناية الصحية، عدم توفير الملابس المناسبة...
- الإهمال النفسي: مثل عدم توفير الدعم النفسي، غياب الحب والحنان، والتشجيع...
- الإهمال الصحي: مثل عدم المعالجة، أو المعالجة الخاطئة، عدم الاهتمام بنظافة الطفل[1].

بعد الانتهاء من تحديد مختلف حلالات الإهمال وكذا تحليل الأسباب التي تؤدي إلى اعتبار الطفل مهملا، وبالتالي وضعه في كفالة شخص ذاتي أو اعتباري، نتساءل ما هو مفهوم الكفالة المقررة في قانون كفالة الأطفال المهملين؟

الفقرة الثانية: مفهوم الكفالة

الكفالة لغة، الضم، وكفله بمعنى ضمه، وتكفل بالشيء ألزم نفسه به[2]. وشرعا، إنه الطفل المهمل الذي جعل الناس يسارعون ويتسابقون بل ويختصمون ويقترعون من أجل التكفل به، وهذا ما سجله القرآن الكريم حيث قال تعالى: "وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم"[3]، فكانت النتيجة: "وَكَفَلَهَا زكريا، كلما دخل عليها زكريا المحراب وجد عندها رزقا"[4]. ومعناه حسب تفسير الطبري، ضمها زكريا إليه، وفي قراءة بالتشديد "وكفَّلها زكريا"، بتشديد حرف الفاء، ومعناه كفَّلها الله زكريا. وفي تفسير ابن كثير، نصب زكريا على المفعولية، أي جعله كافلا لها. وهذا هو الطفل المهمل الذي دلت أخت سيدنا موسى عليه السلام على البيت الذي يكفله، فقالت: "هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم وهم له ناصحون"[5].

[1] – عبد القادر قرموش، 'كفالة الأطفال المهملين: دراسة تحليلية على ضوء القانون رقم 01-15 "، سلسلة "دراسات وأبحاث"، العدد 06، منشورات مجلة القضاء المدني، لسنة 2015، ص 112.

[2] – ابن منظور، "لسان العرب، ص 186.

[3] – سورة آل عمران، الآية 44.

[4] – سورة آل عمران، الآية 37.

[5] – سورة القصص، الآية 12.

وعلى مستوى الفقه، فالكفالة هي بمثابة ولاية عن النفس، إذ هي السهر على العناية بالولد في تهيء غذائه وتنظيف لباسه وفراشه وحفظه مما قد يتعرض له من خطر في جسمه وسلوكه وصحته[1]. فهو ذلك العمل الإنساني المنحصر من جهة في ضمان حياة اجتماعية سليمة للطفل وتقرير كل الضمانات والامتيازات التي تخولها له الشريعة الإسلامية، ومن جهة أخرى إرضاء رغبة المتكفل الذي لا ينجب أطفالا في أغلب الأحيان[2].

ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث، فالكفالة غير التبني، وهذا الأخير يعتبر باطلا ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية. ويُعرف التبني بأنه علاقة أبوية مجازية بين المتبني والمتبنى، ويترتب عنها نقل ولاية أب القاصر إلى المتبني، وهو باطل في ظل مدونة الأسرة المغربية بمقتضى المادة 149 منها التي تنص على: يعتبر التبني باطلا، ولا ينتج عنه أي أثر من آثر البنوة الشرعية"، وهو حرام كذلك في الإسلام لقوله تعالى: "ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا أباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم"[3].

وعلى المستوى الاتفاقي، نصت المادة 20 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي أقرتها الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة، على أن: "1- ....2 - ....3- يمكن أن تشمل هذه الرعاية، في جملة أمور، الحضانة، أو **الكفالة الواردة في القانون الإسلامي**، أو التبني، أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال. وعند النظر في الحلول، ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل ولخلفية الطفل الاثنية والدينية والثقافية واللغوية".

أما على المستوى القانوني، فالكفالة هي التزام قانوني يشمل الجوانب المادية والمعنوية المتعلقة بالطفل موضوع الكفالة[4]، وسببا من أسباب وجوب النفقة على الغير طبقا للمادة 187 من مدونة الأسرة التي تنص على: "نفقة كل إنسان في ماله، إلا ما استثني بمقتضى القانون. أسباب وجوب النفقة على الغير: الزوجية والقرابة والالتزام". إلا أنه إذا ارتأى الكافل جعل المكفول يستفيد من ماله، فيكون ذلك عن طريق هبة أو وصية أو تنزيل أو صدقة لضمان حياة كريمة للمكفول في حالة وفاة كافله.

---

[1] – مصطفى قرواش، "كفالة الأطفال المهملين"، مجلة محكمة، العدد الثاني، 2003، ص 208.

[2] – سميرة برادة، "كفالة الأطفال المتخلى عنهم بين النظرية والتطبيق"، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، رقم 05، المعهد العالي للقضاء، شتنبر 2004، ص 191. أنظر كذلك في نفس المعنى:

Émilie BARRAUD, "Kafala et migrations : l'adoption entre la France et le Maghreb", Edition universitaires européennes, Paris 2013, p 207.

[3] – سورة الأحزاب، الآية 5.

[4] – الطاهر كركري، "كفالة الأطفال المهملين وإمكانية السفر بهم للإقامة"، مجلة القبس، العدد الأول، يونيو 2011، ص 196.

وبخصوص المشرع المغربي، فقد عرف الكفالة في المادة الثانية من القانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين بأنها: "الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث". أما المشرع التونسي فقد عرف الكفالة بأنها العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة البر بكفالة طفل قاصر[1]. كما عرفها المشرع الجزائري بأنها التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي[2].

وبهذا يكون المشرع المغربي حدد مفهوم الكفالة بشكل دقيق وواضح من كلا التشريعين التونسي والجزائري، بحيث تنصب على كل شؤون الطفل، سواء ما يتعلق بالجوانب المعنوية المتمثلة في التربية والحماية والرعاية بما يحمله ذلك من معاني الحضانة والصيانة؛ سواء في الجانب الصحي أو الجانب الأخلاقي، وحفظه مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بالعناية بشؤونه في التهذيب والتوجيه والدراسة؛ أو ما يتعلق بالجوانب المادية المتمثلة في النفقة ومشتملاتها، من السكنى والطعام والكسوة والتمريض بالقدر المعروف وما تعتبر من الضروريات في العرف والعادة[3]. وهكذا يمكن القول أن نطاق التكفل بطفل مهمل واسع جدا، بحيث إذا استثنينا حق النسب المفضي إلى الحق في الإرث، وجدناه يضاهي نفس ما يقوم به الأب تجاه ابنه من الواجبات المنصوص عليها في المادة 54 من مدونة الأسرة، وهذا ما رسخه بعض العمل القضائي من خلال تصدير الأمر الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط حيث جاء فيه: "كفالة طفل مهمل لا يترتب عنها الحق لا في النسب ولا في الإرث، لأن الكفالة ليست بالتبني، بل هي التزام برعاية الطفل المهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ابنه دون الحق في المساس في هويته التي تعتبر حقا له فقط"[4].

وعلى العموم، فالكفالة مؤسسة اجتماعية بديلة لرعاية الطفل المهمل، وهي نظام بديل لمؤسسة التبني وضعه المشرع لغاية اجتماعية وذلك لرعاية الأولاد اللقطاء، وكذا مجهولي النسب وتولي أمر الولد الذي عجز أبواه عن تنشئته ورعايته لظروف اقتصادية واجتماعية.

المطلب الثاني: حدود تدخل القضاء في إسناد الكفالة والأثار القانونية الناتجة عنها

---

[1] – الفصل الثالث من القانون رقم 27 لسنة 1958، المؤرخ بتاريخ 1958/03/04، المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، منشور بالرائد الرسمي (الجريدة الرسمية) عدد 19 بتاريخ 1958/03/07، ص 306.

[2] – المادة 116 من القانون رقم 84-11 المؤرخ بتاريخ 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة.

[3] – مليكة العراسي، "كفالة الأطفال المهملين من طرف القاطنين بالخارج"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 07 لسنة 2014، ص 171.

[4] – أمر المحكمة الابتدائية بالرباط –قسم قضاء الأسرة– عدد 87، ملف رقم 2011/61، الصادر بتاريخ 20 يونيو 2013، أمر غير منشور.

من المؤكد أن حماية حقوق الطفل المعنوية بترسانة قانونية تُعد مسألة ضرورية للتنشئة الاجتماعية السليمة للطفل، ولكن تبقى بالرغم من ذلك غير كافية، إذ يستلزم تدخل السلطة القضائية التي تعتبر ضامن حماية حقوق الأفراد والجماعات، والمجسد لها والساهر على مدى احترامها وممارستها على أرض الواقع. وحسنا فعل المشرع المغربي بجعله للأمر الصادر بإسناد الكفالة ذو طبيعة قضائية، فالمشرع لم يحصر الرقابة داخل المغرب فقط، بل استحدث آليات تمكنه من مراقبة أحوال الطفل المكفول ببلد المهجر، وتتجلى أساسا في الإنابة القضائية[1]، وعن طريق القنصليات. وفي هذا الإطار، نورد ما جاء في تصدير قرار محكمة الاستئناف بأكادير: "أن مهمة تتبع وضعية المكفول خارج المغرب موكولة للقنصليات المغربية بالخارج التي تزود القاضي بتقارير حول أحوال المكفول"[2].

وهكذا فمعرفة دور السلطة القضائية في حماية حق الطفل في الكفالة، يكون من خلال تحديد نطاق تدخل كل من مؤسستي النيابة العامة ومؤسسة القاضي المكلف بشؤون القاصرين في رعاية الأطفال المهملين (الفقرة الأولى)، وكذا من خلال تحديد مختلف الآثار القانونية المترتبة عن كفالة طفل مغربي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دور السلطة القضائية في رعاية الأطفال المهملين

إن القاضي باعتباره حامي الحقوق، له دور فعال في مسطرة إسناد كفالة الأطفال المهملين، إلا أن دوره يتحدد بالنصوص القانونية التي تعطي لمختلف المؤسسات القضائية صلاحية التدخل. وهكذا فبيان وظيفة السلطة القضائية في تدبير ملفات إسناد الكفالة، يقتضي توضيح نطاق تدخل مؤسسة النيابة العامة (أ) في مسطرة الإسناد، دون إغفال مختلف الإجراءات التي تباشرها مؤسسة القاضي المكلف بشؤون القاصرين في هذه المسطرة (ب).

أ- تدخل مؤسسة النيابة العامة

بمجرد أن يصل إلى علم مؤسسة النيابة العامة، من لدن أي شخص أو من لدن الشرطة القضائية أو أي سلطة معينة، بأن هناك طفلا مهملا بالمعنى المبين سلفا، فإن قانون كفالة الأطفال المهملين خول لوكيل الملك اتخاذ بعض التدابير الرامية إلى حماية الطفل الوليد الذي تم العثور عليه. ومن هذا المنطلق، يلعب السيد وكيل الملك دور عند العثور على الطفل المهمل، ودور مسطري بعد إيداع الطفل بإحدى المؤسسات المكلفة برعاية الأطفال وحضانتهم أو لدى بعض العائلات المرشحة لكفالة الطفل، ودور في المراقبة

[1] – أمال ناجي، "ضابط المصلحة الفضلى للطفل في قانون الكفالة بين القانون الوطني والأجنبي"، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد الخامس، لسنة 2015، ص 249.

[2] – قرار محكمة الاستئناف بأكادير –قسم قضاء الأسرة– ، عدد 150، صادر بتاريخ 14 فبراير 2006، قرار غير منشور.

والاطلاع على المساطر الرائجة لإتمام إجراءات الكفالة، ودور عند تنفيذ الأمر بالكفالة وتسليم الطفل للكفيل وتتبع الكفالة[1].

وهكذا يأمر السيد وكيل الملك:

- بإيداع الطفل المهمل بإحدى المؤسسات أو المراكز المكلفة برعاية الأطفال أو لدى بعض العائلات التي ترغب في كفالة هذا الطفل.
- بإجراء بحث حوله.
- يقوم بالإجراءات اللازمة لتسجيله في سجلات الحالة المدنية.
- يقدم على الفور طلبا إلى المحكمة المختصة للتصريح بإهماله.
- يقدم عناصر البحث الذي أجرته المحكمة.
- يأمر بتعليق الحكم التمهيدي الذي تصدره المحكمة ليتمكن والدا الطفل المهمل من التعريف بنفسيهما للمطالبة باسترداده؛
- يوجه نسخة من الحكم الصادر المتعلق بإهمال الطفل إلى السيد القاضي المكلف بشؤون القاصرين.
- تنفيذ مقرر إسناد الكفالة بحضور ممثل النيابة العامة وباقي الجهات المحددة في المادة 18 من القانون المذكور.
- إمكانية تنفيذ الأمر بإلغاء الكفالة الذي يتخذه القاضي المكلف بشؤون القاصرين عن طريق النيابة العامة بواسطة القوة العمومية.

فإذا ثبت دور مؤسسة النيابة العامة في مسطرة كفالة الأطفال المهملين، فإن التساؤل الذي يطرح متعلق بتكييف طبيعة تدخلها في هذه المسطرة وخاصة في دعوى التصريح بالإهمال، بمعنى آخر هل تتدخل كطرف أصلي أو كطرف منضم؟ فبالرجوع إلى مقتضيات قانون المسطرة المدنية، خاصة الفصول 6 و8، نجد المشرع لم يحدد حالات التدخل الرئيسي للنيابة العامة، وإنما اقتصر على إيراد بعض المقتضيات العامة، وهذا ما

[1] – محمد المتوكل، "كفالة الأطفال المهملين وكيفية تنفيذ الأوامر الصادر بشأنها"، مجلة الملف، العدد التاسع، نونبر 2006، ص 189.

يفرض الرجوع إلى فصول أخرى من قانون المسطرة المدنية، وبعض القوانين الخاصة لتكييف دور النيابة العامة.

وعليه، فبالرجوع إلى الفصل 9 من قانون المسطرة المدنية، يتضح أن من ضمن الدعاوى التي تبلغ إلى النيابة العامة بصفتها طرفا منضما في قضايا الأسرة، وضمن قضايا الأسرة هذه نجد النيابة الشرعية، فهذه الأخيرة وكما هو معلوم إما ولاية أو وصاية أو تقديم، نجدها مضمنة في قانون كفالة الأطفال المهملين، حيث نص البند الثاني من المادة 17 منه على أنه: "ينص الأمر على تعيين الكافل مقدما عن المكفول". ومادام الكافل حسب هذه المادة مقدما على المكفول، أي يمارس نيابة قانونية عليه فهو ينضوي ضمن الاطار المخول للنيابة العامة أن تمارس مهامها فيه، أي يتضمن دعاوى التصريح بالإهمال[1].

غير أن المركز القانوني للنيابة العامة في مسطرة كفالة الأطفال المهملين لا يقتصر فقط في الصفة الانضمامية، بل يتعداه إلى الصفة الأصلية، إذ نصت المادة 3 من مدونة الأسرة على: "تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة". ولما كانت النيابة الشرعية من ضمن أحكام مدونة الأسرة، فإن النص الخاص مقدم هنا على النص العام الوارد في قانون المسطرة المدنية. وعليه، فالنيابة العامة تشكل طرفا أصليا في دعاوى التصريح بالإهمال، وأن ما يسند هذا الطرح هو أن التصريح بالإهمال ينتج عنه إسقاط الولاية الشرعية للأبوين، ولأن أحكام الولاية تتعلق بالنظام العام، فكان تدخل النيابة العامة في دعوى التصريح بالإهمال له ما يبرره.

ب- تدخل القاضي المكلف بشؤون القاصرين

عهد المشرع المغربي إلى السيد القاضي المكلف بشؤون القاصرين بإسناد الكفالة إلى الشخص أو الجهة الراغبة في الكفالة، وذلك بعد قيامه بجمع المعلومات والمعطيات حول الظروف التي تتسم فيها كفالة الطفل المهمل عن طريق بحث يجريه بواسطة لجنة خاصة مكونة كما يلي:

- ممثل للنيابة العامة؛
- ممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف والشؤون الإسلامية؛
- ممثل للسلطة المحلية؛
- ممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالطفولة؛

[1] – عبد المالك صبري، "كفالة الأطفال المهملين"، بحث نهاية التكوين بالمعهد العالي للقضاء، فترة التكوين 2017/2015، الفوج 41، ص 60.

- فضلا عن المساعدة الاجتماعية والكفيل.

وحتى يتأتى تفعيل هذه المقتضيات وفق ما توخاه المشرع، وتتحقق الغاية المرجوة من نظام كفالة الأطفال المهملين، أصدر وزير العدل منشور[1] موجه إلى رؤساء المحاكم ووكلاء الملك والقضاة المكلفين بشؤون القاصرين وذلك:

- بإنجاز الأبحاث وجمع المعلومات المتعلقة بالظروف التي ستتم فيها كفالة الطفل المهمل بكل دقة وعناية، مع تفعيل الدور الذي تقوم به اللجنة المنصوص عليها في المادة 16 من القانون 01-15؛
- تعميق الأبحاث المنجزة من طرف الضابطة القضائية حول أهلية طالب الكفالة ومدى مؤهلاته للتكفل بالطفل وخاصة إذا كان أجنبيا؛
- التأكد من كون الأجانب الذين يرغبون في كفالة الأطفال المهملين يتوفرون على مؤهلات الكفالة، ولهم الضمانات ما يجعل الرقابة القضائية تمتد لتتبع أحوال الطفل المكفول؛
- الحرص على أن يتم تسليم الطفل المهمل بحضور ممثل السلطة المحلية والمساعدة الاجتماعية.

ويمكن للقاضي إذا اقتضت ذلك طبيعة البحث، أن يستعين بأي شخص أو جهة يراها مفيدة لهذه الغاية.

إن الهدف من البحث الذي يقوم به القاضي المكلف بشؤون القاصرين هو التأكد مما إذا كان الشخص الراغب في الكفالة مستوفيا للشروط المتطلبة قانونا. وفي حالة ما إذا كان البحث إيجابيا، أي في الحالة التي تتوافر فيها الشروط المطلوبة في طالب الكفالة، فإن القاضي المكلف بشؤون القاصرين يصدر أمرا بإسناد كفالة الطفل المهمل إلى الشخص أو الجهة التي تقدمت بالطلب. ويكون هذا الأمر مشمولا بالنفاذ المعجل بقوة القانون.

وعلى مستوى العمل القضائي، نور ما جاء في تصدير قرار محكمة الاستئناف بورزازات: "إرفاق الكافلين طلبهما بجميع الوثائق المنصوص عليها قانونا، كما أن إنجاز البحوث الاجتماعية طبقا للمادة 16 من قانون 15-01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين يجعل طلبهما مطابقا للقانون"[2]. وعلى نفس النهج سارت المحكمة الابتدائية بالرباط –قسم قضاء الأسرة- حيث جاء في تصدير الحكم: "استجابة طلب الكفالة

[1] – منشور السيد وزير العدل رقم 16 س2/ك بتاريخ 28 مارس 2005.

[2] – قرار محكمة الاستئناف بورزازات عدد 289، ملف أحوال شخصية عدد 2012/148، المؤرخ في 07 نونبر 2012، قرار غير منشور.

للشروط المنصوص عليها قانونا سواء من خلال الوثائق المدلى بها أو من خلال البحوث الاجتماعية المنجزة، يجعل إسناد كفالة الطفلة إليها موافق للقانون"[1].

وبالإضافة إلى ما سبق، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 17 من قانون كفالة الأطفال المهملين على أنه: "يكون أمر القاضي المكلف بشؤون القاصرين مشمولا بالنفاذ المعجل بقوة القانون رغم كل طعن". كما ينص الأمر على تعيين الكافل مقدما عن المكفول، وفي حالة استئناف أمر القاضي فإن المحكمة تبت في هذا الاستئناف في غرفة المشورة لمحكمة الاستئناف والتي تتسم بمميزات منها سرية الجلسة وسرعة البت. وينفذ الأمر الصادر بالكفالة من طرف المحكمة الابتدائية التابع لها القاضي المصدر لأمر الكفالة داخل خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره.

وبعد التثبت من هوية الكفيل، يُسلم له الطفل موضوع التقرير ليتولى شؤونه ويتعهد بأن لا يسلمه لغيره إلا بموافقة قاضي شؤون القاصرين، وألا يسافر به إلا بعد أخذ إذن من القاضي المذكور، وبإخبار القاضي بكل هبة أو صدقة أو تنزيل ارتأى الكفيل جعلها للطفل. وإذا امتنع كافل الطفل المهمل عن تنفيذ مقتضيات الأمر القضائي الصادر بالكفالة، يشعر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بذلك، ويتعين حينئذ على القاضي أن يُحيل الملف على النيابة العامة لتسهر على تنفيذه بواسطة القوة العمومية، أو بما تراه ملائما من الوسائل، ويجب في جميع الأحوال اتخاذ الإجراءات المناسبة لمصلحة الطفل الفضلى.

ويتم إسناد الكفالة عن طريق تسلم الطفل المهمل إلى الكفيل في المركز أو الحضانة الموجود بها الطفل الذي سبق وأن صرحت المحكمة بأنه طفل مهمل، حيث تتم معاينة الطفل وتوصف حالته ولباسه والتلقيحات التي أجريت له. بعد ذلك يقوم كاتب الضبط التابع لمحكمة نفس القاضي بتحرير ذلك في محضر في ثلاثة نظائر يحتفظ به في ملف خاص لدى مكتب القاضي المكلف بشؤون القاصرين، ويسلم الثاني إلى الكافل ويحتفظ بالثالث في ملف التنفيذ بالمحكمة.

فضلا عن ذلك، يشار بطرة رسم ولادة الطفل المكفول إلى الوثيقة التي تم بمقتضاها إسناد الكفالة طبقا للتشريع الجاري به العمل[2]. ولكي يتمكن الكافل القاطن بالخارج من السفر بالمكفول للإقامة الدائمة معه خارج التراب الوطني، يتعين عليه الحصول على إذن بذلك من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين، باعتباره الولي الشرعي على الطفل المهمل. ومنح هذا الإذن يكون قاصرا فقط على الطفل مجهول الأبوين، فمتى كانت أسرته معروفة لا يمكن الإذن للكافل للإقامة به خارج المغرب حفاظا على صلاته بعائلته، وعدم فصله عن والديه عملا بمقتضيات المادتان 8 و9 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل.

[1] – حكم المحكمة الابتدائية بالرباط عدد 124، ملف رقم 2010/88، الصادر بتاريخ 23 غشت 2010، حكم غير منشور.
[2] – الفقرة الأخيرة من المادة 16 من قانون الحالة المدنية رقم 99-37.

وسعيا من المشرع المغربي لحماية المصلحة الفضلى للطفل المكفول، أعطى في هذا الاطار دورا فعالا للقضاء، من أجل مراقبة توافر الشروط القانونية، وترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة لمراقبة الشروط الأخلاقية والمادية لطالب الكفالة، وبالتالي التأكد من أنه قادر على رعاية الطفل المراد التكفل به، خاصة وأن المواثيق الدولية أصبحت تهتم كثيرا بالإنسان وحقوقه بصفة عامة وبالطفل بصفة خاصة، وبكفالة الطفل المهمل بصفة أخص، وركزت على جملة واحدة: "مراعاة المصلحة الفضلى للطفل"[1].

فالمشرع ومن أجل حماية المصلحة الفضلى للطفل المكفول من طرف كفيل أجنبي، يقبل إسناد الكفالة فقط للشخص المتوفر على شروطها المنصوص عليها في المادة التاسعة من القانون 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين. إلا أن موقف المغرب من مسألة إمكانية السفر بالمكفول إلى خارج المغرب عرف اضطرابا.

وهكذا، فبعد اكتشاف المشرع المغربي لموقف بعض الدول الأجنبية، وخاصة الغربية وسلوكها في التعامل مع مؤسسة النيابة العامة، أصدر السيد وزير العدل منشورا[2] موجه إلى السادة رؤساء المحاكم الابتدائية والى القضاة المكلفين بشؤون القاصرين يتضمن الشروط الواجب توافرها لمباشرة مسطرة إمكانية السفر بالمكفول خارج المغرب، وهي:

وجود اتفاقية قضائية تسمح بنظام الكفالة بين المملكة المغربية والدولة المراد الإقامة بها؛

إدلاء الكافل بإشهاد من سلطات البلد الذي ينوي الإقامة به يثبت سلامة الوضعية القانونية التي سوف يعيشها المكفول إثر انتقاله إليه.

الفقرة الثانية: الآثار القانونية المترتبة عن كفالة طفل مغربي

ترتب الكفالة – باعتبارها تصرفا قانونيا – مجموعة من الحقوق للطفل المكفول في مواجهة الكافل، وهي حقوق موضوعة تحت الوصاية يباشرها النائب القانوني تحت سلطان القانون ورقابة القضاء، ولا تقابلها واجبات على المكفول ولا يجوز التنازل عنها، وتنقسم هذه الحقوق إلى قسمين، قسم يرتبط بحماية حق المكفول في الرعاية الاجتماعية (أ)، وقسم مرتبط بحماية حق الطفل في الهوية (ب).

الآثار القانونية المترتبة عن كفالة طفل مغربي على مستوى الرعاية الاجتماعية

[1] – عمر لمين، المرجع السابق، ص 60.

[2] – منشور السيد وزير العدل رقم 50 س 2 بتاريخ فاتح يونيو 2003.

عملا بمقتضيات المادة 22 من قانون كفالة الأطفال المهملين، فإن الأمر الصادر عن القاضي المكلف بشؤون القاصرين بإسناد الكفالة تترتب عنه عدة النتائج منها على وجه الخصوص:

تحمل الكافل أو المؤسسة أو الهيئة أو المنظمة أو الجمعية المعنية تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضانته ورعايته وضمان تنشئته في جو سليم، مع الحرص على تلبية حاجياته الأساسية إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني طبقا للمقتضيات القانونية المتعلقة بالحضانة والنفقة المنصوص عليها في مدونة الأسرة؛

إذا كان الولد المكفول أنثى، فإن النفقة يجب أن تستمر إلى أن تتزوج طبقا لمقتضيات المادة 198 من مدونة الأسرة؛

إذا كان المكفول مصابا بإعاقة أو عاجزا عن الكسب، فإن النفقة يجب أن تستمر إلى أن تتزوج طبقا لمقتضيات المادة 198 من مدونة الأسرة؛

استفادة الكافل من التعويضات والمساعدات الاجتماعية المخولة للوالدين عن أولادهم من طرف الدولة، أو المؤسسات العمومية أو الخصوصية أو الجماعات الترابية أو هيأتها؛

إمكانية استفادة المكفول من هبة أو وصية أو تنزيل أو صدقة صادرة عن الكافل، إذ يتولى القاضي المكلف بشؤون القاصرين على إعداد العقد اللازم لذلك وعلى حماية حقوق المكفول.

الآثار القانونية المترتبة عن كفالة طفل مغربي على مستوى حماية حق الهوية

إن الاهتمام بحق الطفل في الهوية أضحى من بين الحقوق المعترف بها دوليا باعتبارها أصل كل الحقوق ومصدرها الأول. فعلى أساس الوجود القانوني للطفل، يكون له الحق في الحياة والحماية من أي خطر يهدد سلامته الجسدية وشخصيته القانونية وذلك من خلال حماية حقه في التسجيل في الحالة المدنية.

ومن هذا المنطلق، تعد مؤسسة الحالة المدنية الوسيلة المثلى للتعريف بالشخص والكشف عن هويته، فبدون وثائق الحالة المدنية لا يمكن للإنسان إنجاز أية وثيقة أو ولوج أي مهنة[1]. وتستمد سجلات الحالة المدنية قيمتها من الطبيعة الإجبارية لتسجيل بعض الوقائع المهمة في حياة الأشخاص، مثل الولادة والزواج والكفالة والطلاق والوفاة وغيرها[2]، بالإضافة إلى ذلك، يُعتبر قانون الحالة المدنية من النظام العام، لما له من أهمية

[1] – فاتحة الغلالي، المرجع السابق، ص 74.

[2] – عبد العالي الدليمي، "الحماية القانونية للطفل"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، 2007، ص 166.

وآثار على حياة الفرد وهويته والتعريف بالأسر وتنظيم المجتمع[1]. لأجل ذلك، أضفى المشرع المغربي على رسوم الحالة المدنية نفس الحجية الإثباتية التي للوثائق الرسمية[2].

وبالرجوع إلى قانون كفالة الأطفال المهملين، فإن مقتضيات المادة 21 منه تنص على أن الأمر الذي يصدره القاضي المكلف بشؤون القاصرين، سواء في إطار إسناد الكفالة أو بإلغائها أو باستمرارها، يوجهه إلى ضابط الحالة المدنية المسجل لديه رسم ولادة الطفل المكفول، وذلك داخل أجل شهر ابتداء من تاريخ صدوره. ويتعين على ضابط الحالة المدنية المحال عليه الأمر المذكور سابقا، سواء بإسناد الكفالة أو بإلغائها أو باستمرارها، أن يُشير فيه بطرة رسم ولادة الطفل المكفول طبقا لمقتضيات المادة 16 من قانون الحالة المدنية[3]، وكذا تقديم طلب لنقل تسجيل ولادته إلى المحكمة الابتدائية بالرباط الذي تصدر بناء على ذلك أمرا يقضي بهذا التسجيل وفق مقتضيات المادة 18 من نفس القانون[4].

أما على مستوى الحق في الجنسية، فنظرا لاختلاف المركز القانوني للطفل المغربي عن نظيره الأجنبي في التشريع الوطني، وخاصة ما تعلق بقانون الجنسية، فإنه يتعين تمييز الآثار القانونية المترتبة عن كفالة طفل مغربي مهل عن تلك المترتبة عن كفالة طفل أجنبي. فالطفل تُسند إليه الجنسية المغربية عن طريق النسب من جهة أبيه المغربي أو عن طريق البنوة من جهة أمه المغربية. كما يُعتبر مغربيا الولد المولود في المغرب من أبوين مجهولين بناء على الرابطة الترابية. وهكذا فإسناد الجنسية المغربية لا تطرح أية إشكالات قانونية أو عملية بالنسبة للأطفال المولودين في المغرب سواء كانوا معلومي أو مجهولي الأبوين. إلا أن الأمر يختلف بالنسبة

---

[1] – محمد اليعقوبي "دور النيابة العامة في قضايا الجنسية والحالة المدنية"، مجلة العرائض، العدد الخامس، يوليوز–دجنبر 2015، ص 89.

[2] – مصطفى سدني، "إثبات الجنسية المغربية من خلال وقائع الحالة المدنية"، مجلة القانون والأعمال، العدد 20 بتاريخ 20 نونبر 2018، ص61.

[3] – تنص الفقرة الخامسة من المادة 16 من قانون الحالة المدنية على أنه: "إذا تعلق الأمر بمولود من أبوين مجهولين، أو بمولود وقع التخلي عنه بعد الوضع، يصرح بولادته وكيل الملك بصفة تلقائية، أو بناء على طلب من السلطة المحلية، أو من كل من يعنيه الأمر، معززا تصريحه بمحضر منجز في هذا الشأن، وبشهادة طبية تحدد عمر المولود على وجه التقريب، ويختار له اسم شخصي واسم عائلي، وأسماء أبوين أو اسم الأب إذا كان معروف الأم، ويشير ضابط الحالة المدنية بطرة رسم ولادته إلى أن أسماء الأبوين أو الأب حسب الحالة، قد اختيرت له طبقا لأحكام هذا القانون.
يبلغ ضابط الحالة المدنية وكيل الملك بالولادة التي سجلت بهذه الكيفية داخل أجل ثلاثة من تاريخ التصريح.
تصرح بالابن المجهول الأب امه أو من يقوم مقامها، كما تختار له اسما شخصيا واسم مشتقا من أسماء العبودية لله تعالى واسما عائليا خاصا به.
يشار بطرة رسم ولادة الطفل المكفول إلى الوثيقة التي تم بمقتضاها إسناد الكفالة طبقا للتشريع الجاري به العمل".

[4] – تنص الفقرة الرابعة من المادة 18 من قانون الحالة المدنية على أنه: "أما الحاصل على الجنسية المغربية، المولود خارج المغرب، فيتم تسجيله بناء على حكم تصريحي بالولادة صادر عن المحكمة الابتدائية للرباط".

للأطفال المهملين الأجانب، حيث ابتكر المشرع المغربي مصدرا جديدا لإسناد الجنسية المغربية إليهم بحكم القانون عن طريق مؤسسة الكفالة.

المبحث الثاني: آثار إسناد الكفالة على مستوى جنسية الطفل المهمل.

يُعد اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة من ابتكارات المشرع المغربي التي لحقت بقانون الجنسية المغربي القديم[1] بمقتضى القانون رقم 06-62 المتعلق بالجنسية المغربية[2]، إذ تم إدماجها لأول في صلب القانون المذكور بموجب الفقرة الثانية من الفصل التاسع منه الذي ينص على إمكانية نقل الجنسية من الكافل المغربي إلى مكفوله الأجنبي.

والواقع أن مضمون هذه الفقرة يحتاج إلى بعض التوضيح، فهي تتحدث عن حالة المغربي الذي يتولى كفالة طفل ولد خارج التراب المغربي من أبوين مجهولين، وبذلك فهي توحي بأن المشرع قد تجاوز اختصاصاته، لأن حالة الطفل المزداد بالخارج ستخضع حتما لقوانين بلد الولادة والإقامة، فهي التي ستحدد ما إذا كان الطفل مجهول الأبوين أو لا؟ وما إذا كان في وضعية إهمال أم لا؟ وهي التي ستحدد له نوعية الحماية التي ستوفرها له[3].

وإذا كان المشرع قد تبنى نظام الكفالة، فمن سيضمن للسلطات الأجنبية بأن هذه المؤسسة ستوفر الحماية اللازمة للطفل المتكفل به، علما أن آثارها محدودة مقارنة مع بعض المؤسسات كالتبني مثلا. وفي المقابل، كيف سيتعامل المشرع المغربي مع موقف بعض الدول الغربية السلبي من نظام الكفالة، علما أن المشرع المغربي لا يعترف بدوره بمؤسسة التبني، الشيء الذي يؤشر على تضارب موقف التشريعات المقارنة من مؤسسة الكفالة بين من يقبلها وخاصة لدى التشريعات ذات المرجعية الإسلامية، ومن يقصيها وخاصة لدى التشريعات الغربية (المطلب الأول). وهكذا، فموقف مؤسسة الكفالة لدى الأنظمة القانونية المقارنة ذات المرجعية الإسلامية لا تثير أية صعوبات قانونية أو مسطرية، مما يسهل معه مباشرة إجراءات إسناد الجنسية المغربية عن طريق الكفالة (المطلب الثاني).

---

[1] – ظهير شريف رقم 250-58-1 بسن قانون الجنسية المغربية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2395 بتاريخ 19 شتنبر 1958، ص 2190.

[2] – القانون رقم 06-62 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 80-07-1بتاريخ 23 مارس 2007، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5513 بتاريخ 02 أبريل 2007، ص 1116.

[3] – عبد المنعم الفلوس، "وضعية الأجنبي بالمغرب منذ الاستقلال"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، الموسم الجامعي 2007/2006، ص 373.

المطلب الأول: موقف التشريعات المقارنة من الكفالة بين الإقصاء والقبول

إذا كانت الخلية الأسرية هي المكان الرئيسي والطبيعي لرعاية وتنشئة الأطفال وحمايتهم، فإن الواقع المعيش، ونتيجة لتداخل عدة عوامل، يشهد على تنامي حالات الأطفال المهملين، الأمر الذي حدا بجل التشريعات بسن عدة مقتضيات قانونية في محاولة لإيجاد بديل عن الأسرة الطبيعية[1]. ومن جانبها، فقد تضمنت العديد من تشريعات الدول الإسلامية عدة قواعد تهدف إلى حماية الطفل المهمل، وقد اتخذت هذه الحماية عدة أوجه كالرعاية الاجتماعية والكفالة والحق في الهوية وفي الجنسية... وفي المقابل، لجأت معظم الدول الإسلامية إلى تحريم التبني واعتبرته مخالفا لنظامها العام مستندة في ذلك على علة منعه في الشريعة الإسلامية (الفقرة الثانية).

وخلافا للوضع السابق، وتأثرا منها بالتفسير المعطى لمفهوم المصلحة الفضلى للطفل، واستجابة كذلك لتصورها لضرورة المساواة في المعاملة بين الأطفال، فقد عملت معظم التشريعات الغربية على تنظيم التبني وجعلته من صميم نظامها الأسري. وإذا كانت مؤسسة التبني التي تتم بين رعايا تلك الدول لا تثير أية مشاكل قانونية أو مسطرية، فإن الأمر يختلف بكافل ينتمي إلى إحدى الدول الإسلامية والذي يرغب بكفالة طفل مهمل بمعزل عن القانون الوطني لهذا الطفل، خصوصا إذا كان هذا الأخير ينتمي إلى إحدى الدول الغربية التي تقصي مؤسسة الكفالة في تشريعها (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: إقصاء التشريعات الغربية لمؤسسة الكفالة

أمام تنامي تدفقات المهاجرين الأجانب على الدول الأوروبية، واستحالة إلمام القاضي الأوروبي بجميع التشريعات الوطنية للمهاجرين، وتتبع العمل القضائي الصادرة فيها، لجأت دول الاستقبال في توظيف الأليات الواردة في القانون الدولي لمواجهة إمكانية تطبيق القانون الأجنبي وإقصاء القانون الوطني للمهاجر الأجنبي، مستندة في ذلك إلى عدة اعتبارات، منها على الخصوص ترجيح مصلحة الطفل الفضلى واعتبار الروابط الأسرية متعلقة بالنظام العام، الشيء الذي يؤثر على مسألة تلقي تشريعات دول الاستقبال الأوروبية لمؤسسة الكفالة.

ومن هذا المنطلق، جعل القضاء الأوروبي من المصلحة الفضلى للطفل، ضابطا يقفز على مختلف الاعتبارات القانونية الوطنية، إذ أنه عندما يتعلق الأمر بنزاع يهم الطفل، فإن الاختصاص يمكن أن يسحب من قانونه

[1] – حسن إبراهيمي، "الطفل المغربي بين الكفالة والتبني في العمل القضائي"، بحث نهاية التمرين، المعهد العالي للقضاء، الفوج 34، المدة التدريبية 2009/2007، ص 3.

الوطني لقانون القاضي، إذا كان هذا القانون هو القانون الأصلح للطفل[1]. وضابط المصلحة الفضلى للطفل يجد سنده في اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 والتي نصت في الفقرة الأولى من فصلها الثالث على أنه: "في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى".

فهذه المادة وجد فيها القضاء الأوروبي الأساس المعتمد عليه لمصادرة القانون الوطني للطفل، خصوصا عندما يتعلق الأمر بمؤسسات أسرية مجهولة في القانون الوطني الأوروبي. ومن هذا المنطلق، تعتبر مؤسسة الكفالة من بين المؤسسات الأسرية التي تم استبعادها من طرف التشريع والقضاء الأوروبي بذريعة معارضتها للنظام العام. وهكذا، ما إن بدأت المشاكل المترتبة عن الكفالة تطرح على السلطات التشريعية والقضائية لدى دول الاستقبال بأوروبا، حتى أثيرت مسألة تكييفها، إذ حاولت تلك السلطات على اعتبار الكفالة تبنيا (أ)، فيما رأى فيها البعض الآخر تفويضا للسلطة الأبوية (ب)، واعتبرها البعض الآخر نوعا من الولاية (ج).

الكفالة والتبني

يُعد التبني مؤسسة هدفها الرئيسي إنشاء رابطة البنوة، ويقصد بالتبني التصرف القانوني الذي تنشأ بواسطته آصرة القرابة بين شخصين على نحو يؤدي إلى نشوء علاقة مطابقة أو شبيهة جدا لتلك التي تنشأ قانونيا عن الأبوة[2]. وإذا ما قورن التبني بالكفالة، فهذه الأخيرة تبدو كمؤسسة حمائية ذات طابع رسمي هدفها توفير الاحتضان بالمعنى الإنساني وجعل الطفل المهمل ينعم بحماية اجتماعية سليمة، دون اعتباره أبدا ابنا شرعيا.

وقد حاولت بعض الأحكام الصادرة عن المحاكم الفرنسية العادية الدنيا اعتبار الكفالة نوعا من التبني، كما أن بعض الفقه في فرنسا يرى أنه يمكن تكييف الكفالة على أنها تبني بسيط[3] (**adoption simple**)، وحلا وسطا شريطة إبلاغ الطفل بأن كافليه ليسا والديه الحقيقيين، ويمكن بذلك ضمان مصلحة الطفل، وفي ذلك إعمال لقاعدة "أقل الضررين"[4].

---

[1] – أمال ناجي، المرجع السابق، ص 251.

[2] – هدى زكي، جميلة أوحيدة، آنه كينيونيس إسكاميث، أندريس رودريغيث بينوت، "الكفالة والتبني في العلاقات الثنائية المغربية الإسبانية"، FIIAPP، مدريد، 2009، ص 10.

[3] – التبني نوعان في القوانين الأجنبية، تام وعادي. فالتبني العادي لا يؤدي إلى قطع رابطة النسب بين المتبنى وعائلته الأصلية، بل يبقى محافظا على كل حقوقه باستثناء ممارسة السلطة الأبوية التي تمارس من قبل المتبني، ومن مميزاته أنه يمكن الرجوع فيه لأسباب خطيرة، وأدى التقارب بين التبني العادي والكفالة إلى طلب المغاربة المهاجرين تحويل الكفالة إلى تبني عادي.

[4] - **Tareq OUBROU, "La Kafala et la sharia", Dr famille, 2009, n° 01, p 10.**

وقد تم نقض الأحكام الصادرة عن تلك المحاكم التي قضت بالتبني، باعتبار أن القانون الشخصي للطفل يمنع ذلك، ولأن الكفالة في طبيعتها، لا تعتبر تبنيا. ويمكن إجمال المنطق الذي يحكم محكمة النقض الفرنسية بخصوص موقفها من الكفالة في النقط التالية:

لا يسمح بالحكم بالتبني إذا كان قانون الطفل المكفول لا يسمح بالتبني كالقانونين المغربي والجزائري.

أن الكفالة تختلف عن التبني، ولا يمكن تصور أي تشابه مطلقا بينهما، ولا تماثل ما بين المؤسستين، لا من حيث أساسها ولا في آثارها، وإن من شأن محاولة التماثل فيما بينهما أن تؤدي إلى تشويه المؤسستين. فالكفالة قد سنت للحلول محل التبني، وتمكين الطفل من وضعية حيال الحالة المدنية، ويمكن للكافل أن يوصى له، ولكن يغيب الأهم وهو أنه لا تنجم عنها أي رابطة بنوة[1].

وبخصوص القضاء الإداري الفرنسي، فإنه اعتبر أن الكفالة تختلف عن التبني ولا تنجم عنها أي علاقة بنوة، ولا تخول أي حق للطفل للدخول إلى إقليم دولة فرنسا[2]. وهكذا تدخل التشريع الفرنسي لمنع التحول من الكفالة إلى التبني، وذلك بالقانون المؤرخ في 06 فبراير 2001، المغير للقانون المدني الفرنسي، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 3-370 من هذا القانون ما يلي: "لا يمكن الحكم بتبني طفل قاصر أجنبي يمنع قانونه الشخصي ذلك، ما لم يكن هذا القاصر قد ولد في فرنسا، ويسكن فيها بشكل اعتيادي"[3].

وبهذا يكون التشريع الفرنسي من بين الدول الوحيدة التي لا تزال تمنع تبني الأطفال الذي يحرم قانونها الوطني ذلك. في حين لا يزال القانون البلجيكي يعطي الأولوية في التطبيق في هذه المسألة للقانون البلجيكي[4]، الذي يسمح بالنطق بالتبني بالنسبة للأطفال اليتامى المتخلى عنهم، والذين تم وضعهم تحت وصاية السلطات العمومية، ويمكن نتيجة ذلك التحول من الكفالة إلى التبني. ومن هذا المنطلق، استبعد القضاء

---

[1] – الحسين بلوش، "تلقي القانون الفرنسي لمؤسسة الكفالة المغربية"، مجلة المرافعة، العدد 23، دجنبر 2015، ص 21.

[2] - "L'acte de kafala, qui à la différence de l'adoption, ne créée aucun lien de filiation, n'emporte aucun droit particulier à l'accès de l'enfant sur le territoire français", CE, 27 juin 2008: AJF 2008, p 342.

3 - Article 370-3 du code civil français: "L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France".

4 - Article 67 du code de droit international privé Belge: "Sans préjudice de l'application de l'article 357 du Code civil, l'établissement de la filiation adoptive est régi par le droit de l'Etat dont l'adoptant ou l'un et l'autre adoptants ont la nationalité à ce moment.

Lorsque les adoptants n'ont pas la nationalité d'un même Etat, l'établissement de la filiation adoptive est régi par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un et l'autre ont leur résidence habituelle à ce moment ou, à défaut de résidence habituelle dans le même Etat, par le droit belge.

Toutefois, si le juge considère que l'application du droit étranger nuirait manifestement à l'intérêt supérieur de l'adoptant ou les adoptants ont des liens manifestement étroits avec la Belgique, il applique le droit belge".

البلجيكي مؤسسة الكفالة واعتبرها مخالفة للنظام العام، لأنها لا تنشأ رابطة البنوة ولا تشبه التبني والوصاية الرسمية المنصوص عليها في القانون البلجيكي ل 21 مارس 1969 المعدل للمادة 45 من القانون المدني والمتعلق بالتبني[1].

وإجمالا، يمكن تلخيص الأسباب التي يتم من أجلها استبعاد أحكام القانون المغربي المتعلق بالكفالة في قضاء الدول الأجنبية في:

مخالفتها للقواعد المتعلقة بالتبني ذات الطابع الآمر في الدول الأجنبية؛

عدم ملاءمتها للمصلحة الفضلى للطفل، إذ قد يرى القاضي الأجنبي أن أحكام التبني في بلده أنسب للطفل المكفول والكافل من أحكام الكفالة؛

مخالة أحكام الكفالة للنظام العام في البلد الأجنبي لمساسها بحقوق الإنسان المنصوص عليها في كل من الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كالحق في الاسم والنسب والإرث، فالكفالة لا ترتب هذه الحقوق؛

المساس بمبدأ المساواة بين الأطفال، فمؤسسة الكفالة تميز بين الطفل المكفول والطفل الشرعي، في حين أن الدول الأجنبية سوت حتى بين الأطفال الطبيعيين والأطفال الشرعيين[2].

الكفالة وتفويض السلطة الأبوية

تتحقق وضعية تفويض السلطة عندما يكون الطفل فاقدا للأب أو الأم، فإنه طبقا للمادة 5-375 من القانون المدني الفرنسي، يمكن تفويض السلطة الأبوية على هذا الطفل للغير، وقد شرعت هذه المؤسسة من طرف المشرع الفرنسي بمقتضى قانون رقم 305 الصادر بتاريخ 04 مارس 2002 المتعلق بالسلطة الأبوية، والذي بمقتضاه تم تعديل المادة 373 من القانون المدني الفرنسي[3].

---

[1] – جمال الخمار، "نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية ببلجيكا"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، الموسم الدراسي الجامعي 2008/2007، ص 71.

[2] – بشرى برا، "كفالة الأطفال المهملين في القانون الدولي الخاص"، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ، 2018، الرباط، ص 34.

[3] **- L'article 373 du code civil français: "Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause".**

وعلى مستوى العمل القضائي، فقد اعتمد القضاء الفرنسي العادي والإداري في العديد من أحكامه وقراراته على تفويض السلطة الأبوية للتمكن من معالجة العديد من الإشكالات المترتبة عن الكفالة. ومن شأن تخويل هذا التفويض للكافل، أن يمارس هذا الأخير جميع الأعمال المرتبطة بتربية الطفل المكفول ورعايته بما فيها إسناد الجنسية الوطنية له.

وبالرغم من أهمية مؤسسة تفويض السلطة الأبوية في معالجة العديد من الصعوبات القانونية المرتبطة بمؤسسة الكفالة، إلا أن هذه الأخيرة تعاني من عدة سلبيات، ذلك أن هذا التفويض هو مجرد إجراء مؤقت يمكن أن تنتهي آثاره القانونية إما بحكم قضائي، أو بإرادة المفوض، أو بوفاته، أو ببلوغ الطفل سن الرشد. بالإضافة إلى أنها لا تترتب عنه آثار النسب كما يريد ذلك الكافلون الفرنسيون[1]. فضلا عن ذلك، تستعمل مؤسسة تفويض السلطة الأبوية كمحطة أولية في انتظار حصول الطفل المكفول على الجنسية الفرنسية، بعد مرور خمس سنوات من تفويض السلطة الأبوية، وذلك لإعمال القانون الفرنسي عليه[2].

ج- الكفالة والولاية

وتتحقق هذه الوضعية عندما يتعلق الأمر بكفالة أطفال متخلى عنهم، أو أطفال ليس لهم نسب معروف أو يتامى[3]. وبالفعل يوجد تشابه كبير بين مؤسسة الكفالة ومؤسسة الولاية، إذ يهدف كلا النظامين إلى حماية الطفل المهمل وتربيته والاعتناء به إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني. وفي هذا الصدد، أجاب وزير العدل الفرنسي عن سؤال تقدم به النائب السيد **Bernard Piras** في شأن الإجراءات المتخذة من أجل الاعتراف بالكفالة، وكان رده على السؤال البرلماني أنه: "يمكن أن تماثل الكفالة في فرنسا الولاية"[4]. ولا

---

[1] – الحسين بلوش، المرجع السابق، ص 27.

2 - La troisièmes paragraphe de l'article 21-12 du code civil français: "Peut, dans les mêmes conditions, réclamer la nationalité française:
1° L'enfant qui, depuis au mois cinq années, est recueilli en France et délivré par une personne de nationalité française ou qui, depuis au moins trois années, est confié au service de l'aide sociale à l'enfance;
2° L'enfant recueilli en France et élevé dans des conditions lui ayant permis de recevoir, pendant cinq années au moins une formation française, soit par un organisme public, soit par un organisme privé présentant les caractères déterminés par un décret en Conseil d'Etat".
3 - L'article 390 du code civil français: "La tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale.
Elle s'ouvre, aussi, à l'égard d'un enfant dont la filiation n'est pas légalement établie".
4 - "…La Kafala ne crée pas de lien de filiation, elle ne peut en aucun cas assimilée à une adoption en France… La Kafala peut être assimilée en France à une tutelle". Réponse du Ministère de la Justice publié dans le JO Sénat du 21/08/2008, page 1698.

تتصور أعمال الولاية، في فرنسا، دون أخذ رأي مجلس العائلة ورقابة القضاء بالنسبة للأعمال الهامة، وفي هذا تختلف عن الكفالة، التي يكون فيها للكافل حرية تدبير شخص المكفول[1].

ولكن في المقابل، ألا يُشكل اعتراف بعض التشريعات ذات المرجعية الإسلامية بمؤسسة التبني، وخصوصا جمهورية تونس ودولة تركيا وإندونيسيا، حرجا بالنسبة لباقي التشريعات الإسلامية التي لا تعترف بنظام التبني[2] وذلك في مواجهة التشريعات الغربية التي لا تعترف بمؤسسة الكفالة؟

الفقرة الثانية: قبول التشريعات الإسلامية لمؤسسة الكفالة

تجلت الحكمة من تحريم التبني في الشريعة الإسلامية في منع اغتصاب واختلاط الأنساب وتجريد الطفل من نسبه الأصلي، إذ أن رابطة المودة والرحمة تنبع من صلة الرحم الأصلية، أي النسب، ولا تتجسد في القرابة عن طريق البنوة مهما بلغت درجة الإنسانية[3]. وعلى هذا الأساس، قامت معظم الدول الإسلامية بتحريم التبني، باستثناء تركيا وإندونيسيا وتونس[4]، واعتبرته مخالفا لنظامها العام مستندة في ذلك على الآيات القرآنية القطعية ونصوص الاحاديث الصحيحة المتواترة عن الرسول محمد صلى الله عليه وسلم. وهكذا نصت الفقرة الأولى من المادة 149 من مدونة الأسرة المغربية[5] على أنه: "يعتبر التبني باطلا، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية". فانطلاقا من مضمون هذه المادة، يتضح أن التبني لا قيمة له في القانون المغربي ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية.

وعلى نهج التشريع المغربي، تبنت العديد من التشريعات الإسلامية المقارنة لنظام الكفالة كمؤسسة بديلة لمؤسسة التبني. وفي هذا الصدد، تنص المادة 72 من القانون رقم 52-2001 المتعلق بمدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على أنه: "التبني باطل ولا يترتب عليه أثر من آثار البنوة". وتنص المادة 46 من

---

1 - La deuxième paragraphe de l'article 391 du code civil français: " Si la tutelle est ouverte, le juge des tutelles convoque le conseil de la famille, qui peut soit nommer comme tuteur l'administrateur légal, soit désigner un autre tuteur".

[2] – للمزيد من التوسع أنظر تعليق "Annie BOTTIAU"، على قرار الغرفة الأولى لمحكمة الاستئناف بدواي "Douai" بفرنسا الصادر بتاريخ 10 مارس 1997، أورده نور الدين الشرقاوي الغزواني، "قانون كفالة الأطفال المهملين"، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، 2003، ص 90.

[3] – طلبة مالك، "التبني والكفالة"، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة 14، الموسم التكويني 2006/2003، ص 08.

[4] – ينص الفصل الثامن من القانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني التونسي على أنه: "يجوز التبني حسب الشروط المبينة بالفصول الآتية".

[5] – القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 22-04-1 بتاريخ 03 فبراير 2004، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 05 فبراير 2004، ص 418.

القانون رقم 84-11 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري على أنه: "يمنع التبني شرعا وقانونا"، بينما خصص نفس القانون الفصل السابع للكفالة حيث ضم هذا الفصل 10 مواد، من المادة 116 إلى المادة 125.

أما بالنسبة للتشريع التونسي، فهذا الأخير يتميز بتعايش ثلاث مؤسسات للرعاية الاجتماعية البديلة للطفل المهمل، يتعلق الأمر بالإضافة إلى مؤسسة الكفالة، التبني والولاية العمومية، حيث أفرد المشرع مقتضيات خاصة بكل مؤسسة على حدة، (الولاية العمومية في الفصول من 1 إلى 6، الكفالة في الفصول من 3 إلى 7، والتبني في الفصول من 8 إلى 16).

أما التشريع الليبي، فقد نص القانون رقم 10 لسنة 1984 في شأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم في المادة 60 من الفصل الرابع على الكفالة، وأفرد مقتضى خاص بعدم إمكانية إثبات النسب بالكفالة، حيث نصت الفقرة (ج) من هذا الفصل على أنه: "لا يثبت بالكفالة النسب ولا تترتب عليها آثاره".

أما تشريع السوري، فتنص المادة 271 من قانون الأحوال الشخصية الصادر بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 2437 بتاريخ 2007/06/07 على أنه: "لا يثبت النسب بالتبني ولو كان الولد المتبنى مجهول النسب". كما ينص الفصل الثاني من نفس القانون على المقتضيات الخاصة بكفالة الصغير القاصر ومجهولي النسب والمهملين (من المادة 273 إلى المادة 280). نفس الصيغة تبناها المشرع اليمني في المادة 135 من القانون رقم 20 لسنة 1992 بشأن الأحوال الشخصية، التي تنص على أنه: "لا يثبت النسب بالتبني ولو كان الولد المتبنى مجهول النسب". كما نص في الفصل الرابع من نفس القانون على الكفالة بعد انتهاء الحضانة وآثارها (المادة 148).

وعلى مستوى تشريعات بعض دول الخليج، نجد المشرع البحريني قد نص في المادة 70 من القانون رقم 19 لسنة 2017 بإصدار قانون الأسرة على أنه: "لا يجوز إثبات البنوة بالتبني ولا تترتب عليه آثار شرعية". أما التشريع الكويتي فتنص المادة 167 من القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحول الشخصية على أنه: "لا يثبت النسب بالتبني ولو كان المتبني مجهول النسب".

فإذا كانت الشريعة الإسلامية قد أغلقت باب التبني، بمقتضى آيات قرآنية قطعية وأحاديث نبوية صحيحة السند، فإنها فتحت أبوابا أخرى بديلة تتضمن حماية أكثر للأطفال مجهولين النسب واللقطاء والمهملين، منها على الوجه الخصوص الحضانة والولاية و الجزاء والتنزيل والكفالة. ومن هذا المنطلق، تضمنت العديد من تشريعات الدول الإسلامية عدة قواعد تهدف إلى حماية الطفل المهمل، وقد اتخذت هذه الحماية عدة أوجه منها وفي مقدمتها مؤسسة الكفالة.

وبدوره عمل المشرع المغربي على إصدار أول قانون متعلق بكفالة الأطفال المهملين[1] بتاريخ 10 شتنبر 1993، حيث تم خلاله سد الفراغ التشريعي الذي عرفه هذا الميدان من قبل، وقد تضمن القانون السالف الذكر عدة تدابير هدفت في مجملها إلى إيجاد حلول للإشكالات التي تهم هذه الشريحة من الأطفال، وذلك بتنظيمه لمسألة التصريح بالإهمال، وتحديد الشروط اللازمة في الكافل، ثم تنظيم مسطرة إسناد الكفالة والآثار الناتجة عنها.

بيد أن الثغرات التي شابت القانون السالف الذكر، سواء تلك المتعلقة منها بالضمانات الممنوحة للأطفال المهملين، أو تلك المرتبطة بمسطرة الإسناد، ساهمت في التعجيل بتعديله بصفة جذرية بواسطة القانون[2] 15-01، الذي منح حماية كبرى للأطفال المهملين، وذلك بتناوله لأصناف هامة وشريحة عريضة تحتاج إلى الرعاية والإنقاذ، خاصة وأن المغرب صادق على اتفاقية حقوق الطفل[3] لسنة 1989.

وفي هذا الاطار، تنص الفقرة الأولى من المادة السابعة من هذه الاتفاقية على أنه: "1- يسجل الطفل بعد ولادته فورا ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية، ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما". كما تنص المادة الثامنة منها على: "1- تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك الجنسية، واسمه، وصلاته العائلية، على النحو الذي يقره القانون، وذلك دون تدخل غير شرعي. 2- إذا حُرم أي طفل بطريقة غير شرعية من بعض أو كل عناصر هويته، تقدم الدول الأطراف المساعدة والحماية المناسبتين من أجل الإسراع بإعادة إثبات هويته".

ومنذ ذلك الحين، عمل المغرب على تكييف منظومته القانونية مع ما هو متعارف عليه في هذا المجال، وأصدر ترسانة قانونية تجسد وتكرس المبادئ والمعايير الدولية المتعارف عليها في مجال حقوق الإنسان. ولعل تعديل قانون الجنسية المغربي من قبل المشرع يُعد ترجمة فعلية لالتزام المغرب بمنظومة حقوق الإنسان من خلال إقرار مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في نقل الجنسية من الأصول إلى الفروع، وكذا إضافة مصدر جديد لاكتساب الصفة الوطنية عن طريق مؤسسة الكفالة.

---

[1] – ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1-93-165 صادر بتاريخ 10 شتنبر 1993 يتعلق بالأطفال المهملين، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4220 بتاريخ 15 شتنبر 1993، ص 1622.

[2] – القانون رقم 15-01 المتعلق بكفالة المهملين، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-02-172 بتاريخ 13 يونيو 2002، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 19 غشت 2002، ص 2362.

[3] – ظهير شريف رقم 1.93.363 صادر بتاريخ 21 نونبر 1996 بنشر الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نونبر 1989، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4440، بتاريخ 19 دجنبر 1996، ص 2847.

إن دراسة مدى تلقي بعض التشريعات الغربية والإسلامية لمؤسسة الكفالة ليس هدفا في حد ذاته، وإنما سيشكل مدخلا لدراسة إمكانية نقل جنسية الكافل المغربي إلى الطفل المكفول الأجنبي، خصوصا في الأنظمة القانونية التي تتبنى نظام الكفالة في تشريعاتها الوطنية، والتي لا تثير أية صعوبات قانونية أو إجرائية في مسطرة إسناد الكفالة، ومن تم إسناد الجنسية عن طريق الكفالة.

المطلب الثاني: إسناد الجنسية عن طريق الكفالة

بمقتضى القانون رقم 06-62 لسنة 2006 المتعلق بقانون الجنسية المغربية، أصبح الفصل التاسع منه يتضمن فقرتين مقارنة مع النص القديم، الأولى تنظم مسألة اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الولادة في المغرب والإقامة به، أما الفقرة الثانية فتتعلق بمسألة اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة. هنا يتعلق الأمر بإحداث مصدر جديد لاكتساب الصفة المغربية، وابتكار من ابتكارات المشرع المغربي في ميدان الجنسية، أطلق عليه اكتساب الجنسية عن طريق الكفالة.

إن تنصيص المشرع المغربي على هذه الحالة من شأنه أن من جهة أن يحقق نوع من الانسجام بين نصوصه الداخلية وبين هذه الأخيرة والتشريع الدولي، ومن شأنه أن يحد من حالات انعدام الجنسية وضمان الجنسية لكل طفل[1]. غير أن هذا الاكتساب لا يتم بشكل تلقائي، بل يتوقف على تقديم تصريح من طرف الكافل أو المكفول. ومن هذا المنطلق، قسَّم المشرع المغربي الفقرة الثانية من الفصل التاسع من القانون المذكور أعلاه بدورها إلى بندين، خاطب من خلال البند الأول الشخص المغربي الكافل الذي يتولى، نيابة عن مكفوله ولفائدته، طلب إسناد الجنسية المغربية (الفقرة الأولى)، في حين يخاطب من خلال البند الثاني الشخص المكفول الذي يتولى بمبادرة منه طلب إسناد الجنسية المغربية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إسناد الجنسية المغربية بمبادرة من الكافل

نص البند الأول من الفقرة الثانية من الفصل التاسع من قانون الجنسية المغربية على أنه: " **يمكن للشخص المغربي الجنسية الذي يتولى كفالة مولود ولد خارج المغرب من أبوين مجهولين مدة تزيد عن خمس سنوات، أن يقدم تصريحا لمنح المكفول الجنسية المغربية، ما لم يعارض في ذلك وزير العدل طبقا للفصلين 26 و27 من هذا القانون**".

[1] – هدى زكي، جميلة أوحيدة، آنه كينيونيس إسكاميث، أندريس رودريغيث بينوت، المرجع السابق، ص 39.

من خلال مضمون هذا البند، وباستحضار مقتضيات القانون 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين المارة بنا، يتبين أن مسألة اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة بمبادرة من الكافل المغربي، رهين بمدى استيفاء مجموعة من الشروط الشكلية والجوهرية أهمها:

أن يكون الشخص الكافل مغربي الجنسية.

اشترط المشرع المغربي، لنقل الجنسية المغربية من الكافل إلى المكفول، أن يكون الكافل متمتعا بالجنسية المغربية. وهذا الشرط يُعد في نظرنا من البديهيات، حيث لا يُتصور أن ينقل شخص ما جنسية لا يتمتع بها أصلا، طبقا للمبدأ القائل "فاقد الشيء لا يعطيه".

فضلا عن ذلك، لم يُبين المشرع طبيعة الجنسية التي يجب أن يتمتع بها الكافل المغربي، هل هي جنسية أصلية أم مكتسبة؟ فكما هو معلوم، يسند القانون الجنسية المغربية كجنسية أصلية بالنظر إما إلى الرابطة الدموية، أي بمجرد وجود رابطة نسب معينة بين شخص ما وشخص آخر يحمل الجنسية المغربية، وإما بالنظر إلى الرابطة الترابية أي الولادة في المغرب[1]. في حين ينص نفس القانون على خمس طرق لاكتساب الجنسية المغربية، وهي عن طريق الولادة في المغرب والإقامة به، التجنيس، الزواج المختلط، الاسترجاع، والكفالة. كما صرف المشرع النظر عما إذا كانت للكافل الجنسية المغربية فقط أم له جنسيات أجنبية أخرى.

ولقد أحسن المشرع صنعا عندما صرف النظر عن بيان طبيعة الجنسية التي يتوجب على الكافل المغربي أن يحوزها، وفي ذلك منافع إيجابية للكافل المغربي والمكفول الأجنبي على السواء، إذ من شأن ذلك توسيع للحالات التي يمكن للكافل المغربي أن ينقل جنسيته لمكفوله الأجنبي. فالكافل المغربي يستوي أن يحوز جنسية مغربية أصلية أو مكتسبة، إذ لا تأثير لذلك على مدى صحة ومشروعية اكتساب الصفة المغربية من طرف المكفول الأجنبي.

بالإضافة إلى ما سبق، فإن المشرع المغربي لم يُحدد جنس الكافل المغربي، بمعنى هل يجوز للمرأة المغربية التي تتولى كفالة طفل أجنبي أن تنقل إليه جنسيتها؟ فالصيغة التي حررت بها الفقرة الثانية من الفصل التاسع من قانون الجنسية المغربية توحي بأن الكافل المغربي يستوي أن يكون رجلا أو امرأة، ودليلنا في ذلك أن كلمة "شخص" في المعجم القانوني هو الإنسان الذي هو كائن طبيعي، وبهذا الوصف فهو يشمل الذكر والأنثى.

[1] – موسى عبود، "الوجيز في القانون الدولي الخاص"، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، أكتوبر 1994، الدار البيضاء، ص 58.

ومن جهة أخرى، فاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، يُعتبر من بين التعديلات الجديدة التي أدخلها المشرع المغربي على قانون الجنسية المغربية بمقتضى القانون رقم 62 لسنة 2006، إذ يهدف هذا الإصلاح إلى تكريس المساواة بين الذكر والأنثى في ميدان الجنسية، أي التسوية بين الجنسين في إمكانية نقل الجنسية المغربية إلى الأبناء بغض النظر عن جنسية الطرف الآخر[1]، سيما فيما يتعلق بالقدرة على نقل الجنسية عن طريق التبعية.

وإذا كان قانون الجنسية المغربي لم يتطرق إلى طبيعة جنسية الكافل المغربي ولا إلى جنسه، فإنه لم يحدد كذلك ديانته. وهنا يطرح إشكالية شرط الديانة في اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة. فإذا كان المشرع المغربي لم يتطرق إلى شرط الديانة بالنسبة للكافل والمكفول على السواء في قانون الجنسية، فإنه في المقابل اشترط اعتناق الكافل للديانة الإسلامية في قانون كفالة الأطفال المهملين. بمعنى آخر أن المشرع المغربي استلزم شرط الجنسية واستبعد شرط الديانة في قانون الجنسية، بينما استلزم شرط الديانة واستبعد شرط الجنسية في قانون كفالة الأطفال المهملين.

وبالإضافة إلى ما سبق، فإن قانون كفالة الأطفال المهملين في المادة التاسعة منه، اشترط أن تُسند الكفالة إلى الزوجان المسلمان، أو المرأة المسلمة على أن يكونوا بالغين لسن الرشد، وصالحين أخلاقيا واجتماعيا، ومؤهلين ماديا لتوفير حاجيات الطفل. كما يجب أن لا يكونوا قد سبق الحكم على أحدهما من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال، وأن لا يكون بين احدهما وبين الطفل أو أحد أبويه نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة الطفل المكفول.

ولتعارض مقتضيات الفصل التاسع من قانون الجنسية المغربي المتعلقة بإسناد الجنسية عن طريق الكفالة، وهو نص عام، مع مقتضيات المادة التاسعة من قانون كفالة الأطفال المهملين، وهو نص خاص، يستلزم تطبيق مبدأ ترجيح النص الخاص على العام، لأن الخاص يُقيد العام. ونتيجة لذلك، يُفترض توافر شرط الديانة الإسلامية في الكافل المغربي المرشح لنقل الجنسية المغربية لصالح مكفوله الأجنبي، وأن من كان كافله مغربيا يهوديا أو مسيحيا فإنه لا يستفيد من الكفالة من أجل اكتساب الجنسية المغربية، وحسنا فعل المشرع، لأننا نتوسم في الكافل المغربي المسلم أن ينقل انتماءه الوطني والديني على السواء إلى المكفول؛ فيكون اكتساب

[1] – مصطفى سدني، "المركز القانوني للمرأة والطفل في قانون الجنسية المغربي"، مجلة جيل حقوق الإنسان، العدد 36، مارس 2019، طرابلس- لبنان، ص 40.

هذا الأخير للجنسية المغربية اكتسابا سلسا ليس فيه أي خطورة على الأمن الروحي للمغرب باعتباره بلد يتخذ من الإسلام دينا رسميا له بنص الدستور من خلال فصله الثالث[1].

أما بالنسبة للكافل الأجنبي، فلا بد من الإدلاء بما يفيد اعتناقهم للإسلام، لأنه لا يمكن تصور الكفالة إلا من طرف أشخاص مسلمين، ولهذا لابد من الإدلاء بإشهاد اعتناق الإسلام الذي ينجزه العدول طبقا للقانون[2]. وفي هذا الاطار، نورد ما سار عليه بعض العمل القضائي المغربي من خلال تصدير قرار محكمة الاستئناف بأكادير الذي جاء فيه: "حداثة إسلام زوج الكافلة لا تأثير له على الكفالة ما دام أنه يطبق تعاليم الإسلام"[3].

فإذا ثبت ضرورة توافر شرط الديانة الإسلامية في الكافل المرشح لكفالة طفل مهمل أجنبي، فإنه في المقابل لا يشترط المشرع المغربي ضرورة التحدث باللغة العربية، وخاصة بالنسبة للأجانب، إذ لو كانت نية المشرع انصرفت لذلك، لنص على شرط اللغة صراحة كما في حالة اكتساب الجنسية عن طريق التجنيس (البند الخامس من الفصل 11)، وكذا في حالة اكتساب الجنسية عن طريق الولادة في المغرب والإقامة به (الفقرة الثانية من البند الأول من الفصل التاسع). وفي هذا الاطار، نورد ما جاء في تصدير الأمر الصادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة بأكادير: "التحدث باللغة العربية بالنسبة للأجانب لا يعتبر شرطا من شروط الكفالة المنصوص عليها في المادة 9 من قانون 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين"[4].

أن يكون سند الكفالة صحيحا

إن الكفالة، بوصفها مصدرا جديدا من مصادر نقل الجنسية المغربية، ينبغي أن يكون السند المانح لها صحيحا وقائما ورسمي وفق الإجراءات والشروط المنصوص عليها في تشريع دولة المكفول الأجنبي. وهكذا فإن سند الكفالة، سواء كان في شكل عقد أو كان في شكل حكم قضائي، يفترض فيه أنه قد تم في بلد أجنبي، الشيء الذي يستلزم تذييله بالصيغة التنفيذية لكي يكون معترفا به وقابلا للتطبيق في المغرب، وفقا

[1] – ينص الفصل الثالث من الدستور المغربي على أنه: "الإسلام دين الدولة، والدولة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية"، الجريدة الرسمية عدد 5952 مكرر بتاريخ 2011/06/17، ص 2940.

[2] – السعدية ايت السيد، "الدليل العملي لمسطرة كفالة الأطفال المهملين"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، منشورات المرافعة، العدد الثامن، 2013، ص 45.

[3] – قرار محكمة الاستئناف بأكادير –قسم الأسرة– رقم 391، ملف عدد 2013/94، صادر بتاريخ 19 مارس 2013، قرار غير منشور. أنظر كذلك قرار محكمة الاستئناف بأكادير –قسم الأسرة– عدد 20 بتاريخ 03 يناير 2006، قرار غير منشور.

[4] – أمر المحكمة الابتدائية بأكادير –قسم قضاء الأسرة– عدد 25، ملف عدد 2012/66، الصادر بتاريخ 05 مارس 2013، أمر غير منشور.

لمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية التي تنص على: "لا تنفذ في المغرب الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف المحكمة الابتدائية لموطن أو محل إقامة المدعى عليه أو لمكان التنفيذ عند عدم وجودها".

ومع ذلك، يتم تنفيذ الحكم الأجنبي دون تذييله بالصيغة التنفيذية في حالة ما إذا كانت هناك اتفاقية ثنائية بين المغرب والدولة الأجنبية تقضي بغير ذلك. ومن هذا المنطلق، قام المشرع المغربي بتوقيع عدة اتفاقيات ثنائية، لعل أهمها:

الاتفاقية المتعلقة بالتعاون القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وتسليم المجرمين الموقعة في 05 أكتوبر 1957 بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية؛

الاتفاقية المغربية التونسية بتاريخ 30 مارس 1959، ثم الاتفاقية المغربية الليبية في 11 فبراير 1963، وبعدها جاءت الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسر وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية المؤرخة في 1981/08/10؛

اتفاقية التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال –بين نفس الأطراف– المؤرخة في 1997/05/30؛

اتفاقية بشأن الاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها في مادة الالتزام بالنفقة بين المملكة المغربية والمملكة البلجيكية بتاريخ 2002/06/26، وأخرى بين نفس الأطراف وبنفس التاريخ حول التعاون القضائي والاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها في مادة الحضانة وحق الزيارة.

أن يكون المكفول مولودا بالخارج وقاصرا ومن أبوين مجهولين

اشترط المشرع المغربي على المرشح لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة أن يكون أجنبيا. وقد عبرت الفقرة الأولى من الفصل التاسع من قانون الجنسية عن ذلك بعبارة: "مولود ولد خارج المغرب". وبالمفهوم العكسي، وحسب الفصل الخامس من نفس القانون، يُفهم من عبارة " في المغرب"، مجموع التراب المغربي والمياه الإقليمية والسفن والطائرات ذات الجنسية المغربية.

وفي المقابل، هل يمكن اعتبار الشخص المولود خارج المغرب من أبوين مجهولين شخصا أجنبيا؟ فبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون دخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة[1]،

[1] – القانون رقم 03-02 يتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 196-03-1 بتاريخ 11 نونبر 2003، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5160 بتاريخ 13 نونبر 2003، ص 3817.

والتي تُعرف الأجنبي بأنه: "الأشخاص الذي لا يتوفرون على الجنسية المغربية أو الذين ليست لهم جنسية معروفة أو الذين تعذر تحديد جنسيتهم"، يمكن أن نستنتج أن الشخص المولود خارج المغرب من أبوين مجهولين يُعد شخصا أجنبيا وبالتالي لا يحوز الجنسية المغربية، وحجتنا في ذلك ما يلي:

أن الجنسية المغربية تسند إما عن طريق الرابطة الترابية، وفي هذه الحالة لا يمكن اعتبار هذا الشخص مغربيا لازدياده خارج التراب المغربي. أما إذا ولد بالمغرب، فإنه لا يحتاج إلى كافل حتى يكتسب الجنسية المغربية، لأنها ستسند إليه بناء على حق الإقليم، على أساس أنها جنسية أصلية وليست مكتسبة.

أن الجنسية تسند أيضا عن طريق الانتساب إلى أصل مغربي، سواء كان أبا أو أما، وهو ما لا يتحقق بسبب جهالة الأبوة والأمومة، وهي جهالة واقعية وقانونية على السواء. فمن جَهُلَ نسبه جهلت جنسيته بالتبعية.

كما اشترط المشرع المغربي أن يكون المرشح لاكتساب الصفة المغربية قاصرا، أي أن لا يكون بالغا لسن الرشد القانوني وهو 18 سنة، سواء وفق مقتضيات المادة 209 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على أنه: "سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة"، أو وفق مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل الرابع من قانون الجنسية المغربي الذي ينص بدوره على أنه: "يعتبر راشدا في مفهوم هذا القانون كل شخص بلغ ثمان عشرة سنة شمسية كاملة"، أو وفق مقتضيات الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون كفالة الأطفال المهملين التي تنص على أنه: "يعتبر مهملا الطفل من كلا الجنسين الذي لم يبلغ سنه ثمان عشرة سنة شمسية كاملة...".

وعطفا على ما سبق، اشترط المشرع المغربي أن يكون المكفول الأجنبي منحدرا من أبوين مجهولين. وهذا يعني أن الأمر يتعلق فقط بالحالة الأولى من حالات الطفل المهمل التي سبق الإشارة إليها سابقا والتي نص عليها قانون كفالة الأطفال المهملين بالتفصيل في المادة الأولى منه. أما الحالات الأخرى فغير معنية، وهو ما يثير التساؤل حول الحكمة من اقتصار المشرع على هذه الحالة فقط. ولعل الدافع من ذلك هو رغبة المشرع المغربي في عدم حرمان المولود في المغرب من أبوين مجهولين من حقه في حيازة الجنسية المغربية وضمان عدم بقائه دون جنسية. أما المولود خارج المغرب من أبوين مجهولين فمن دون شك ستكون له جنسية ثابتة بناء على حق الإقليم الذي ولد أو وجد فيه، علما أن جُل الدول تأخذ بهذا الحق، ولعل هذا ما يدفعنا إلى القول بأن اقتصار المشرع على الحالة المذكورة فيه نظر.

أن تزيد مدة الكفالة عن خمس سنوات

من أجل نقل الجنسية المغربية من الكافل المغربي إلى المكفول الأجنبي، اشترط المشرع المغربي على الكافل أن لا تقل مدة كفالته للطفل عن خمس سنوات. وهنا لم يحدد المشرع المغربي كيفية احتساب هذه المدة، ولكن بالرجوع إلى قانون كفالة الأطفال المهملين، نجد المادة 18 منه تنص على أنه: "ينفذ الأمر الصادر بالكفالة من طرف المحكمة الابتدائية التابع لها القاضي المصدر لأمر الكفالة داخل أجل خمسة عشرة يوما من تاريخ صدوره". فالمشرع المغربي لم يجعل تاريخ إصدار الأمر بإسناد الكفالة هو تاريخ بداية الآثار القانونية للكفالة، بل ترك المجال مفتوحا نسبيا على أن لا يتعدى الأجل 15 يوما تحتسب من تاريخ صدور الأمر بإسناد الكفالة من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

ويبدو أن الدافع من تحديد مدة الخمس سنوات على الأقل المنصوص عليها أعلاه، يكمن في رغبة المشرع المغربي في توحيد مختلف الآجال التي يشترطها لاكتساب الجنسية المغربية. وهكذا، فالمرأة الأجنبية المتزوجة من مغربي، يمكن أن تتقدم بتصريح لاكتساب الجنسية المغربية بعد مرور خمس سنوات على الأقل على إقامتهما معا في المغرب بكيفية اعتيادية ومنتظمة. كما يشترط المشرع الإقامة الاعتيادية والمنتظمة بالمغرب خلال السنوات الخمس السابقة على طلب تقديم طلب التجنيس بالجنسية المغربية، كما يخضع الأجنبي المتجنس طيلة خمس سنوات للقيود في الأهلية. بالإضافة إلى ذلك، نص قانون الجنسية المغربي على أنه لا يمكن التجريد من الجنسية إلا داخل أجل خمس سنوات من تاريخ صدور الحكم.

أن يقدم الكافل تصريحا لمنح الجنسية لمكفوله

اشترط المشرع المغربي انقضاء مدة خمس سنوات من الكفالة المنصوص عليها سابقا، كي يتمكن الكافل المغربي أن يقدم تصريحا لمنح المكفول الأجنبي الجنسية المغربية. غير أن المشرع لم يحدد المسطرة الواجب اتباعها من طرف الكافل لتقديم هذا التصريح. هنا يتعلق الأمر بالضبط بضرورة تحديد طبيعة هذا التصريح، والجهة التي ستتلقى هذا التصريح، والوجهة التي سيرفع إليها؛ في حين اكتفى المشرع بالإحالة إلى الفصلين 26 و27 من نفس القانون والمتعلقة بمآل الطلبات والتصريحات وكذا بأجل البت في التصريح.

أما بخصوص الجهة التي ستتلقى هذا التصريح والوجهة التي سيرفع إليها، فحسب دورية وزير العدل عدد 42873/2 الصادرة بتاريخ 1988/12/28، فإن ملفات الطلبات والتصريحات المتعلقة بالجنسية التي تم تهيئتها، يجب أن توجه إلى مديرية الشؤون المدنية بوزارة العدل، داخل أجل لا يتعدى شهرا من تاريخ إيداع التصريح أو الطلب بمصالح النيابة العامة بمحكمة الاستئناف مرفقا بقائمة الوثائق والمستندات التي يشمل عليها. فإلى وزير العدل توجه التصريحات الرامية إلى اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة.

وحيث أن المشرع لا يشترط هنا الإقامة بالمغرب، بحيث يمكن أن يكون الكافل قاطنا بالخارج، ففي هذه الحالة يُسمح لهذا الأخير بصورة استثنائية، توجيهها عن طريق ممثلي المغرب الدبلوماسيين والقنصليين، وهؤلاء يوجهون بدورهم التصريح إلى السيد وزير العدل.

عدم معارضة وزير العدل على التصريح

اشترط المشرع المغربي عدم معارضة وزير العدل على تصريح الكافل المغربي لمنح الجنسية المغربية لمكفوله الأجنبي. وهكذا فالمشرع المغربي لم يُعطِ للتصريح قوة مطلقة، بل قيده بحق وزير العدل في التعرض مما يجعله مجردا من إنتاج الأثر القانوني المنشود، باستثناء حالة واحدة (الفقرة الثالثة من الفصل 18)، وهي حالة التخلي عن الجنسية المغربية من طرف القاصر، الذي كان عمره يزيد على 16 سنة حين اكتساب أبيه للجنسية المغربية بالتجنس، إذ لا يمكن في هذه الحالة لوزير العدل أن يتعرض على التصريح بالتخلي عن الجنسية المغربية.

ومن هذا المنطلق، فتقديم التصريح باكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، وإن احترم كافة الشروط الشكلية والجوهرية المطلوبة، إلا أن كلمة الفصل فيه تعود لوزير العدل للبت في مآله، إما بالقبول أو عدم القبول أو التعرض.

وهكذا يتم قبول التصريح باكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة إذا توافرت جميع الشروط الشكلية والجوهرية المطلوبة في التصريح مع عدم تعرض وزير العدل عليه، ففي هذه الحالة، يكون قبول التصريح صريحا بموجب مقرر الموافقة. ويتم الإعلان بعدم قبول التصريح من طرف وزير العدل في الحالة التي تكون فيها الشروط القانونية الشكلية أو الموضوعية غير متوافرة في هذا التصريح. والقرار بعدم القبول ليس مجرد تعبير عن موقف السلطة الإدارية، بل هو تطبيق موضوعي للقواعد القانونية الناظمة للجنسية، حيث تكون السلطة التقديرية للإدارة في هذه الحالة مقيدة ولا مجال لإعمالها.

إلا أنه وبالرغم من توافر الشروط القانونية الشكلية والموضوعية، فإن وزير العدل يُمكنه أن يُصدر قرار بالتعرض على التصريح أو أن يلجأ إلى السكوت الإداري والانكفاف عن الرد. ويُعد عدم البت داخل أجل سنة ابتداء من تاريخ ثبوت التصريح بمثابة معارضة. وفي هذا الإطار، تنص الفقرة الثانية من الفصل 26 من قانون الجنسية المغربي على أنه: "وإذا كانت الشروط القانونية متوفرة فإن وزير العدل يمكنه بموجب مقرر يبلغ للمعني بالأمر أن يرفض الطلب أو يتعرض على التصريح في الأحوال التي يعترف فيها للوزير المذكور بالحق في ذلك". وفي هذه الحالة، لا يشترط أن يكون التعرض معللا، وبالتالي لا يجوز أن يكون محل طعن بالإلغاء

بسبب تجاوز السلطة، على اعتبار أن الوزير اتخذ قراره استنادا إلى ما يتوفر عليه من سلطة تقديرية في هذا الشأن.

ولأن مسألة تقديم الكافل المغربي لتصريح لاكتساب مكفوله الأجنبي الجنسية المغربية تُعد حقا من الحقوق المكفولة بمقتضى تشريع الجنسية ومسألة جوازية يمارسها الكافل بكل حرية، فإن من شأن عدم ممارسته لهذا الحق أن يلحق ضررا نفسيا بمكفوله الأجنبي، خاصة إذا رغب هذا الأخير في حيازة الصفة المغربية. ومن هذا المنطلق، وحفاظا لحق الطفل المكفول في اكتساب جنسية كافله، سمح المشرع المغربي أن يتولى المكفول، بنفسه وبمبادرة منه، تقديم التصريح باكتساب الجنسية المغربية مع احترام مجموعة من الشروط الشكلية والجوهرية.

الفقرة الثانية: إسناد الجنسية المغربية بمبادرة من المكفول

ينص البند الثاني من الفقرة الثانية من الفصل التاسع من قانون الجنسية المغربية على أنه:" **غير أنه يمكن للمكفول الذي توافرت فيه الشروط المذكورة أعلاه، والذي لم يتقدم كافله بتصريح بعد مرور خمس سنوات على الكفالة، أن يقدم بصفة شخصية تصريحا للحصول على الجنسية المغربية خلال السنتين السابقتين لبلوغه سن الرشد، وذلك مع مراعاة حق وزير العدل في المعارضة طبقا للفصلين المذكورين أعلاه**".

وهكذا، بين البند المشار إليه أعلاه، أن المكفول الأجنبي من طرف كافل مغربي، يجوز له تقديم تصريح لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة وبمبادرة منه، مع احترام مجموعة من الشروط الشكلية والجوهرية نوردها كالتالي:

أن تتوافر في المكفول الشروط المذكورة في البند الأول المذكورة أعلاه.

لقد اشترط المشرع المغربي مجموعة من المواصفات والخصائص الواجب توافرها على المكفول المرشح لاكتساب الجنسية عن طريق الكفالة، وهي للتذكير، أن يكون المكفول الأجنبي قد ولد خارج المغرب، لأن المولود داخل التراب الوطني يعتبر بحكم الرابطة الترابية مغربيا، فهو يتمتع إذن بالجنسية المغربية الأصلية إذا كان لقيطا أو مجهول الأبوين. كما يجب أن يكون المكفول مجهول الأبوين، ويستوي الأمر أن تكون تلك الجهالة قانونية أو واقعية، فالأمر سيان، إذ المقصود، كما أشرنا إلى ذلك سلفا، هو حماية الأبناء الطبيعيين، واللقطاء والمهجورين والمهملين والمتخلى عنهم، تفاديا لبقائهم عديمي الجنسية.

عدم تقديم الكافل المغربي بتصريح لاكتساب الجنسية بعد مرور خمس سنوات على الكفالة.

إن تقديم المكفول الأجنبي التصريح باكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، أصالة عن نفسه وبمبادرة منه، مشروط بعدم تقديم كافله المغربي لذات التصريح بعد انقضاء مدة خمس سنوات على الكفالة. إن امتناع الكافل المغربي عن تقديم التصريح لاكتساب الصفة الوطنية نيابة عن مكفوله الأجنبي يمكن تفسيره، إما بعدم رغبته في إسناد مكفوله الجنسية المغربية بصفة قطعية، وإما بعدم معارضته مبدئيا في هذا الاكتساب، ولكن في الوقت الذي يراه مناسبا.

كيفما كان التفسير المقدم لفهم سبب امتناع تقديم التصريح من طرف الكافل، فإن اشتراط عدم تقديم الكافل بتصريح لحيازة الجنسية المغربية بعد مرور خمس سنوات على الأقل على الكفالة، يطرح عدة إشكاليات على المستوى العملي، لم يتطرق إليها المشرع المغربي في صلب قانون الجنسية. وفي هذا الصدد، نتساءل كيف يمكن أن يثبت المكفول الأجنبي أن كافله لم يتقدم بذلك التصريح؟ وعلى من يقع عبء الإثبات، هل على الكافل أم المكفول أم السلطة الوزارية المكلفة بالعدل؟ ثم هل يحق للكافل المغربي أن يعترض على مبادرة مكفوله بالتقدم بالتصريح أصالة عن نفسه لاكتساب الجنسية المغربية؟

وعليه، فالإشكالات التي يطرحها مضمون البند الثاني المشار إليه سلفا، يمكن معالجتها إما بالرجوع إلى باقي فصول قانون الجنسية، أو بالاستناد إلى القواعد والمبادئ العامة المقررة في فقه الجنسية. فبالنسبة لكيفية إثبات إيداع أو عدم إيداع الكافل المغربي للتصريح باكتساب الجنسية المغربية، فيمكن للمكفول طلب شهادة من وزارة العدل تفيد عدم إيداع كافله للتصريح باكتساب الصفة المغربية، ففي هذه الحالة يقع عبء الإثبات على السلطة المكلفة بالعدل التي تدعي خلاف الظاهر. فهذه الأخيرة تحتكر مجموعة من الوثائق الإثباتية في مسائل الجنسية، والتي تعتبر قرائن مهمة تعفي صاحبها من الإثبات ونقل عبئه إلى الخصم الآخر[1]، ومنها على سبيل المثال، شهادة الجنسية، نظير الظهير الشريف أو المرسوم في حالة إثبات الجنسية المكتسبة، شهادة تثبت أن التصريح بالتخلي عن الجنسية المغربية قد وقع بصورة قانونية (الفقرة الثالثة من الفصل 34). وهكذا يسري في مسألة إثبات الجنسية المبدأ العام المعمول به في ميدان الإثبات والذي بمقتضاه يتحمل عبء الإثبات من يدعي خلاف الظاهر[2].

أما بالنسبة لإمكانية اعتراض الكافل المغربي عن مبادرة مكفوله الأجنبي في شأن تقديم تصريح لاكتساب الجنسية المغربية، فصياغة البند الثاني من الفقرة الثانية من الفصل التاسع من قانون الجنسية المغربي توحي بأن ممارسة هذا الاعتراض غير ممكن، والدليل على هذا أن المشرع المغربي اشترط فقط مرور مدة خمس سنوات

[1] – مصطفى سدني، "دور القرائن في إثبات الجنسية المغربية"، مجلة القضاء المدني، عدد 18/17 لسنة 2018، ص 86.

[2] – مصطفى سدني، "إثبات الجنسية المغربية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة"، مجلة القانون المدني، عدد 6/5 لسنة 2019، ص 102.

على الكفالة ولم يقرن ذلك باشتراط أن تكون الكفالة قائمة (أي أن الكفالة غير منتهية) أثناء تقديم المكفول لذلك التصريح أصالة عن نفسه. ولو انصرفت نية المشرع لذلك، لنص على هذا الشرط بطريقة صريحة كما فعل في حالة اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الزواج، حيث اشترط على المرأة الأجنبية المتزوجة من مغربي بعد مرور خمس سنوات على الأقل على إقامتهما معا بكيفية اعتيادية ومنتظمة أن تتقدم أثناء قيام العلاقة الزوجية إلى وزير العدل بتصريح لاكتساب الجنسية المغربية (الفقرة الأولى من الفصل 10 من قانون الجنسية المغربي).

أن يتقدم المكفول بالتصريح خلال السنتين السابقتين لبلوغه سن الرشد القانوني.

اشترط المشرع المغربي في قانون الجنسية أن يتقدم المكفول بتصريح لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، خلال السنتين السابقتين لبلوغه سن الرشد القانوني. فعبارة "خلال السنتين السابقتين لبلوغه سن الرشد القانوني" تفيد أن المكفول يُعد قاصرا، وهنا تطرح إشكالية قانونية مرتبطة بمدى صحة ومشروعية هذا التصريح علما أن هذا الأخير تقدم به شخص قاصر وناقص أهلية الأداء استنادا إلى مضمون المادة 213 من مدونة الأسرة المشار إليها سلفا. فكيف سمح المشرع لشخص قاصر أجنبي لم يبلغ سن الرشد القانوني وناقص الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته، أن يتقدم بتصريح لاكتساب الجنسية المغربية، علما أن هذه الأخيرة مرتبطة بالسيادة الوطنية ومن صميمها؟.

والرأي فيما نعتقد، أنه كان على المشرع أن ينص على إمكانية التقدم بالتصريح لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة وبمبادرة من المكفول، خلال السنتين المواليتين لبلوغ المكفول لسن الرشد القانوني، وليس خلال السنتين السابقتين؛ أو أن يتم التقدم بهذا التصريح خلال السنتين السابقتين لبلوغ المكفول الأجنبي لسن الرشد، ولكن بمبادرة طرف الكافل المغربي ونيابة عن مكفوله القاصر. فما المانع من تبني هذين الحلين علما أن المشرع المغربي قد نص عليهما في ذات القانون (قانون الجنسية)، ولكن في حالات أخرى.

أن يتقدم المكفول بصفة شخصية التصريح باكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة.

اشترط المشرع المغربي على المكفول الأجنبي القاصر أن يتقدم هذا الأخير بصفة شخصية للتصريح باكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، فمسطرة الاكتساب إذن مسطرة شخصية غير قابلة للإنابة أو التوكيل. والرأي فيما نعتقد أن هذا الشرط يُعد مجرد حشو قانوني ليس إلا، إذ من غير المتصور قانونا أو واقعا أن يباشر شخصا آخر غير المكفول القاصر بنفسه، إجراءات تقديم التصريح باكتساب الجنسية المغربية. فمن الناحية القانونية، القاصر لا يمكنه مباشرة مسطرة إنابة أو توكيل غيره بسبب نقصان أهليته، وفقا لمقتضيات المادة 213 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: "يعتبر ناقص أهلية الأداء: 1- الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، 2- السفيه، 3- المعتوه".

أما من الناحية الواقعية، فهذا الشرط يُعد تحصيل حاصل، فالمكفول الأجنبي القاصر لم يُباشر مسطرة التقدم بالتصريح لاكتساب الجنسية المغربية أصالة عن نفسه، إلا بعد معرفته وتيقنه من موقف كافله السلبي تجاه مسألة نقل الجنسية المغربية إليه. ولهذه الأسباب، فمسطرة تقديم التصريح لاكتساب الصفة المغربية بمبادرة من المكفول، مسطرة شخصية يمارسها المهني بالأمر بنفسه، فهي غير قابلة للتوكيل أو الإنابة.

عدم معارضة وزير العدل على التصريح باكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة.

إن تقديم التصريح باكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، بمبادرة من المكفول وأصالة عن نفسه، وإن احترم كافة الشروط الشكلية والجوهرية المطلوبة، إلا أن كلمة الفصل فيه تعود لوزير العدل للبت في مآله، إما بالقبول أو عدم القبول أو التعرض. وهكذا يتم قبول تصريح المكفول الأجنبي إذا توافرت فيه جميع الشروط الشكلية والجوهرية المطلوبة في التصريح مع عدم تعرض وزير العدل عليه. ويتم الإعلان بعدم قبول التصريح من طرف وزير العدل في الحالة التي تكون فيها الشروط القانونية الشكلية أو الموضوعية غير متوافرة فيه.

إلا أنه وبالرغم من توافر الشروط القانونية الشكلية والموضوعية، فإن وزير العدل يُمكنه أن يُصدر قرار بالتعرض على التصريح أو أن يلجأ إلى أسلوب السكوت الإداري. ويُعد عدم البت داخل أجل سنة ابتداء من تاريخ ثبوت التصريح بمثابة معارضة، استنادا إلى مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 26 من قانون الجنسية المغربي التي تنص على أنه: "وإذا كانت الشروط القانونية متوفرة فإن وزير العدل يمكنه بموجب مقرر يبلغ للمعني بالأمر أن يرفض الطلب أو يتعرض على التصريح في الأحوال التي يعترف فيها للوزير المذكور بالحق في ذلك".

ونافلة القول، أن وزير العدل يمتلك سلطة تقديرية واسعة في ممارسة حق المعارضة ضد أي تصريح لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، سواء كان هذا التصريح صادر عن الكافل المغربي أو المكفول الأجنبي، وذلك في إطار الفصلين 26 و27 من قانون الجنسية المغربي، وهو طعن ذو طبيعة إدارية. كما يحق لمؤسسة النيابة العامة أو أي شخص يهمه الأمر الطعن لدى المحكمة الابتدائية في صحة تصريح سبق الموافقة عليه بصورة صريحة، وهذا الطعن ذو طبيعة قضائية. وهنا تثار إشكالية قانونية تتعلق هذه المرة بمدى إمكانية تقديم تصريح لاكتساب الجنسية عن طريق الكفالة بواسطة المكفول نفسه، علما أن كافله المغربي قد سبق له تقديم ذات التصريح وكان مصيره التعرض من طرف وزير العدل؟

فالرأي فيما نعتقد أن السلطة الحكومية المكلفة بالعدل ممثلة في شخص الوزير، يتعين عليها البت في التصريحين بصفة مستقلة، أي بدون أن يتأثر أو يربط مآل التصريح المقدم من طرف المكفول بمصير

التصريح المقدم من طرف الكافل. فالمشرع المغربي قد أفرد الشروط الواجب توافرها على التصريح المقدم من طرف الكافل المغربي لاكتساب مكفوله الجنسية المغربية، وميزها عن الشروط الواجب توافرها على التصريح المقدم من طرف المكفول الأجنبي، مما يوحي بانصراف نية المشرع المغربي عن تمييز المركزين القانونيين لكل من الكافل والمكفول في شأن حيازة الجنسية المغربية عن طريق الكفالة.

وعلى المستوى القضائي، وعلى افتراض وجود منازعة قضائية في شأن معارضة وزير العدل على التصريح، لا يمكن للقاضي المعروض عليه النزاع الدفع بسبق الفصل في النزاع، استنادا إلى مقتضيات الفصل 43 من قانون الجنسية المغربي والمعنون "بقوة الشيء المقضي به"، لأن ذلك متعلق بتوافر ثلاث شروط وهي: اتحاد الخصوم واتحاد المحل واتحاد السبب، وهذا ما نص عليه الفصل 451 من قانون الالتزامات والعقود المغربي: "قوة الشيء المقضي لا تثبت إلا لمنطوق الحكم، ولا تقوم إلا بالنسبة إلى ما جاء فيه أو ما يعتبر نتيجة حتمية ومباشرة له، ويلزم: 1- أن يكون الشيء المطلوب هو نفس ما سبق طلبه؛ 2- أن تؤسس الدعوى على نفس السبب؛ 3- أن تكون الدعوى قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة".

والجدير بالذكر أن الدفع أو التمسك بحجية أو قوة الأمر المقضي لا يثبت إلا إذا اجتمعت هذه العناصر الثلاثة، وإن تخلف أحدها، اعتبرت الدعوى المرفوعة دعوى مغايرة للدعوى التي سبق الفصل فيها وكان الدفع غير مُجْدٍ فيها. وهذا ما أكده المجلس الأعلى سابقا حينما صرح: "الدفع بسبق الفصل في الموضوع لا يكون مقبولا إلا إذا توافرت فيه شروط الشيء المقضي به وهي: اتحاد الأطراف والموضوع والسبب"[1]. وبناء على ما سبق، فإن القاضي المعروض عليه المنازعة في شأن الطعن في قرار وزير العدل الصريح أو الضمني، سينظر في الدعوى المقدمة من طرف المكفول الأجنبي استقلالا عن الدعوى المقدمة من طرف الكافل المغربي، نظرا لاختلاف المركز القانوني للكافل والمكفول في قانون الجنسية المغربية.

كما لا يفوتنا الإشارة إلى أن المنازعة ضد قرار وزير العدل في شأن معارضته للتصريح لاكتساب الجنسية المغربية، والتي سبق التطرق إليها أعلاه، تبقى مسألة نظرية وحالة يصعب أن تجد طريقها إلى القضاء لسببين: أولهما ذو طبيعة قانونية مرتبط بانعدام أهلية المكفول القاصر للتقاضي، استنادا إلى أحكام الفقرة الأولى من الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية التي تنص على أنه: "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة، والأهلية، والمصلحة لإثبات حقوقه". أما السبب الثاني فهو ذو طبيعة معنوي، فالمكفول الأجنبي القاصر، في هذه المرحلة العمرية الطفولية المبكرة، لا تزال مشاعر الولاء وحب الوطن، والرغبة في الاستقرار والاندماج

[1] – قرار المجلس الأعلى عدد 6، ملف شرعي رقم 552-80، صادر بتاريخ 06 يناير 1981، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 27، بتاريخ 06 غشت 1981، ص 98.

بالمجتمع المغربي، والانتساب إلى الأمة والهوية المغربية، غير مرسخة لديه في شخصيته، علما أنه وُلد وترعرع في بيئة اجتماعية أجنبية وغريبة عن تقاليد وأعراف المجتمع المغربي.

وعلى العموم، يتضح مما سبق أن المشرع المغربي أعطى للمواطن المغربي إمكانية نقل جنسيته للطفل الذي تكفل به في الخارج حتى يصبح بدوره مواطنا مغربيا، وبالتالي تخول له جميع الحقوق السياسية والفردية التي يتمتع بها المواطن المغربي. فإمكانية منح الجنسية المغربية للمولود بالخارج من أبوين مجهولين يأتي انسجاما مع المادتين 2 و7 من اتفاقية حقوق الطفل وللحد كذلك من حالات انعدام الجنسية فوق التراب الوطني، غير أنه يمكن القول أن مقتضيات هذا القانون لا تسري إلا على المغاربة الذين يتكفلون بأطفال في بلدان ذات مرجعية إسلامية تكرس نظام الكفالة، في حين لا يمكن لهم في بعض البلدان الغربية كفرنسا مثلا سلوك مسطرة الكفالة لأن قانون هذا البلد لا يعترف بالكفالة، كما لا يمكن لهم تبني الأطفال لأن المادة 370 من القانون المدني الفرنسي تمنع تبني الأطفال من طرف الأجانب إذا كان قانون هؤلاء يحظر التبني (كما هو الأمر بالنسبة للمغاربة المقيمين بفرنسا)[1].

[1] – محمد الشافعي، "كفالة الأطفال المهملين: دراسة في القانون المغربي، التبني في القانون الفرنسي"، الطبعة الأولى، سلسلة البحوث القانونية، عدد 14، المطبعة والوراقة الوطنية – مراكش، 2007، ص 52.

خاتمـة

إن إهمال الأطفال واقع اجتماعي قائم يصعب تغييره، واستمرار هذا الواقع مرهون في جزء كبير منه بالأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والقانونية السائدة في بلدنا حاليا، ولهذا الغرض أقر المشرع المغربي مؤسسة الكفالة، واعتبرها بمثابة مؤسسة توفر الرعاية البديلة للأطفال المحرومين من الوسط الأسري. غير أن المشرع المغربي لم يقتصر فقط على الجانب الاجتماعي والاقتصادي للأطفال المهملين، بل امتدت هذه الحماية لتشمل كذلك الجانب المتعلق بهوية الأطفال المهملين من خلال إرساء نظام قانوني يضمن حق هذه الفئة الهشة من المجتمع في التسجيل في سجلات الحالة المدنية وفي اكتساب الجنسية المغربية بالنسبة للأطفال الأجانب.

ومن هذا المنطلق، ابتكر المشرع المغربي مصدرا جديدا من مصادر اكتساب الصفة الوطنية عن طريق الكفالة، إذ بمقتضى هذه المؤسسة الاجتماعية البديلة، يمكن أن ينقل الكافل المغربي جنسيته إلى المكفول الأجنبي سواء بمبادرة من الكافل أو بمبادرة من المكفول نفسه، مع احترام مجموعة من الشروط الشكلية والجوهرية. غير أن وظيفة مؤسسة الكفالة تفقد مصداقيتها عبر الحدود، فهذه المؤسسة ذات الأصل الإسلامي، محل إقصاء من طرف التشريعات الأوروبية التي تعترف فقط بمؤسسة التبني وتستبعد بالتالي مؤسسة الكفالة، وهو ما يطرح إشكالية تنازع القوانين نظرا لتباين مرجعية كل من القانون الوطني والقانون الأجنبي، و كذا إشكالية ارتباط كل من مؤسسة الكفالة والتبني بالنظام العام في كلا القانونين، وسمو مبدأ المصلحة الفضلى للطفل لدى القضاء.

وهذا وقد انعكس موقف التشريعات الأوروبية، التي تتشبث بالتبني وتستبعد الكفالة، سلبا على وضعية الكافل المغربي المسلم والمكفول الأجنبي سواء أمام القانون الوطني أو القانون الأجنبي، مما يسبب في تعقيد أو في بعض الأحيان استحالة حيازة الجنسية المغربية من طرف المكفول الأجنبي عن طريق كافله المغربي، وهو ما يؤدي إلى حرمان أطفال أجانب من اكتساب الصفة المغربية.

بيد أن وضعية كل من الكافل المغربي والمكفول الأجنبي، سواء أمام القانون المغربي أو الأجنبي، لا تطرح أي إشكال قانوني بالنسبة للتشريعات الأجنبية ذات المرجعية الإسلامية والتي تعترف بمؤسسة الكفالة، إذ سمح المشرع المغربي بإمكانية حيازة الطفل المهمل الأجنبي للجنسية المغربية عن طريق الكفالة، إما بمبادرة من الكافل المغربي أو بمبادرة من المكفول الأجنبي نفسه، مع احترام مجموعة من الشروط الشكلية والجوهرية المطلوبة في قانون الجنسية المغربي.

وبناء على ما سبق، ومن خلال النتائج المتوصل بها في هذا البحث، أمكن توظيف هذه الأخيرة للبرهنة على مدى صحة فرضية البحث، إذ نجد أن نتيجة تحليل هذه الفرضية إيجابية، فالمشرع المغربي حافظ على مبدأ التوازن في معالجته لحق الطفل في الجنسية من جهة، وحق الدولة السيادي في تحديد شروط الانتساب للصفة المغربية من جهة أخرى. فقانون الجنسية المغربية يُعد من التشريعات القليلة التي سمحت بإسناد الجنسية عن طريق الكفالة منفتحا في ذلك على منظومة حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا، وخاصة ما تعلق منها بحقوق الطفل في الجنسية، دون تفريط في الثوابت الشرعية المتعلقة بالموقف التشريعي والقضائي والفقهي من مؤسسة الكفالة والتبني.

ولكن في المقابل، ثمة مَوَاطِن قُصُور تعتري النظام القانوني لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة يُستحسن تداركها من أجل ضمان حق كل من الكافل في نقل صفته المغربية، وحق المكفول في اكتساب الجنسية المغربية، ومواصلة مسلسل ملاءمة التشريع الوطني مع مختلف الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في مجال حقوق الإنسان عامة، وذات الصلة بجنسية الأطفال خاصة.

وفي هذه المناسبة، أودُّ طرح بعض المقترحات بخصوص الموضوع، والتي صيغت بناء على نتائج البحث، وما أفرزته من قُصور قانوني، ونقص مسطري في مسألة اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة.

تحديد مركز مؤسسة النيابة العامة في منازعات الناشئة عن تطبيق مسطرة إسناد الجنسية المغربية عن طريق الكفالة؛

تحديد المحكمة المختصة للفصل في المنازعات الناشئة عن معارضة وزير العدل ضد تصاريح اكتساب الجنسية عن طريق الكفالة؛

الانفتاح على مؤسسة التبني البسيط في قانون الجنسية المغربي على اعتبار أن هذا النوع من التبني يقترب كثيرا من مؤسسة الكفالة، إذ يحفظ النسب الأصلي للطفل ولا يهدره؛

عدم حصر الأجل القانوني لقيام المكفول الأجنبي بتقديم التصريح لاكتساب الجنسية المغربية في فترة قصوره، وجعل حق التقدم بذات التصريح متاحا ابتداء من تاريخ بلوغ سن الرشد وبدون سقف زمني محدد؛

اشتراط توافر عنصر السلامة الجسدية والعقلية في المكفول الأجنبي المرشح لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة؛

مراجعة البند الثاني من الفصل التاسع المتعلق باكتساب الجنسية عن طريق الكفالة في اتجاه رفع التضارب الحاصل بين هذا البند وبعض المقتضيات القانونية الواردة في قانون كفالة الأطفال المهملين، مدونة الأسرة وقانون الحالة المدنية.

لائحـة المراجـع

المجلات

أمال ناجي، "ضابط المصلحة الفضلى للطفل في قانون الكفالة بين القانون الوطني والأجنبي"، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد الخامس، لسنة 2015.

حسن إبراهيمي، "قضايا الأحوال الشخصية والميراث"، الجزء الثاني، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، العدد 62، لسنة 2018.

الحسين بلوش، "تلقي القانون الفرنسي لمؤسسة الكفالة المغربية"، مجلة المرافعة، العدد 23، دجنبر 2015.

السعدية أيت السيد، "الدليل العملي لمسطرة كفالة الأطفال المهملين"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، منشورات المرافعة، العدد الثامن، 2013.

سميرة برادة، "كفالة الأطفال المتخلى عنهم بين النظرية والتطبيق"، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، رقم 05، المعهد العالي للقضاء، شتنبر 2004.

الطاهر كركري، "كفالة الأطفال المهملين وإمكانية السفر بهم للإقامة"، مجلة القبس، العدد الأول، يونيو 2011.

عبد القادر قرموش، 'كفالة الأطفال المهملين: دراسة تحليلية على ضوء القانون رقم 01-15 "، سلسلة "دراسات وأبحاث"، العدد 06، منشورات مجلة القضاء المدني، لسنة 2015.

عبد المنعم الفلوس، "القانون رقم 06-62 القاضي بتغيير وتتميم قانون الجنسية، وجهة نظر بعد أربع سنوات من التطبيق"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 99-100، يوليوز/أكتوبر 2011.

عمر لمين، "كفالة الأطفال المهملين على ضوء الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض"، سلسلة دفاتر محكمة النقض، عدد 22، لسنة 2015.

فاتحة الغلالي، "حق الطفل في الهوية بين الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني"، مجلة الفقه والقانون، العدد 47، شتنبر 2016.

محمد أكديد، "كفالة الأطفال في التشريع المغربي"، مجلة محكمة، العدد الثاني، 2003.

محمد الشافعي، "كفالة الأطفال المهملين: دراسة في القانون المغربي، التبني في القانون الفرنسي"، الطبعة الأولى، سلسلة البحوث القانونية، عدد 14، المطبعة والوراقة الوطنية – مراكش، 2007.

محمد المتوكل، "كفالة الأطفال المهملين وكيفية تنفيذ الأوامر الصادر بشأنها"، مجلة الملف، العدد التاسع، نونبر 2006.

محمد اليعقوبي "دور النيابة العامة في قضايا الجنسية والحالة المدنية"، مجلة العرائض، العدد الخامس، يوليوز-دجنبر 2015.

مصطفى سدني، "إثبات الجنسية المغربية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة"، مجلة القانون المدني، عدد 6/5 لسنة 2019.

مصطفى سدني، "إثبات الجنسية المغربية من خلال وقائع الحالة المدنية"، مجلة القانون والأعمال، العدد 20 بتاريخ 20 نونبر 2018.

مصطفى سدني، "المركز القانوني للمرأة والطفل في قانون الجنسية المغربي"، مجلة جيل حقوق الإنسان، العدد 36، طرابلس- لبنان، 2019.

مصطفى سدني، "دور القرائن في إثبات الجنسية المغربية"، مجلة القضاء المدني، عدد 18/17 لسنة 2018.

مصطفى قرواش، "كفالة الأطفال المهملين"، مجلة محكمة، العدد الثاني، 2003.

مليكة العرامي، "كفالة الأطفال المهملين من طرف القاطنين بالخارج"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 07 لسنة 2014.

نادية امزاوير، "معيقات إسناد الكفالة"، سلسلة دفاتر محكمة النقض، عدد 22 لسنة 2015.

وداد العيدوني، "كفالة الأطفال المهملين في التشريع المغربي"، مجلة القانون المغربي، العدد 15، يناير 2010.

الكتب

بشرى برا، "كفالة الأطفال المهملين في القانون الدولي الخاص"، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط 2018.

الحوات علي، الدويبي عبد السلام، محسن أحمد، "رعاية الطفل المحروم- الأسس الاجتماعية والنفسية للرعاية البديلة للطفولة"، معهد الإنماء العربي للدراسات الاجتماعية، 1989.

عبد العالي الدليمي، "الحماية القانونية للطفل"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، 2007.

موسى عبود، "الوجيز في القانون الدولي الخاص"، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، أكتوبر 1994، الدار البيضاء.

نور الدين الشرقاوي الغزواني، "قانون كفالة الأطفال المهملين"، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، 2003.

هدى زكي، جميلة أوحيدة، آنه كينيونيس إسكاميث، أندريس رودريغيث بينوت، "الكفالة والتبني في العلاقات الثنائية المغربية الإسبانية"، FIIAPP، مدريد، 2009.

ج- أعمال جامعية

جمال الخمار، "نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية ببلجيكا"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، الموسم الدراسي الجامعي 2008/2007.

حسن إبراهيمي، "الطفل المغربي بين الكفالة والتبني في العمل القضائي"، بحث نهاية التمرين، المعهد العالي للقضاء، الفوج 34، المدة التدريبية 2009/2007.

طلبة مالك، "التبني والكفالة"، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة 14، الموسم التكويني 2006/2003.

عبد المالك صبري، "كفالة الأطفال المهملين"، بحث نهاية التكوين بالمعهد العالي للقضاء، فترة التكوين 2017/2015، الفوج 41.

د- مراجع باللغة الفرنسية

Émile SZLECHTER, "Les options légales de nationalité en droit français", imprimerie régionale, Toulouse, 1942.

Émilie BARRAUD, "Kafala et migrations : l'adoption entre la France et le Maghreb", Edition universitaires européennes, Paris 2013.
Tareq OUBROU, "La Kafala et la sharia", Dr famille, 2009.

"سلطة القاضي على الشرط الجزائي في القانون المدني الليبي، والشريعة الإسلامية"

الباحث/ خليفة مفتاح خليفة مفتاح المعداني
الأستاذ الدكتور/ عبد الحميد الأحرش

كلية القانون –جامعة طرابلس – دولة ليبيا

بسم الله الرحمن الرحيم
"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُود"
(الآية 1) من سورة المائدة

المقدمة

الحمد لله العالم بما في السماوات والأرض، الذي علم الإنسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على من كشفت سنته أحكام الله، وعلى آله وصحبه ومن والاهم بإحسان إلى يوم الدين واللقاء.

وبعد.

فإن التعويض الاتفاقي –أو ما يعرف في الفقه الإسلامي بالشرط الجزائي–من المعاملات الحديثة التي انتقل أخيرا لبلاد الإسلام، والتي لا يكاد يخلو منها عقد من عقود المعاوضات المالية.

ولما كان ذلك فإن إشكاليات كثيرة تطرح في هذا الشأن من بينها إشكالية هذه الورقة –التي بيد أيديكم– حيث يطرح تساؤل حول إمكانية تدخل القضاء في تعديل الشرط الجزائي في حين أنّ هذا يصطدم بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين –كما هو معلوم–وبالتالي فإن اتفاق الطرفين على تحديد مقدار الشرط الجزائي من المفترض أن لا يسمح لإرادة أجنبية بالتدخل في العقد، ومن جهة أخرى فقد يتم استغلال المدين بأن يضع الدائن مبلغ تعويض كبير ربما يتعدى أصل الالتزام ذاته المنوط به الشرط الجزائي، فيكون المدين في حرج، ويقع في غبن، مما يحتاج تدخلا من القضاء.

إن أهمية هذا الموضوع تنبع من شعور الباحث بضرورة دراسة موضوعات الشرط الجزائي كونه من المواضيع المستحدثة التي دخلت مؤخرا للدول العربية، من بينها هذا الموضوع الذي سنتناوله بالبحث في هذه الورقة العلمية.

إن الهدف من وراء هذه الدراسة يتجلى في بيان إمكانية تدخل القاضي في الشرط الجزائي من عدمه، وفقا لأحكام القانون المدني الليبي، وأحكام الشريعة الإسلامية الغرّاء.

وسيتناول الباحث هذا الموضوع –وفق المنهج المقارن–ووفقا للخطة البحثية التالية:

– المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي.

* الفرع الأول: ماهية الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

* الفرع الثاني: ماهية الشرط الجزائي في القانون المدني الليبي.

– المطلب الثاني: بيان سلطة القاضي على الشرط الجزائي.

* الفرع الأول: سلطة القضاء على الشرط الجزائي في القانون الليبي.

* الفرع الثاني: سلطة القضاء على الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

الخاتمة

المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي.

* الفرع الأول: ماهية الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

أولا تعريفه:

لقد عرفه كثير من الفقهاء المعاصرين، ومن بين تلك التعريفات اصطفى الباحث منها هذا التعريف كونه –من وجهة نظره–الأكثر موائمة لتوضيح معنى الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، ويعني:

"التزام زائد، يتفق بموجبه المتعاقدان على تعيين التعويض الشرعي، الذي يستحق عند الإخلال الاختياري المضر بالمشترط".[1]

أي أن الشرط الجزائي ما هو إلا اتفاق بين طرفي العقد على تعويض محدد القيمة، يستحق عند إخلال المدين بالتزامه للدائن والذي هو المشترط، وهذا الاتفاق قد ينص عليه في عقد الالتزام الأصلي، وقد ينص عليه لاحقا، أي مستقلا عن العقد، لكن يجب أن يشترط قبل وقوع الضرر، وإلا عدا صلحا لا شرطا جزائيا، ومن خلال التعريف السابق تظهر لنا عدة خصائص نعرضها في الفقرة التالية.

ثانيا خصائص الشرط الجزائي حسب التعريف السابق:

1 –أنه التزام زائد، وتابع، فليس هو الالتزام الأصلي وهذه طبيعة غالب الشروط في العقود.

2 –أنه تعويض عن الضرر الناشئ من الإخلال، وليس عقوبة.

3 –أن الاتفاق عليه يكون قبل وقوع الإخلال، ويستحق عنده.

4 –أنه مرتبط بالضرر فلا يستحق بدون ضرر.

5 –يراعى في تقديره العدل، فلا ضرر ولا ضرار، وفي حالة تبين وجود مبالغة في الزيادة، أو النقصان.[2]

[1] محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه، غير منشورة، قسم الثقافة الإسلامية – كلية التربية – جامعة الملك سعود، 1426، ص65.

[2] محمد بن عبد العزيز اليمني، مصدر سابق، ص65.

* الفرع الثاني: الشرط الجزائي في القانون المدني الليبي.

أولا تعريفه:

لم يعرف القانون المدني الليبي الشرط الجزائي، واكتفى ببيان أحكامه فقط، فقد نصت المادة 226 منه على أنه: "يجوز للمتعاقدين –ما لم يكن محل الالتزام نقودا–أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق.."

إلا أنّ فقهاء القانون تصدوا لتعريفه، يذكر الباحث من تلك التعريفات:

"أنّه اتفاق مسبق على تحديد مقدار التعويض عند عدم التنفيذ أو التأخير فيه"[1]

وعرفه الأستاذ (منير قزمان) بأنه: "اتفاق المتعاقدين على مقدار التعويض الواجب أداؤه إذا أخل المدين بالتزامه، وذلك بعد تنفيذه أو التأخير في تنفيذه، ويشترط لاعتبار هذا الاتفاق جزائيا؛ أن يتم قبل الاخلال بالالتزام، أما لو تم بعد ذلك فإنه يعتبر اتفاق على تعويض مستحق بالفعل"[2]

وعرفه الأستاذ الغربي (قيو) بأنه: "اتفاق تبعي للاتفاق بمقتضاه يتفق الأطراف على مبلغ من النقود يدفعه المدين في حالة عدم التنفيذ"[3]

ثانيا خصائص الشرط الجزائي حسب التعريف السابق:

1 – أنه التزام تبعي: أي أن الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الأصلي الذي التزم به المدين أصلا في العقد، ويترتب على ذلك ما يلي:

لا اعتبار للشرط الجزائي مادام الالتزام الأصلي لم يختل.

إن سقوط الالتزام الأصلي وبطلانه يؤدي إلى سقوط وبطلان الشرط الجزائي.

---

[1] أ. د. محمد علي البدوي الأزهري، النظرية العامة للالتزام ج2 – أحكام الالتزام، دار الكتب الوطنية، بنغازي،2010، ص54.

[2] باشا سعيدة، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، غير منشورة، كلية القانون – جامعة عبد الحميد باديس، مستغانم، 2018، ص9.

[3] باشا سعيدة، مصدر سابق، ص9.

2 – أنه تعويض يقدره الطرفان: حيث منح القانون المدني الليبي للمتعاقدين إمكانية تقدير التعويض باتفاقهما؛ إلا أن مقدار التعويض قد لا يعبر عن حقيقة الضرر الواقع فقد يكون:

مبلغ التعويض مبالغا فيه.

مبلغ التعويض أقل من الضرر.

مبلغ التعويض وسيلة للإعفاء من المسؤولية.[1]

المطلب الثاني: بيان سلطة القاضي على الشرط الجزائي.

* الفرع الأول: سلطة القاضي على الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

لم يتطرق الفقهاء إلى الحديث عن إمكانية تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي كما هو موجود في القوانين، ومن فعل فلم يزد على ما ذكره فقهاء القانون[2]، إلا أنّه وردت تطبيقات عدة في الفقه الإسلامي –لا يتسع المجال لذكره هنا–تبين وتوضح سلطة القضاء على العقود عموما، ويمكن إعمال الشرط الجزائي عليها، من بينها ما يلي:

1 – القواعد الفقهية: حيث أن هناك قواعد فقهية جمة يمكن من خلالها استنباط جواز تدخل القاضي في الشرط الجزائي إذا ما وقع ضرر أو غبن –كما سبق البيان–على أحد طرفي العقد، من بين تلك القواعد والتي سنذكرها دون التطرق لشرحها؛ كون الموضع غير مناسب للتفصيل:

قاعدة "لا ضرر ولا ضرار".

قاعدة " الأمور بمقاصدها".

قاعدة "الضرر يزال".

قاعدة "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح".[3]

2 – ما وصلت إليه المجامع الفقهية، وهيئات العلماء:

---

[1] امجد ارحومة محمد الخويلدي، الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين "دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي، والشريعة الإسلامية" رسالة ماجستير، غير منشورة، قسم الشريعة والقانون – كلية الدراسات العليا – جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، 2016، ص155، ص94.

[2] امجد ارحومة محمد الخويلدي، مصدر سابق، ص167.

[3] أ. أحمد رمضان قشوط، بحث بعنوان: (سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي "دراسة مقارنة بين القانون المدني، والشريعة الإسلامية"، منشور مجلة الجامعة الأسمرية، العدد21، بدون سنة نشر، ص260.

بالرجوع إلى القرار رقم 109 (12/3) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، حيث قرر في البند السابع منه على أنه: "يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبررا لذلك، أو كان مبالغا فيه"[1]

كما ورد كذلك في القرار رقم (25) بتاريخ 12-8-1394هـ الصادر عن هيئة كبار علماء السعودية أنّه: "إذا كان الشرط الجزائي كثيرا عرفا بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والأنصاف حسب ما فاته من منفعة، أو لحقه من ضرر، ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى لحاكم الشرعي؛ عن طريق أهل الخبرة والنظر، عملا بقوله تعالى: "وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل"، وعملا كذلك بالقاعدة الفقهية: "الضرر يزال".[2]

* الفرع االثاني: سلطة القضاء على الشرط الجزائي في القانون الليبي.

نظم القانون المدني الليبي التعويض الاتفاقي في المواد:(226، 227، 228)، ورغم أن الأصل أن يحكم على المدين المخل بالتزاماته بالمبلغ المتفق عليه، دون زيادة أو نقصان، استنادا إلى أن العقد شريعة المتعاقدين، ومن ثمّ احترام إرادة الطرفين، إلا أن المشرع منح القاضي سلطة مراقبة الشرط الجزائي عند حدوث منازعة بين طرفي العقد، داءنا كان أم مدينا على حد سواء، ووفقا للمواد سالفة الذكر فإن سلطة القاضي تكمن في أمرين:

أولا تعديل الشرط الجزائي: حيث يجوز للقاضي تخفيضه أو زيادته حسب الحالات التالية:

1 – تخفيض الشرط الجزائي: نصت المادة 2/227 من القانون المدني الليبي على أنه: "ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه.."

أ-المبالغة في تقدير التعويض. ب-تنفيذ جزء من الالتزام.[3]

[1] امجد ارحومة محمد الخويلدي، مصدر سابق، ص168.
[2] أحمد رمضان قشوط، مصدر سابق، ص256.
[3] امجد ارحومة محمد الخويلدي، مصدر سابق، ص159.

حيث يجوز للقاضي أن يخفض التعويض محل الشرط الجزائي؛ إذا أثبت المدين أنن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه، وأن الدائن قد استفاد من هذا الجزء المنفذ، كذلك يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة جعله يخرج عن كونه تعويضا قدره المتعاقدان مسبقا، وأنه لم يعد الشرط هنا تعويضا، وإنما وسيلة تهديد وإكراه تفقر المدين وتثري الدائن دون حق.[1]

2 – زيادة الشرط الجزائي: نصت المادة 228 من القانون المدني الليبي على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما"

ويفهم من المادة السابقة أنه إذا زاد الضرر عن التعويض المتفق عليه، وأثبت الدائن أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما؛ فإنه يجوز للقاضي أن يزيد قيمة التعويض حتى يصبح معادلا للضرر.[2]

ثانيا إلغاء الشرط الجزائي: نصت الفقرة الأولى من المادة 227 من القانون المدني الليبي على أنه: "لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر "أي أن القاضي –في هذه الحالة-لا يحكم بأي تعويض، فالشرط الجزائي هو تقدير مسبق للضرر، فإذا لم يثبت الضرر فلا معنى للحكم بالتعويض.[3]

[1] . د. محمد علي البدوي الأزهري، مصدر سابق، ص57.
[2] امجد ارحومة محمد الخويلدي، مصدر سابق، ص167.
[3] د. محمد علي البدوي الأزهري، مصدر سابق، ص57.

الخـاتـمـة

بعد عرض ما سبق يخلص الباحث للاستنتاجات التالية:

1 – جواز إلغاء القاضي للشرط الجزائي –وفقا للقانون المدني الليبي، والشريعة الإسلامية–إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر.

2 – جواز تدخل القاضي –وفقا للقانون المدني الليبي، والشريعة الإسلامية–بخفض قيمة التعويض في الشرط الجزائي؛ إذا أثبت المدين أن تقدير قيمة التعويض كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذه واستفاد الدائن من هذا التنفيذ الجزئي.

3 – جواز تدخل القاضي–وفقا للقانون المدني الليبي، والشريعة الإسلامية–بزيادة قيمة التعويض إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما.

4 – يرى الباحث أن رقابة القضاء على الشرط الجزائي ستحمي المدين من تغول واستغلال الدائن، وفي ذات الوقت ستمنح الدائن حقه المناسب إذا أخل المدين بالتزاماته المنوطة به.

قائمة المراجع :

محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه، غير منشورة، قسم الثقافة الإسلامية – كلية التربية – جامعة الملك سعود.

د. محمد علي البدوي الأزهري، النظرية العامة للالتزام ج2 – أحكام الالتزام، دار الكتب الوطنية، بنغازي،2010.

باشا سعيدة، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، غير منشورة، كلية القانون – جامعة عبد الحميد باديس، مستغانم، 2018.

امجد ارحومة محمد الخويلدي، الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين "دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي، والشريعة الإسلامية" رسالة ماجستير، غير منشورة، قسم الشريعة والقانون – كلية الدراسات العليا – جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، 2016، ص155.

أ.أحمد رمضان قشوط، بحث بعنوان: (سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي "دراسة مقارنة بين القانون المدني، والشريعة الإسلامية"، منشور مجلة الجامعة الأسمرية، العدد21، بدون سنة نشر.

القرض العقاري وتأثيره على التنمية العقارية

Mortgage loan and its impact on real estate development

الباحث / بوعبيد عز الدين

جامعة العربي التبسي– تبسة

phd.bouabidazdin@gmail.com

الملخص:

يسجل القرض العقاري ضمن سياسة وطنية تجمع بين قطاعات إستراتيجية هي القطاع المصرفي و قطاع السكن و القطاع الفلاحي، وهذا بهدف تمويل كل من مشاريع اقتناء ملكية السكن و ترقية النشاط العقاري و تطوير القطاع الفلاحي، و هو في نفس الوقت آلية لتمويل القطاعات السابق ذكرها، و عليه لا يرخص منح القروض العقارية إلا لمؤسسات قرض معتمدة من البنك المركزي الجزائري.

فالقروض العقارية تعتبر آلية مساعدة غير مباشرة تقدمها الدولة للفئات ذات الدخل المتوسط، من أجل اقتناء سكن، تسجل ضمن سياسة اقتصادية، اجتماعية ومالية شاملة، حيث إن إرادة الدولة في التصدي لأزمة السكن إنعكست على الإصلاحات التي أجرتها في القطاع المالي رغبة منها في جعله آلية فعالة للتخفيف من الأزمات الاقتصادية، لا سيما أزمة قطاع السكن عن طريق مساهمة البنوك والمؤسسات المالية في تمويل هذا القطاع بمختلف الأشكال، والتي يعتبر القرض العقاري أحدها .أما القرض الفلاحي فهو آلية تمويل أقرتها الدولة لفائدة الفلاحين لحل المشكلة الفلاحية الموروثة عن الاستعمار، ألا وهي فقر هذه الطبقة. كل هذا من أجل النهوض بالقطاع الفلاحي وتحقيق الاكتفاء الذاتي، وبالنتيجة التحرر من التبعية الغذائية للخارج.

Abstract

Record mortgage loan within a national policy that combines strategy are the banking and housing sector and the agricultural sector industry sectors ،This is in order to finance both the acquisition of the ownership of housing and upgrade real estate activity and the development of the agricultural sector projects ،It is at the same time the previous financing mechanism mentioned sectors ،And it does not authorize the granting of mortgage loans only to institutions loan approved by the Central Bank of Algeria.

Mortgages are considered mechanism of indirect assistance provided by the state for the middle- income groups ،For the acquisition of housing ،Recorded within a comprehensive economic policy and social and financial ،The terms of the will of the state to address the housing crisis reflected on the reforms conducted in the financial sector wishing to make it an effective mechanism to mitigate economic crises ، Particularly the crisis of the housing sector through the contribution of banks and financial institutions in the financing of this sector in various forms ،which is considered one of the mortgage loan.

The agricultural loan is a funding mechanism approved by the State for the benefit of peasants to solve the problem of agricultural inherited from colonialism ،Namely poverty this layer. All this in order to promote the agricultural sector and to achieve self- sufficiency ،and as a result of the liberalization of food dependency abroad.

مقـــــدمة:

إن التغيرات السياسية الاقتصادية والاجتماعية التي عرفتها الجزائر فرضت عليها إنتهاج سياسة محددة في تمويل المشاريع السكنية وتحديدا ميزانية قطاع السكن، هذه الاخيرة التي إنعكست نتائجها على ميدان الترقية العقارية.

إذ ومع تزايد الطلب على السكن أصبحت الضرورة ملحة لإيجاد إطار عملي وقانوني لتسهيل عملية اقتناء سكن، وقد وقع الاختيار على وسيلة القرض الذي يأخذ شكل عقد يمنح من خلاله البنك أو المؤسسة المالية مبلغا من النقود إلى المقترض، والذي قد يكون فردا عاديا أو مرقيا عقاريا، وذلك إما بهدف شراء سكن، القيام ببنائه ، ترميمه ، توسيعه أو تعليته. وذلك مقابل أن يلتزم المقترض بدفع ما بقي على عاتقه من أقساط و فوائد متفق عليها مسبقا، بالإضافة إلى تأسيس ضمانات كافية تضمن قيامه بسداد الدين.

من هذا المنطلق تم طرح الاشكالية الاتية: **الى أي مدى يمكن للقرض العقاري أن يحقق إسهاما في تفعيل حركة التنمية العقارية؟، وما الدور الذي يلعبه القرض كآلية لدفع انتعاش السوق العقاري؟.**

للاجابة على الاشكالية المطروحة، تم تقسيم الموضوع الى المحورين (مبحثيين) أساسيين:

المبحث الاول: مفهوم القرض العقاري ومجال تطبيقه

المبحث الثاني: دور القرض العقاري في تنمية وتطوير العقار

المبحث الأول: مفهوم القرض العقاري ومجال تطبيقه

القرض العقاري من فئة القروض الطويلة الأجل والتي تمنحها مؤسسة القرض للأسر والعائلات لتمكينها من تلبية حاجتها في الحصول على السكن، أو للمتعاملين في الترقية العقارية لتمويل عمليات بناء وتجديد الأملاك العقارية أو من أجل إعادة بيعها أو تأجيرها [1]، فما هي خصائص القرض العقاري، وما الذي يميزه عن غيره من الانظمة المشابهة؟ وما هي حدود ومجالات تطبيقه؟

المطلب الاول:خصائص القرض العقاري وتمييزه عن غيره من العقود المشابهة

الفرع الاول: خصائص القرض العقاري

يتميز القرض العقاري بمجموعة من المميزات، أهمها:

أولا: القرض العقاري قرض نقدي

من أهم خصائص ومميزات القرض العقاري انه مبلغ نقدي، وهذه الصفة تأخذ حصتها من حيث التنظيم القانوني في التشريعات المقارنة، حيث يطبق عليه القانون الفرنسي مجموعة من القوانين الخاصة المتعلقة بأسعار الفوائد المختلفة، والتي لا تجد لها مقابلا في التشريع الجزائري(كالربا، الرأسملة...)[2].

هذا ويعتبر القرض العقاري من القروض الاستهلاكية، المقررة في القانون المدني الجزائري، إستنادا لنص المادة 450 منه.

ثانيا: القرض العقاري قرض بفائدة

ميزت المواد 454 -455 -456 من القانون المدني الجزائري بين نوعين من القروض، القرض الذي تحضر فيه الفائدة وهي القائم بين الأفراد [1] والقروض التي تجوز فيها الفائدة المحددة بموجب قانون

---

[1] – لطيفة طالي، القرض العقاري، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، بن عكنون سنة 2002/2001.

[2] – وهذا ما أكدته المحكمة العليا في احدى قراراتها "**حيث بالرجوع للقرار المعطون فيه والحكم المؤيد منه يتبين أن القرض الممنوح للطاعن لم يكن محل اتفاقية أبرمت بين الطرفين وتضبط شروط والتسديد والأقساط ونسبة الفوائد وهذا ما يجعل الاستناد فوائد معنية أمرا يتعذر تحقيقه.**

وحيث أن قضاة الموضوع بالحكم بفوائد لم تكن مبنية على نسبة معينة مضبوطة ومتفق عليها فيكونوا قد تجاوزوا سلطتهم الأمر الذي يعرض القرار المطعون فيه إلى النقض".

–وفي هذا الاطار يكون المشرع الجزائري ، قد خالف التشريعات المقارنة (المصرية،الفرنسية) والتي تبيح أن تكون فائدة القرض قائمة بين الأفراد.

-Cass. 1civ 28 mars 2000 jcp g 2000 1296 concl Jeny saint-rose d 2000 p482 note pidelier D2000 somm359 obs Dlebec RTD 2000 p 191 obs Cabriel

المالية، وهي القروض التي تقدمها مؤسسات القرض بغرض تشجيع النشاط الاقتصادي، وكذا في حالة إيداع أموال لديها من قبل الأفراد، ويقع على أطراف عقد القرض تحديد نسبة الفائدة، وتضمينها اتفاقية القرض.

ومن هذا يمكن القول بأن القروض بين الأفراد مجانية وجوبا، ويجوز اشتراط فوائد حينما تكون مؤسسة القرض بصفتها مقرضة أو مقترضة. أما القرض الاستهلاكي بما في ذلك القرض العقاري مجاني بالطبيعة، لكنه يصبح قرضا بفائدة نظرا لممارسته من طرف مؤسسات القرض.

ثالثا: القرض العقاري عقد رضائي

الاصل في عقد القرض عموما أنه من العقود الرضائية، لكن عقد القرض العقاري لا يمنع من اشتراط الشكلية، والتي قد تكون إما للإثبات أو للانعقاد، حيث يكون أثر غيابها في الحالة الأولى عدم إمكانية الاحتجاج بالتصرف في مواجهة الغير، وفي الحالة الثانية يترتب عدم إمكانية الاحتجاج بالتصرف ليس في مواجهة الغير فقط وإنما فيما بين المتعاقدين.

فعقد القرض ينعقد بمجرد تبادل إرادة الطرفين، بالرغم من أن في هذا التاريخ لم يتم بعد ايداع مبلغ القرض في حساب المقترض[2]

وباعتبار القرض العقاري من العقود الطويلة المدة [3] والتي قد تصل إلى25 سنة، وكذا نظرا لضخامة المبلغ الممنوح وقيمة العقار الممول وسعر الفائدة المتغير، فإن الحاجة إلى تثبيت ذلك في عقد يوقعه طرفاه (المقرض والمقترض) ضرورة حالة تتجسد أهميتها في:

– توفير وسيلة لإثبات حقوق الأطراف وفقا لنص المادة 333 من القانون المدني الجزائري.

– توفير الحماية اللازمة لمصالحهم، حيث أن انعدام هذه الكتابة قد يؤدي إلى تسرع وتهور المتعاقد في إبرام العقد دون أن يقدر الأمور حق تقديرها ويعي حقيقة الالتزامات التي ستقع على عاتقه، بينما تمكن الكتابة في عقد القرض من تفادي الأضرار التي قد تلحق بكل من الطرفين بسب سوء الإعلام والاستعلام.

---

[1] – وتؤكد المحكمة العليا ذالك بقولها "**وحيث أن القضاة حتى يتأكدوا من صحة الدعوى أن يقوموا ببحث أوندب خبير مختص في المالية والحسابات ليبرز لهم عناصر القرض من عدمه وعندئذ يفصل في الدعى لما تكون أمامه جاهزة لكنهم لم يفعلوا ذالك فكان قرارهم مشوب بالقصور في التسبيب ومنعدم الأساس القانوني وهو الأمر الذي جعله عرضة للنقض**".

Cass. 1civ 28 mars 2000 jcp g 2000 1296 concl Jeny saint-rose d 2000 p482 note pidelier D2000 somm359 obs Dlebec RTD 2000 p 191 obs Cabriel

[2] – القرار الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 2006/04/12 ملف رقم 311002 غير منشور.

3 - François teré, yves lequette et phillippe similer in LATIFA TALI, op cit P 24.

وعموما يمكن القول بأن الشكلية المشترطة في عقد القرض العقاري هي شكلية للإثبات ويدعم هذا الطرح سببين [1]:

– تضمين اتفاقية القرض بندا يتعلق بضرورة تسجيلها والتسجيل شكلية اتفاقية.

– غياب نص قانوني أو تنظيمي يوجب إفراغه في شكل رسمي كما هو الحال في عقد بيع العقار

الفرع الثاني: تمييز القرض العقاري عن العقود المشابهة له:

إن القرض العقاري يشكل مجموعة من العمليات الائتمانية التي تكون في معظم الأحيان قروضا حيث تتوسع هذه العمليات لتشمل الضمان الاحتياطي، القرض الإيجاري، فتح الاعتماد، عمليات الخصم، الا أن الاختلاف بينها قائم سواء من حيث التنظيم او الاحكام.

أولا:تمييز القرض العقاري عن القرض الإيجاري

يعرف القرض العقاري على أنه عملية يقوم بموجبها بنك أو مؤسسة مالية أو شركة، بوضع آلات أو معدات أو أية أصول مادية أخرى بحوزة مؤسسة مستعملة على سبيل الإيجار، مع إمكانية التنازل عنها في نهاية الفترة المتعاقد عليها، ويتم التسديد على أقساط يتفق بشأنها تسمى ثمن الإيجار[2].

ويأخذ الائتمان الإيجاري عدة تقسيمات، أهمها [3] حسب طبيعة موضوع التمويل إلى:

– قرض إيجاري لأصول المنقولة تتشكل من منقولات وأدوات استعمال ضرورية لنشاط المؤسسة.

– أو قرض إيجاري للأصول غير المنقولة من بنايات مشيدة أو في طور التشييد.

وإن اعتبرت هذه العملية قرضا مصرفيا لكنها تختلف عن القرض العقاري في عدة نقاط:

* **من حيث الطبيعة:** يعتبر الائتمان الإيجاري عملية تجارية بنص القانون، بينما يتغير القرض العقاري في وصفه استنادا لطبيعة المستفيد من عملية القرض من مدني الى تجاري.

* **من حيث محل التمويل:** يهدف الائتمان الإيجاري إلى تحويل أصول منقولة وعقارية، بينما يقتصر القرض العقاري على تمويل العقارات فقط، أو عمليات ترميم وتوسيع تقع على هذا العقار.

---

1 - Theiry benneau , droit bancaire ,3ème édition Monchestien,paris1999 p33.

[2] – الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية بن عكنون، طبعة سنة 2005 ص 76.

[3] – المواد 5,4,3,2 من الأمر 96-09 المؤرخ في 10-01-1996 المتعلق بالقرض الإيجاري.

* **من حيث الأطرف:** إن كان القرض العقاري ينحصر طرفاه في البنك كمقرض والزبون كمقترض، فإنه وفي الائتمان الإيجاري تقام علاقة فيه بين ثلاثة أطراف هم: المؤسسة المؤجرة وهي البنك، والمؤسسة المستأجرة وهي الزبون المقترض، والمؤسسة الموردة.

ثانيا: عملية الخصم

تتمثل عملية الخصم في قيام البنك بشراء الورقة التجارية من حاملها قبل تاريخ الاستحقاق، ويمد هذا الشخص في الدائنة إلى غاية هذا التاريخ، فالبنك يعطي إذا سيولة لصاحب الورقة قبل أن يحين أجل تسديدها، وتعتبر عملية الخصم قرضا باعتبار أن البنك يعطي مالا لحاملها وينتظر تاريخ الاستحقاق لتحصيل هذا الدين[1]، ولكن يختلف بالرغم من كونه قرضا عن القرض العقاري:

***من حيث الطبيعة:** عملية الخصم ذات طابع تجاري، عكس القرض العقاري الذي قد يكون عملا مدنيا إن قام به المقترض لتلبية حاجاته الشخصية، وتجاريا إن كان يهدف إلى تلبية حاجات مهنية.

***من حيث الأطراف:** عملية الخصم يلجأ إليها عموما التجار والمؤسسات المالية فيما بينها، بينما ينعقد القرض العقاري بين البنك وشخص عادي أو مدني عقاري.

***من حيث الأجل:** الخصم عملية قصيرة لأجل معين، بينما القرض العقاري عملية طويلة لأجل قد يصل إلى 30 سنة.

ثالثا: فتح الاعتماد

يتمثل الاعتماد في اتفاق يتعهد بمقتضاه البنك بأن يضع مبلغ مالي تحت تصرف العميل خلال مدة معينة سيسحب منه العميل متى يشاء (مرة أو عدة مرات) خلال هذه المدة، وفي المقابل يتعهد العميل برد المبلغ الذي سيستعمله فعلا، وما قد يتفق عليه من فوائد ومصروفات.[2]

وتكمن نقاط الاختلاف بين فتح الاعتماد الذي يصنف على أنه قرض، والقرض العقاري في:

* **من حيث الصيغة القانونية:** حيث يصنف على أنه عقد قرض، بينما يصنف فتح الاعتماد على أنه "وعد بقرض"[3].

---

[1] – الطاهر لطرش ، مرجع سابق ص 66.

[2] – الطاهر البارودي، القانون التجاري . العقود التجارية . عمليات البنوك . الأوراق التجارية والإفلاس . دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ص 390.

[3] – الطاهر لطرش ، مرجع سابق ، ص 93.

***من حيث طريقة صرف مبلغ القرض:** هذه الأخيرة تكون دفعة واحدة في القرض العقاري، وتكون بوضع المبلغ تحت تصرف الزبون في عملية فتح الاعتماد، والذي يكون له سحب ما يشاء خلال المدة المتفق عليها.

***من حيث سعر الفائدة المطبق:** ويسري في القرض العقاري من يوم إبرام العقد مع كل مبلغ القرض بينما يسري في الاعتماد من يوم القيام بسحب المبلغ.

المطلب الثاني: العمليات الممولة بالقرض العقاري

من أهم أنواع العمليات الممولة بالقرض العقاري نجد:

القروض من أجل اقتناء ملكية: تضمن هذه الفئة من القروض منح الأفراد مبالغ مالية مخصصة وموجهة لاقتناء ملكية سكن جاهز، سواء تعلق الأمر بملكية فردية أو بملكية جماعية، أي سكن في عمارة وعلى هذا الأساس قد يستعمل المقترض مبلغ القرض العقاري من أجل:

- شراء سكن جديد من لدى متعامل في الترقية العقارية من القطاع العام أو الخاص.
- شراء سكن قديم أو جديد من لدى الأفراد.

القرض العقاري للبناء: يهدف هذا النوع من القروض إلى تشجيع عمليات البناء الذاتي، والتي تمثل بالرغم من ما يرى فيها البعض من أسباب خلق الفوضى العمرانية، وسيلة ناجعة في مساعدة الأفراد على اقتناء ملكية مساكنهم ويتضمن هذا القرض تمويل أشغال البناء أو المقاومة وقد تكون العملية الممولة بهذا القرض إمّا:

بناء سكن

شراء مسكن في طور الانجاز.

شراء قطعة أرض تخصص لبناء سكن.

إجراء بعض الأشغال على مسكن قائم.

يختلف هذا النوع من القروض عن قروض اقتناء ملكية سكن جاهز من عدة جوانب نذكر منها:

- قيمة الأموال الممنوحة، إذ ان الأموال الممنوحة في هذا النوع من القروض لا تتعدى قيمتها سوى 60 % من قيمة العملية الممولة، بينما يصل إلى تغطية 80 % من ثمن السكن الجاهز المقتنى.

– طريقة التمويل،حيث يتم تسليم هذا النوع من القروض على أقساط حسب مراحل تطور الأشغال المنجزة.

فمن أهم أنواع القروض العقارية للبناء هو القرض الذي يمول المساكن في طور البناء بواسطة عقود البيع بناء على التصاميم والذي يحمل عدة خصائص وميزات، نرى أنه من المهم التعرض لها كنموذج مميز من قروض البناء.

يمكن للفرد الاستفادة من القرض العقاري من اجل شراء مسكن في طور الانجاز بواسطة عقد البيع بناء على التصاميم، وهو من العقود التي ظهرت ضمن مرسوم تشريعي رقم 03/93 المؤرخ في أول مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري ويخضع لأحكام المواد من 09 الى 19 من هذا المرسوم ويسمح عقد البيع بناء على التصاميم للمتعامل في الترقية العقارية ببيع بناية أو جزء من بناية في طور الانجاز، فيساهم هذا النوع من العقود في تطوير النشاط العقاري وترقيته، بتمكين المقاولين من الحصول على الأموال اللازمة لتمويل مشاريعهم من طرف المالكين في المستقبل، على أن يتضمن هذا العقد بنود وعناصر نموذجية تتعلق بتنظيم المسائل التي تخص:

رخصة البناء:وصف البناية،آجال التسليم،الأسعار والتكاليف، الضمانات.

هذا ونجد في عقد البيع بناء على التصاميم العديد من الضمانات حماية لصالح المشتري، منها ما يتعلق بضمان البناية المنجزة بعد تسليمها كالضمان العشري، ضمان حسن سير عناصر تجهيز البناية وضمان حسن انجاز المنشأة، ومنها ما يضمن إتمام البناء ويحمي المشتري من مخاطر عجز وإفلاس المتعامل في الترقية العقارية و الضمان من كل الأخطار[1]، إضافة إلى حداثة هذا النوع من العقود وأهميته.

وقد بينت الممارسة الميدانية أن عملية التمويل هنا ممكنة وتتم فعلا، حيث يمكن تخصيص الملكية العقارية الممولة بالقرض من سكن فردي أو جماعي وتحديد مواصفات هذه الملكية من موقع ومساحة وقيمة مالية قبل انجازها مما يسهل تقييم ثمنها وتأسيس الضمان عليها وهذا هو الشيء الذي استحدثته القروض العقارية من اجل البناء عامة وتمويل عملية البيع بناء على تصاميم خاصة، حيث أصبح من الممكن رهن مال عقاري في طور الانجاز إضافة إلى رهن الأرض التي سينجز عليها السكن.[2]

[1] – لطيفة طالي:المرجع السابق ص131

[2] – الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 95.

المبحث الثاني: دور القرض العقاري في تنمية وترقية العقار

إن تنمية العقار تقتضي توفير الدعم المالي اللازم الذي يكفل تمويل مختلف الأشغال والأعمال المتعلقة به، فأمام محدودية الموارد المالية لدى الخواص من جهة، وعجز الدولة على إيجاد الحلول المناسبة والعاجلة لمختلف المشاكل التي تعاني منها وفي مقدمتها مشكل السكن[1]، أصبح القرض العقاري الوسيلة الوحيد التي تضمن للفرد تلبية حاجاته بنفسه وهذا بمده بالدعم المالي اللازم.

ولمعرفة مدى ومجال التأثير الذي يلعبه القرض العقاري على تنمية وتطوير العقار، سنتطرق من خلال المبحث الى العناصر الاتية:

المطلب الاول: اجراءات وشروط تمويل القرض العقاري للمشاريع العقارية

ان التمويل البنكي للعقارات قد تتخذ احدى الصورتين: إما أن تكون في شكل التوسيع الداخلي او الخارجي للبناء، أو في شكل تهيئة البناءات، وفي كى الحالتين لبد من اتباع الاجراءات الاتية:

تقديم عقد أو وعد لبيع مسكن.

أن يساهم المستفيد من العملية بنسبة 20 % على الأقل من ثمن المسكن.

أن يكون لديه عقد ملكية قطعة أرضية بالنسبة لقرض بناء السكن.

أن يتحصل على رخصة بناء.

أن يكون لديه حساب بنكي في الوكالة البنكية المانحة للقرض.

أن لا تتعدى القيمة المالية للقرض نسبة 80% من ثمن السكن أو البناء أو التوسع أو تهيئة البناء.

تحدد قيمة فوائد القرض حسب القواعد والشروط المعمول بها في مؤسسات القرض والتغيرات التي قد تحصل خلال مدة القرض وهي تختلف من بنك إلى آخر.

التأمين على المسكن من جميع المخاطر لصالح البنك.

[1] – الطاهر البارودي، المرجع السابق، 392.

*أما عن **الملف المقدم من المستفيد للمؤسسة مانحة القرض**، فإنه عادة لا يخرج عن الوثائق الأتية:

استمارة طلب القرض تسحب من مؤسسة القرض.

عقد ملكية قطعة أرضية مرفق برخصة بناء جديد أو توسع أو تهيئة البناء.

شهادة إقامة

شهادة ميلاد.

شهادة عمل جديدة أو شهادة مهنية لغير الإجراء

ثلاث قواسم الأجور الأخيرة.

عقد وعد بالبيع ممضي من طرف الواعد والمشتري.

* **دراسة الملف**: بعد إيداع الملف كاملا لدى مؤسسة القرض تقوم هذه الأخيرة بدراسة الملف من حيث مدى مطابقته للشروط المطلوبة وفي حالة قبول الملف يشترط على المستفيد:

– دفع نسبة 20% من ثمن المسكن بالنسبة للمساكن الجديدة.

– دفع مبلغ تامين القرض لدى شركة ضمان القرض العقاري باسم الوكالة البنكية خلال مدة القرض ويشترط أن يكون دفع هذا المبلغ في نفس الوقت الذي يوافق دفع نسبة 20% المساهم بها من طرف المستفيد.

– دفع مبلغ تامين السكن.

بعد استنفاذ الإجراءات السابقة يتم التوقيع على اتفاقية القرض على عدد من النسخ، وفقا لجدول وسلم الأسعار، بالإضافة إلى التوقيع على وثيقة أخرى تمثل القيمة الإجمالية للقرض لصالح البنك[1].

أما في مجال القرض الفلاحي الموجه لاستصلاح واستغلال الأراضي الفلاحية، نجد هناك أحكام خاصة تعتبر اساس إلتزام المستفيد ونذكر من ذلك:

انجاز مجموع الأنشطة والعمليات المقررة في إطار الدعم.

احترام الأولوية المطلقة في استعمال التجهيزات للأهداف التي من اجلها قدم الدعم.

[1] – لطيفة طالبي، المرجع السابق، 132.

احترام آجال انجاز الاستثمارات المرخص بها.

تنفيذ التوصيات التقنية التي صاغتها المؤسسات والمصالح التقنية المتخصصة في الإدارة الفلاحية بهدف تحسين الإنتاجية والإنتاج.

تسهيل دخول كل عون مؤهل قانونيا لدى الإدارة إلى المستثمر لمتابعة ومراقبة وتقييم الأشغال.

تقديم كل وثيقة تبريرية تطلبها الإدارة في إطار أنشطة وعمليات وبرامج التنمية موضوع دفتر الأعباء.

ويترتب على عدم احترام هذه الأحكام إلغاء مقرر منح الدعم وبالتالي تعوض المبالغ التي تم صرفها أو توظيفها.

* **وعن الملف المطلوب تقديمه** من المستفيد فانه يتضمن:

طلب الالتحاق بالبرامج الفلاحية وإعانة الصندوق الوطني للضبط والتنمية الفلاحية.

طبيعة ومبلغ الدعم الملتمس وكذا بيان وصفي عن المستثمرة.

الوثيقة التي تثبت صفة المستثمر الفلاحي أو ما يثبت صفة مسير أو مدير المستثمرة الفلاحية.

دراسة تقنية واقتصادية تثبت جدوى مشروع التنمية.

المطلب الثاني: علاقة القرض العقاري بتطوير الترقية العقارية وباستصلاح الاراضي الفلاحية

الفرع الاول: علاقة القرض العقاري بتطوير الترقية العقارية

عاشت الجزائر ولا تزال تعيش عجزا خانقا في مجال السكن بسبب الطلب المتزايد، نظرا للنمو الديمغرافي الهائل الذي عرفته الجزائر من جهة، ومحدودية مصادر تمويل مشاريع السكن من جهة أخرى[1].

ففي النظام الاقتصادي والاجتماعي الذي ساد الجزائر إلى يومنا هذا، كان ولا يزال قطاع السكن يتصدر قائمة الأولويات في مختلف مخططات التنمية[2]. إذ نجد قانون 07/86 والذي كان يهدف إلى استغلال التوفير الرأسمالي الخاص للمواطنين من أجل تمويل برامج السكن، وكان هذا التفتح مشمولا ومدعما بإجراءات خاصة، شكلت فيما بعد عقبات حالت دون تطور الترقية العقارية، فبالإضافة إلى مركز المرقي العقاري ومشكلة الحصول على العقار، نجد إجراء فتح المجال أمام التمويل الخاص لبرامج الترقية العقارية،

1 - Mohamed Chami-le marché du logement-revue-mutation-octobre1993 page05

[2] – راجع القانون المتضمن القرض العقاري–المشار اليه سابقا.

والذي رافقته أحكام صارمة في هذا المجال. فمثلا يلزم المكتتب الراغب في انجاز برنامج سكني بان يمول العملية بأمواله الخاصة في شكل دعم خاص بقيمة 50% من السعر المتوسط للعملية، ويختلف مقدار هذا الدعم باختلاف نوع السكن كما يتميز القانون 07/86 بالتحديد التلقائي المسبق لمبلغ القرض الممنوح للمتعامل العقاري[1].

إن هذا الإجراء يشكل بدون شك عائقا كبيرا للمستثمرين الخواص، لأنه يتضمن إلزاما ضمنيا لهؤلاء باستعمال موارد ضخمة من أموالهم الخاصة، أما فيما يتعلق بالمرقين العقاريين العموميين فان قانون 07/86 المتعلق بالترقية العقارية يحيل في هذا المجال إلى أحكام خاصة، هي في حقيقة الأمر غير موجودة.

وعلى العموم فان الدولة كانت قبل الإصلاحات تتكفل بتمويل كل المشاريع المتعلقة بالسكن والترقية العقارية.

ونتيجة للمضايقات التي كان يسببها قانون 07/86 للمرقين العقاريين والمكتتبين، والتي كانت وراء ضعف النتائج المسجلة، فانه بدا أمرا ضروريا إعادة النظر في مختلف أحكام القانون 07/86، أين فتح المجال لحرية المعاملات العقارية، كما أنه صار متناقضا تماما لبعض القوانين الأخرى وخاصة تلك المصادق عليها في إطار خلق انسجام بين المنظومة التشريعية والتوجهات الجديدة، ولعل من أهم القوانين التي أثرت تأثيرا ايجابيا على تطور الترقية العقارية، القانون رقم 10/90 المؤرخ في 1990/04/14 والمتعلق بالنقد والقرض، الذي بفضله أصبحت البنوك مستقلة وحرة فيما يتعلق بمنح وتحديد قيمته حسب مقاييس محددة.

الفرع الثاني: علاقة القرض الفلاحي بتطرير واستصلاح الأراضي الفلاحية

تجدر الإشارة إلى أن استغلال الأراضي الفلاحية استغلالا امثل لا يتسنى إلا بتوفير الوسائل المادية الكفيلة بذلك من أجل إستصلاحها، وتوفير الآلات ومختلف التكنولوجيات التي تضمن إنتاجا وافرا وكذلك توفير مياه السقي بحفر الآبار ووسائل الضخ عن طريق الدعم المالي من طرف الدولة، بواسطة القروض الفلاحية وذلك بتمكين الفلاح من تمويل جزئي أو كلي حسب الحالة وفقا للقواعد التي يحددها المشرع، على أن يقدم هذا الأخير الضمانات الكفيلة بتسديد القرض تحقيقا للمصلحتين الشخصية والعامة معا بحصوله على إنتاج أفضل يسمح له بتحسين مستواه الاجتماعي، ويساهم في تنمية القطاع الفلاحي وتحقيق الاكتفاء الذاتي، لذا فقد عمدت الجزائر قبل صدور قانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري وتكريسها سياسة الانفتاح وتشجيع المبادرة الشخصية في استغلال الأراضي الفلاحية، إلى انتهاج سياسة دعم القطاع

1 - Theiry benneau,op.cit.p 34-35.

الفلاحي بكل الوسائل خاصة منها المالية، وتجلى ذلك من خلال القانون المتعلق بالنقد والقرض، والمقرر الوزاري رقم 2000/599 المؤرخ في 2000/07/08 المتعلق بشروط التأهيل من الصندوق للضبط والتنمية الفلاحية، اللذان يهدفان إلى تمويل الاستثمار الفلاحي وفي مقدمتها زراعة الحبوب باعتبارها مادة ذات استهلاك واسع في الجزائر ولها تأثير مباشر على معيشة الأفراد، بالإضافة إلى المنتوجات الفلاحية الأخرى كزراعة الخضر ومواد العلف للحيوانات وغيرها من المنتجات الأخرى.

فالجزائر لها من الأراضي الفلاحية من حيث المساحة ما يمكنها من تصنيفها في خانة الدول المنتجة في هذا القطاع بشرط توفير الوسائل المادية الكافية التي تضمن الاستغلال والاستثمار الأفضل لها، ولعل أن القرض العقاري بدأ يحقق النتائج المرجوة منه بالنظر لعمليات الاستثمار الواسعة في المجال الفلاحي[1].

[1] - **Theiry benneau,op.cit.p 35.**

الخاتمـــة:

بالرغم من الآليات التدعيمية في مجال القرض العقاري، إلاّ أنّ هذا الأخير لم يحقق النتائج المرجوة منه في مجال التخفيف من أزمة السكن، ولا حتى تحقيق الاكتفاء الذاتي ولو نسبيا، خاصة وان هناك العديد من العوامل التي ساهمت في عدم رواج هذه القروض وحالت دون أن تحقق النجاح المنتظر، كنقص الإشهار والدعاية، ارتفاع أسعار الفوائد المطبقة وعدم تناسبها مع موارد ودخل الأفراد، نقص الشفافية والوضوح في إجراءات منح القروض، والاهم غياب نصوص قانونية وتنظيمية تنظم هذه العمليات.

لذلك وجب إحداث نصوص تشريعية لتنظيم أحكام عقد القرض العقاري المبرم مع الأفراد وتنظيم ممارسته وخلق توازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد لعدم الاضرار بمصلحة المقترض ذو المركز الضعيف.

قائمة المراجع:

الطاهر البارودي، القانون التجاري . العقود التجارية . عمليات البنوك . الأوراق التجارية والإفلاس . دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية.

الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية بن عكنون، طبعة سنة 2005.

لطيفة طالي، القرض العقاري، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، بن عكنون سنة 2002/2001.

Cass. 1civ 28 mars 2000 jcp g 2000 1296 concl Jeny saint-rose d 2000 p482 note pidelier D2000 somm359 obs Dlebec RTD 2000 p 191 obs Cabriel.

François teré, yves lequette et phillippe similer in LATIFA TALI.

Mohamed Chami-le marché du logement-revue-mutation-octobre 1993.

Theiry benneau, droit bancaire ,3ème édition Monchestien , paris 1999.

عوارض المسؤولية الجنائية الدولية عند استخدام القوة

Symptoms of international criminal responsibility in the use of force

الدكتور/ فادي علاونة
رئيس قسم القانون و العلوم الشرطية

الدكتور/ إسلام راسم البياري
أستاذ القانون الدولي بكلية القانون

جامعة الاستقلال –فلسطين

islam_albayire@hotmail.com

الملخص:

عمدت الدراسة إلى محاولة حصر عوارض المسؤولية الجنائية الدولية عند استخدام القوة هذه الأسباب وفق القانون الدولي، سواء منها الفردية أو التي تطبق على الدول ، وقد استطاعت الدراسة أن تبرهن على إمكانية الأخذ بهذه الحالات بالرغم من عدم النص عليها صراحة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، كما استطاعت تناول بعض الخصائص الدقيقة لبعض هذه الأمور ، وقد جاءت هذه الأمور كما سبق وان ذكرت وفي بداية المقدمة دون وجه تمييز بين تلك المطبقة على الفرد بصفته شخصا طبيعيا وبين تلك المطبقة على الدولة بصفتها شخصا معنويا أو بالتي تطبق عليهما معا، وأيضا التي لا تصلح لان تطبق على بعضهما أو كليهما .

فقد جاء الاستخدام المشروع للقوه في بداية هذه الأسباب ليتناول الدفاع الشرعي وإمكانية انطباقه على الشقين الشخصي للأشخاص الطبيعية، والمعنوي على الدولة ، وبينت الدراسة من خلاله أحكام وشروط هذا الدفاع ، كما جاء حق تقرير المصير أيضا كسبب من أسباب استخدام القوه المشروع المعفي من المسؤولية الدولية ، كما ووضحت الدراسة ومن خلال الرجوع على أحكام ميثاق هيئة الأمم المتحدة بعض الحالات التي تعفى منها الدولة في المسؤولية الدولية ، علما بان هذه الحالات هي استثنائية قديمة لا مجال لتطبيقها في الوقت الراهن .

Abstract:

The study attempted to limit the grounds of international criminal responsibility for using force to international law, whether individual or State, and was able to demonstrate the possibility of such cases, although they were not expressly provided for in the Statute of the International Criminal Court, and addressed some of the precise characteristics of some of those matters, which were as already mentioned and at the beginning of the introduction without distinction between those applied to the individual as a natural person and those applied to the State as a moral person or both.

The legal use of force at the beginning of these reasons was to deal with the legitimate defense and its applicability to the personal parts of the natural person, the moral of the State, the study of the terms and conditions of this defense, and the right of self-determination was also a reason for using legitimate forces exempt from international responsibility, and the study and reference to the provisions of the Charter of the United Nations clarified some cases from which the State is exempt from international responsibility, which these cases are exceptional and are not applicable at present

المقدمة

يشترط في قيام المسؤولية الجنائية الدولية توفر الأهلية الجنائية ، أي الإدراك والتمييز وحرية الاختيار ، وهو ما تتطلبه أيضا المسؤولية الجنائية في القوانين الوطنية ، وهذه الحرية لدى الجاني تجعله يرتكب الركن المادي المكون للجريمة ، وهذا الاتجاه كان محض إرادته ، فمرتكب الفعل يجب أن يتمتع بالأهلية الجنائية الكاملة وقت ارتكاب الجريمة وأنه يتجه بمحض إرادته الحرة الواعية إلى ارتكاب مثل هذا الفعل حيث أن البلوغ والعقل هنا هما الدعامتان اللتان يقوم عليهما الوعي والإرادة [1].

لهذا فأن المسؤولية الجنائية الشخصية تقوم عند ارتكاب أشد الجرائم خطورة وهي موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره والتي تضمنتها المادة(5) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من قبل الأشخاص الطبيعيين ، والتي تمتلك المحكمة الاختصاص بمسائلتهم ومعاقبتهم عن أية جريمة بموجب المادة (25) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

ولكي تتحقق المسؤولية الجنائية الدولية لابد من وقوع ضرر يلحق بشخص من أشخاص القانون الدولي العام ، ومثال ذلك ارتكاب شخص جريمة إبادة جماعية [2]. وحتى تقوم المسؤولية الجنائية الدولية يجب أيضا توفر شرط التصرف غير المشروع دولياً والمتمثل بارتكاب جريمة معاقب عليها في القانون الدولي ، بالإضافة إلى الإسناد والذي يتمثل بأن يكون التصرف الغير مشروع دولياً تسبب بضرر لأحد الأشخاص منسوباً لآخر .

إلا أن المتتبع لنصوص النظام الأساسي للمحكمة الجنائيه الدولية يلاحظ أنها جاءت وفي المواد(31،32،33) بأسباب تؤدي الى انعدام المسؤولية الجنائية الدولية عن الفعل المرتكب [3]. وبمعنى انه

---

[1] د. مأمون سلامه، قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1990، ص266.

[2] د. أيمن عبد العزيز سلامه ، المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2006م ، ص 265 .

[3] نصت المواد ((31،32،33)) على ما يلي :-

- نصت المادة (31) على ((بالإضافة إلى الأسباب الأخرى لامتناع المسؤولية الجنائيه المنصوص عليها في هذا النظام لا يسأل الشخص جنائياً إذا كان وقت ارتكابه السلوك أ- يعاني مرضاً أو قصوراً عقلياً يعدم قدرته على إدراك عدم مشروعية أو طبيعة سلوكه ، أو قدرته على التحكم في سلوكه بما يتماشى مع مقتضيات القانون ،ب- في حالة سكر مما يعدم قدرته على إدراك عدم مشروعية أو طبيعة سلوكه أو قدرته على التحكم في سلوكه بما يتمشى مع مقتضيات القانون ، ما لم يكن الشخص قد سكر باختياره في ظل ظروف كان يعلم فيها انه يحتمل أن يصدر عنه نتيجة السكر سلوك يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة أو تجاهل فيها هذا الاحتمال ، ج- يتصرف على نحو معقول للدفاع عن نفسه أو عن شخص آخر أو يدافع في حالة جرائم الحرب عن ممتلكات لا غنى عنها لبقاء الشخص أو شخص آخر أو عن ممتلكات لا غنى عنها لانجاز مهمة عسكريه ضد استخدام وشيك وغير مشروع للقوه وذلك بطريقه تتناسب مع درجة الخطر الذي يهدد الشخص أو الشخص الآخر أو الممتلكات المقصود حمايتها ، واشتراك الشخص في عملية دفاعيه تقوم بها قوات لا يشكل في حد ذاته سبباً لامتناع المسؤولية

إذا ما قام الجاني بارتكاب الركن المادي للجريمة الدولية مع توفر عارض من عوارض الأهلية التي تنقص منها أو تعدمها يؤدي ذلك إلى عدم المسؤولية ، كفقدان الوعي والإدراك وعدم القدرة على التمييز . وقد ميز الفقهاء بين نوعين من العوارض الواردة على المسؤولية الجنائية الدولية والمتمثلة في موانع المسؤولية الجنائية الدولية وأسباب التبرير والإباحة في المسؤولية الجنائية الدولية .

ونعني بموانع المسؤولية الجنائية ((الأسباب الشخصية التي تتعلق بمرتكب الفعل وأهليته الجنائية ، فتجعل إرادته غير معتبره قانوناً بحيث يجردها من عنصر الإدراك والتمييز وحرية الاختيار)) [1].

كما ونعني بأسباب التبرير أو الإباحة ((الأحوال التي يعتبرها القانون سبباً لتجريد الفعل الغير مشروع من الإجرامية وإخراجه من دائرة التجريم وإعادته إلى نطاق المشروعية)). كما ويطلق عليها أيضا ((بالحالات الخاصة التي ترافق ظروف معينه فعل شخص مسؤول أمام القانون لتوفر أركان الجريمة الدولية في فعله ، فتعترض المسؤولية الجنائية وتعطلها نتيجة اخراج الفعل من نص التجريم ، وهي أسباب موضوعية كائنة في الفعل خارج شخص الفاعل ولا تتوقف على حالته النفسيه)) [2].

وان كان الأمر كذلك فانه يجب الإشارة وفي هذا الصدد بما يثور في هذا الموضوع من كون هذه العوارض سواء موانع المسؤولية أو أسباب التبرير أنها لا تنطبق بمجملها على المسؤولية الجنائية الدولية بشقيها

الجنائيه بموجب هذه الفقرة الفرعية ،د- إذا كان السلوك المدعي العام انه يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة قد حدث تحت تأثير إكراه ناتج عن تهديد بالموت الوشيك أو بحدوث ضرر بدني جسيم مستمر أو وشيك ضد ذلك الشخص أو شخص آخر وتصرف الشخص تصرفاً لازماً ومعقولاً لتجنب هذا التهديد ، شريطة ألا يقصد الشخص أن يتسبب في ضرر أكبر من الضرر المراد تجنبه))

- نصت المادة (32) على ((لا يشكل الغلط في الوقائع سبباً لامتناع المسؤولية الجنائيه إلا إذا نجم عنه انتفاء الركن المعنوي المطلوب لارتكاب الجريمة ، ولا يشكل الغلط في القانون من حيث ما إذا كان نوع معين من أنواع السلوك يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة سبباً لامتناع المسؤولية الجنائيه ، ويجوز مع ذلك أن يكون الغلط في القانون سبباً لامتناع المسؤولية الجنائيه إذا نجم عن هذا الغلط انتفاء الركن المعنوي المطلوب لارتكاب تلك الجريمة أو كان الوضع على النحو المنصوص عليه في المادة 33)) .
- نصت المادة (33) على ((في حالة ارتكاب أي شخص لجريمة من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة لا يعفى الشخص من المسؤولية الجنائيه إذا كان ارتكابه لتلك الجرائم قد تم امتثالاً لأمر حكومة أو رئيس عسكرياً كان أم مدنياً عدا الحالات التالية ،1- إذا كان على الشخص التزام قانوني بإطاعة أوامر الحكومة أو الرئيس المعني ،2- إذا لم يكن الشخص على علم بأن الأمر غير مشروع ،3- إذا لم تكن عدم المشروعية ظاهره ،4- لأغراض هذه المادة تكون عدم المشروعية ظاهره في حالة أوامر ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية أو جرائم ضد الإنسانية))

.

[1] د. محمد صبحي نجم ،قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ، دار الثقافة ، عمان ، الطبعة الثالثة ، 1996م ، ص 132.

[2] د. سمير عالية، شرح قانون العقوبات، القسم العام ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1998م ،ص 343 .

المسؤولية الجنائية للدول والمسؤولية الجنائية الفردية للأشخاص ، بل أنها تنطبق بصورة مجملة على الشقين في إطار منفرد لكل مسؤولية ، بالإضافة إلى إمكانية انطباقها على الشقين من المسؤولية في إطار واحد ويرجع السبب في ذلك لطبيعة الدولة وما تمتاز به كشخص معنوي دولي ، وبالتالي لا يمكن وصف بعض هذه العوارض على الدولة كنوع من العوارض ، فلا يتصور مثلاً أن تكون الدولة في حالة سكر ، بينما يتصور أن تكون في حالة اكراه أو دفاع شرعي مثلاً ، كما لا يتصور أن يكون الفرد بصفته الفردية في وضع حق تقرير المصير ، بينما يتصور بأن يكون في حالة سكر أو تحت تأثير أوامر عليا تعفيه من العقاب ، وهذا الأمر ليس بحاجه للبيان ذلك لأنه واضح وقابل للإدراك حتى ولو لم نشر اليه .

ولو تتبعنا تاريخياً قضية عوارض المسؤولية الجنائية الدولية لوجدناها مستمده أساسا من القوانين الجنائية الوطنية ، فالقانون الجنائي الدولي تأثر تأثراً كبيراً بالقوانين الوطنية ومن ضمن ما تأثر به قضية موانع المسؤولية وأسباب التبرير والإباحة [1] . ثم جاءت الاتفاقيات الدولية بعد ذلك إلى تحديد والنص على بعض هذه الحالات كما فعلت لائحة الحرب البرية (لاهاي) لعام 1907م . عندما نصت على حالة الضرورة . وكما فعلت أيضا اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949م . والبروتوكولين الإضافيين المحلقين بهما عام 1977م. وكذلك اتفاقية لاهاي لعام 1945م والبروتوكولين الملحقين بها الأول عام 1945م والثاني عام 1999م . والتي نصت على الضرورات العسكرية ، وكما جاء أيضا في ميثاق هيئة الامم المتحدة وخصوصا في المادة (51) منه حيث نصت على الدفاع الشرعي ، وغيرها من محاكمات انشأت بعد الحرب العالمية الثانية كمحكمة نومبرغ ومحكمة طوكيو والتي قررت بعض المبادئ في هذا الشأن ، هذا بالإضافة إلى ما جاءت به المحكمة الجنائية الدولية وخصوصا المواد (31،32،33) من النظام والتي نصت على هذه الأمور ، هذا إذا ما استثنينا أنها لم تميز بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية .

وتبدو أهمية تناول هذه العوارض الواردة على المسؤولية الجنائية الدولية بشقيها الدولية والفردية ، في معرفة أهم الأسباب والعوامل التي تؤدي إلى امتناع المسؤولية الجنائية بشقيها ومعرفة بعض التفاصيل الواردة في كل بند من بنودها ، فمثلاً نتعرض في هذا المجال إلى الحالات التي تعتبر فيها الأوامر العليا سبباً لإعفاء المسؤولية الجنائية الدولية ، ومتى لا تكون كذلك . ونحدد بعض الأمور التي يمكن عن طريق استخدامها عدم المسائلة دولياً مثل حق تقرير المصيري.

ولكن تثور في دراسة هذا الموضوع عدة إشكاليات ، قد تتمثل في تضارب آراء الفقهاء من بعض هذه الأسباب والموانع في ظل عدم حسم ذلك الأمر بنص قانوني ، بمعنى هل يؤثر عدم النص على أسباب التبرير بصورة منفردة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على وجود هذه الأسباب ؟ وهل

[1] د. حسنين إبراهيم صالح عبيد ، الجريمة الدولية ، دراسة تحليليه تطبيقيه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1996م ، ص 26 .

تستطيع المحكمة أن تأخذ بها في الجرائم التي تدخل في اختصاصها ؟ . ومن اجل الإجابة عن هذه الإشكاليات فأن الباحثين سوف يستخدم المنهج الوصفي والمنهج الوصفي التحليلي ، والمنهج التاريخي أحيانا من اجل وضع أساس واضح يحدد عوارض المسؤولية الجنائية الدولية ، وذلك من خلال مبحثين يتناول المبحث الأول منهما موانع المسؤولية الجنائية الدولية من خلال أربعة مطالب ، في حين يتناول المبحث الثاني من هذه الدراسة أسباب التبرير والإباحة في المسؤولية الجنائية الدولية ، وذلك من خلال خمسة مطالب أيضاً .

المبحث الأول: موانع المسؤولية الجنائية الدولية

يقصد بموانع المسؤولية الجنائية الحالات التي تتصل بشخص الفاعل وإرادته وتفقده على التمييز أو حرية الاختيار ، بينما يكون الفعل في حد ذاته غير مشروع . فهي لا علاقة لها بالفعل وإنما تتصل بالركن المعنوي ، ومنها ما يصيب الإرادة بصفه طارئة كالإكراه أو السكر ، وبعضها الآخر مرتبط بالأهلية الجنائية كالصغر والجنون [1].

وبعبارة أخرى يمكن القول أن موانع المسؤولية هي الظروف الشخصية للجاني والتي بتوافرها لا تكون لإرادته قيمة قانونية في توافر الركن المعنوي للجريمة ، وهذا يعني أن الركن المعنوي للجريمة أو الإثم ينتفي إذا كانت إرادة الجاني يستحيل عليها أن تتواءم مع الأمر أو النهي التشريعي لوجود ظروف مؤثرة على تكوينها الطبيعي . [2]لهذا فأنه يمكن للدولة أن تطالب بإعفائها من المسؤولية الدولية إذا أثبتت توفر الظروف والملابسات التي ادت إلى وقوع الفعل غير المشروع بصوره لم يكن بمقدور الدولة أن تحول دون وقوعه بما يتناسب مع طبيعة الدولة المعنوية بعدم إمكانية توفر بعض موانع المسؤولية وأسباب التبرير للاستفادة منها من قبل الدولة لاستحالة وجودها مع طبيعة الدولة ((الشخصية المعنوية)) [3].

أما في مجال المسؤولية الدولية فقد بينت أحكام المادة (31) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الأسباب التي تمنع قيام المسؤولية للفاعل متأثرة في ذلك بالمنهج الجنائي الانجلو سكسوني ، من دون أن تميز

[1] د. فادي شديد ، القانون الدولي الإنساني ، محاضرات في القانون الدولي الإنساني ، مكتبة الشروق ، نابلس ، 2009م ، ص 352 .

[2] د. مأمون سلامه ، مرجع سابق ،ص 363 .

[3] د. نجاة أحمد إبراهيم ، المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2009م ، ص 143

بين أسباب الإباحة والتبرير وبين موانع المسؤولية الجزائية التي تأخذ به القوانين المتأثره بالمنهج القانوني الفرنسي كقوانين العقوبات في الدول العربية [1].

ويلاحظ على موانع المسؤولية أن تأثيرها لا يقتصر على مجرد الإعفاء من العقاب بل يمتد إلى أركان المسؤولية الجزائية فيصيبها بالعجز ويجعلها غير صالحة لقيام المسؤولية ، وهي لا تمحُ الصفة الجرمية عن الفعل بل يبقى في نظر القانون جريمة لكن تمتنع معاقبة الفاعل لسبب يقوم في شخصه لاعتبارات قررها القانون نفسه [2].

ولهذا نجد أن موانع المسؤولية لا علاقة لها بالتكييف القانوني للفعل وذلك بالعكس من أسباب التبرير والإباحة تماماً ، ففي موانع المسؤولية يظل الفعل غير مشروع ويظل يشكل جريمة ويترتب عل ذلك أن موانع المسؤولية يقتصر أثرها على من تتوافر فيه فقط فلا تشمل غيره ولو ساهم معه في الجريمة ، أما أسباب الإباحة فهي موضوعية تزيل عن الفعل صفة التجريم وتهدم بذلك الركن الشرعي للجريمة ، ويمتد أثرها إلى كل من ساهم في الجريمة [3].

ولهذا فأنه يجب أن نذكر الخصائص التي تقوم عليها موانع المسؤولية الجنائية والتي تتمثل في أنها عارضة شخصية ذاتية أو طارئة تؤثر في الإدراك أو الإرادة أو كليهما ، كما انها لا تمس الفعل المادي ولا تجرده من صفته الجرميه بل الجريمة تبقى قائمة رغم عدم مسائلة فاعلها جنائياً، كما أن موانع المسؤولية الجنائية لا تعفي الجاني من المسؤولية المدنية [4].

ومن المتفق عليه في القانون الداخلي أو الوطني أن المسؤولية تمتنع نتيجة عدة أسباب مثل الجنون والعاهات العقلية ، وغني عن البيان أن بعض هذه الأسباب لا يمكن القول به في القانون الدولي الجنائي لعدم اتفاقه مع فكرة الجريمة الدولية كالجنون وصغر السن ، ذلك ان هذه الجريمة لا ترتكب في لحظة ولا يقدم على ارتكابها مجنون أو حدث بالنظر إلى ما تستوجبه من إعداد وتجهيز سابقين يفترضان تمييزا وحرية في الاختيار لدى الجاني وهو أمر من العسير تصوره بالنسبه للجريمة الدولية ، ومع ذلك من الممكن تصورها ترتكب تحت ضغط الإكراه [5].

---

[1] د. ضاري خليل محمود ، المحكمة الجنائيه الدولية ، هيمنة القانون أم قانون الهيمنة ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، 2008م ، ص 213 .

[2] من اجل ذلك عبر القانون الداخلي في الكثير من الدول العربية عن اثر هذه الموانع بقوله (لا يعاقب) (لا يسأل جنائيا) أو (يعفى من العقاب) . وللمزيد حول ذلك انظر د. سمير عاليه ، مرجع سابق ، ص 387 .

[3] د. محمد صبحي نجم ، مرجع سابق ،ص 132 .

[4] د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، موانع المسؤولية الجنائيه في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ، دار وائل للنشر ، عمان ، الطبعة الأولى ، 2005م ، ص 26 .

[5] د. حسنين إبراهيم عبيد ، مرجع سابق ،ص 122 . وللمزيد انظر

– د. احمد عبد الحكيم عثمان ، الجرائم الدولية في ضوء القانون الجنائي الدولي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، الطبعة الأولى ، 2009م ، ص 71

لهذا نجد أن المحكمة الجنائية الدولية قد نصت على ((بالإضافة إلى أسباب امتناع المسؤولية المنصوص عليها في النظام الأساسي فأن الشخص لا يسأل جنائيا إذا كان وقت ارتكابه السلوك في إحدى هذه الحالات :

أ- يعاني مرضا أو قصوراً عقلياً بعدم قدرته على إدراك مشروعية أو طبيعة سلوكه أو قدرته على التحكم في سلوكه بما يتماشى مع مقتضيات القانون .

ب- يتصرف على نحو معقول للدفاع عن نفسه أو عن شخص آخر أو يدافع في حالة جرائم الحرب عن ممتلكات لا غنى عنها لبقاء الشخص أو شخص آخر أو عن ممتلكات لا غنى عنها لانجاز مهمة عسكرية ضد استخدام وشيك أو غير مشروع للقوة بطريقة تتناسب مع درجة الخطر .

ج- إذا كان سلوك الشخص يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة قد حدث تحت تأثير إكراه ناتج عن تهديد بالموت الوشيك أو بحدوث ضرر بدني جسيم مستمر ، أو وشيك ضد شخص أو شخص آخر وتصرف هذا الشخص تصرفاً غير لازم ومعقول لتجنب هذا التهديد)) [1]. لهذا فأننا سوف نتناول موانع المسؤولية الجنائية الدولية وفق ما جاء في هذا النص كما يلي .

المطلب الأول: الجنون والعاهات العقلية

جاءت معظم النصوص الدولية الجنائية خالية من النص صراحة على الجنون والعاهات العقلية كمانع من موانع المسؤولية الجنائية الدولية ، كما إن طبيعة الجريمة الدولية تستعصي على المجنون والمختل عقليا لما يتطلبه فاعلها من قدرات عقلية وذهنية ، ذلك إذا ما استثنينا نص المادة (31) من المحكمة الجنائية الدولية .وبناءً على ذلك فأننا سوف نتناول هذا المطلب وفق الترتيب التالي .

يعرف الجنون بأنه كل اختلال يصيب السير الطبيعي العادي لأجهزة الجسم أو قواه التي تساهم في تكوين الإرادة وتحديد نصيبها من التمييز وحرية الاختيار [2]. فمن المقرر أن المجنون لا يكون مسؤولاً لعدم أهليته لتحمل المسؤولية الجزائية لأنه فاقد العقل والرشاد ، ومن لا عقل له لا تمييز عنده ولا إدراك وبذلك ينتفي احد عناصر هذه المسؤولية ، فإذا ارتكب الجريمة مجنون فلا عداله ولا مصلحة من عقابه بل على الدولة أن تتخذ من التدابير ما يكفل لهذا المريض علاجاً وللناس أمناً من شره [3].

لهذا يعد الجنون من الأمراض التي تؤثر على الملكيات العقلية للفرد بحيث تؤدي إلى فقدانها وقت ارتكاب الجريمة ، لهذا فأن ارتكاب الجريمة أثناء المرض العقلي لا يحمل أية مسؤولية وإنما يجوز للقاضي أن يضعه في الحجز القضائي كتدبير احترازي في إحدى مؤسسات الأمراض العقلية والصحية وذلك للخطورة الإجرامية

---

[1] انظر المادة (31) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائيه الدولية ، ميثاق روما لعام 1998م .

[2] د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، مرجع سابق ،ص 53 .

[3] د. سمير عاليه ، مرجع سابق ،ص 405 .

الكامنة فيه [1].ولهذا يجب أن تتوفر بعض الشروط حتى يعتد بالجنون كمانع من موانع المسؤولية الجنائية الدولية وهي :-

أولاً :- فقدان المجنون للوعي أو الاختيار

إن امتناع المسؤولية العقابية عن المجنون متوقف على أثر حالة الجنون على وعي المصاب وإرادته فأن ترتب عليها إفقاده لوعيه وارادته كانت العلة متوفرة وامتنع قيام المسؤولية على المجنون.[2] .

ثانياً:- معاصرة الجنون لارتكاب الجريمة

يتطلب القانون أن يتعاصر الركن المعنوي للجريمة مع ركنها المادي وبناءً على ذلك فأن الجنون المفقد للوعي والإرادة لا يؤثر على المسؤولية إلا إذا حدث وقت ارتكاب الجريمة أو بالأدق وقت ارتكاب ركنها المادي، سيان فيه أن يكون مستمراً أو متقطعاً . أما الجنون الذي يحدث بعد ارتكاب الجريمة فلا تأثير له على المسؤولية وإنما يستتبع إجراءات معينة ، كما لا تأثير لسبق إصابة الفاعل بالجنون طالما ثبت انه كان كامل الوعي وحر الإرادة وقت ارتكاب الجريمة .

المطلب الثاني :العاهات العقلية

يقصد بعاهات العقل كما ورد في نظام المحكمة الجنائية الدولية بأنها(آفة تصيب العقل وتسبب انحرافاً عن النشاط العادي) ، وهذا التعبير واسع بحيث يشمل الجنون بمعناه الطبي ويزيد عليه . وقد قصد المشرع شمول كل الحالات التي تعطل إرادة الشخص وتحرمه من التمييز والاختيار في عمله . لذلك يدخل في عداد عاهات العقل الضعف العقلي والاضطرابات العصبية التي تصيب الجهاز العصبي ، وحالات الصم والبكم ،والصرع والعته والهستيريا والحيرة القلقة (الصراع النفسي) ، والتنويم المغناطيسي، والخور العصبي ، واليقظة اليومية ، وحالات عصبية غير مرضية مثل الصم والبكم والدورة الشهرية [3].

---

[1] د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المحكمة الجنائيه الدولية ، دراسة متخصصة في القانون الجنائي الدولي ، النظرية العامة للجريمة الجنائيه الدولية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، الطبعة الثانية ، 2007م ، ص 260-265 .

[2] د. سمير عاليه ، مرجع سابق ،ص 408 .

- إن وعي الإنسان ينمو بشكل تدريجي بحيث يكتمل نموه الطبيعي عند سن معينه ، واختلفت التشريعات الوطنية حول هذا السن المعين ، وقد اعتمد النظام الأساسي للمحكمة الجنائيه الدولية سن أل(18) لقيام المسؤولية حيث نصت المادة (26) على ((لا يكون للمحكمة اختصاص على أي شخص يقل عمره عن 18 سنه وقت ارتكاب الجريمة المنسوب إليه ،)) ، وهذا ما جعل صغر السن ليس مانعاً من موانع المسؤولية الجنائيه _من وجهة نظري – نظراً لسن الأشخاص المشتركين في الجرائم الدولية والأعمال الدولية التي يكونوا فيها دائما فوق سن الرشد

[3] د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، مرجع سابق ، ص 264 .

وفقد الشعور والاختيار يعني أن الجاني فقد التمييز أو حرية الاختيار ذلك أن الجنون أو القصور العقلي ليس في ذاته سبباً لدفع المسؤولية الجنائية عما اتصف بها لكن ترتفع المسؤولية الجنائية إذا ثبت إصابة الجاني بالعاهة وترتب عليه فقدان الشعور أو الاختيار في العمل .ويتضح من هذا أن فقدان الشعور والاختيار هو علة امتناع المسؤولية الجنائية بشرط أن يكون فقد الشعور والاختيار معاصراً لارتكاب الجريمة الدولية .

ويترتب على توافر هذه الأمور امتناع المسؤولية الجنائية للشخص واستحالة توقيع العقوبة المقررة عليه ، ويجب على سلطة التحقيق أن تمتنع عن السير في الدعوى الجنائية وتصدر قرارها بأنه لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية عليه ، لهذا نصت الفقرة(1/أ) من المادة(31) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على هذا السبب لامتناع المسؤولية الجنائية بقولها (..لا يسأل الشخص جنائياً اذا كان وقت ارتكاب السلوك يعاني مرضاً أو قصوراً عقلياً...) [1].

ويلاحظ على النص المتقدم انه لا يعنى بإشكال المرض العقلي أو النفسي قدر تركيزه على معيار الأثر المترتب على الإصابة بهذه الأمراض بحيث يمكن الاعتداد بها في منع قيام المسؤولية الجزائية إذا كان من شأنها أن تعدم قدرة الإدراك أو حرية الاختيار لدى الفاعل . وتجدر الإشارة إلى أن النص المذكور لم يبين حكم إصابة الفاعل بعاهة العقل التي تؤدي إلى ضعف إدراكه أو اختياره وليس فقدها .

والراجح أن تقدير هذه الحالات يدخل في السلطة التقديرية للمحكمة عند فرض العقوبة كونها من الظروف القضائية التي تعتمدها المحكمة بالنزول من العقوبة إلى حدها الأدنى من دون إمكان عدها من الأعذار القانونية المخففة للعقاب لعدم النص عليها ، إذ لا عذر مخفف أو معفي من دون النص عليه قانوناً [2].

المطلب الثالث : الجهل بالقانون والخطأ في الوقائع

لقد اعتبرت القوانين الجنائية الداخلية الغلط(الخطأ) بنوعية المادي والمعنوي من موانع المسؤولية [3]. كما وجاء في كتابات الفقهاء أن جوهر إرادة الجاني مخالفة للقانون ، ولا يمكن افتراض هذه الإرادة دون افتراض العلم بالقانون علماً دقيقاً [4]، إلا أن هناك قاعدة عامة في التشريعات الجنائية الحديثة تفضي بأن الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً ، إلا أن هذه القاعدة مبناها (افتراض العلم بالقانون) على اعتبار أن المشرع بذل كل ما في

---

[1] د. احمد محمود بونه ، مرجع سابق ،ص 116 .

– د. ضاري خليل محمود ، مرجع سابق ،ص 213 .

[2] د. ضاري خليل محمود ، مرجع سابق ، ص 214 .

[3] د. سمير عاليه ، مرجع سابق ،ص 389 .

[4] د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، 1973 ،ص 623 .

وسعه لإمكان العلم عن طريق نشره بالجريدة الرسمية ، فالعلم بالقانون أمر ممكن وافتراض العلم به أمر منطقي نتيجةً لذلك [1].

أما عن إمكانية تطبيق هذه القواعد المتقدمة في مجال القانون الدولي من عدمه ، فقد حصل نقاش فقهي بين مؤيد ومعارض ، ذلك أن طبيعة القانون الدولي وطبيعة قواعده تدعم وجهة نظر الذين انكروا تطبيق بعض القواعد في نطاقه . إذ أن تطبيق هذه القاعدة في مجال القانون الوطني نجد لها ما يبررها ووفق ما اسلفنا ، اضافة إلى أن القانون الجنائي يحكم تصرفات الفرد في مجتمعه ما هو مباح وما هو محظور [2]. لذلك ظل الجدل الفقهي بين الفقهاء على ذلك . وسنحاول في هذا المطلب القاء الضوء على كلل من قاعدة الجهل بالقانون والخطأ في الوقائع كأحد أسباب وموانع المسؤولية الجنائية الدولية وذلك كما يلي .

يمتاز نشاط الفرد في القانون الجنائي الداخلي عن الدولي في اتساع المحيط الدولي الذي يقوم به الشخص بالعمل سواء المخالف للقانون أم لا وذلك في إطار قيامه ببعض الأعمال ، ومع هذا نجد تقارير الامم المتحده الخاصه بجرائم الحرب ذهبت إلى أن فقهاء القانون غالباً ما عارضوا تطبيق قاعدة الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً في نطاق القانون الدولي بصورتها المطلقه ، وذلك لكون الفاعل لا يحسب حساباً للإلمام بقواعد القانون الدولي كما هو الحال عليه في قانونه الوطني الذي يكون على مساس دائم به خلال تجاربه . فكل شخص يفترض به العلم بالقاعدة القانونية ، ولكن هل من المقبول افتراض علم الجندي بكل الأفعال المحرمة طبقاً لقواعد القانون الدولي ؟ . علماً بأن الجزء الأكبر من قواعد وقوانين الحرب صبغت في اتفاقيات لاهاي وخاصه عام 1907م والتي اخضعت العمليات الحربية إلى ما تفرضه قوانين الإنسانية ومقتضيات الضمير العام [3].

هذا وإذا ما راجعنا أحكام محكمة نومبرغ سنة 1948م نجد انه جاء في حكمها ((يجب الاعتراف بأن الجانب الأكبر من قوانين وعادات الحرب يكتنفها الغموض ..فالتقدم التكنولوجي في مجال التسليح المستخدم في الحرب يمكن أن يؤدي إلى هجر بعض قواعد انظمة لاهاي وجعلها غير قابلة للتطبيق)) [4].

---

[1] د. محمود نجيب حسني ، مرجع سابق ، ص 624-625 .

[2] د. عباس هاشم السعدي ، مسؤولية الفرد الجنائيه عن الجريمة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2002م ، ص 34-35 .

[3] نصت ديباجة اتفاقية لاهاي الرابعة عام 1907م . على ((في غير الأحوال المنصوص عليها في أحكام الأنظمة الملحقة بالاتفاقية يبقى السكان المدنيون والمحاربون تحت حماية مبادئ قانون الشعوب المستمدة من العادات الثابتة لدى الأمم المتحضرة وما تفرضه من قوانين الإنسانية ومقتضيات الضمير العام)) .

[4] د. عباس هاشم السعدي ، مرجع سابق ،ص 36 .

كما وجاءت في حكم آخر ((إن الأعراف والعادات بصفتها مصدر للقانون الدولي يمكن أن تتغير وان تنشأ عادات جديدة تجد لها قبولاً عاماً من ضمير الأمم المتحضرة وهذا القول كفيل بتغيير المحتوى الموضوعي لبعض المبادئ المتفق عليها))[1] .

هذه الاعتبارات تجعل من الصعوبة بمكان افتراض العلم بالقانون الدولي بمواجهة كل فرد وفي كل الظروف فتطبيق قاعدة الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً في القانون الدولي بشكل مطلق أمر يتنافى مع طبيعة قواعدة ، لذلك نجد أن اغلب المحاكمات التي دارت بعد الحرب العالمية الثانية بخصوص مجرمي الحرب اعتبرت الجهل بالقانون الدولي عذراً نافياً للركن المعنوي وبالتالي المسؤولية الجنائية الدولية [2].

في حين نجد بعض الفقهاء من يقول بأن من القواعد الأساسية الثابتة في القانون انه لا يعذر إنسان بجهلة بالقانون ((فالعلم بالقانون مفترض)) [3]. ولكن بالنسبة للجرائم التي ترتكب ضد المدنيين فأن المعايير تكون اقل حده لانه ربما يكون الجنود اقل علماً بقواعد القانون الدولي التي تطبق في ظروف معينة خاصة إذا تسنى للجندي إثبات انه لم يكن يعلم بطبيعة التجريم عند ارتكابه الأفعال المنسوبة إليه ، أي بمعنى اخطأ في عدم الإدراك مما ينفي القصد الجنائي والذي يؤدي إلى انتفاء الجريمة برمتها بحقه ، إلا أن هذا القول يخلق عدم المساواه بين الجنود . ولكننا نذهب إلى تدعيم القاعدة التي لا تعتد بدفع احد بجهله للقانون فالعلم بالقاعدة القانونية أمر مفترض ويمكن تفادي هذا الخطأ من خلال الدورات التعليمية بقواعد وقوانين الحرب ومن خلال نشر نصوص اتفاقيات جنيف والبروتوكولين الاضافيين على اوسع نطاق ممكن في بلدانها وقت السلم والحرب [4]. هذا فيما يتعلق بالجهل بالقانون ، إلا انه قد يحدث غلط في القانون فأن توهم الفاعل فيه ينصب على التكييف القانوني للفعل كأن يستخدم القائد العسكري هجوم عسكري اعتقاداً منه بأن هجومه يدخل في نطاق الدفاع الشرعي طبقاً للقانون الدولي وطبقاً لأحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، إلا انه يتضح عدم توفر أي من أسباب الإباحة ومره أخرى ينتفي الركن المعنوي ويمتنع قيام المسؤولية الجزائية [5].

---

[1] د. عباس هاشم السعدي ، مرجع سابق ،ص 36 .

[2] د. أيمن عبد العزيز سلامه ، مرجع سابق ،ص 316-321 .

[3] د. محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات ، القسم العام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 1996م ،ص 251 .

[4] نصت اتفاقية جنيف والبروتوكولين الإضافيين على ((ضرورة نشر وتدريس أحكامهما في برامج التعليم الحربي ونشرها أيضا على أوسع نطاق للبلدان الإطراف السامية المتعاقدة وقت السلم والحرب)) انظر لنصوص المواد ((82،53،87)) من البروتوكول الأول , والمواد (144) من الاتفاقية الرابعة ، (127) من الاتفاقية الثالثة ، (48) من الاتفاقية الثانية ،(47) من الاتفاقية الأولى .

[5] د. ضاري خليل محمود ، مرجع سابق ،ص 220 .

وإذا ما راجعنا النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية نجد المادة (2/32) تنص على ((لا يشكل الغلط في القانون من حيث إذا ما كان نوع معين من أنواع السلوك يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمه سبباً لامتناع المسؤوليه إذا نجم عن هذا الغلط انتفاء الركن المعنوي المطلوب لارتكاب تلك الجريمة أو كان الوضع على النحو المنصوص عليه في المادة33)) [1].

ولا يخفى على أي متتبع أن أحكام هذا النص يفتح أمام الدول ذات المصالح الاستعمارية خارج حدودها وامام عسكرها الموجودين في شتى بقاع العالم ابواباً واسعه لتقديم هذه الدفوع تهرباً من المسؤولية عن ارتكاب مثل هذه الجرائم المفجعة التي كثيراً ارتكبتها دول التحالف ضد الشعب العراقي ، وهذا كان في الواقع مبعث القلق والرفض الذي ابدته دول عديده في مؤتمر روما ولكن من دون جدوى ، مؤكدة بأن مثل هذا الدفع إذا كان مقبولا في القوانين الجنائية الوطنية لمحدودية الضحايا وامكان السيطرة القضائية عليه فانه لا يصح قط أن يطبق بوصفه مانعاً من موانع المسؤولية عند ارتكاب جريمة إبادة جماعية لجسامة النتائج التي تترتب عليه ولسهولة التقدم به كدفع للمسؤولية في ضوء الحقائق المرة التي عانت منها دول الشرق من ظلم دول الغرب والاستهانه بشعوبه وأممه [2].

كما ويلاحظ من نص المادة(32) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أنها أوردت في شقها الأول أصلاً مؤداه أن الغلط في القانون في حال كون الفعل يشكل جريمة ما تختص به المحكمة ولا يشكل سبباً لامتناع المسؤولية إلا إذا نجم عنه انتفاء الركن المادي للجريمة محل الملاحقة أو الاتهام ، كما أن محكمة نومبرغ استبعدت الخطأ في القانون كمانع من موانع المسؤولية وهذا ما يقتضيه المنطق وذلك لوضوح وجسامة الجرائم الدولية والتي تكفلت العديد من المعاهدات والاتفاقيات بالكشف عن الاحكام التي تنظم هذه الجرائم . [3]إلا انه يترتب على فقدان الإدراك والاختيار من الناحيه الموضوعيه لمرتكب الجريمة عدم إمكانية نسبة الجريمة إلى إرادته وبالتالي انتفاء المسؤولية ، أما من الناحية الإجرائية فانه يترتب عليه أن تمتنع سلطة التحقيق عن الاستمرار في اجراءاتها واذا كانت قيد المحكمة حكمت المحكمة ببراءة المتهم .

لهذا لجأ جانب من الفقهاء إلى أن مرتكب الجريمة الدولية يمكنه دفع مسؤوليته بعدم احاطته بالصفة الغير مشروعة لفعله ذلك أن العلم بالقانون العرفي والاتفاقي الذي يؤثم فعله يجب أن يكون متوفراً لديه حتى يمكن القول بتوافر القصد الجنائي [4]. إلا انه ومع الاخذ بهذه الامور سيؤدي إلى التعذر بهذه الأسباب لنفي المسؤولية كونها أسباب شخصية تخص شخص كل فاعل .

---

[1] المادة (2/32) من المحكمة الجنائيه الدولية ، وللمزيد انظر د. احمد محمد بونه ، مرجع سابق ،ص 120 .

[2] د. ضاري خليل محمود ، مرجع سابق ،ص 221 .

[3] د . فادي شديد ، مرجع سابق ،ص 355 .

[4] د. حسنين إبراهيم عبيد ، مرجع سابق ،ص 128-129 .

المبحث الثاني: أسباب الإباحة والتبرير باستخدام القوة في المسؤولية الجنائية الدولية

أسباب التبرير هب حالات خاصة ترافق في ظروف معينه فعل إنسان مسؤول أمام القانون لتوافر أركان الجريمة في فعلة فتعترض المسؤولية الجنائيه ، وتعطلها نتيجة إخراج الفعل من نص التجريم ، وهي أسباب موضوعيه أو واقعية كائنه في الفعل خارج شخص الفاعل ولا تتوقف على حالته النفسية [1]. وتقم علة التبرير على أساسين أولهما انتفاء علة التجريم ، إذ يصبح الحق الذي يريد القانون حمايته غير معرض للاعتداء في ظروف معينه ، وثانيهما أن الفعل المقترن بسبب م أسباب الإباحة يصون حقاً أجدر بالاعتبار من الحق المعتدى علية . كما أن الجهل بأسباب التبرير لا يمنع من أن تنتج أثرها في إسقاط وصف التجريم عن الفعل فمن يرتكب جريمة قتل دفاعاً عن النفس مشروع وهو غير عالم بتوافر شروط الحالة يستفيد من التبرير رغم انه كان جاهلاً بذلك .

لذلك فأن علة التجريم وعلة الإباحة مرتبطان ، فعلة التجريم هي حماية حق أو مصلحة فعلة تجريم السرقة هب حماية حقوق الملكية ، فالإباحة هي حكم مستنتج بمفهوم المخالفة من نص التجريم ، لذلك فأن أسباب التبرير تمتاز بما يلي [2]:-

- إن أسباب التبرير لا تتعلق إلا بالجرائم أي الإعمال أو الامتناعات المنصوص على تجريمها ، والأصل في الأشياء الإباحة فهي لا تمس إرادة الفاعل .
- أنها ترفع عن الفعل أو عن الامتناع صفة الإجرام ويعتبر مرتكبة قد ارتكب فعلاً مباحاً أو قام بواجب .
- أنها تنفي عن الفاعل أي خطا في سلوكه بحيث تبرئه من الناحية الجزائية وترفع عنه أية مسؤولية مدنية .
- أنها موضوعية تشمل كل من تتوافر فيه ويستفيد منها كل من وجد فيها علم بها أم لم يعلم لأنها تتعلق بالركن الشرعي للجريمة كالدفاع الشرعي أو الضرورة .

وتستند فكرة الإباحة في مجال القانون الدولي الجنائي إلى عين السند الذي تستند إلية في القانون الداخلي ، ألا وهو عدم انطواء الفعل المرتكب في الظرف الذي ارتكبها فيه على عدوان على المصلحة التي يكفلها الشارع بحمايته ، ويستوي بعد ذلك مصدر السبب المبيح للجريمة ، وإذا كان من السائغ الاستناد إلى

[1] د. سمير عالية ، مرجع سابق ،ص 343 .

[2] د. محمد صبحي نجم ، مرجع سابق ، ص 131 .

العرف في إباحة الجريمة الداخلية فأن ذلك يكون سائغاً من باب أولى بالنسبة للجريمة الدولية التي تستند إليه في مجال التجريم [1].

وتعتبر هذه الأسباب مطبقه ومنطبقة في حالة المسؤولية الجنائيه الدولية بشقيها المسؤولية الجنائيه الدولية للدول والمسؤولية الفردية ، وقد بينت أحكام المادة (31) من النظام الأساسي التي تمنع قيام المسؤولية للفاعل متأثرة بذلك بالمنهج القانوني الجنائي الانجلوسكسوني من دون التمييز بين أسباب التبرير والإباحة وبين موانع المسؤولية الجزائية التي تأخذ به القوانين الجنائيه المتأثرة بالمنهج القانوني الجنائي الفرنسي كقوانين العقوبات في الدول العربية [2].

وإذا أشارت الفقرة (1) من المادة (31) المذكور بوضوح إلى وجود أسباب أخرى لامتناع المسؤولية الجزائية نص عليها النظام الأساسي وحددت بعض الأسباب فأن هذا يدل على أن المحكمة الجنائيه الدولية تأخذ ببقية الأسباب ((التبرير)) وهذا يستخلص من نص المادة المذكور [3]، لذلك فما هي هذه الأسباب وما هو التكييف القانوني الأفضل لوصفها في ظل تناولها في مؤلفات الفقهاء والنصوص الدولية التي عالجت هذا الموضوع ؟ لذلك فأننا سوف نتناول هذه الأسباب كما يلي .

المطلب الأول: الاستخدام المشروع للقوة

لقد جاءت المادة (51) من ميثاق هيئة الأمم المتحدة على صور من الاستخدام المشروع للقوه ومن ضمنها حالة الدفاع الشرعي وهناك صور أخرى مشروعه لاستخدام القوه وفقا لقواعد القانون الدولي وهي حق استخدام القوه للوصول إلى تقرير المصير . فنجد أن الميثاق قد قرر في الديباجة على أن شعوب الأمم المتحدة تؤكد إيمانا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال ونساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية [4]. ثم أكد في الفقرة الثانية على حق تقرير المصير للشعوب المحتلة إلا أن هذا الميثاق لم يوضح كيفية ممارسة هذه الشعوب لحقها في تقرير المصير مما دفع أعضاء هيئة الأمم المتحدة إلى إصدار مجموعة قرارات الجمعية العامة أكدت في مجملها حق استخدام القوه للوصول إلى تقرير المصير [5].

علماً بان استخدام القوة ليس مرتبطاً بالدولة فقط ، فقد يرتبط بالإفراد في الإطار المشروع لاستخدام القوة

---

[1] د. حسنين عبيد ، مرجع سابق ،ص 26 .

[2] د. ضاري خليل محمود ، مرجع سابق ،ص 213 .

[3] انظر المواد (31،32،33) من المحكمة الجنائيه الدولية ، ميثاق روما لعام 1998م .

[4] د. نجاة احمد احمد إبراهيم ، المسؤولية الدولية عن انتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2009م ، ص 147 .

[5] د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، مرجع سابق ،ص 211 .

الذي يعتبر سبباً من أسباب التبرير والإباحة ولا يعد ارتكاب الدولة أو الفرد لأحد هذه الأعمال يرتب المسؤولية الجنائيه الدولية وذلك كما يلي .

يقصد بالدفاع الشرعي استعمال القوة اللازمة لمواجهة خطر اعتداء حال غير محقق ولا مثار يهدد بضرر يصيب حقاً يحميه القانون إذا لم يكن باستطاعة المعتدى علية التخلص من هذا الاعتداء أو الخطر إلا بالقتل أو الجرح أو الفعل المؤثر [1].

لذا فقد يصدر الدفاع الشرعي للدولة وفق ما جاء في المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة وهو دفاع إحاطته شروط بأن يكون هناك هجوم مسلح قد وقع بالفعل على الدولة التي تقوم بأعمال الدفاع الشرعي ، وان يكون دفاعاً شرعياً مؤقتاً إلى أن يتدخل مجلس الأمن وان يكون احتياطياً ويبلغ فوراً لمجلس الأمن [2].

وترتكز فكرة الدفاع الشرعي في القانون الدولي على نفس الأساس المقرر في القانون الجنائي الداخلي بتقديم مصلحة المعتدى علية وجعلها أولى بالرعاية من مصلحة المعتدي مما يخول الدولة أو الفرد المعتدى عليه الدفاع ضد أفعال العدوان ، فالمتهم بارتكاب فعل يشكل للوهلة الأولى جريمة دولية يمكنه تبرير فعله على أساس حق الدفاع الشرعي ، مثال ذلك جريمة القتل التي يكون المتهم قد ارتكبها في الإقليم المحتل حيث أن هذا الفعل يعتبر جريمة حرب إلا انه يمكن تبريره على أساس الظروف والملابسات الواقعية باعتباره دفاعاً عن النفس [3].

لهذا نجد المحكمة الجنائية الدولية وفي النظام الأساسي تنص على ((لا يسأل الشخص جنائياً إذا كان وقت ارتكاب السلوك ،ج- يتصرف على نحو معقول للدفاع عن نفسه أو عن شخص آخر أو يدافع في حالة جرائم الحرب عن ممتلكات لا غنى عنها لبقاء الشخص أو شخص آخر أو عن ممتلكات لا غنى عنها لانجاز مهمة عسكرية ضد استخدام وشيك غير مشروع للقوة ذلك بطريقة تتناسب مع درجة الخطأ الذي يهدد هذا الشخص أو الشخص الآخر أو الممتلكات المقصود حمايتها واشتراك الشخص في عملية دفاعية تقوم بها قوات لا يشكل في حد ذاته سبباً لامتناع المسؤولية بموجب هذه الفقرة الفرعية)) [4].

ويلاحظ على الأحكام القانونية لهذا السبب من أسباب امتناع المسؤولية الجزائية أن النظام الأساسي قد توسع في تفصيل أحكامه على النحو الذي يكاد يتفق مع ما جرت علية التشريعات الجنائية الوطنية واتجاهات الفقه والقضاء . عدا عن اقتصار الأمر على جرائم الحرب فقط وأنه لا مجال لإعمال هذا النص

---

[1] المادة (341) من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 .

[2] المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة ، وللمزيد انظر

- د. فادي شديد ، مرجع سابق ، ص72 .

[3] د. أيمن عبد العزيز سلامة ، مرجع سابق ،ص 296 .

[4] المادة (31/فقره ،1/ج) من المحكمة الجنائية الدولية ، ميثاق روما لعام 1998م .

على أفعال أخرى [1]. وبناءً على هذا النص تثور عدة إشكاليات، فهل يجوز استخدام أفعال الدفاع الشرعي ضد فعل الاعتداء غير المشروع الذي وقع ولم ينتهي ؟ .

قد تثور إشكالية في هذا الإطار عن إمكانية استخدام الدفاع الشرعي كسبب من أسباب التبرير والإباحة وخاصة في الجرائم المستمرة ، فلو قام احدهم باغتصاب أنثى والتمثيل بها جنسياً كجريمة ضد الإنسانية وتناوب الأداء الذي لم ينقطع عليها الجاني وزملائه ، وكذلك قيام احدهم بتعذيب أسير وتناوب زملائه على التعذيب بصفة مستمرة ، ففي هذه الحالات وغيرها يحق للمدافع استعمال حق الدفاع الشرعي ، رغم أن الفعل الذي وقع شكل جريمة كاملة وان استمراره يعني جرائم أخرى ، ولهذا فالمدافع حين يستخدم حق الدفاع الشرعي المخول له يكون هدفه منع المعتدى علية من الاستمرار في عدوانه [2].

كما وتثور مدى قابلية قواعد المسؤولية الدولية لاعتبار الدفاع الشرعي سبباً لتبرير جريمة العدوان أو الإبادة الجماعية أو جريمة حرب ؟ . وعليه ذهب البروفسور ايرك ديفيد إلى القول بأن قواد القانون والتعامل الدوليين يعدان الحرب العدوانية الجريمة الكبرى ولا يمكن قبول أي مانع من موانع المسؤولية الجنائية لمرتكبيها ، مما أن الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب لا يمكن قبول الدفاع الشرعي كونه دافعاً من دوافع المسؤولية الجنائية فيها ، لان هذه الجرائم تتطلب ركناً معنوياً خاصاً لا يمكن الجمع بينه وبين الدفاع الشرعي ، إذ أن الدفاع الشرعي ناجم عن قانون مناصفة الحرب وليس من قانون الحرب ، وعلية فان مانع الدفاع الشرعي بصدد جريمة العدوان والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب كما ورد في النظام الأساسي لا يتفق وقواعد القانون الدولي ، ويمكن استغلاله لتبرير هذه الممارسات [3]. وحتى يعتبر الدفاع الشرعي سبباً من أسباب التبرير والإباحة الواردة على المسؤولية الجنائيه الدولية بشقيها الدولية والفردية ، فأنه يشترط فيه عدة أمور سنتناولها كما يلي:

أولا:- شروط متعلقة بالاعتداء

يشترط حتى نذهب بالقول بوجود حالة دفاع شرعي أن يكون هناك عدوان مسلح حالاً مباشراً يهدد احد الحقوق الأساسية للدولة المجني عليها [4]. ومن هنا يتبين أن شروط الاعتداء هي :

1- أن يحدث عدوان مسلح غير مشروع ، بحيث يعتبر بعض الشراح أن وقوع اعتداء مسلح غير مشروع هو المنشأ لحق الدفاع الشرعي الدولي وليس مقرراً له ، وذلك وفق نص المادة (51)

[1] د. ضاري خليل محمود ، مرجع سابق ، ص 216 .
[2] د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، مرجع سابق ،ص 243 .
[3] د. ضاري خليل محمود ، مرجع سابق ،ص 218 .
[4] د. حسنين صالح عبيد ، مرجع سابق ،ص 60 .

من ميثاق هيئة الأمم المتحدة . وكذلك يجب أن يتوفر في الاعتداء القصد القانوني لدى الدولة المعتدية أي يتوافر لها العنصر المعنوي[1].

2- أن يكون العدوان حال ومباشر ، ومعنى ذلك أن يكون قد وقع بالفعل وليس وشيك الوقوع ، وان تكون القوات المعتدية قد غزت بالفعل الدولة المعتدى عليها أو جزء من إقليمها بطريقة مباشرة . ونجد أن تحديد حق الدفاع الشرعي على مواجهة العدوان المباشر فقط يتفق مع اتجاه القانون الدولي وميثاق الأمم على تقييد حالات استخدام القوة في العلاقات الدولية ، فإذا اتخذ الدفاع الشرعي ضد العدوان الغير مباشر فان هذا سيفتح مجالات كثيرة وحجج قد تستفيد منها الدول لتبرير عدوانها [2].

3- أن يكون العدوان المسلح ضد احد أعضاء الأمم المتحدة ، وذلك وفقاً للمادة (51) نجد أن الدفاع الشرعي يكون حق للدول فرادى أو جماعات ، إذا اعتدت قوى مسلحة على احد أعضاء الأمم المتحدة ، والنص هنا صريح ، مع هذا فقد ثار خلاف حول مدى تمتع الدول غير الأعضاء بهذا الحق ، لا تتمتع به لوجود نص صريح يقتصر هذا الحق على مجموعه دول معينة . ومع ذلك يجوز التمسك بالدفاع الشرعي لكل الدول حتى ولو لم تكن أعضاء في الأمم المتحدة وذلك انطلاقاً من طبيعة القانون الدولي [3].

4- أن يكون مباشراً على حق يحميه القانون ، لهذا لا يجوز الدفاع الشرعي ضد قوات أمنية تقوم بتنفيذ قرارات صادرة عن هيئة أو سلطة دولية متخصصة كالقرارات التي يصدرها مجلس الأمن وفقا للمادة (39) ذلك لان هذا الاعتداء اعتداء مشروع [4].

5- أن يكون العدوان ماساً بالحقوق الأساسية للدول . والتي تتمثل في سيادة الدول وسلامة استقلالها وتقرير مصيرها واستقلالها السياسي وفق سلامة إقليمها [5].

ولا شك أن شروط الاعتداء يمكن للدولة أن تشير إليها لتبرر دفاعها الشرعي عن حقوقها، وإذا ثار نزاع حول مدى تحقق الاعتداء بما يبيح الدفاع الشرعي فأن هذا يخضع لرقابة مجلس الأمن[6].

---

[1] د. نجاة احمد إبراهيم ، مرجع سابق ،ص 150 .

– د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، مرجع سابق ،ص 224 .

[2] د. حسنين عبيد ، مرجع سابق ،ص 62 .

[3] د. نجاة احمد إبراهيم ، مرجع سابق ،ص 151 .

[4] د. فادي شديد ، مرجع سابق ،ص 356 .

[5] د.عبد الفتاح بيومي حجازي ، مرجع سابق ،ص 224 .

– د. حسنين عبيد ، مرجع سابق ،ص 65 .

[6] انظر د. يحيى الشيمي ، تحريم الحروب في العلاقات الدولية ، بدون دار نشر ، الطبعة الأولى ، 1976 ، ص 400 وما بعدها

ثانياً :- شروط متعلقة بالدفاع .

بالرجوع إلى الأصل العرفي لشروط الدفاع الشرعي الذي يعد معتبراً كسبب من أسباب الإباحة يشترط في الدفاع ما يلي :-

1- اللزوم

بحيث لا يستطيع المدافع أن يرد هذا الاعتداء إلا بالفعل الذي ارتكبه ، لذلك فهو شرط يتعلق بكيفية الدفاع الذي يشترط فيه أن يكون الوسيلة الوحيدة لصد العدوان وان يوجه إلى مصدر الخطر وان يكون ذا صفة مؤقتة ، فأن وجدت وسلة أخرى تستطيع الدولة المعتدى عليها اللجوء إليها دون استخدام القوه ومع ذلك فهي لم تلجأ إليها كان الفعل غير مباح ، كما انه يجب أن يوجه هذا الفعل إلى الدولة ذاتها التي ارتكبت فعل الاعتداء (العدوان) وعلية لا يجوز توجيهه إلى دولة محايدة ، ويجب أيضا في اللزوم أن يكون مؤقت ويبلغ لمجلس الأمن فوراً [1].

2- التناسب

ينصرف شرط التناسب إلى كمية الدفاع ، ويعني أن تكون الوسيلة المستخدمة مناسبة من حيث جسامتها مع وسيلة العدوان وإلا تتجاوزه وإلا اعتبر ذلك تجاوزا في استعمال الحق ويعتبر قانوناً عدواناً وليس دفاعاً عنه النفس ، والمعيار المستخدم هنا معيار موضوعي ، وهو سلوك الشخص المعتاد إذا وضع في نفس ظروف المدافع [2]. لهذا فأن شروط الدفاع متعلقة اغلبها بتدخل مجلس الأمن واتخاذ التدابير اللازمة لحفظ الأمن والسلم الدوليين فيجب على الدولة المعتدى عليها أن توقف رد الفعل بمجرد تدخل مجلس الأمن .

وبناءً على ما سبق بيانه في الدفاع الشرعي فقد استقر القانون على أن الدفاع الشرعي الجماعي أو الفردي التي تقوم به الدول ضد المعتدي يكون حقاً بمقتضى القانون الدولي ولا عقاب على الفعل في حدود هذا الحق لأنه يدخل في دائرة الإباحة ، ليس ذلك فحسب وإنما يستطيع أيضا الفرد أن يتمسك بحالة الدفاع الشرعي فمثال ذلك الشخص الذي يقوم بتنفيذ أوامر عسكرية في إطار مهام كلف بها من دولته التي تكون بحالة دفاع شرعي ، ففي هذه الحالة يستطيع الفرد أن يتمسك بحالة الدفاع الشرعي في رد أي عدوان عن نفسه أو نفس الغير ، ففي حالة جرائم الحرب على ممتلكات لا غنى عنا لبقاء الشخص أو أي شخص آخر يجوز له استخدام حق الدفاع الشرعي وللمحكمة أن تبرر ساحة الفرد من الاتهام المنسوب إليه إذا

---

[1] د. حسنين عبيد ، مرجع سابق ، ص 71 .

[2] د.نجاة احمد إبراهيم ، مرجع سابق ،ص 153 .

- د. أيمن عبد العزيز سلامة ، مرجع سابق ،ص 296 .

- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، مرجع سابق ، ص 233 .

توفرت شروطه طبقاً للقانون الذي تأخذ به المحكمة ، أما إذا تبين للمحكمة أن الدولة لم تكن في حالة دفاع شرعي فأن الفرد ودولته مسؤولان عن الجرائم التي ارتكباها [1].

المطلب الثاني : حق تقرير المصير

يعتبر حق تقرير المصير من الحقوق الأساسية المعترف بها في كافة المواثيق الدولية المتعلقة بالحقوق الإنسانية ، وقد ورد النص عليها في ميثاق الأمم المتحدة (م2/1،م55) وفي العديد من القرارات الصادرة عن جمعيتها العامة [2].

ذلك أن الأصل منع الدول في المجتمع الدولي من استخدام القوة أو التهديد باستخدامها ، وذلك من خلال المادة (2/4) من هيئة الأمم المتحدة ، إلا أنها وفي إطار نفس السياق تقرر حق الشعوب في تقرير مصيرها والنضال من اجل الحرية دونما ترتيب أية مسؤولية عليها .إلا انه ومع ذلك يجب التمييز بين استخدام القوة في النطاق الداخلي ، لذلك نجد الفقرة (4) من المادة (2) من ميثاق هيئة الأمم تحرم التهديد باستخدام القوه أو التهديد باستعمالها في العلاقات الدولية فقط ، أما استخدام القوة بين الدولة والأمم والإقليم المنشق أو المحتل فهي تدخل في مفهوم الحروب الداخلية ولا يشملها الحكم الوارد في الفقرة المذكورة [3].

أما بالنسبة لاستخدام القوة الخارجية لتحقيق حق تقرير المصير فهناك اختلاف في الفقه ومواقف الدول حول شرعية هذا النوع من استخدام القوة ، وهذا الخلاف ظهر بشكل واضح عند تفسير المادة (7) من تعريف الأمم للعدوان فبعد اعتراف الفقرة (10) من قرار (2105) بشرعية الكفاح المسلح للشعوب تحت الحكم الاستعماري في ممارسة حقها في تقرير المصير والاستقلال دعت جميع الدول المساعدات المادية والمعنوية للحركات الوطنية التحررية .

وبناءً علية فأن الشعب الذي يكافح من اجل إنشاء دولته واسترداد حقوقه يعتبر بحالة تقرير المصير نتيجة لوقوع عدوان علية سلبه هذه الحقوق ، كما هو الحال بالنسبة لفلسطين ، يجعله معفي من كل مسؤولية [4].

---

[1] د. فادي شديد ، مرجع سابق ،ص 358 .

– د. احمد عبد الحكيم عثمان ، مرجع سابق ،ص 34-37 .

[2] انظر على سبيل المثال قرار الجمعية العامة رقم 2160 عام 1966 ، والمتعلق بالمراقبة المشددة لمنه التهديد واستخدام القوه في العلاقات الدولية وحق الشعوب في تقرير مصيرها ، د. فادي شديد ، مرجع سابق ، هامش ،ص 52 .

[3] د. عبد الفتاح عبد الرزاق محمود ، الإعلان عن الدولة ، دراسة تأصيلية تحليلية ، دار الكتب المصرية ، مصر ، الطبعة الأولى ، 2009م ، 470 .

[4] د. نايف حامد العليمات ، جريمة العدوان في ظل المحكمة الجنائية الدولية ، دار الثقافة ، عمان ، الطبعة الأولى ، 2007 ، ص 89 -104 .

وبناءً على ما سبق فأن حق تقرير المصير يجب أن يتمتع بعدة ملامح وفق ما جاء في قرارات الجمعية العامة حتى يعتبر وفقاً لها حق تقرير مصير معفي من المسؤولية ، وهذه الملامح هي : -

1- ينظر إلى حق تقرير المصير باعتباره من الأسس الديمقراطية في العلاقات الدولية لأنه يرتكز على القاعدة التي تقضي بأن الدولة وحدود إقليمها ونظامها السياسي والدستوري يجب إن تبنى على الإرادة الحرة لشعبها .

2- حق تقرير المصير مبدأ قانوني من المبادئ الأساسية التي يستند إليها التنظيم الدولي المعاصر، وهو احد الحقوق الأساسية للشعوب ، والشرط الأساسي الأول لكافة الحقوق الإنسانية الأخرى

3- يستند حق تقرير المصير في شرعيته إلى ميثاق هيئة الأمم المتحدة وقرارات جمعيتها العامة والمواثيق الدولية العديدة التي تبنتها الأمم المتحدة والممارسة العملية الفعالة من شعوب العالم المختلفة خلال ما يزيد عن أربعين عاماً من عمر الأمم المتحدة .

4- ممارسة حق تقرير المصير في إطار التنظيم الدولي المعاصر تتم بأحد الطريقين وكلاهما قانوني ومشروع وهما :

أ- الوسائل السلمية كالاستفتاء ، وقد جرى العمل الدولي على أن يكون الإشراف على عمليات الاستفتاء للأمم المتحدة ضماناً لسلامة إجراءاتها وصحة نتائجها .

ب- استخدام القوة بواسطة حركات التحرر ، أو بمعنى أدق حق الشعوب في المقاومة المسلحة فرادى أو جماعات دفاعاً عن حقوقها المسلوبة وعملاً على استرداد سيطرتها على ثرواتها وأقاليمها .

5- للشعوب التي تعاني من النظم العنصرية الحق في تقرير المصير الداخلي وتقرير المصير الخارجي ، بمعنى أن تحرر نفسها من نظمها بتحقيق الحكم الذاتي أو تنفصل عن الدولة العنصرية .

6- حروب التحرر الوطني حروب مشروعه وعادلة .

7- حروب التحرر الوطني حروب دولية تطبق بشأنها كافة القواعد التي اقرها القانون الدولي في شأن قوانين الحرب[1] .

---

[1] د. نجاة احمد إبراهيم ، مرجع سابق ،ص 156-159 .

- وللمزيد من المعلومات حول حق الشعوب في تقرير مصيرها انظر .

د. البروفسور ديب عكاوي ، حق الشعوب في تقرير مصيرها ، توجهات قانونية جديدة ، مؤسسة الأنوار ، عكا ، الطبعة الأولى ، 1997م ، ص 65 وما بعدها .

المطلب الثالث: الاستخدام المشروع للقوة وفق ميثاق هيئة الأمم المتحدة

لا يزال من المتصور قانوناً في ظل ميثاق الأمم المتحدة قيام بعض الحالات التي يعد استخدام القوة فيها أمراً مشروعاً ، وتعد بمثابة استثناءات على الأصل العام ، ونعترض بإيجاز إلى هذه الحالات كما يلي .

أولا :- نص المادة (107) .

تنص هذه المادة ((ليس في هذا الميثاق ما يبطل أو يمنع أي عمل إزاء دولة كانت في أثناء الحرب العالمية الثانية معادية لإحدى الدول الموقعة على الميثاق إذا كان هذا الفعل قد اتخذ أو قد رخص له بنتيجة لتلك الحرب من قبل الحكومات المسؤولة عن القيام بهذا العمل)) [1]. وتعتبر هذه الحالة – حالة تاريخية- حيث استثنى مشرعو الميثاق التدابير العسكرية التي اتخذتها أبان الحرب العالمية الثانية دون الحلفاء إزاء دول المحور من الرقابة السابقة واللاحقة لمجلس الأمن بموجب المادة (1/2/53) من الميثاق وبطبيعة الحال فأن مثل هذه الحالة غير قائمة الآن [2].

ثانياً:- نص المادة (53) .

تنص هذه المادة على ((1- يستخدم مجلس الأمن تلك التنظيمات والوكالات الإقليمية في أعمال القمع كلما رأى ذلك ملائماً ، ويكون عملها حينئذٍ تحت مراقبته وإشرافه ، أما التنظيمات والوكالات نفسها فأنه لا يجوز بمقتضاها أو على يدها القيام بأي عمل من أعمال القمع بغير إذن المجلس ، ويستثنى مما تقدم التدابير التي تتخذ ضد أية دولة من دول الأعداء المعرفة في الفقرة الآتية من هذه المادة مما هو منصوص علية في المادة (0107) أو التدابير التي يكون المقصود بها التنظيمات الإقليمية منع تجدد سياسة العدوان من جانب دولة من تلك الدول ، وذلك إلى أن يحين الوقت الذي قد يعهد فيه إلى الهيئة بناءً على طلب من الحكومات ذات الشأن بالمسؤولية عن منع كل عدوان آخر من جانب أية دولة من تلك الدول . ، 2- تطبق عبارة الدول المعادية المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة على أية دولة كانت في الحرب العالمية الثانية من أعداء أية دولة موقعه على هذا الميثاق)) [3].

وخلاصة هذا القول أن هذا الاستثناء يفضي المشروعية على استخدام القوة من قبل دول الحلفاء ضد دول المحور إذا صدر عن تلك الأخيرة ما يهدد السلم والأمن الدوليين ويتم استخدام القوة من قبل دول الحلفاء ذاتها أو من قبل الوكالات أو التنظيمات الإقليمية المعدة لذلك .

ثالثاً:- نص المادة (42) .

---

[1] المادة (107) من ميثاق هيئة الأمم المتحدة .

[2] د. نجاة احمد إبراهيم ، مرجع سابق ،ص 160 .

[3] المادة (53) من ميثاق هيئة الأمم المتحدة .

تنص هذه المادة على ((إذا رأى مجلس الأمن أن التدابير المنصوص عليها في المادة 41 لا تفي بالغرض أو ثبت أنها لم تف به جاز له أن يتخذ بطريق القوات الجوية والبحرية والبرية من الأعمال ما يلزم لحفظ السلم والأمن الدولي أو لإعادته إلى نصابه ، ويجوز أن تتناول هذه الأعمال المظاهرات والحصر والعمليات الأخرى بطريق القوات الجوية أو البحرية أو البرية التابعة لأعضاء الأمم المتحدة))[1] ، وهو ما يطلق عليه بنظم الأمن الجماعي ، ويضاف إلى هذه الحالات حالة الدفاع الشرعي وفق المادة (51) وقد سبق الحديث عنها في فرع مخصص خاص بها .

الخاتمة

لقد استطاعت هذه الدراسة بالرغم من قصرها إلى تحديد النطاق الأساسي للنظام القانوني التي تقوم عليه عوارض المسؤولية الجنائيه الدولية في القانون الجنائي الدولي ، كما استطاعت أن تلقي الضوء على بعض الأمور التي يكتنفها الغموض والتشابك في بعض الحالات ، وعليه ذهبت الدراسة إلى تحديد عوارض المسؤولية الجنائيه الدولية والتي تبين من خلال السياق أنها كان يعبر عن موانع المسؤولية الجنائيه الدولية ، وقد لجأت الدراسة إلى الاستعانة بالقوانين الجنائيه الوطنية وذلك لانعدام تناولها من قبل فقهاء القانون الجنائي الدولي في بعض الحالات ، وكان الأثر الواضح لهذه الدراسة إمكانية التمييز بين أسباب الإباحة والتبرير وموانع المسؤولية وذلك حتى يتسنى للقارئ معرفة الفرق الكامن خلف استخدام هذه الحالات ، وفي موانع المسؤولية الجنائيه الدولية ، تحدثت الدراسة عن أهم هذه الأسباب وذلك وفقاً لما جاء في ميثاق المحكمة الجنائيه الدولية ، بالإضافة إلى الاستعانة ببعض آراء الفقهاء والمؤلفات القضائية في هذا الشأن .

وقد تمكنت الدراسة من تسليط الضوء على أهم موانع المسؤولية الجنائيه الدولية، ذلك وفقا لما نصت عليه المحكمة الجنائيه الدولية ، والتي تمثلت بدايةً في الجنون والعاهات العقلية وتبين من خلالها أنها لا تعدُ لان تكون سبباً كامناً لتطبيق المسؤولية بل أنها في اغلب الأحيان تحدث أثناء أو بفعل العمليات العسكرية واستحالة كون الشخص يعاني من الجنون بداية ويعمل في القوات التي تشارك في العمليات العسكرية ، فأنه ومن خلال نصوص المحكمة الجنائيه الدولية يتبين أن هذا الأمر لا يعد مانعا من موانع المسؤولية الجنائيه الدولية إلا إذا أدى إلى انعدام الركن المعنوي ، وفيما يتعلق.

[1] المادة (41) من ميثاق هيئة الأمم المتحدة .

قائمة المصادر والمراجع

أولا:- المصادر

1- (ميثاق روما) النظام الأساسي للمحكمة الجنائيه الدولية لعام 1998م .
2- ميثاق هيئة الأمم المتحدة .
3- قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 م .
4- اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949م . وبروتوكوليها الإضافيين لعام 1977م .
5- اتفاقيات لاهاي ، 1907م ، 1954 م ، 1937م ، والملحقين بهما عام 1954م ،1999م .

ثانياً:- الكتب القانونية

1- البروفسور ديب عكاوي ، **حق الشعوب في تقرير مصيرها ، توجهات قانونية جديدة** ، مؤسسة الأنوار ، عكا ، الطبعة الأولى ، 1997م.
2- د. احمد عبد الحكيم عثمان ، **الجرائم الدولية في ضوء القانون الجنائي الدولي** ، دار الكتب القانونية ، مصر ، الطبعة الأولى ، 2009م .
3- د. أيمن عبد العزيز سلامه ، **المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية** ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2006م.
4- د. حسنين إبراهيم صالح عبيد ، **الجريمة الدولية ، دراسة تحليليه تطبيقيه** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1996م .
5- د. سمير عالية، **شرح قانون العقوبات**، القسم العام ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1998م.
6- د. ضاري خليل محمود، **المحكمة الجنائية الدولية** ، هيمنة القانون أم قانون الهيمنة ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، 2008م.
7- د. عباس هاشم السعدي ، **مسؤولية الفرد الجنائية عن الجريمة الدولية** ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2002م.

8- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، **المحكمة الجنائية الدولية** ، دراسة متخصصة في القانون الجنائي الدولي ، **النظرية العامة للجريمة الجنائية الدولية** ، دار الكتب القانونية ، مصر ، الطبعة الثانية ، 2007م.

9- د. عبد الفتاح عبد الرزاق محمود ، **الإعلان عن الدولة** ، دراسة تأصيلية تحليلية ، دار الكتب المصرية ، مصر ، الطبعة الأولى ، 2009م.

10- د. فادي شديد ، **القانون الدولي الإنساني** ، محاضرات في القانون الدولي الإنساني ، مكتبة الشروق ، نابلس ، 2009م .

11- د. مأمون سلامه، **قانون العقوبات**، القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1990.

12- د. محمد زكي أبو عامر ، **قانون العقوبات** ، القسم العام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 1996م.

13- د. محمد صبحي نجم ، **قانون العقوبات** ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ، دار الثقافة ، عمان ، الطبعة الثالثة ، 1996م .

14- د. محمود نجيب حسني ، **شرح قانون العقوبات** ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، 1973 .

15- د. نايف حامد العليمات ، **جريمة العدوان في ظل المحكمة الجنائية الدولية** ، دار الثقافة ، عمان ، الطبعة الأولى ، 2007.

16- د. نجاة أحمد إبراهيم ، **المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني** ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2009م .

17- د. نجاة احمد أحمد إبراهيم ، **المسؤولية الدولية عن انتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني** ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2009م.

18- د. يحي الشيمي ، **تحريم الحروب في العلاقات الدولية** ، بدون دار نشر ، الطبعة الأولى ، 1976 .

مخطط الشراكة العمومية–الخاصة كآلية لترقية الاستثمار السياحي (تجسيدا للمخطط التوجيهي للتهيئة السياحية 2025)

من إعداد: الباحث فاتح راشي و ط.د. ل م د سارة عبايدية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة العربي التبسي – تبسة

Sara.abaidia@univ-tebessa.dz Fateh.rachi@univ-tebessa.dz

ملخص:

تعد السياحة أحد أهم القطاعات الحيوية, فهي صناعة تستغل بشكل أمثل الموارد الطبيعية وتحافظ على الموروث الثقافي وتهدف الى تطويره كما تعتبر عاملا أساسيا في عملية التنمية الاقتصادية المستدامة لذلك اتجهت الجزائر الى اشراك وتشاور مؤسسات القطاع الخاص بهدف ترقية الاستثمار السياحي وضمان رفع العائدات وخلق فرص العمل وتحسين مستوى الخدمات الأساسية عن طريق وضع منظومة قانونية تتضمن آليات ومخططات تحتوي على تهيئة سياحية وهو ما جاء به المخطط التوجيهي للتهيئة السياحية حيث اعتبر اطارا استراتيجيا مرجعيا للسياسة السياحية.

Abstract:

The tourism sector is one of the most important sectors. It is an industry that optimally exploits natural resources, preserves cultural heritage and aims to develop it. It is also a key factor in the process of sustainable economic development, so Algeria has engaged and consulted private sector institutions to promote tourism investment, Basic services through the development of a legal system that includes long-term mechanisms and plans that contain a sustainable tourism configuration as required by the tourism tourism guideline, which Algeria considered a strategic framework Aware of tourism polic

مقدمة:

شهدت السياحة في الجزائر نموا متواصلا خاصة في الفترة الأخيرة لما لها من دور هام في التنمية الاقتصادية فبفضل الجهود التي تبذل في هذا القطاع أصبحت المكان المميز للنقاش والتفكير وتبادل الخبرات لإنعاش الاقتصاد المحلي وتنويعه فهي مؤشر للاستثمار النظيف غير ذلك الذي يضر بالبيئة فهي صناعة تضمن التوازن بين البيئة ودعم النشاط الاقتصادي، فلا يقتصر الأمر على الجانب البيئي والاقتصادي فحسب بل يمتد الى جوانب أخرى كالجانب الاجتماعي والثقافي للدولة كل هذا في إطار تحقيق تنمية سياحية مستدامة.

ففي هذا الاطار تعتبر الدولة هي المحرك الأساسي والمصمم الرئيسي لعملية التنمية السياحية على المستوى الوطني وتقوم الجماعات الاقليمية بتنفيذها على المستوى المحلي, بمختلف البرامج والمخططات التي تمت المصادقة عليها ضمن البرامج الحكومية فالمخطط التوجيهي للتهيئة الاقليمية يعبر على ارادة الدولة في المجال الاقتصادي حيث لأنه ضم أكثر من مخطط في مختلف المجالات من بينها, المخطط التوجيهي للتهيئة السياحية لآفاق 2025 لأنه يعتبر القفزة النوعية في المجال السياحي فقد احتوى على برنامج طويل المدى يشجع على الاستغلال الأمثل للموارد و القدرات الطبيعية والثقافية والتاريخية بالإضافة الى صدور نصوص تشريعية وتنظيمية الهدف منها التطبيق الفعلي للمخطط و ضمان سيره في الحدود المطلوبة.

حيث تكمن أهمية هذا الموضوع : في تسليط الضوء على- مخطط الشراكة العمومية الخاصة-لأن نظام الشراكة في القطاعات الاقتصادية من شأنه تحقيق الأهداف التنموية المرجوة ,حيث يلعب القطاع العمومي والخاص دورا هاما في دعم التنمية من خلال تفعيل الشراكة بين هاذين القطاعين اذ أن القطاع العام يقوم بتهيئة الاقليم وحماية المناظر العامة ووضع المنشآت السياحية الكبرى, أما القطاع الخاص فيعمل على تطوير الاستثمار واستغلاله سياحيا ليضمن رفع العائدات ويوفر فرص العمل و يساهم في تحسين مستوى الخدمات الأساسية و ترقية المنتجات المحلية التراثية وتعميق انتاجها, قصد تحويل الجزائر الى بلد سياحي يضمن بذلك القدرة التنافسية في المجال السياحي العالمي.

المنهج المتبع: قد تم اعتماد المنهج الوصفي لدراسة مفهوم الشراكة في المجال السياحي ودواعي الاستثمار فيه كما اعتمدنا أيضا على المنهج التحليلي للوقوف على مختلف التشريعات الجزائرية التي تطرقت الى هذا الموضوع ومدى تحقيق الشراكة بين القطاع العام والاطراف الفعالة الأخرى بما فيها القطاع الخاص

الاشكالية: "الى أي مدى ساهم مخطط الشراكة في ترقية الاستثمار السياحي لرؤية تنموية مستدامة"؟

وللاجابة على الاشكال السابق تم تقسيم هذا الموضوع الى:

المبحث الأول: مفهوم مخطط الشراكة العمومية- الخاصة.

المبحث الثاني: مخطط الشراكة كآلية لترقية الاستثمار السياحي

المبحث الثالث: الهيئات الكفيلة بتنفيذ مخطط الشراكة السياحي

المبحث الأول: مفهوم مخطط الشراكة العمومية-الخاصة-

ان الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أساسيات النهوض بالقطاع السياحي في الجزائر[1] فلا بد من تجسيدها وتحديد الأهداف المرجوة منها عن طريق الأطراف المعنيين بذلك ومن أجل ضمان السياسة السياحية الجزائرية تم وضع المخطط التوجيهي للتهيئة السياحية وقد تفرعت منه مجموعة من المخططات كل على حدى :

أولا: تعريف مخطط الشراكة العمومية -الخاصة

يقصد به" الديناميكية الرابعة المنبثقة عن المخطط التوجيهي للتهيئة السياحية آفاق2025" "لتتحقق الشراكة العمومية الخاصة من خلال تحرك المتعاملون العموميون والخواص معا وذلك من خلال تقسيم الموارد و الأخطار اذ تعمل الدولة على تهيئة الاقليم وحماية المناظر العامة ووضع المنشآت الكبرى لخدمة السياحة, كما أن للقطاع الخاص دور كبير في هذا المجال حيث يسعى الى ضمان أساسيات الاستثمار السياحي المستدام"[2].

كما يثمن ويسوق الخدمات الأساسية الموجهة للإنتاج[3] ونظرا لحداثة الشراكة فان تعريف هذا المخطط كانت له صعوبة كبيرة في تحديد معالمه اذ أن أصحاب الاختصاص وجدو تعقيدات كبيرة في صياغة تعريف جامع مانع وكذا شح المراجع التي لم تتطرق أبدا الى هذا التعريف مما يصعب على الباحثين والمهتمين التفصيل في محتواه.

---

[1]-. عوينان عبد القادر, السياحة في الجزائر الامكانيات والمعوقات(2025/2000)في ظل الاستراتيجية السياحية الجديدة للمخطط التوجيهي للتهيئة السياحيةSDAT2025.أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية, تخصص نقود ومالية كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير والعلوم التجارية, جامعة الجزائر03 2013/2012ص346

[2] – عوينان عبد القادر الأطروحة السابقة، ص346.

[3] **- Ministère de l'aménagement du territoire de l'environnement et de tourisme. Livre02 le plan strategique:les cinq dynamiques et les programmes d'actions touristique. Janvier 2008p50.**

ثانيا: أهداف مخطط الشراكة العمومية-الخاصة-

تندرج السياحة ضمن المقاربة التواصلية بين القطاعات وهذا المخطط يسعى الى توصيل الشبكة السياحية من طرف الى طرف ومن أجل تحقيق ذلك لابد من[1] جعل بوابات الدخول الى التراب الوطني أكثر جاذبية كالسفارات القنصليات المطارات المراكز الحدودية ,الموانئ ,المحطات.

-تحسين الخدمات القاعدية في المواقع السياحية، النظافة، المياه، التطهير، الطاقة، تكنولوجيات الاعلام والاتصال.

-تسهيل الوصول الى المواقع السياحية.

-صيانة الثروة الطبيعية والبيئة.

-تعميم السياحة لتشجيع الخدمات النوعية السريعة[2]

-تنفيذ شراكة, من خلال تحفيز جميع الشركاء العموميين والخواص لتنمية القطاع السياحي لان تنمية السياحة تتطلب التنسيق بين الكثير من القطاعات الاقتصادية[3] تعتبر هذه الأهداف من بين ما تسعى الدولة الى تحقيقه واقعيا من خلال المخطط فالسياحة ترتبط أساسا بمختلف القطاعات لتحقق قدر من التطوير والنجاح في مجال السياحة.

ثالثا: مسعى مخطط الشراكة العمومية-الخاصة-

يعتبر مخطط الشراكة أداة اقتصادية لتطوير السياحة والتنمية وضمان امتدادها للأمد البعيد, كما يسعى الى وصل الشبكة السياحية وجعلها منسجمة وهنا يتعلق الأمر بتبني استراتيجية التجميع بربط الشركاء ومن أجل ذلك لابد من[4]:

-السعي الى دخول المنافسة بشكل منتظم.

---

[1] – عوينان عبد القادر الأطروحة السابقة ص346.

[2] – وزارة تهيئة الاقليم والبيئة والسياحة، المخطط التوجيهي للتهيئة السياحية*م ت ت س*2025SDAT الكتاب 02: المخطط الاستراتيجي: الحركيات الخمسة وبرامج الأعمال السياحية ذات الأولوية جانفي 2008ص52.

[3] – بوفاس الشريف، بن خديجة منصف، ترقية تسويق المنتوج السياحي في الجزائر الواقع والتحديات، مداخلة ألقيت في فعاليات الملتقى الوطني الأول حول المقاولاتية وتفعيل التسيوق السياحي في الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير جامعة 8 ماي قالمة22و23 أفريل 2014 ص 10.

[4] – عوينان عبد القادر، الأطروحة السابقة ص 347.

-ايجاد شراكة بين مختلف الفاعلين والعاملين في شبكة الانتاج والتوزيع (المنتوج السياحي) كأصحاب الفنادق المطاعم، المنشطين الرئيسيين، المستثمرين.

-التشجيع على انشاء مجموعات المصالح العمومية, الناقلين منظمي الرحلات, من أجل استقطاب الأجانب وضمان منافسة أجنبية[1]

-كما يسعى المخطط الى انشاء بعض الادارات على المستوى المحلي على غرار المديريات الوطنية[2]

لأن القطاع الخاص يساهم في عملية التنمية السياحية نظرا لتمتعه بالكفاءة الادارية والخبرة الاستثمارية والقدرة التنافسية في مجال السلع والخدمات و بالتالي فتطوير السياحة وتنويع مصادر الدخل يكمن في تدخل أطراف الشراكة المتمثلة في القطاع الخاص[3] عن طريق مجموعة من الخطوات:

-الاعتماد على القطاع الخاص الأجنبي لتطوير السياحة.

-تضمين مفاهيم التنمية السياحية المستدامة.

-التزويد بالحوافز والميزات لتحقيق الغرض المطلوب.

-فتح قطاع السياحة أمام القطاع الخاص لزيادة فعاليته وقدرته التنافسية.

-العمل على تكثيف الجهود لتنمية قطاع السياحة وتحسين نوعية الخدمات المحلية بتدخل القطاع الخاص.[4]

-توزيع الاستثمارات السياحية بشكل يساهم في تنمية المناطق المختلفة والاستفادة من الامكانيات والمقومات السياحية المختلفة.

-العمل على وضع السياسات الخاصة بالسياحة والمكونة من مجموعة الأنظمة والقوانين والتشريعات.[5]

بالإضافة الى أن المخطط يسعى الى خلق روابط بين مختلف الفاعلين في عملية السياحة سواء عموميون ام

---

[1] – وزارة تهيئة الاقليم والبيئة والسياحة، المخطط التوجيهي للتهيئة السياحية، المرجع السابق ص52.

[2] – سماعيني نسيبة، دور السياحة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الجزائر، مذكرة ماجستير، تخصص استراتيجية، كلية العلوم الاقتصادية علوم التسيير والعلوم التجارية,جامعةوهران,2014/2013ص 161.

[3] – عوينان عبد القادر، الأطروحة السابقة، ص347.

[4] – د. ناجي التوتي, دور آفاق القطاع السياحي في اقتصاديات الأقطار العربية, مجلة المعهد العربي للتخطيط الكويت مايو,2001 ص 9.

[5]– عوينان عبد القادر، الاطروحة السابقة، ص 348.

خواص وذلك من أجل مواجهة المنافسة الأجنبية و تحقيق منتوج سياحي نوعي, وجعل الواجهة الجزائرية أكثر جاذبية وتنافسية لبلوغ مستوى نضج سياحي يرقى بالجزائر الى أن تكون بلدة سياحية مفضلة[1]

المبحث الثاني: مخطط الشراكة كآلية لتفعيل الاستثمار السياحي

كما سبق وأن تطرقنا الى أنه لا يمكن أن نتصور تنمية سياحية دون تعاون فعال بين القطاع العام والخاص بحيث يساهم في تحريك وتطوير الاقتصاد المحلي والنهوض به باستغلال الموارد المتاحة سواء تاريخية تراثية لاستقطاب السياح لوجهة سياحية على النحو المطلوب:

أولا: تعريف الاستثمار السياحي

لقد تميز عالمنا المعاصر بصناعة السياحة ,وقد سعت الكثير من الدول الى الاهتمام بالاستثمار السياحي لمزاياه الايجابية المتعددة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية, وقد صارت السياحة ذات أثر فعال في دعم الاقتصاد وتنشيط حركة الاستثمار مما أدى الى ايجاد فرص عمالة جديدة متزايدة سنويا[2]

الاستثمار السياحي: "هو المجال الذي يسمح بخلق ثروة جديدة وتجديد الثروات القائمة"

"وهو أحد المراحل الرئيسية في الدورة الاقتصادية التي تتمثل في الانتاج, التوزيع, الاستهلاك, الادخار"[3] ويتمثل أيضا في مجموع ما ينفق في قطاع السياحة وما تستقطبه الدولة من استثمارات أجنبية موجهة لهذا القطاع, ويعتبر الاستثمار السياحي من الأنشطة الواعدة لما تتيحه من فرص واعدة لتحقيق النجاح والعوائد المالية المعتبرة ,بحيث يتوقف هذا الاستثمار على مدى تدفق رؤوس الأموا ل المحلية والاجنبية للاستثمار في مجال السياحة, الى جانب قوة المنتوج السياحي المعروض وحجم الطلب عليه في السوق السياحية الخارجية ذلك أن رواج صناعة السياحة يؤثر بشكل مباشر على اقتصاديات الدول ونمو الصناعات بمختلف أنواعها لان الاستثمار السياحي شأنه شأن أي استثمار في أي قطاع آخر لأنه يقوم على ركيزتان أساسيتان

---

[1] – بوفاس الشريف، بن خديجة منصف، المداخلة السابقة ص 12.

[2] – وزاني محمد، السياحة المستدامة: واقعها وتحدياتها بالنسبة للجزائر–دراسة القطاع السياحي لولاية سعيدة–حمام ربي– ,مذكرة ماجستير، تخصص تسويق الخدمات ,معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير, جامعة تلمسان,2011/2010ص 56.

[3] – وزاني محمد، السياحة المستدامة المذكرة السابقة ص 56.

تتمثلان في الحوافز والضمانات كتوفير الاستقرار السياسي الذي يشكل مناخا ملائما للاستثمار الى جانب محفزات عديدة أهمها القوانين والتشريعات المتعلقة بالاستثمار سواء كان محلي أو أجنبي بالإضافة الى توفر البنية التحتية الملائمة وانتشار الوعي السياحي بين مختلف شرائح المجتمع.[1]

ثانيا: الإطار القانوني للاستثمار السياحي في الجزائر.

تبنت الجزائر نظاما اقتصاديا جديدا وقد تم تكريسه في دستور سنة 1989 حيث قامت بالانتقال من الاقتصاد الموجه والدولة الاشتراكية الى اقتصاد السوق والدولة الليبرالية، فعمدت حينئذ الى سن مختلف التشريعات التي تواكب التوجه الاقتصادي الجديد الساري المفعول.

1/قانون النقد والقرض 10/90:عمد من خلاله : السماح للأجانب وكذا المواطنين الجزائريين غير المقيمين بالخارج الى تحويل رؤوس أموالهم الى الجزائر بغرض تمويل أي مشروع استثماري اقتصادي يحقق المنفعة العامة[2].المعدل بموجب الأمر 11/03 ثم القانون رقم 10/17[3]

2/المرسوم التشريعي رقم 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار: بدوره نص على تشجيع الاستثمار المحلي والأجنبي في نطاق واسع حيث جاء في محتوى المواد:

-يحظى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بنفس المعاملة للأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون من حيث الحقوق والالتزامات المتصلة بالاستثمار.

-منح تحفيزات جبائية وجمركية في المجال الصناعي والتجاري[4]

3/الامر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار: نص هذا الامر على مكانة المستثمر الاجنبي في الجزائر حيث منح له امتيازات وضمانات شأنه شأن المستثمر الوطني دون تمييز في ذلك:

-المساواة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب

---

[1] / بوفلاح نبيل، تقرورت محمد، دراسة مقارنة لواقع السياحة في دول شمال افريقيا، حالة الجزائر، تونس، المغرب، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الاول حول السياحة في الجزائر واقع وآفاق' معهد العلوم الاقتصادية، المركز الجامعي البويرة,11و12 ماي 2010ص 6

[2] – أنظر القانون رقم 10/90 المؤرخ في 14 ابريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض جريدة رسمية عدد 16.

[3] – للتفصيل أكثر راجع القانون رقم 10/17 المؤرخ في 11 أكتوبر 2017 المتعلق بالنقد والقرض

[4] – أنظر المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار جريدة رسمية عدد64.

-الغاء التمييز بين القطاعين العام والخاص التشجيع على الاستثمار بين القطاعين للنهوض بالقطاع السياحي الجزائري.

وفي اطار هذا القانون تم انشاء الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار كضمانة لترقية الاستثمار وتسهيل المعاملات الادارية وملفات المستثمرين بالإضافة الى الغاء الحواجز الجمركية[1].التي كانت في الماضي تعيق أي عملية استثمارية في مختلف القطاعات الاقتصادية.

4/القانون رقم 01/03 المتعلق بالتنمية المستدامة للسياحة: يهدف هذا القانون الى احداث محيط ملائم ومحفز من أجل:

-ترقية الاستثمار وتطوير الشراكة في المجال السياحي.

-ادماج مقصد الجزائر ضمن السوق الدولية للسياحة من خلال ترقية الصورة السياحية.

-المساهمة في حماية البيئة وتحسين إطار المعيشة وتثمين القدرات الطبيعية والثقافية والتاريخية.

-ترقية وتنمية الشغل في الميدان السياحي.

-تثمين التراث السياحي الوطني.

-دعم التنمية السياحية بتقديم المساعدات ومنح الامتيازات المالية الجبائية الخاصة بالاستثمار السياحي.

-تشجيع التنمية السريعة المستدامة للسياحة واستحداث آثار ايجابية على الاقتصاد الوطني[2]من خلال استقراء نص المادة تبين لنا أن المشرع الجزائري قد أولى أهمية بالغة للشراكة في المجال السياحي في حين قد أدخل حماية البيئة ضمن المقتضيات التي تؤدي الى تنمية سياحية مستدامة فغرض المشرع من ذلك هو الحفاظ على الموارد الطبيعية والنهوض بها في قطاع يخلو نوعا ما من التهديدات البيئة التي أصبحت موضوعا للنقاش بسبب الآثار السلبية التي تنجر عن الصناعات المختلفة وتغييرها الى اقتصاد نظيف يحقق تنمية مستدامة

5/القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار: نص أيضا على أهمية تفعيل الشراكة بين القطاعين خاصة في المجال السياحي:

-الشراكة في مجال الاستثمارات.

[1] – للتفصيل أكثر راجع الامر رقم 03/01 المؤرخ في 21 اوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار جريدة رسمية عدد 47.

[2] – لمزيد من التفاصيل راجع القانون رقم 01/03 المؤرخ في 17 فبراير 2003 المتعلق التنمية المستدامة للسياحة جريدة رسمية عدد11.

-الاستثمارات الاجنبية المنجزة بالشراكة مع المؤسسات الاقتصادية يجب أن تستوفي الشروط اللازمة لقيامها.

-معاملة الاشخاص الطبيعيون والمعنويون الاجانب مثل معاملة ما يعامل به الاشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار.

-تكليف المجلس الوطني بالاستثمار الوطني باستراتيجية دعم الاستثمارات.

-بالنسبة للوكالة الوطنية للاستثمار تتولى هي الاخرى منح المزايا المرتبطة بالاستثمار.[1]

ثالثا: أهمية الاستثمار السياحي

من أجل تنفيذ سياسة استراتيجية تعنى بالتنمية السياحية المستدامة تؤسس مخططات توجيهية ذات المنفعة العمومية من بينها: مخطط التهيئة السياحية الذي يحدد كيفيات تطوير الانشطة السياحية ومنشآتها الاساسية لكن بمراعاة الخطوات التالية:

-خصوصية المناطق وامكانياتها السياحية على حسب المؤهلات التي تمتلكها كل منطقة.

-الاحتياجات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية لكل حظيرة سياحية.

-الاستغلال العقلاني المتسق للمناطق والفضاءات السياحية[2]

حيث تكمن أهمية الاستثمار السياحي بالجهود التي قامت بها الحكومة بوضع التدابير التشجيعية لاسيما ما تعلق منها بمجال تهيئة وتسيير مناطق التوسع والمواقع السياحية بالاضافة الى الاعتماد على سياسة تكوين وتسيير الموارد البشرية وتشجيع الاحترافية وروح الابتكار والابداع وتمكين المستثمرين من الاستفادة من مختلف الادوات والخدمات المالية الملائمة مع متطلباتهم ,تحسين الخدمات البنكية المتعلقة بدراسة المشاريع السياحية, تشجيع بروز محيط اقتصادي وقانوني يوفر الدعم للأنشطة السياحية ويضمن كذلك شروط ترقيتها وتثمينها في اطار منسجم[3]

-وللإعلام السياحي والترقية السياحية دور مهم أيضا في تعزيز فرص الاستثمار والشراكة من خلال ترقية المؤهلات السياحية والثقافية والطبيعية التي تزخر بها البلاد[4].ابراز المقومات والجواذب للمناطق السياحية, تنمية الوعي الاجتماعي لدى السكان مع حثهم على المشاركة في عملية التنمية بالإضافة الى التثقيف

[1] – راجع القانون رقم 09/16 المؤرخ في 3 غشت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار جريدة رسمية عدد 46.

[2] – أنظر المادة 38 من القانون رقم 20/01 المؤرخ في12 ديسمبر 2001 المتعلق بتهيئة الاقليم وتنميته المستدامة جريدة رسمية عدد77

[3] – أنظر المادتين 11-19 من القانون 01/03 المتعلق بالتنمية المستدامة للسياحة السابق ذكره.

[4] – للتفصيل أكثر راجع المادة 38 من القانون 01/03 السابق ذكره.

والتوعية بأهمية البيئة وتوفير الحماية لها و لمواردها واتباع المنهج البيئي الرشيد الذي يحقق استدامة البيئة توفير المعلومة السياحية و تحديثها بالاعتماد على الوسائل الاعلامية الحديثة[1]

رابعا: دور الاستثمار السياحي في تنشيط التنمية الاقتصادية

كون الاستثمار السياحي مقصد جديدا ووجهة اقتصادية تسعى من خلالها الدولة الى التطوير حيث أنه يساهم في مختلف مجالات التنمية:

-زيادة الدخل ودعم الاقتصاد الوطني: وذلك بإقامة المؤتمرات والندوات واللقاءات التي تجلب السائح الأجنبي وتحسن المنتوج المحلي[2]ويرتبط الاستثمار السياحي بزيادة الدخل الوطني بحيث يتوقف ذلك على عملية حسابية و ما يتم دفعه من عملة صعبة من طرف السائح هل ستساهم بشكل مباشر في زيادة الدخل أم تبقى تأويلات فقط؟ وهي حسب الاخصائيون في هذا المجال حسب الاستهلاك الذي يستهلكه السائح للموارد السياحية المتاحة.[3]

-توفير مناصب العمل: تماشيا والسياسة المنتهجة اقتصاديا وضعت الدولة مختلف الاستراتيجيات لامتصاص البطالة عن طريق تدريب الكفاءات المحلية بما يتوافق ومتطلبات السوق لتمكينهم من العمل ورفع المستوى العام للدخل المادي مما يساهم في لتحسين ظروفهم المعيشية بأعلى المعدلات المستقرة والمستدامة وتشجيع القطاع الخاص للمشاركة بفعالية في التنمية ليكون شريكا كاملا واستراتيجيا من خلال خلق بيئة استثمارية مناسبة[4]

-الاحترام المتبادل والتقدم الاجتماعي والثقافي بين الشعوب: يشكل التفاهم وتعزيز القيم الاخلاقية أساسا للسياحة المسؤولة ونتيجة لها , ينبغي لأصحاب المصلحة في التنمية السياحية وللسائحين أنفسهم مراعاة التقاليد والعادات الاجتماعية والثقافية لكافة الشعوب[5],الانفتاح على مختلف القيم الانسانية البناءة ومعرفة العالم الخارجي من خلال تبادل المعارف والتواصل بالتعرف على الثقافات والحضارات المجاورة مما يساعد

---

[1] – د عبد الناصر بن عبد الرحمن الزهراني، د كباشي حسين قسيمة، المرجع السابق ص23.

[2] – د. هيثم ناعس، أهمية قطاع النقل والسياحة ودورهما في استثمار الموارد البشرية والاقتصادية وتنميتها في مدينة دمشق منطقة الزبداني، مجلة جامعة دمشق المجلد 26 العدد الاول والثاني 2009ص 626 627

[3] – العابد فايزة، لعراف سميرة، صناعة السياحة في الجزائر: الواقع وسبل النهوض، مداخلة ألقيت ضمن الملتقى الوطني فرص ومخاطر السياحة الداخلية في الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة باتنة,19و20 نوفمبر 2012ص6.

[4] – د هيثم ناعس، المقال السابق،ص 627 628.

[5] – للتفصيل أكثر راجع المدونة العالمية لأخلاقيات السياحة، قرار معتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 21 كانون الاول 2001 ص3.

على نمو التفكير والمستوى الثقافي للسكان وعليه فلاستثمار السياحي ليس فقط منبرا للتنمية الاقتصادية بل تعدى الى المجال الثقافي الانساني المشترك[1]

المبحث الثالث: الهيئات الكفيلة بتنفيذ مخطط الشراكة السياحي.

يتم تنفيذ مخطط الشراكة العمومية الخاصة عن طريق الهيئات التي منحها القانون ذلك بقصد تنظيم عملية انجاز المشروع بالشراكة على النحو المطلوب

أولا: الهيئات المحلية.

تعد المديريات السياحية الوسط الرئيسي بين الوطني والمحلي للقيام بالأنشطة السياحية باعتبارها هيئة تنسيق واتخاذ القرار وعليه يتوجب تفعيل دور هذه الهيئة للاستجابة لما يلي:

-تنفيذ مخطط النوعية السياحي(PQT).

-ترقية الاستثمار السياحي[2]ومن أجل تحقيق الربط بين الشبكة السياحية والدفع بالشراكة يتعين ما يلي:

-اشراك المتعاملين الموجودين أصحاب الفنادق، وكالات السفر، في اتخاذ القرارات السياحية.

-تعزيز الدواوين السياحية المحلية باعتبارها محطات استقبال مصغرة تقوم بتقديم مختلف الخدمات السياحية نصائح الاستقبال والاعلام حول العرض السياحي[3]التنسيق والتبادل بين الدواوين المحلية الوطنية والاجنبية لتكثيف الجهود الخاصة بالمشاريع السياحية وتحسين سيرها.

*المجلس الولائي للتنمية السياحية: يعتبر فضاء للحوار والتفكير هدفه استشاري يترأسه الوالي واجتماعاته تكون دورية يجمع المحترفين في الميدان, أصحاب الفنادق, عارضي الخدمات, ووكلات السفر والغرف التجارية ومن أجل تحقيق ذلك لابد من امتلاك تنظيمات تمثيلية كالجمعيات والنقابات المهنية على المستوى المحلي, وأن يكون ضمن المتعاملين الرئيسيين المعنيين بتهيئة وتنمية السياحة على مستوى الولاية كل من

[1] – ابركان فؤاد، السياسات السياحية والتنمية في الجزائر-مثال ولاية بومرادس-,مذكرة ماجستير تخصص رسم السياسات العامة، كلية العلوم السياسية والاعلام جامعة الجزائر-يوسف بن خدة,2010/2009ص53 54.

[2] – وزارة تهيئة الاقليم والبيئة والسياحة، المرجع السابق ص52.

[3] – عوينان عبد القادر، الاطروحة السابقة، ص350.

مديرية الأشغال, الطاقة, الاتصال, الثقافة, سونلغاز، الجزائرية للمياه والتطهير لنضمن ترقية سياحية للولاية[1]ن تدخل هاته المديريات الولائية في العملية السياحية رغم اختلاف مهامهم الا أنهم سيساهمون بشكل كبير في عملية تنفيذ المشروع السياحي لوجود أشخاص ذوي اختصاص وخبرة .

تتمثل مهام المجلس في:

-التأهيل في المجال الاعلامي

-قبول أكبر عدد من المشاريع السياحية

-تنسيق أعمال مختل ف المتعاملين سواء عموميون ام خواص بهدف الربط والجمع.[2]

*الدواوين الجهوية للسياحة: وتكون كوسيط بين الديوان الوطني والدواوين المحلية مهمتها:

-التنسيق بين السلطات المركزية للسياحة والسلطات المحلية.

-التنسيق بين عمل الشركاء الجهويين خاصة مختلف المحطات السياحية.

-تقديم الاستثمارات فيما يخص تهيئة المناطق السياحية.[3]

ثانيا: الهيئات الوطنية

بالنسبة للهيئات الوطنية التي تقوم بتنفيذ المخطط في إطار استراتيجية سياحية نجد:

*الديوان الوطني للسياحة: يعتبر مؤسسة عمومية ذات طابع اداري لها الشخصية المعنوية والاستقلال المالي كما تخضع للمحاسبة العمومية والمراقبة المالية من طرف الدولة تتولى مهمة تأطير الترقية السياحية لأنها ذات منفعة عمومية.[4]

*الوكالة الوطنية لتنمية السياحة: تنشأ هذه الهيئة العمومية على المستوى الوطني وتسند لها مهمة ومتابعة عملية التنمية السياحية.

تتولى في هذا الاطار على وجه الخصوص اقتناء وتهيئة وترقية واعادة بيع وتأجير الاراضي والعقار السياحي للمستثمرين داخل مناطق التوسع السياحي[1]والمواقع السياحية المعدة لإنجاز المنشآت السياحية[2]

---

[1] – وزراة الاقليم والبيئة والسياحة، المخطط التوجيهي،المرجع السابق،ص54/53.

[2] – عوينان عبد القادر، الأطروحة السابقة ص 351.

[3] – سماعيني نسيبة، المذكرة السابقة، ص94.

[4] – سماعيني نسيبة، المذكرة نفسها ص 92.

كما تقوم بالتنسيق بين الهيئات المحلية لإعداد المشاريع على أحسن وجه, تنفذ المشاريع التي تنطلق دائما من المحلي الى الوطني وعلى المتعاملين المحليين التنسيق وربط الشبكة السياحية للشراكة العمومية الخاصة[3]

المؤسسات التابعة: وتكون عند تنفيذ مخطط الشراكة:

*المؤسسة الوطنية للدراسات السياحية تكلف هذه المؤسسة بما يلي:

-انجاز الدراسات لمعرفة الطاقات السياحية وتنميتها.

-القيام بالتهيئة السياحية والمعدنية.

-مراقبة المشاريع التنموية.

-المراقبة ووضع الخبرة للمجمعات السياحية والفندقية.

-تأسيس بنك للمعلومات لأجل التهيئة والتنمية السياحية[4]

*اللجنة الوطنية لتسهيل الأنشطة السياحية: تقوم هذه اللجنة بما يلي:

-اقتراح القواعد التنظيمية والضرورية لتنمية وترقية السياحة.

-تسهيل التدفقات السياحية الوطنية والدولية.

-تأمين شروط الموافقة لدخول واقامة السياح وانتقالهم.

-تبسيط الاجراءات الادارية الخاصة بالسياح وتحسين الخدمات العمومية. كالنقل، التكوين، الاتصالات، الامن.

- حماية وتقييم الارث الحضاري, الطبيعي, التقليدي, التاريخي[5].

بالإضافة الى هذه الهيئات التي نظمها المشرع الجزائري بموجب قوانين وتنظيمات والتي تطرقنا الى دور كل منها في ميدان التنسيق والتبادل للخبرات في المجال السياحي والسعي الى تطويره ولو ببساطة لكن الدور الفعال للقطاع الخاص يتمثل في:

---

[1] - يقصد بمناطق التوسع السياحي: كل منطقة أو امتداد من الاقليم يتميز بصفات او خصوصيات طبيعية وثقافية وبشرية وابداعية مناسبة للسياحة مؤهلة لإقامة أو تنمية منشأة سياحية ويمكن استغلالها في تنمية نمط او أكثر من السياحة ذات المردودية

[2] - أنظر المادة 20 من القانون رقم 01/03 المتعلق بالتنمية المستدامة للسياحة،السابق ذكره.

[3] - المخطط التوجيهي،المرجع السابق ,ص 57.

[4] - سماعيني نسيبة، المذكرة السابقة ص 93

[5] - سماعيني نسيبة، المذكرة نفسها، ص96

-الجمعيات السياحية: حيث أن لها بعد جهوي وطني في التكفل بالسياحة والاسفار والتنقل وتطوير الانشطة السياحية ومواكبتها وما يتناسب والتكنولوجيات الحديثة التي تعتمدها الدول السياحية الاخرى.

ثالثا: مراحل تنفيذ مخطط الشراكة

يتم تنفيذ مخطط الشراكة العمومية الخاصة وفقا للترتيبات التنظيمية التالية:

1/ الترتيبات التنظيمية على المستوى الوطني: ينفذ المخطط عن طريق وزارة السياحة ليتفرع بعد ذلك الى الهيئات التي لها مهمة المتابعة بدا بالمديريات السياحية وصولا الى المجلس الولائي للسياحة حيث يقوم هذا الأخير بالمهام التي تم التطرق اليها سابقا لضمان سير مشروع في المستوى المطلوب، أو عن طريق المؤسسات التابعة الى الديوان المحلي للسياحة المحطات المصغرة.

2/ مخطط جهاز التشاور المحلي: يتم عرض المشروع على مجلس التنمية السياحية للتنفيذ ويكون باتباع المراحل التالية:

-الاعلان عن المشروع.

-اعطاء مختلف المعلومات الشاملة المتعلقة بالمشروع المزمع انجازه.

-تحديد وتصميم المشروع.

-البرمجة والأجندة.

-التشاور والاشراك الواسع للجمهور، بروز أطراف الشراكة

-ثم تأتي مرحلة التنفيذ تليها المتابعة المستمرة من طرف المجلس الولائي للسياحة.[1]

[1] - عبد القادر عوينان, الأطروحة السابقة,ص352/351.

خاتمة:

في الأخير يتضح لنا أن موضوع مخطط الشراكة العمومية الخاصة في المجال السياحي يعد من بين المواضيع المهمة على الصعيد الوطني خاصة وأنه يشمل الجانب الاقتصادي فبعد الدراسة تبين لنا أنه يحمل في طياته مختلف الجوانب سواء اقتصادية بالدرجة الاولى او اجتماعية او بيئية فهو يعكس فعليا رغبة الدولة الجزائرية وارادتها في النهوض بتطوير القطاع السياحي وتحسينه بجودة الخدمات المقدمة ,فتفعيل دور القطاع الخاص واعطاءه اهمية من خلال هذه الحركية الخامسة المنبثقة عن المخطط التوجيهي للتهيئة السياحية سوف يعطي نتيجة حتى على الامد البعيد لان اشراك الاطراف الاخرى من شأنه أن يزيد في حركية القطاع وتنشيطه ووصل الشبكة السياحية وتعميمها, بالإضافة الى تحسين مناخ انجاز المشاريع السياحية المسطرة من قبل الدولة وقولبتها وما يتناسب والتقدم التكنولوجي الذي عرفته الدول السياحية الاخرى, بالرغم من هذه المزايا التي يعرفها مخطط الشراكة العمومية الخاصة الا أنه مزال لم يلقى قبولا وتجسيدا على الارض الواقع كما يجب وذلك بسبب تماطل الجهات الحكومية في ادخال القطاع الخاص في العملية السياحية رغم القوانين التي اصدرها المشرع الجزائري بشأن تعزيز فرص الاستثمار السياحي بالشراكة وعليه نقوم باقتراح مجموعة من التوصيات:

1/التحفيز على استراتيجية تمويل عملياتي محقق بين القطاعين العام والخاص للانسجام في تحقيق الأهداف الاقتصادية للمشاريع السياحية.

2/التطبيق الفعلي للقوانين وتجسيدها بإدخال القطاع الخاص في عملية التنمية لتحقيق استدامة سياحية على المدى البعيد.

3/ انشاء جمعيات سياحية أجنبية ووطنية للمبادرة بضرورة تدخل القطاع الخاص في الميدان السياحي

3/ضرورة الجمع بين القطاعين في عملية اتخاذ القرار السياحي من شأنه أن يحقق التنمية الشاملة للبلاد.

4/ ضرورة المتابعة المستمرة لمخطط الشراكة على أرض الواقع حتى نضمن نجاح سياسة المخطط التوجيهي للتهيئة السياحية.

5/التأكد من الشروط المطلوبة المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية السياحية والمؤسسات الاقتصادية لضمان شراكة فعالة.

6/اشراك المديريات التنفيذية على مستوى كل ولاية بمختلف تخصصاتها كمتعامل رئيسي لتنفيذ المشروع السياحي لوجود أشخاص ذوي وخبرة

قائمة المراجع والمصادر:

المصادر:

1/ القانون رقم 10/90 المؤرخ في 14 ابريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض جريدة رسمية عدد 16؛

2/ القانون رقم 10/17 المؤرخ في 11 أكتوبر 2017 المتعلق بالنقد والقرض

3/ المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار جريدة رسمية عدد64؛

4/ الامر رقم 03/01 المؤرخ في 21 اوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار جريدة رسمية عدد 47؛

5/ القانون رقم 01/03 المؤرخ في 17 فبراير 2003 المتعلق التنمية المستدامة للسياحة جريدة رسمية عدد11؛

6/ القانون رقم 09/16 المؤرخ في 3 غشت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار جريدة رسمية عدد 46؛

7/ القانون رقم 20/01 المؤرخ في12 ديسمبر 2001 المتعلق بتهيئة الاقليم وتنميته المستدامة جريدة رسمية عدد77.

المراجع:

-أطروحات الدكتوراه

- عوينان عبد القادر, السياحة في الجزائر الامكانيات والمعوقات(2025/2000) في ظل الاستراتيجية السياحية الجديدة للمخطط التوجيهي للتهيئة السياحيةSDAT2025.أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية, تخصص نقود ومالية كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير والعلوم التجارية, جامعة الجزائر03 .2013/2012

-مذكرات الماجستير:

- ابركان فؤاد، السياسات السياحية والتنمية في الجزائر-مثال ولاية بومرادس-,مذكرة ماجستير تخصص رسم السياسات العامة، كلية العلوم السياسية والاعلام جامعة الجزائر-يوسف بن خدة,2010/2009.

-وزاني محمد، السياحة المستدامة: واقعها وتحدياتها بالنسبة للجزائر-دراسة القطاع السياحي لولاية سعيدة-حمام ربي-,مذكرة ماجستير، تخصص تسويق الخدمات ,معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير, جامعة تلمسان,2011/2010

– سماعيني نسيبة، دور السياحة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الجزائر، مذكرة ماجستير، تخصص استراتيجية، كلية العلوم الاقتصادية علوم التسيير والعلوم التجارية,جامعةوهران,2014/2013.

-المقالات:

– د. ناجي التوتي, دور آفاق القطاع السياحي في اقتصاديات الأقطار العربية, مجلة المعهد العربي للتخطيط الكويت مايو,2001 .

– د. هيثم ناعس، أهمية قطاع النقل والسياحة ودورهما في استثمار الموارد البشرية والاقتصادية وتنميتها في مدينة دمشق منطقة الزبداني، مجلة جامعة دمشق المجلد 26 العدد الاول والثاني 2009.

-المداخلات:

– بوفلاح نبيل، تقرورت محمد، دراسة مقارنة لواقع السياحة في دول شمال افريقيا، حالة الجزائر، تونس، المغرب، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الاول حول السياحة في الجزائر واقع وآفاق' معهد العلوم الاقتصادية، المركز الجامعي البويرة,11و12 ماي 2010

– العابد فايزة، لعراف سميرة، صناعة السياحة في الجزائر: الواقع وسبل النهوض، مداخلة ألقيت ضمن الملتقى الوطني فرص ومخاطر السياحة الداخلية في الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة باتنة,19و20 نوفمبر 2012. بوفاس الشريف، بن خديجة منصف، ترقية تسويق المنتوج السياحي في الجزائر الواقع والتحديات، مداخلة ألقيت في فعاليات الملتقى الوطني الأول حول المقاولاتية وتفعيل التسيوق السياحي في الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير جامعة 8 ماي قالمة22و23 أفريل 2014

-البحوث المنشورة:

– للتفصيل أكثر راجع المدونة العالمية لأخلاقيات السياحة، قرار معتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 21 كانون الاول 2001 .

-المواقع الالكترونية:

وزارة تهيئة الاقليم والبيئة والسياحة، المخطط التوجيهي للتهيئة السياحية*م ت ت س*SDAT2025 الكتاب 02: المخطط الاستراتيجي: الحركيات الخمسة وبرامج الأعمال السياحية ذات الأولوية جانفي 2008.

-Ministère de l'aménagement du territoire de l'environnement et de tourisme. Livre02 le plan strategique:les cinq dynamiques et les programmes d'actions touristique. Janvier 2008

آليات إدارة الاختلاف

د/ أحمد سالم ولد أشريف أحمد اعل رابي

أستاذ متعاون / جامعة نواكشوط/ قسم القانون العام

أستاذ متعاون / المدرسة الوطنية للإدارة والصحافة والقضاء

موريتانيا

Chrifamd@yahoo.fr

مقدمة :

لقد شهدت السنوات الأخيرة تراكما خطيرا للمشاكل المتعلقة بإدارة الخلاف السياسي، والاختلاف الديني والإثني بشكل عام، حيث يمكن أن يعتبر المشكل الرئيسي الذي يواجه اليوم العديد من الأنظمة بالمنطقة، وبالنظر للتعقيدات التي تطرحها هذه الإشكالية والمحاولات التفسيرية التي ترافقها فإنها تبدو بالفعل مشكلة العصر، وإذا كان العنف السياسي كمفهوم قد تبلور قديما في علم السياسية، فإن وجوده كحدث سياسي أقدم من ذلك بكثير، إذ على سبيل المثال، بالنسبة لفرنسا بدأ مع بداية الثورة الفرنسية، ولم يتم إنجاز الانتقال الديمقراطي كآلية لإدارة الاختلاف إلا سنة 1900، وذلك من خلال تدعيم الجمهورية الثالثة، وفي انجلترا أدت الحروب والمشاكل بين المكونات المجتمعية إلى الإنجاز الشهير سنة 1918 مع العمل بنظام الاقتراع العام[1] من هنا يمكن القول بأن الجديد بالنسبة إلى تدبير الاختلاف هو علاقته بالزمن، حيث أن العملية لم تعد تتطلب قرنا ونصفا من الصراعات بل يكفي خمس أو ست سنوات ليكتشف الجمع أنهم مخطئون، وأن لا مجال للإلغاء أو الحسم.

[1]- زين العابدين حمزاوي، الأحزاب السياسية وأزمة الانتقال الديمقراطي في المغرب، المجلة العربية للعلوم السياسية، ص: 101.

إن النظام الانتخابي كآلية لتدبير الاختلاف يجب أن يكون عملا حقيقيا للتغيير يتم بواسطته الانتقال من وضع سياسي إلى آخر يدخل تغييرات على الوضعية الاقتصادية والاجتماعية، وعلى المؤسسات القائمة والفاعلين السياسيين (ويعتبر النظام الديمقراطي عملية معقدة وصعبة كشفت التجارب أنها تتطلب تضحيات كبيرة وتتسبب في مقاومات وصراعات بين القوى القائمة والجديدة، وبين مراكز النفوذ وشبكات المصالح الأمر الذي يفرض على الأطراف تقديم عدد من التنازلات والتفاوض على مجموعة من التوافقات).

كما يفيد بأننا أمام كيفية جديدة لوعي المجال السياسي، وأمام أسلوب جديد لممارسة السياسية والسعي إلى السلطة.

ونستعمل مفهوم الانتقال الديمقراطي لوصف التحولات الجذرية التي تقع في نظام سياسي يتميز بطبيعته الشمولية، وهذه التحولات قد تأخذ أشكالا متعددة وتتم على مستويات مختلفة بحسب تجارب الانتقال الديمقراطي التي عرفتها بعض المجتمعات في الربع الأخير من القرن الماضي كما يمكن وصف الانتقال الديمقراطي بكونه مسلسلا يتم فيه العبور من نظام سياسي شمولي مغلق لا يسمح بالمشاركة السياسية أو تكون فيه الحقوق المرتبطة بالمشاركة السياسية مقيدة إلى نظام سياسي مفتوح يتيح مشاركة المواطنين ويتيح تداول السلطة، ونظرا لفشل الإجراءات الشكلية للعملية الديمقراطية في منطقتنا بدءا من الاقتراع العام المباشر مرورا بالانتخابات، وانتهاء بهيئات اللامركزية المحلية[1]، فإن المنطقة مطالبة اليوم بتجريب الانفتاح على آليات تدبير الاختلاف من خلال الانفتاح على المجتمع الأهلي،وإعطاء فرصة أكبر للمجتمع المدني تحديدا[2].

إن الأساس في عملية تدبير الاختلاف هو الانفتاح على المجتمع وعلى القوى الحية والفاعلة فيه،وعلى مطالبه الأساسية المتصلة بثلاث مجالات: الديمقراطية كآلية لتدبير الاختلاف والتعدد، وحقوق

[1] . نعني بالفشل هنا: أن وجود قوالب الديمقراطية الشكلية لا يمنع من وقوع هزات اجتماعية عنيفة وخير مثال ما وقع في كل من مصر وتونس اللتين كانتا تطبقان النظام الديمقراطي بجميع مظاهره من اقتراع عام وإعمال للقواعد الديمقراطية من حيث جميع الآليات القانونية، إذ يسمح للمواطنين بالتسجيل والاقتراع العام المباشر، كما توجد مجالس محلية وبلديات إلا أن الديمقراطية في جوهرها الحقيقي كانت غائبة (آليات قادرة على إدارة الاختلاف) وهو ما أدى في الأخير إلى اندلاع الثورات.

[2] . لقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد في 10 دجنبر 1948، على الحق في تكوين الجمعيات والانخراط فيها، والحق في المشاركة في الحياة السياسية، وفي الحياة العامة.

الإنسان، والاقتصاد، وهذا مقابل تخلي النظام السياسي عن احتكار السلطة، ومركزية القرارات في دوائر ضيقة لا تسمح بحدوث حركية اجتماعية تتولد عنها حركية سياسية تؤدي إلى حصول تغييرات على مستوى بنية المجتمع وهو الأمر الذي يعتبر مؤشرا قويا على حصول التغيير الحقيقي سواء على مستوى منظومة القيم السائدة في النخبة السياسية أو على مستوى المنظومة القانونية والمؤسساتية ممثلة أساسا في المجتمع المدني.

وهو ما سنتناوله في المحاور التالية:

1- **الانتقال التوافقي**، الذي يتميز بحصول توافق بين السلطة القائمة و قوى التغيير.

2- **الانتقال الإسترادادي**، حيث تقوم السلطة القائمة وبسرعة بتحويل مطالب الشعب لفائدتها.

3- **الانتقال الجبري**، حيث أن السلطة القائمة وبعد رفضها السابق للتغيير ينتهي بها، الأمر وبدون حصول قناعة لديها إلى الرضوخ للتغيير.

أولا: عدم وجود انتقال توافقي

شكل تحول الإدارة من مسئولياتها التقليدية المتمثلة في إدارة المرافق العمومية ـ وتقديم الخدمات للمواطنين ـ إلى إدارة الصراع السياسي في منطقتنا منعطفا خطيرا، وذالك بفعل وجود نخبة إدارية تمارس ـ لا بل اجتاحت ـ العمل السياسي حتى أنها أصبحت أداة لإدارة الصراع الدائر داخل النظام نفسه بمعنى أنها أصبحت تمتلك وسائل الضغط والتأثير على السياسيين مما يحد من قدرتهم على التفرغ للتنزيل الصحيح للديمقراطية، أو الإيمان بها كوسيلة فعلية ذات جدوائية كبيرة في تدبير الاختلاف والتعدد، مما أدى بهذه النخب إلى القفز على هذا الواقع المتمثل في وجود تعدد واختلاف يجب الاقتناع بأنه حقيقي وليس مجرد اختلاف شكلي بل هو تعدد فعلي وحقيقي ودائم الحضور في المجتمع، ثم إن الواقع الاجتماعي كما يقول عبد الله العروي، هو في الحقيقة واقع تاريخي خاصة في مجتمع تقليدي حيث الماضي حاضر في قلب الحاضر القائم[1]

[1]. عبد الله العروي، مجلة اتحاد كتاب المغرب آفاق، عدد 3- 4، 1992.، ص: 160.

ولا يجب التعامل معه من منطلق نظرية الأزمة[1]،التي ترى ضرورة وجود سلطة مطلقة وقادرة، وكاملة الصلاحيات في مواجهة ظروف الأزمة فكيف يمكن تدبير هذا التعدد وماهي الظروف الأمثل لتذويب هذا الاختلاف وصولا إلى مرحلة التعايش بين مكونات منطقتنا؟

قبل الإجابة على هذه التساؤلات يجب الانطلاق من وجود سلطة مشروعة، وشرعية[2] قادرة على ضبط إيقاع تحركات الهيئات والمؤسسات بدءا من سلطات الدولة نفسها وليس انتهاء بالهيئات الأهلية القابعة بين الدولة والأسرة وصولا إلى الفرد

وفي إطار الشرعية يقول جان جاك روسو: (القوي ليس قويا بما فيه الكفاية دائما ليظل هو السيد، إذا لم يحول القوة إلى حق والطاعة إلى واجب)[3]

إن هذا القول يجعلنا أمام إشكالية كبيرة لأن صيرورة القوة حقا والطاعة واجب لا يتأتيان إلا عبر آليات قانونية ومؤسسية تضمن إدارة الاختلاف بنسق متفق عليه مسبقا.

إلا أن توافر الموارد ـ سواء منها الريعية أو المنجمية ـ بشكل كبير قد حال دون طرح هذا الإشكال بالنسبة للنخبة التي وضعت يدها على السلطة، والدولة في فترة زمنية خاصة[4] جعلتها تعتقد أنها في ظل كل الظروف السابقة ليست في حاجة إلى أي نوع من المشروعية، أو التأييد الشعبي من أجل الاستمرار في السلطة أو البقاء فيها إلى ما لانهاية ....، وهكذا غاب عن هذه النخب أسئلة هامة من قبيل المحاسبة أو المشروعية، أو المسئولية مما جعلها تطمئن على أنه في ظل ركود قاتل في الحياة السياسية العامة اعتقدت معه هذه النخب أن نظام الإذعان والتسليم بالأمر الواقع الذي فرضته على المنطقة قد ترسخ لدرجة لم يعد

---

[1] التأصيل الدستوري لحالة الاستثناء، والطوارئ كما في الدساتير الحدية الفرنسية لسنة 1958، والموريتاني لسنة 1991، كل التعديلات اللاحقة، ينبني كله على هذه النظرية.

[2] الشرعية المقصودة هنا هي الشرعية الدستورية ذات الطابع القانوني المؤسساتي، وليست الشرعية الدينية، والتي يقصد بها كل ما يتجاوز المجتمع المدني بحيث تستمد عناصرها ومقوماتها من قوى غريبة على الإنسان والمجتمع .

[3]. **Raymond Polin: "Analysephilosophique de l'idée de légitimité " in "Lidéelegitimité " ,institute international de philosophiepolitique".**
Annales de philosophiepolitique 7.8 paris 1967 p :17

[4] ـ هذه الفترة الزمنية الخاصة: هي فترة خروج المستعمر ـ أو تصفية المستعمر ـ وهي فترة اختلفت التجارب فيها بين الأقطار لدرجة كبيرة من الاتفاق إلى الحروب الطويلة مما لا يسمح بالتعميم لكن ما نقصده هو أنها فترة تشكل الدولة الوطنية.

معها بحاجة إلى مراجعة، أو تجديد لأسسه التي قام عليها[1]، إلا أن الحقيقة غير ذالك تماما، فالمنطقة كانت تشهد فراغا مميت أصبحت معه الشعوب وجميع قواها الحية والفاعلة في المجتمع دون أي وزن[2].

وعند الوصول لهذه المرحلة لم يعد كافيا أن تكون ممارسة السلطة مطابقة للقواعد القانونية المرسومة سلفا داخل الجماعة السياسية في المنطقة بل يجب أن تكتسب هذه السلطة مشروعيتها في الوجود من خلال حقها في اكتساب أو امتلاك السلطة، إذ من المسلم به أن كل سلطة سياسية لا يمكنها أن تعتمد على القوة فقط وذالك لأنها بحاجة إلى عنصرين: العنف، والرضا، والقوة الأقوى ليست هي عنف المسيطرين بل رضا المسيطر عليهم،[3]

ثانيا:الانتقال الاسترادادي في ظل ضيق هامش المجتمع المدني:

كان يمكن للمجتمع المدني أن يقوم بدور الانتقال الإسترادادي في ظل الفراغ القاتل الذي تكلمنا عنه سابقا، والذي تسببت فيه النخب السياسية ـ التي وصلت إلى السلطة بعد الاستعمار ـ كان من الممكن للمجتمع المدني أن يقوم بدور مهم وفعال في إدارة الاختلاف والتعدد الحاصل وذالك بوصفه التنظيم المسئول عن تأطير المجالات الخارجة عن سيطرة الدولة على اعتباره مجموعة من البنى الفوقية المتمثلة في النقابات والأحزاب، والصحافة والمدارس والمساجد والكنائس .....

هذا إذا أخذنا بعين الإعتبار إن فكرة الارتباط الوثيق بين الديمقراطية والمجتمع المدني التي جعلت البعض يرى أن لا وجود لمجتمع مدني بدون ديمقراطية، كما لا توجد ديمقراطية دون مجتمع مدني ليست قطعية، لأن كثيرا من الجمعيات المدنية تأسست في ظل أنظمة غير ديمقراطية في دول مختلفة من العالم، وكثيرا ما كان المجتمع المدني يستعمل كأداة لمواجهة أنظمة الحكم الاستبدادي المطلق، وفي منطقتنا يمكن أن نأخذ حركة { كفاية } المصرية كنموذج.

وعليه يمكن التفصيل بين وظائف الدولة والمجتمع المدني على الرغم من تسلط السلطات القائمة واستبدادها إلا أن النمو الاقتصادي . خصوصا في فترة الطفرة النفطية . و وجود هياكل وأنظمة شبه

---

[1]. برهان غليون /المستقبل العربي / عدد 289/ آذار مارس / 2003 / ص 140 . 146

[2]. هذا الفراغ سمح بتمدد الأجنبي ودخوله وإن عبر وكلائه في حروب كانت وبالا على المنطقة وشعوبها عملا بالمبدإ الفيزيائي الشهير الطبيعة تخشى الفراغ، إلا أن هذا قد يبعدنا عن موضوعنا وهو آليات إدارة الاختلاف.

[3] . M. Godelier : ‘ L’ideel et le matériel – pensée, société … Fayard. 1984. P : 205.

ديمقراطية شكلية موروثة عن الاستعمار أو مستوحاة من الدول الغربية إضافة إلى ظهور طبقة من المثقفين الذين درسوا في الغرب كلها عوامل أدت إلى إرهاصات وبواكير للمجتمع المدني وإن بقي بدور قليل أو محجم إلى أبعد الحدود في منطقتنا.

وذالك بناء على ما وصفه به العالم الكبير (هيجل) في مؤلفه (مبادئ فلسفة الحق) الصادر 1812، حيث أشار فيه إلى أن المجتمع المدني يقع بين الأسرة والدولة، وأنه يتكون من الأفراد والطبقات والجماعات، والمؤسسات وتنتظم هذه الهيئات كلها داخل القانون المدني[1]، ومن جهة أخرى يذهب المفكر الألماني المعاصر (يورفن هابرماس)، إلى القول إن وظائف المجتمع المدني تهم بالأساس الرأي العام غير الرسمي وغير المؤطر من طرف السلطة[2].

وأهم ميزات المجتمع المدني هي:

إشاعة روح التسامح والتراضي والاحترام المتبادل والإحساس من قبل كل المواطنين بأهميتهم في إدارتهم لبعض شئونهم عن طريق النقاشات المفتوحة والهادفة والبناءة وهو ما ينتج عنه إدارة سلمية للاختلاف والتنوع عن طريق المشاركة الممنهجة والمؤطرة من خلال هيئات ومؤسسات المجتمع المدني وهذا ما جعله يقوم في عصرنا الحاضر بدور مركزي وحيوي في إدارة التعدد والاختلاف بين المكونات الموجودة سواء داخل الشعب الواحد، أو في منطقة ما بصفة أوسع متى ما توفر الجو الديمقراطي وذالك عن طريق:

1) تفادي النزاعات المسلحة من خلال امتصاص الاحتقان السياسي والاجتماعي والاستماع إلى الأقليات والمظلومين عبر قنوات فاعلة ومنظمة ومسموعة.

2) توفير البدائل في الساحة السياسية من خلال التدريب ونقل الخبرات وخلق روح العمل الجماعي وإيجاد فرص للتكوين المستمر للنخب الشابة، والسماح للمهمشين بإيصال آرائهم وفتح باب الانتقال الطبقي أمامهم.

3) إفساح المجال أمام العمل الجماعي المشروع مما يقلل من خطر التنظيمات السرية المتطرفة والتي تعمل خارج الأطر القانونية.

---

[1] د/ عبد القادر العلمي/ في الثقافة السياسية الجديدة / منشورات الزمان/ ص : 175 وما بعدها / عدد 7/ 2008.

[2] نفس المصدر

4) التربية والتعود على الاختلاف والتعدد واعتباره ظاهرة صحية طبيعية واحترام الرأي الآخر[1].

إلا أن ما حد من فاعلية المجتمع المدني في منطقتنا على الرغم من أهميته الكبرى وكل ما أوضحناه سابقا هو: نماذج الحكم السائدة في منطقتنا(ا)،وانقسام النخب السياسية على نفسها (ب)،.

ا) نماذج الحكم:

تقتصر نماذج الحكم المسيطرة حاليا في شبه المنطقة إلى ثلاث نماذج

نموذج: الاستبداد السياسي الواضح أيا كانت مصادر شرعيته، سواء كانت التقاليد أو الشخصية الملهمة أو الانقلابات، أو الشرعية الثورية

نموذج: التعددية السياسية المقيدة

نموذج: الحكم الذي يقوم على أساس الشورى الإسلامية[2].

ثالثا) الانتقال الجبري وانقسام النخب السياسة

تنقسم النخبة السياسية في المنطقة تاريخيا إلى مرجعيتين مختلفتين تماما ففي حين اتجه الإسلاميون إلى نظام الشورى كطريقة لإدارة شئون الحكم والأمور الخلافية نظرا لكونها توافق " نظام الحكم الإسلامي " اتجهت النخب الليبرالية على اختلاف مشاربها إلى المرجعيات الوضعية وخاصة الدستورية منها مطالبة بوضع مؤسسات ذات مرجعية قانونية (طابع دنيوية)[3].

[1]. د/ عبد القادر العلمي/ في الثقافة السياسية الجديدة / منشورات المان/ ص : 179 وما بعدها / عدد 7 / 2008

[2] . السيد ياسين / الشرعية السياسية على الطريقة العربية / الأهرام / 12 / 03 / 1994.

[3]. يرجع إلى ما سبق و أن أوضحنا هنا في هذا المقال حول التفرقة بين الشرعية الدنيوية القانونية والشرعية الدينية، (الشرعية المقصودة هنا هي الشرعية الدستورية ذات الطابع القانوني المؤسساتي، وليست الشرعية الدينية، والتي يقصد بها كل ما يتجاوز المجتمع المدني بحيث تستمد عناصرها ومقوماتها من قوى غريبة على الإنسان والمجتمع)

على أن المشكلة الكبرى التي واجهتها النخب الليبرالية هي: اعتمادها في سبيل تحقيق أهدافها على وسائل غير ديمقراطية تتجاوز الأطر الدستورية من قبيل الانقلابات واللجوء إلى العنف في المجمل كسبيل إلى إنهاء العوائق القائمة . من وجهة نظرهم . أمام تطوير المجتمعات[1].

ولعل ما يبطئ عملية الانتقال الديمقراطي في منطقتنا هو عدم توحد الخطاب السياسي، حتى وإن حاول البعض[2]، القول إن التعددية الموجودة في هذا الخطاب لا تثير مشكلة الاختلاف الحقيقية والجذرية بقدر ما تعبر عن خريطة من المطالب المتباينة عبر مراحل مختلفة، يتم التعبير عنها بعمومية وعدم تشخيص، ولا تقدم علاجات لواقع أصبح مأزوما بفعل تراكم المشاكل والحلول المستوردة والمجتزأة في أحسن الأحوال[3]، أمر أدى إلى إفراغ الأفكار من محتواها واختزالها في إجراءات شكلية من قبيل الانتخابات والمؤسسات الديمقراطية الشكلية دون أن تتمكن المنطقة من تجاوز الموروث التاريخي من قبيل تقديس الأشخاص وتبجيل القائد، وهو ما يساهم في زعزعت إيمان الشعوب بقدرة الديمقراطية وفاعليتها في تجاوز التبعية والتخلف وعدم القدرة على تجاوز هذا التخلف الناتج عن الإرث المتجسد في كون المنطقة كانت في نظر نخبها السياسية محصورة في نموذجين:

الأول ما ورثته هذه النخب من سلطة مطلقة سواء من خلال بنيات الدولة العثمانية " منطقة الشرق الأوسط" أو من خلال النظام القبلي والإمارات والشيوخ وحكم الفرد "منطقة شمال إفريقيا " .

الثاني: ما أقامه الساسة الجدد من محاولة لمحاكاة نظم الدول الغربية "الدول الاستعمارية سابقا"، دون القدرة على الخروج من عباءة القبيلة والبنيات الاجتماعية المعقدة في النظام القديم، الأمر الذي شكل عائقا أمام هيئات المجتمع المدني كواحدة من أهم آليات تدبير الاختلاف في الدولة الحديثة بفعل عدم القدرة على التموقع في المكان الطبيعي بين الدولة والأسرة نظرا لكون هذا الحيز مشغولا بفعل البنيات التقليدية.

---

[1]. الدكتورة ثناء فؤاد عبد الله / آليات التغيير الديمقراطي في الوطن العربي / ط الأولى / بيروت كانون الثاني / يناير 1997 / ص 60

[2]. الدكتورة ثناء فؤاد عبد الله / آليات التغيير الديمقراطي في الوطن العربي / ص : 169.

[3]. الدكتورة ثناء فؤاد عبد الله مرجع سابق ص 61

الخلاصـة

لقد أدى تجاهلنا في المنطقة للمعايير والأسس الدولية للديمقراطية التي تسمح بحياة اجتماعية وسياسية طبيعية ومنفتحة إلى وضع مأزوم وهو ما ندفع ثمنه اليوم مجبرين نظرا لهذا التجاهل والإنكار ولم يعد السؤال المطروح علينا اليوم في المنطقة هل سيكون انتقالنا إلى الديمقراطية سلميا، أو عن طريق الانهيار والحروب الأهلية أو الخارجية مع ما يتضمنه ذالك من مخاطر الفوضى والدمار والتبعية والسقوط تحت الوصاية الأجنبية نظرا لحصول هذا فعلا في العراق وسوريا وليبيا واليمن ونسبيا في مصر، بل أصبح السؤال هل سنقوم بتدارك ما تبقى من كيان الدولة والمجتمع ومؤسساته وذالك عن طريق الانتقال الديمقراطي الجبري من خلال التفكك الإرادي أو شبه الإرادي لنظام السلطة المطلقة القائم، بحيث نُحل آليات جديدة تعمل على إدارة اختلافاتنا محل الآليات القديمة للسلطة المطلقة . والتي أثبتت الأحداث والتجارب فشلها بل وأثرها الكارثي . بحيث تعمل كل السلطات بشكل مستقل عن بعضها البعض وبطريقة متوازنة.

قائـــــمة المراجع

1. زين العابدين حمزاوي، الأحزاب السياسية وأزمة الانتقال الديمقراطي في المغرب، المجلة العربية للعلوم السياسية.
2. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد في 10 دجنبر 1948.
3. عبد الله العروي، مجلة اتحاد كتاب المغرب آفاق، عدد 3- 4، 1992.
4. الدستورين الفرنسيلسنة 1958/ والموريتاني لسنة 1991.
5. **- Raymond Polin: "Analysephilosophique de l'idée de légitimité " in "Lidéelegitimité " ,institute international de philosophiepolitique".**

Annales de philosophiepolitique 7.8 paris

6. برهان غليون /المستقبل العربي / عدد 289/ آذار مارس / 2003.
7. **-M. Godelier : ' L'ideel et le matériel – pensée, société … Fayard. 1984.**

8. عبد القادر العلمي/ في الثقافة السياسية الجديدة / منشورات الزمان/ عدد 7/ 2008.

9. السيد ياسين / الشرعية السياسية على الطريقة العربية / الأهرام / 12 / 03 / 1994.

10. الدكتورة ثناء فؤاد عبد الله / آليات التغيير الديمقراطي في الوطن العربي / ط الأولى / بيروت كانون الثاني / يناير 1997.

واقع استخدام تكنولوجيا الاتصال الحديثة لضمان الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي الجزائرية

The Circumstance of Using Modern Communication Technology to Ensure Total Quality in Algerian Higher Education Institutions

الدكتورة بوعشيبة عائشة أستاذ محاضر-ب- جامعة صالح بوبنيدر قسنطينة3

a.bouachiba@yahoo.fr

الباحثة: نهيجة سعاد- طالبة دكتوراه. جامعة صالح بوبنيدر قسنطينة3

souadngpolitics@gmail.com

الملخص:

عرف العالم في القرن الأخير ثورة تكنولوجية كبيرة امتدت من التكنولوجيات البسيطة الى كافة المجالات والتي من بينها مجال الاتصالات الذي يعتبر في عصرنا الحاضر شريان الحياة في مختلف المجالات. فأصبح استخدامه تكنولوجيا الاتصالات الحديثة ضرورة حتمية في مختلف القطاعات، بما فيها قطاع التعليم العالي الذي لطالما حظي باهتمام كبير ضمن سياسات الدولة، إدراكا منها بأهمية توظيف الاتصال لخدمة هذا القطاع من خلال تبني عمليات اصلاح متطورة تدمج بين استخدام تكنولوجيات الاتصال الحديثة وتطبيق نظام الجودة الشاملة لما له من دور في الارتقاء بالمجتمعات وتحقيق التنمية التي يعتبر التعليم من بين ركائزها.

من بين المفاهيم التي ارتبطت بتكنولوجيات الاتصال الحديثة نجد مفهوم الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي الذي يهدف إلى ترشيد التعليم العالي من أجل تحقيق جودة في الخدمات المقدمة ضمن القطاع من خلال الوصول إلى فعالية في التسيير الإداري لمؤسساته. وبالنظر إلى أن مؤسسات التعليم العالي تعتبر من ركائز التنمية البشرية، إذ تعمل على تأطير وإخراج كوادر مؤهلة وذات كفاءة تلبي متطلبات سوق العمل على جميع الأصعدة، كما أن التحول إلى الاقتصاد الرقمي بالاعتماد على الاتصال خدمة لنظام الجودة الشاملة أصبح من أهم الاستراتيجيات المتبعة دوليا في هذه المؤسسات لتحقيق أهدافها كونها تتميز بتنوع نشاطاتها، وأعمالها، ومخرجاتها.

وتعتبر الجزائر من الدول التي أدركت أهمية تغيير استراتيجيتها ضمن مؤسسات التعليم العالي، من أجل تحسين هذا القطاع وإجراء التغيير اللازم للرفع من كفاءته، باستخدام تكنولوجيا الاتصال الحديثة كمدخل لتطبيق نظام الجودة الشاملة في التعليم العالي يهدف إلى تحسين مخرجاته، وتعزيز قدرته على المنافسة والتميز، لأن الاتصال يعتبر من أهم وسائل نقل المعلومات وتخزينها واسترجاعها عند الحاجة، كما يحسن من إدارة الموارد البشرية، ويرفع في جودة الخدمات، ويحسن نوعية البحوث العلمية، ويفعل التوجه نحو الإدارة الالكترونية والتعليم عن بعد، وهو ما يهدف له البحث من أجل التعرف على واقع استخدام تكنولوجيا الاتصال لضمان الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي الجزائرية، والعراقيل التي تعيق تطبيق هذا المشروع مع تقديم اقتراحات لسبل زيادة فعالية استخدام تكنولوجيا الاتصال خدمة لنظام جودة التعليم العالي في الجزائر.

الكلمات المفتاحية:

تكنولوجيا الاتصال، التعليم العالي، الجودة الشاملة، الجزائر.

Abstract:

The world is witnessing a technological revolution in all fields, to the extent that this age is called "the age of modern communication technology", which has become a necessity in various state service institutions, including the higher education sector, which has always attracted great attention in most countries of the world that are Aware of the importance of using telecommunications to serve this sector through the adoption of advanced reforms that integrate the use of modern communication technologies and the application of the Total Quality System in view of its role in the development of communities and developmentrealization , the total quality system in the higher education institutions is one of the best management concepts prevailing in the current period, especially in light of the development of communication and information technology, where it is necessary to rely on communication as a mechanism to achieve quality and rationalize higher education to achieve effective management of its institutions.

As the institutions of higher education are the main sources of human resources and efficient staff that provide the labor market requirements for all public and private institutions of the state, the transition to digital economy based on communication service for the total quality system has become one of the most important international strategies in these institutions to achieve its objectives Activities, work and outputs.

Algeria is one of the countries that realized the importance of changing its strategy in institutions of higher education. It wanted to improve the sector and make the necessary changes to improve its efficiency by using modern communication technology as an entry point to implement Total Quality Management system in higher education to improve its outputs and enhance its competitiveness and excellence. Communication is one of the most important means of transferring, storing and retrieving information when needed. It also improves the management of human resources, raises the quality of services, improves the quality of scientific research,and moves towards electronic management and distance education , the aim of this research is to identify the reality of the use of communication technology to ensure the total quality of Algerian higher education institutions, and the obstacles that impede the implementation of this project, and to propose ways to increase the effectiveness of the use of communication technology to serve the higher education quality system in Algeria.

Key words:

Communication Technology, Higher Education, Total Quality, Algeria.

مقدمة:

اعتبر القرن الحادي والعشرين قرن ثورة الاتصالات، نظرا إلى التغيرات الكبيرة التي أحدثها التطور التكنولوجي في هذا المجال. والتعليم العالي من بين المجالات التي مسها هذا التطور خاصة وأنها تحظى بإهتمام كبير في سياسات جل دول العالم. لذلك اتجهت الكثير من الدول إلى تبني عمليات اصلاح ضمن منظومة التعليم العالي من أجل الإرتقاء بخدماته تلبيةً لمتطلبات التنمية المستدامة، ويعد نظام الجودة الشاملة من أهم المفاهيم الإدارية الحديثة التي عملت مختلف الدول على إعتمادها لإصلاح نظام التعليم العالي. والجزائر من بين الدول التي أدركت العلاقة التكاملية بين الاعتماد على تكنولوجيا الاتصال وأثرها في ضمان الجودة الشاملة بمؤسسات التعليم العالي من حيث زيادة كفاءتها في تحقيق حاجيات المجتمع ومتطلبات التنمية وسوق العمل، فعمدت الى استخدام الاتصال كوسيلة لتحسين مخرجات نظامها التعليمي وتعزيز قدرته على المنافسة والتميز، وبذلك أصبح استخدام تكنولوجيا الاتصال وتطبيق نظام الجودة الشاملة في التعليم العالي من أولويات الجامعات الجزائرية، من خلال تحديث تقنيات التعليم لتحقيق أفضل الخدمات التعليمية بأقل التكاليف وبأعلى جودة ممكنة.

من هذا المنطلق تطرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى ساهم استخدام تكنولوجيات الاتصال الحديثة في تحسين جودة التعليم العالي بالجامعات الجزائرية؟

وتندرج تحت هذه الاشكالية جملة من التساؤلات، يتماشى كل منها بشكل أو بآخر مع جوهر الموضوع، وذلك على النحو التالي:

1-ما المقصود بتكنولوجيا الاتصال الحديثة ونظام الجودة الشاملة في التعليم العالي؟

2-ما هو واقع استخدام تكنولوجيا الاتصال في مؤسسات التعليم العالي الجزائرية.

3-هل لهذه التكنولوجيا دور في تفعيل إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي الجزائرية.

4-وما هي أهم معوقات إستخدامها في الجامعات الجزائرية؟

ولدراسة هذا الموضوع وللإجابة على التساؤلات المطروحة، تم تقسيم الدراسة إلى ثلاث محاور:

I. تكنولوجيا الاتصال الحديثة ونظام الجودة الشاملة: مدخل مفاهيمي.

II. واقع التعليم العالي بالجزائر في ظل الثورة التكنولوجية ونظام الجودة الشاملة.

III. معيقات استخدام تكنولوجيا الاتصال لتطبيق الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي الجزائرية.

وقد اقتضى البحث استخدام مزيج من المناهج، بدءا بالمنهج التاريخي الذي قمنا من خلاله برصد تطور استخدام تكنولوجية الاتصال، إلى جانب المنهج الإحصائي والذي تجسد في مختلف الإحصائيات التي تدعم الموضوع وانتهاءا بأسلوب تحليل المضمون الذي اعتمدنا عليه في تحليل المعطيات المتحصل عليها.

I-تكنولوجيا الاتصال الحديثة ونظام الجودة الشاملة: مدخل مفاهيمي.

يعتبر الاتصال عاملا مهما لنجاح كل من الأفراد والمؤسسات على المدى البعيد، وفي هذا الإطار برز مفهوم تكنولوجيات الاتصال الحديثة باعتباره من أهم الاستراتيجيات التي تمكن مؤسسات التعليم العالي من تحقيق ميزة تنافسية تساعدها على الاستمرار، وقد صاحب هذه الثورة التكنولوجية اهتمام عالمي بتحقيق الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي، وعليه سنوضح في هذا المحور مفهوم تكنولوجيات الاتصال الحديثة وأهم استخداماته للارتقاء بالتعليم العالي، وكذا مفهوم ومعايير تحقيق الجودة الشاملة بمؤسسات التعليم العالي.

أولا- مفهوم وأهم استخدامات تكنولوجيا الاتصال لتحقيق جودة التعليم العالي:

تعددت التعاريف المقدمة لتكنولوجيا الاتصال الحديثة في التعليم العالي ومن أهمها نجد:

يقصد بتكنولوجيا الاتصالات Communication Technology[1] في التعليم العالي القنوات الجديدة التي يمكن من خلالها صناعة وحيازة المعلومات وتسويقها وتخزينها واسترجاعها وعرضها وتوزيعها، من خلال وسائل تكنولوجية حديثة ومتطورة كالاستخدام المشترك للحواسيب الالكترونية مثلا. وعليه تعتبر تكنولوجيا الاتصال الحديثة في التعليم العالي التكنولوجيا المتعلقة بتخزين، استرجاع، تداول المعلومات

[1] فاطمة الزهراء بوطلحي، الشريف بوفاس، **تكنولوجيا المعلومات والتعليم العالي في الجزائر**، ورقة بحثية مقدمة في الملتقى الوطني الثاني حول الحاسوب وتكنولوجيا المعلومات في التعليم العالي، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، يومي 05-06 مارس 2014، ص729.

ونشرها مع تداول البيانات الشفوية، المصورة، النصية والرقمية بالوسائل الالكترونية من خلال التكامل بين أجهزة الحاسوب الالكتروني ونظم الاتصالات المرئية[1].

وعرفتها منظمة اليونيسكو سنة 1992 بأنها: " تطبيق التكنولوجيات الالكترونية ومنها الحاسب الآلي، الأقمار الصناعية وغيرها من التكنولوجيات المتقدمة لإنتاج المعلومات الرقمية وتخزينها واسترجاعها وتوزيعها من مكان لآخر". [2]

كما يقصد بها كل ما يستخدم في مجال التعليم العالي من تقنيات الاتصالات التي تساعد على نقل المعلومات من مكان لآخر، مما يعمل على تجويد العملية التعليمية بجميع الوسائل الحديثة كالحاسب الآلي وبرامجه، وتقنيات شبكة الأنترنت كالكتب الالكترونية، المواقع التعليمية، البريد الالكتروني، المؤتمرات، التعليم الالكتروني، المكتبات الرقمية، التعليم عن بعد[3].

من خلال ما سبق يتضح أن مفهوم تكنولوجيا الاتصال الحديثة في مؤسسات التعليم العالي يشمل خطوات التحول نحو التعليم الالكتروني وإدارة العملية التعليمية وتقويم الطلاب واعداد التقارير والاحصائيات، وتحسين خدمات المكتبات عن طريق وسائل وتقنيات الاتصال الحديثة والمتطورة التي تسمح بتجميع وتخزين ونقل المعلومات المختلفة بسرعة فائقة وتكلفة أقل، كونها تتميز بالتطور السريع والمستمر وبالمرونة مع متطلبات الاقتصاد الرقمي وهذه الميزات تمكنها من تلبية حاجيات مؤسسات التعليم العالي سواء فيما يتعلق بجودة الخدمات أو جودة مخرجات الجامعات.

وعن أهم استخدامات تكنولوجيا الاتصال بمؤسسات التعليم العالي يمكن تحديدها فيما يلي[4]:

-**تحسين خدمات المكتبات الجامعية:** أتاحت تكنولوجيا الاتصال الفرصة للمكتبات كي تصبح موزعا الكترونيا للمعرفة للقارئ في أي مكان آخر، إذ مكنت من تحويل المجموعات الورقية المطبوعة أو غير

---

[1] نسيمة ضيف الله، **استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال وأثره على تحسين جودة العملية التعليمية: دراسة عينة من الجامعات الجزائرية**، أطروحة دكتوراه، (جامعة الحاج لخضر باتنة 1: كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، 2017)، ص86.

[2] بوطلحي، بوفاس، **مرجع سابق**، ص 730.

[3] ضيف الله، **مرجع سابق**، ص 86.

[4] محمد الأمين عسول، **دور تكنولوجيا المعلومات والاتصال في تحقيق جودة التعليم العالي: دراسة حالة بعض المؤسسات الجامعية**، أطروحة دكتوراه، (جامعة محمد خيضر بسكرة: كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، 2016)، ص129-130.

المطبوعة إلى أشكال الكترونية يمكن تراسلها مع المستفيدين عن بعد، كما ساعدت على التصنيف التلقائي للوثائق من خلال بيانات الفهرسة، ويعد البث الانتقائي للمعلومات من أهم الخدمات المقدمة للباحثين حاليا، خاصة مع وضع أجهزة الاعلام الآلي في قاعات المطالعة مع وضع أغلب المراجع في أقراص مضغوطة تمكن الباحث العلمي من بلوغ أهدافه بسرعة.

-**تحسين مهام الأستاذ الجامعي**: سمحت تكنولوجيا الاتصال الحديثة بتوفير الوقت والجهد والمال للأستاذ والطالب الجامعي على حد سواء، وهذا أدى إلى نشوء بيئة تعليمية جديدة تغير فيها دور الأستاذ والطالب، أين أصبح الأستاذ موجها لا ملقنا ومنظما ومحركا للمناقشات ومطورا ومنتجا للبرامج التعليمية من خلال اعتماده على تكنولوجيا الاتصال في القيام بأغلب مهام التدريس كالإعلان عن النتائج، والمداولات...

-**تحسين جودة البحث العلمي**: أصبحت تكنولوجيا الاتصال تساهم في تقييم نوعية التكوين في مؤسسات التعليم العالي، لضمان نوعية البحوث العلمية المنجزة تماشيا مع متطلبات التنمية وتطوير الدولة.

-**تحسين إدارة الموارد البشرية**: لقد أصبحت إدارة الموارد البشرية بمؤسسات التعليم العالي تعتمد على تكنولوجيا الاتصال الحديثة سواء فيما يخص توظيف المسيرين والاداريين، أو ترتيب الطلبة وتوظيفهم، فمثلا أصبح التسجيل الكترونيا في مؤسسات التعليم العالي بالنسبة لحاملي شهادة الباكالوريا الجدد، وهي استخدامات تساهم في رفع إنتاجية المؤسسات وكذا أدائها وفعاليتها.

-**تحسين جودة الخدمات والمعلومات**:يشجع استخدام تكنولوجيا الاتصال الابداع والابتكار والتحسين المستمر لخدمات مؤسسات التعليم العالي، كتطوير خدمات الاستعلام عن بعد بفضل الرسائل الرقمية التي تمكن الطلبة من تنفيذ الخدمة بصورة مباشرة دون اللجوء على المكان المادي للمؤسسة، كما أن ضمان جودة التعليم العالي أصبح يرتبط بدور تكنولوجيا الاتصالات الحديثة في اعداد المعلومات ونقلها، ومدى قدرة الإدارات على اعداد البرامج وقواعد البيانات، وهو ما ينعكس إيجابا على جودة المعلومات من حيث الدقة والشمولية والتكرار، وتوقيت تقديم المعلومات، وكلها تساهم في تحقيق ميزة تنافسية لمؤسسات التعليم العالي.

-**تحسين التعليم والتعلم عن بعد**: أصبحت تستخدم تكنولوجيات الاتصال الحديثة كوسائل تعليمية في حقل التعليم والتعلم المفتوح عن بعد بمؤسسات التعليم العالي، حيث تمثل وسائط تفاعلية تسمح بتفاعل الدارس مع المصدر التعليمي كشبكات الاتصالات بواسطة الحاسوب والمؤتمرات المرئية، والمحادثات المباشرة عن بعد، من خلال ربط الدارسين مع أساتذتهم أو مع قواعد البيانات، أو مع بعضهم البعض، واحداث

نوع من التفاعل المباشر فيما بينهم، ويركز التعليم عن بعد على ثلاث ركائز أساسية: المواد التعليمية، آلية التوصيل، والخدمات الطلابية، وتلعب تكنولوجيا الاتصال الحديثة دورا هاما في كل هذه الركائز، حيث تعزز نوعية المادة التعليمية وتقوم بإيصالها إلى الجهات المستهدفة بسرعة فائقة مع الحفاظ على جودة النوعية، كما أنها توفر أنواعا من الخدمات التعليمية للطلبة المنتشرين في مناطق متباعدة، وكل هذا يساهم في تحسين جودة التعليم العالي.

-**تحقيق الجودة الشاملة في التعليم العالي**: تساهم تكنولوجيا الاتصال الحديثة كما ذكرنا سابقا في تحسين جودة الخدمات والمعلومات بمؤسسات التعليم العالي، وتحسين إدارة الموارد البشرية وتنمية الكفاءات عن طريق التدريب والتكوين الجيد، مع تفعيل عملية الابداع والابتكار، ومنه تطبيق إدارة الجودة الشاملة في التعليم العالي، وهو ما يحسن من ميزته التنافسية.

-**خلق الميزة التنافسية**:فالاستخدامات السابقة لتكنولوجيا الاتصال تمكن من تطبيق نظام الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي، ومنه كسب ميزة تنافسية جديدة تحقق بها قفزة نوعية في تقديم الخدمات، وهو ما يزيد من قدرة مؤسسات التعليم العالي على صياغة استراتيجيات إدارية تجعلها في مركز أفضل بالنسبة للمؤسسات الأخرى الناشطة في نفس القطاع[1].

ويمكن أن نلخص أهم استخدامات تكنولوجيا الاتصال في التعليم العالي وفق الجدول التالي:

أهم استخدامات تكنولوجيا الاتصال الحديثة في مؤسسات التعليم العالي	تحسين خدمة المكتبات الجامعية
	تحسين مهام الأستاذ الجامعي
	تحسين إدارة الموارد البشرية
	تحسين جودة البحث العلمي
	تحسين جودة الخدمات وجودة المعلومات
	تحسين التعليم والتعلم عن بعد
	تحقيق الجودة الشاملة
	خلق الميزة التنافسية

المصدر: من إعداد الباحثين.

[1] **المرجع نفسه**، ص ص135-142.

وبناءا على ما سبق يمكن القول أن تكنولوجيا الاتصال الحديثة هي إحدى آليات تحقيق الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي، وسنوضح في العنصر الموالي مفهوم نظام الجودة الشاملة في التعليم العالي ومعايير تطبيقه.

ثانيا–مفهوم ومعايير نظام الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي:

يحتل مفهوم الجودة مكانة خاصة في جميع القطاعات وله جذور منذ القدم ففي الدين الإسلامي نجد أن رسول الله عليه الصلاة والسلام يقول: "إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملا أن يتقنه"، وهذا يبين لنا أن الإسلام دعا إلى الجودة في العمل[1]، وتعتبر إدارة الجودة الشاملة **Management Total Quality** إحدى الأنماط الإدارية السائدة لتحسين نوعية التعليم العالي في الفترة الحالية بوصفها مفهوما عصريا، وبالرجوع إلى التطور التاريخي للمفهوم نجد أن الفضل في استخدامه يعود إلى مساهمات العديد من العلماء الأمريكيين واليابانيين من أمثال: إدوارد ديمنج، جوزيف جوران، فيليب كروسبي، وايشيروايشي كارا، ونظرا لحداثة المفهوم فقد ظهرت تعريفات مختلفة لنظام الجودة الشاملة للعديد من الباحثين والهيئات المتخصصة، نورد منها ما يلي:

يعرف كروسبي نظام الجودة الشاملة بأنه: يمثل المنهجية المنظمة لضمان سير النشاطات التي تم التخطيط لها مسبقا، حيث أن الجودة الشاملة تعبر عن الأسلوب الأمثل الذي يساعد على تجنب المشكلات من خلال تشجيع السلوك الإداري التنظيمي الأمثل في الأداء بإستخدام الموارد المادية والبشرية بكفاءة عالية.

أما روبرت بنهارد فيعرف نظام الجودة الشاملة بأنه: خلق ثقافة متميزة في الأداء تتضافر فيها جهود الإداريين والموظفين والمديرين بشكل متميز للوصول إلى جودة الأداء المطلوبة بأقل كلفة وأقصر وقت.

ومن وجهة نظر منظمة الجودة البريطانية فإن نظام الجودة الشاملة يعبر عن: الفلسفة الإدارية للمؤسسة التي تدرك من خلالها تحقيق كل من حاجيات المستهلك وأهداف المشروع معا" وهنا يظهر عنصر الإدارة التشاركية كعنصر أساسي في نظام الجدوة الشاملة.

ويعرف كلاسر الجودة الشاملة في التعليم حيث يقول: "متى ما نشأ إختلاف بين بين تقويم المعلم والطالب لجودة العمل مكن ذلك من تحسين العملية التعليمية وتحقيق الجودة المرجوة".

[1] عسول، **مرجع سابق**، ص63.

ويعرفها أحمد درايس بأنها: أسلوب تطوير شامل ومستمر في الأداء يشمل كافة مجالات العمل التعليمي، فهي عملية إدارية تحقق أهداف كل من سوق العمل والطلاب".

أما رودس فيعرفها بأنها: "عملية إدارية ترتكز على مجموعة من القيم وتستمد طاقة حركتها من تكنولوجيا الاتصالات الحديثة للاستثمار في القدرات الفكرية للعاملين بقطاع التعليم العالي على نحو ابداعي لضمان التحسين المستمر لمؤسساته"[1].

وعليه يمكن تعريف الجودة الشاملة في التعليم العالي: على أنها مجموع من المعايير والإجراءات والجهود التشاركية المبذولة التي يهدف تنفيذها إلى التحسين المستمر في المناهج التعليمية وفي مخرجات مؤسسات التعليم العالي بما يتناسب مع احتياجات المجتمع، والبحث في مدى تحقيق المؤسسات التعليمية لأهداف البرامج التعليمية وتحقيق ميزة تنافسية مقارنة بمؤسسات عالمية أخرى، ويمكن أن نوضح أهم العناصر التي يركز عليها نظام الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي انطلاقا من هذه التعاريف في الجدول التالي:

أهم العناصر التي يركز عليها نظام الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي	اعتبار الجودة جزء رئيسي في استراتيجية الجامعات
	التركيز على مشاركة العاملين والمديرين وكل الأفراد
	التركيز على التحسين المستمر
	التركيز على الطلبة والمستفيدين واحتياجاتهم
	المزج بين الوسائل الإدارية والجهود الابتكارية والمهارات الفنية المتخصصة

المصادر: من اعداد الباحثين اعتمادا على: عسول، مرجع سابق، ص96. وأحمد عبد الله الرشدي، الجودة الشاملة في الجامعات ومعوقاتها في الدول النامية، **مجلة علوم الاقتصاد والتسيير والتجارة**، ص32.

وعليه فإن أهم العناصر المسؤولة عن جودة التعليم العالي هي:

العناصر المسؤولة عن جودة التعليم العالي				
مستوى الطلاب	الهيئة الأكاديمية	البرامج الأكاديمية	الهياكل والمرافق	إدارة الجامعة

ومنه فإن معايير تحقيق الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي تتمثل في[1]:

[1] محمد علي عبد العزيز الحلواني، مفهوم الجودة الشاملة، **http://www.alyasseer.net**

-**جودة أعضاء هيئة التدريس**:يجب أن تتوفر في عضو هيئة التدريس مجموعة من السمات أهمها: السمات الشخصية والكفاءة المهنية، الخبرة، والكفاءات العلمية والتربوية، الكفاءات الاتصالية، والرغبة في التعليم، المساهمة في خدمة المجتمع، تشجيع الإنتاج العلمي، والمشاركة في الجمعيات العلمية والمهنية.

-**جودة الطالب**: الذي يمثل حجز الأساس في العملية التعليمية التي أنشأت من أجله، والمقصود بها هنا هو مدى جودة تأهيله في مراحل ما قبل مؤسسات التعليم العالي وحتى في إطارها علميا وصحيا وثقافيا ونفسيا حتى يتمكن من استيعاب المعرفة وتكتمل متطلبات تأهيله.

-**جودة البرامج التعليمية وطرق التدريس**: ويقصد بها شمول وعمق البرامج التعليمية ومرونتها واستيعابها لمختلف التحديات العالمية والثورة المعرفية ومدى تطورها بما يتناسب مع مختلف المتغيرات العامة واسهامها في تكوين الشخصية المتكامل للطالب.

-**جودة المناهج**: أي لابد من وجود استراتيجية وخطط مرسومة للتعليم العالي من أجل تحقيق أهداف محددة على مراحل وخلال فترات زمنية معينة، والاستعانة بالإمكانيات المادية والبشرية والمعنوية المتاحة، ومن شان ذلك أن يسهل من عملية التمويل والتنفيذ والتغيير في العملية التعليمية.

-**جودة المباني التعليمية وتجهيزاتها**: يعتبر المبنى التعليمي وتجهيزاته محورا هاما في نجاح العملية التعليمية، وهي أداة فعالة لتحقيق جودة التعليم العالي من خلال البحث في مدى توفر قاعات التدريس، المكتبات، قاعات الاعلام الآلي، ...

-**جودة الأساليب والوسائل والأنشطة**: أي مدى قدرة القيادات الإدارية والتربوية على استخدام تكنولوجيات الاتصال الحديثة وتوظيفها في عمليات التخطيط، التحليل، التقويم، والرقابة، لتسهيل الحصول على المعلومات وتبادلها وجعلها متاحة لمن يطلبها بأعلى كفاءة.

-**جودة الكتاب العلمي وخدمات مكتبات الجامعات**: البحث في مدى توفر المكتبات في الجامعات وقدرتها على استخدام تكنولوجيات الاعلام والاتصال، وكذا البحث في مدى جودة محتويات الكتاب العلمي تماشيا مع المتغيرات المعرفية والتكنولوجية.

---

[1] محمد أمين بربري، عبد القادر بكيحل، **أسس تطبيق نظام إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات التربوية التعليمية**، ورقة بحثية مقدمة في الملتقى الدولي الخامس حول: رأس المال الفكري في منظمات الأعمال العربية في ظل الاقتصاديات الحديثة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، ص ص4-6.

-**جودة الإدارة التعليمية والتشريعات واللوائح**: من خلال اشراك كل العاملين في المؤسسة التعليمية (الجامعة) ما يؤدي إلى خلق ثقافة إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي، وكذلك يجب أن تتميز التشريعات واللوائح التعليمية بالمرونة والوضوح حتى تكون عونا لإدارة الجامعات، كما يجب أن تواكب جميع التغيرات والتحولات التي تحدث من حولها.

-**جودة التمويل والانفاق التعليمي**: يمثل التمويل لقطاع التعليم العالي من أهم مدخلات العملية التعليمية التي تتحكم في مدى تحقيق الجودة الشاملة في مؤسساته.

-**جودة تقييم الأداء التعليمي**: لكافة العناصر السابقة من أجل الاستفادة من التجارب السابقة وتوظيفها في حل المشكلات الحالية لتحقيق الجودة الشاملة.

-**جودة البيئة المحيطة**: فأي عملية إصلاحية لمنظومة التعليم العالي يجب أن تأخذ بعين الاعتبار نسيج المجتمع المحيط بها من تاريخ لهذا المجتمع، عاداته، تقاليده، جغرافيته، عدد سكانه، حتى تكون الجامعات وسيلة لخدمة البيئة المحيطة وحل مشكلاتها.

ومن خلال كل ما سبق يتضح أن هناك علاقة تكاملية بين أهم استخدامات تكنولوجيات الاتصال الحديثة في مؤسسات التعليم العالي ومعايير تطبيق الجودة الشاملة في التعليم العالي، إذ تمثل تكنولوجيات الاتصال أهم وسيلة من وسائل تحقيق الجودة الشاملة في مؤسساته، وعليه سنوضح في المحور الموالي واقع التعليم العالي بالجزائر في ظل الثوة التكنولوجية ونظام الجودة الشاملة، للتعرف على مدى قدرة مؤسسات التعليم العالي الجزائرية على استخدام تكنولوجيات الاتصال الحديثة.

II-التعليم العالي بالجزائر في ظل الثورة التكنولوجية ونظام الجودة الشاملة:

تعمل الجزائر جاهدة على التكيف مع التغيرات الدولية في مختلف المجالات، ولذلك سعت إلى مواكبة التطورات التكنولوجية المتسارعة وتبني الاتصال كمدخل واستراتيجية لتحقيق الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي إدراكا منها بالصلة الوثيقة بين مدخلات وعمليات ومخرجات هذا القطاع المهم وبين البيئة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية[1]، ونوضح في هذا المحور وضعية التعليم العالي في الجزائر في ظل تزايد عدد الطلبة والأساتذة وعدد الجامعات على المستوى الوطني ما تطلب ضرورة إدخال تكنولوجيا

[1] قوي بوحنية، التعليم الجامعي في ظل ثورة المعلومات رؤية نقدية استشرافية، **مجلة العلوم الإنسانية**، العدد الثامن، جوان 2015، ص 2.

الاتصال الحديثة لتحسين الجانب التنظيمي للجامعات ثم توضيح الدور الذي لعبته هذه التكنولوجيات في تحسين جودة التعليم العالي بالجزائر.

II-1-وضعية التعليم العالي بالجزائر في السنوات الأخيرة:

إن المؤشرات الكمية تدل على تطور التعليم العالي في الجزائر من حيث عدد الطلبة والأساتذة وعدد المؤسسات التعليم العالي وكذا الميزانية المخصصة للقطاع سنويا، فعدد الطلبة ارتفع من 2881 طالب سنة 1962 إلى 1241550 طالب عند الدخول الجامعي 2014-2015، فبين 1962 و2015 تضاعف عدد الطلبة الجزائريين بحوالي 431 مرة، وتطور بذلك تعداد هيئة التدريس موازاة مع تطور أعداد الطلبة حيث تشير احصائيات سنة 2015 إلى وجود 5346 أستاذ تعليم عالي و 12310 أستاذ محاضر و 35663 أستاذ مساعد، مع تطور عدد المؤسسات الجامعية لإمتصاص التدفقات المتزايدة للطلبة الجدد حيث تم تحقيق برنامج ضخم لإنجاز منشآت جامعية كبيرة تتكون اليوم من 97 مؤسسة للتعليم العالي موزعة على 48 ولاية عبر التراب الوطني، وتضم: 48 جامعة، 10 مراكز جامعية، 20 مدرسة وطنية عليا، 07 مدارس عليا لأساتذة، 12 مدرسة تحضيرية، 04 مدارس تحضيرية مدمجة، و04 ملحقات، وتبعا لكل هذه التطورات تطورت ميزانية التعليم العالي التي بلغت 300333642 ألف دينار جزائري في سنة 2015 بنسبة تعادل 6.04 بالمائة من ميزانية تسيير الدولة، وفي ظل هذه التطورات والأعداد الكبيرة أصبح من الضروري أن يواكب قطاع التعليم العالي الثورة التكنولوجية لتحسين جودة خدماته[1].

جدول يوضح بعض مؤشرات التعليم العالي بالجزائر حسب احصائيات سنة 2015

عدد الطلبة	عدد الأساتذة	عدد المؤسسات الجامعية	ميزانية التعليم العالي
1241550	5346 أستاذ تعليم عالي و 12310 أستاذ محاضر و 35663 أستاذ مساعد	97 مؤسسة للتعليم العالي موزعة على 48 ولاية عبر التراب الوطني	300333642 ألف دينار جزائري

[1] كمال زموري، كمال مرداوي، منظومة البحث العلمي والتطور التكنولوجي في الجزائر: الوضع الراهن واستراتيجيات التطوير، **مجلة ميلاف للبحوث والدراسات**، العدد الخامس، جوان 2017، ص ص633-634.

II-2-مؤشرات إستخدام تكنولوجيا الاتصال ودورها في تحقيق الجودة الشاملة بمؤسسات التعليم العالي الجزائرية:

أصبحت مؤسسات التعليم العالي في الجزائر تستخدم فعلا تكنولوجيا الاتصال الحديثة وتدمجها في العملية البيداغوجية، من خلال توفير التجهيزات الإعلامية والاتصالية لخدمة كل من الطالب والأستاذ الجامعي[1]، وتعتبر التجربة الجزائرية في استخدام تكنولوجيا الاتصال كأحد وسائل وأبعاد تطبيق نظام الجودة الشاملة في التعليم العالي حديثة النشأة مع بدايات القرن الحادي والعشرين حيث تمخضت الفكرة عن توصيات المؤتمر الوطني للتعليم العالي والبحث العلمي في 20 ماي 2008، ومع الندوة الدولية حول ضمان الجودة في التعليم العالي في 02 جوان 2008 بالجزائر، وبصدور القرار الوزاري رقم 167 المؤرخ في ماي 2010 المتضمن لتأسيس لجنة وطنية مكلفة بضمان تطبيق نظام الجودة الشاملة على مستوى مؤسسات التعليم العالي، ومنه بدأ تأسيس لجان فرعية في كل الجامعات لمتابعة مدى تطبيق هذا المشروع[2].

حيث خصصت الحكومة مبالغ مالية معتبرة لتطوير استخدام تكنولوجيا الاتصال الحديثة خدمة للبحث العلمي من خلال البرنامج الوطني للبحث PNR سعيا منها إلى ربط الجامعات الوطنية بالخارج من أجل نقل التكنولوجيا والاستفادة من الخبرات الدولية في هذه المشاريع، وقد تزامن ذلك مع تطبيق نظام ل م د في التعليم العالي بالجزائر كتجربة تدخل ضمن معايير تحقيق الجودة الشاملة، فالجزائر وفي ظل تبنيها لمفهوم اقتصاد الرقمنة خاصة في السنوات الأخيرة تعتبر من الدول التي لديها سياسية وطنية وخطط في مجال استخدام تكنولوجيا الاتصال الحديثة بمؤسسات التعليم العالي، وسنقدم فيما يلي بعض المؤشرات عن هذا الاستخدام[3].

-نجد أن وزارة التعليم العالي والبحث العلمي الجزائرية عملت على تجهيز كافة الجامعات الجزائرية بمعدات الاعلام الآلي وخصصت ميزانية مالية معتبرة لذلك قدرت بمليار وثلاثة مئة وخمسون مليون دينار جزائري، وتستفيد منه كافة الجامعات الجزائرية كلا حسب احتياجاتها.

---

[1] لخضر فردي، استخدام تكنولوجيا المعلومات في التعليم وأثرها على مهام الأستاذ الجامعي، **مجلة RIST**، العدد 1، 2010، ص98.

[2] أمال عبادو، معوقات تطبيق إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي الجزائرية من وجهة نظر أعضاء هيئة التدريس دراسة ميدانية بكلية العلوم الإنسانية والاجتماعية بجامعة بسكرة، **مجلة العلوم الإنسانية**، العدد 15، جوان 2015، ص134.

[3] لهام يحياوي، بوحديد ليلى، أهمية استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال في تحسين جودة التعليم العالي بالجامعات الجزائرية، مجلة تاريخ العلوم، العدد السادس، 324.

-ولتحسين إدارة الموارد البشرية تمت إقامة شبكة وطنية للمحاضرات المرئية تدمج كل المؤسسات الجامعية منها 13 موقعا رسميا للوزارة.

-خلق أرضيات الكترونية لتسجيلات حاملي شهادة البكالوريا الجدد، وسنة أولى ماستر، وأرضية إلكترونية للتسجيل في مسابقات الدكتوراه.

-إنشاء الشبكة الجزائرية للبحث **Algerien Research Network** التي تدعم على الخصوص نظام التعليم عن بعد والتحول نحو الإدارة الالكترونية للجامعات الجزائرية، وقد بلغت المبالغ المسددة للاتصالات الجزائرية حوالي 2 مليار دينار جزائري في السنة.

-تبني مشروع أديا **@ide** لنشر تكنولوجيا الاتصال في التعليم العالي والبحث العلمي وجعله قطاعا يستجيب لإحتياجات الاقتصاد الوطني، مع تأكيد الوزارة على تجسيد التعليم الالكتروني عن بعد وهو ما تم القيام به عند فتح أرضية إلكترونية للتعليم عبر الأنترنت وفتح تخصص الماستر عن بعد في بعض الجامعات الجزائرية كتجربة الماستر عن بعد في كلية الحقوق بجامعة منتوري قسنطينة1، ومثال الجامعة الرقمية (AUF) التي مقرها بجامعة الهواري بومدين بباب الزوار.

-وتستخدم مؤسسات التعليم العالي الجزائرية تكنولوجيا الاتصال في عدة مجالات من بينها البحث العلمي، المكتبات الجامعية، وتعتمد على وضع نظام خدمات ومعلومات في كل كلية وكل قسم، لتحسين صورتها لدى طلبتها وكسب زبائن جدد.

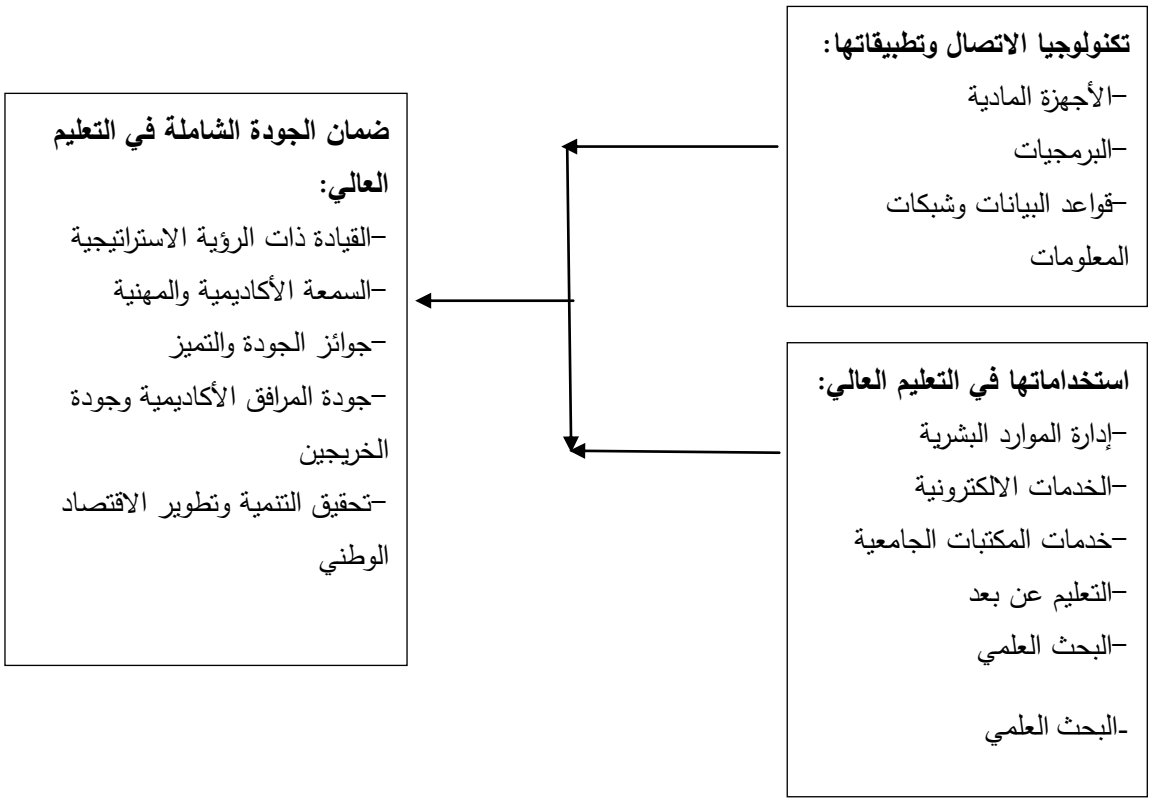
-تزويد كل المكتبات الجامعية بالوطن بأجهزة إعلام آلي لتجسيد التغيير التنظيمي لها وتحسين خدماتها[1]،حيث تسعى مؤسسات التعليم العالي الجزائرية إلى تحقيق الجودة من خلال مكتباتها الجامعية، من خلال وضع كل المراجع في أقراص، وأنشاء نظام شامل للمكتبة المركزية والمكتبات الفرعية، بإستحداث مواقع الكترونية خاصة[2].

فكما وضحنا في الإطار النظري علاقة الارتباط بين تطبيقات تكنولوجيا الاتصال واستخدامها لضمان الجودة الشاملة في التعليم العالي، كما هو موضح في الشكل الموالي فإن لاستخدامها في مؤسسات التعليم العالي الجزائري دور في رفع مستويات تطورها.

---

[1] نصر الدين غراف، التعليم الالكتروني ومستقبل الإصلاحات بالجامعات الجزائرية،
, pp8-10http://www.un.org.pdf

[2] عسول، **مرجع سابق**، ص207.



ورغم غياب الجامعات الجزائرية في التصنيفات العالمية فإنه يمكن أن نلاحظ التقدم الذي حققته مؤسسات التعليم العالي وإن كان طفيفا بفضل الاعتماد على تكنولوجيا الاتصال الحديثة في الإدارة والتنظيم، فقد حققت مراتب لبأس بها ضمن تصنيف **Webometrics** وفق احصائيات سنتي 2015 و2016 أين حصلت على المرتبة الثالثة من بين 15 بلدا إفريقيا في استخدام تكنولوجيا الاتصال الحديثة، حيث أن جامعة بلعباس تحصلت على المرتبة 1781 في هذا الترتيب الذي يخص 24320 جامعة عبر العالم، وانتقلت جامعة ورقلة من المرتبة 3621 سنة 2014 إلى المرتبة 1798 سنة 2015، كما حققت جامعة قسنطينة 1 بتقدمها بمائة رتبة 2321 سنة 2015 عن سنة 2014 أين كانت تحتل الترتيب رقم 2439 عالميا[1].

كما تمكنت الجزائر من تجسيد بعض مشاريع الجامعات الافتراضية بإستخدام تكنولوجيا الاتصال الحديثة لتحسين الجودة مثلا مشروع جامعة ابن سينا الافتراضية الدولية، ومشروع مركز التعليم عن بعد والتعليم

[1] محمد دهان، دلال بوعتروس، ترتيب الجامعات الجزائرية ضمن التصنيفات العالمية أين يكمن الخلل وماهو الحل؟، **دراسات العلوم التربوية**، 2017، ص 180.

المتلفز بباتنة، وفتح التكوين في شهادة الماستر عن بعد في بعض التخصصات، واستخدام تكنولوجيا المعلومات لتحسين خدمات المكتبات[1].

وقدمت المديرية العامة للبحث العلمي والتنمية التكنلوجية تصنيفا لأفضل عشر جامعات جزائرية من حيث استخدام تكنولوجيا الاتصال والاعلام الحديثة لسنة 2018 كما هو مبين في الجدول التالي:

الترتيب	الجامعة
1	جامعة العلوم والتكنولوجيا هواري بومدين
2	جامعة جيلالي العايب –سيدي بلعباس
3	جامعة الاخوة منتوري –قسنطينة 01
4	جامعة أبو بكر بلقايد –تلمسان
5	جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية
6	جامعة محمد خيضر –بسكرة
7	جامعة قاصدي مرباح –ورقلة
8	جامعة فرحات عباس –سطيف 1
9	جامعة باجي مختار –عنابة
10	جامعة مولود معمري –تيزي وزو

Source :http://www.dzuniversite.com/2018/01/classement-webometrics-2018.html: 2018AlgerianuniversityRanking

وعلى الرغم من هذا التطور الذي حققته مؤسسات التعليم العالي الجزائرية في ظل استخدام تكنولوجيا الاتصال واعتماد نظام الجودة الشاملة إلا أن الواقع يثبت أن هذا القطاع لازال يشهد الكثير من الصعوبات لتحقيق ميزة تنافسية تلبية لاحتياجات سوق العمل ويمكن أن نوضح ذلك في المحور الموالي المعنون بأهم معيقات استخدام تكنولوجيا الاتصال لضمان الجودة الشاملة بمؤسسات التعليم العالي الجزائرية.

[1] نسيمة ضيف الله، **مرجع سابق**، ص 166.

III-معيقات استخدام تكنولوجيا الاتصال لتطبيق الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي الجزائرية

تساهم معرفة معوقات استخدام تكنولوجيا الاتصال الحديثة لتطبيق نظام الجودة الشاملة في قطاع التعليم العالي في التشخيص العلمي لجوانب النقص في الجامعات الجزائرية، وبالتالي اقتراح الحلول المناسبة لاستكمال تلك الجوانب.

فعلى الرغم من عراقة بعض الجامعات الجزائرية إلا أنها لا تظهر في التصنيفات العالمية كما اوضحنا في المحور السابق ويبقى التقدم الذي حققته مختلف الجامعات باستخدام تكنولوجيا الاتصال الحديثة طفيفا، وقد يرتبط ذلك بالأزمات السياسية والاقتصادية التي تشهدها البلاد، لأن نجاح هذا الاستخدام مرتبط بمدى توفير المصادر المالية لإنجاحه وغياب الفساد السياسي والإداري، فالأهداف القصيرة أو المتوسطة المدى التي تسطر لخدمة الجامعات غالبا ما تتأثر بأي ازمة سياسية أو مالية تشهدها البلاد، كما أن مجانية التعليم أفضت إلى طغيان الكم على النوع في مخرجات العملية التعليمية.

لا يزال التعليم العالي في الجزائر رغم كل الإصلاحات يتسم بالبطيء في استخدام التكنولوجيا الحديثة، كما أن البرامج الدراسية لا تنبع من حاجات المجتمع ولا تواكب التغيرات التكنولوجية والمعرفية، يبقى دائما هناك ضعف في التكوين لإستخدام هذه التكنولوجيات الحديثة مقارنة مع الدول المتقدمة.

وبالنظر للدور الذي تلعبه تكنولوجيا الاتصال في تقييم وتحسين أداء الجامعات فإننا في الجزائر نلاحظ غياب استراتيجية واضحة لجعل مخرجات التعليم العالي تتوافق مع سوق العمل وخطط التنمية، والدليل تزايد أعداد البطالة في أوساط خريجي الجامعات الجزائرية[1].

-إذ يؤكد العديد من الخبراء على ضرورة إجراء دراسات كافية حول وضع المؤسسات الجامعية قبل توظيفها لتكنولوجيا الاتصال نظرا للعلاقة التكاملية بين هذه الوسيلة وجودة التعليم العالي وتحقيق التنمية، وهذا الاجراء من شأنه تحسين كيفية توظيفها للرفع من نوعية التعليم وليس مجرد تزويد المؤسسات بها، ومن أهم عوائق تطبيق تكنولوجيا الاتصال في الجامعات الجزائرية نذكر:

[1] خالد أحمد الصرايرة، ليلى عساف، إدارة مؤسسات التعليم العالي بين النظرية والتطبيق، **المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي**، المجلد 1، العدد 1، 2008، ص 05.

-**عوائق مالية:** ضعف الموارد التمويلية لتطبيق هذا المشروع في التعليم العالي كونه استثمار طويل الأجل لا يحقق عائدا إلا بعد جيل أو جيلين، وهذه النظرة تجعل من المخصصات المالية تذهب إلى مجالات أخرى غير التعليم.

-**عوائق تقنية وفنية:** وهذه العوائق ناتجة من طبيعة تكنولوجيا الاتصال في حد ذاتها، باعتبارها تمثل نظاما متطورا بالغ التعقيد بالمفهوم التقني، كصعوبة الصيانة الدورية للحواسيب نظرا للاكتشافات المتلاحقة في هذا المجال، ضعف شبكة الأنترنت في الجزائر، قلة اليد الفنية المؤهلة والمتخصصة، مما يجعل الاعتماد على الخبرة الأجنبية شبه كلي وهذا يتطلب نفقات مالية إضافية[1].

كلها عوائق تحد من الاستخدام الفعال لتكنولوجيا الاتصال في الجامعات الجزائرية، ومواجهة هذه التحديات تتطلب القيام بعملية اصلاح معمق للتعليم العالي بدءا بتحسين نوعية مناهج وبرامج التعليم الجامعي لأنها تأتي في مقدمة الجوانب الكيفية، التي تسهم في انتاج مخرجات هذا النوع من التعليم، وهو ما يؤكد الارتباط الوثيق بين توظيف التكنولوجيا الحديثة وتحقيق الجودة الشاملة في التعليم العالي، وعليه يجب على الجامعات الجزائرية الالتزام بجهود التحسين المستمر لاستخدامات تكنولوجيا الاتصال بهدف رفع كفاءة أداء هذه المؤسسات بجودة عالية وتكاليف منخفضة.

[1] طلحي، بوفاس، **مرجع سابق**، ص737.

الخاتمة:

أصبحت تكنولوجيا الاتصال الحديثة تحتل مكانة بارزة في التعليم العالي خاصة وأنها تعد المعيار الأساسي لقياس مدى جودة مؤسساته، فبإمكانها الرفع من مستوى المحتويات البيداغوجية، وتنشيط تبادل المعلومات وتحسين جودة الخدمات الإدارية، وإدارة الموارد البشرية بأكثر فعالية، خاصة وأن تحقيق الجودة الشاملة أصبح من التحديات الكبيرة التي تواجهها مؤسسات التعليم العالي، الأمر الذي دفع بالكثير من الجامعات إلى تبني مفهوم الجودة وتطبيقها كنسق يهدف لرفع مستوى التعليم والتعلم، والتركيز على الكفاءة النوعية لمخرجاته إلى جانب رفع كفاءة العاملين به، ما يضمن المساهمة في بناء اقتصاد المعرفة أو ما يعرف بالاقتصاد الرقمي، ومؤسسات التعليم الجزائرية كغيرها من مؤسسات العالم أصبحت تتبنى هذا المفهوم كأسلوب اداري حديث يمكنها من الارتقاء بميزتها التنافسية، مستعينة بتكنولوجيا الاتصال كمدخل ووسيلة لتحقيق ذلك.

ونجد أن مؤسسات التعليم العالي الجزائرية واعية بأهمية استخدام تكنولوجيا الاتصال الحديثة كإستراتيجية تعليمية من خلال تمكين كافة الفاعلين في العملية من اكتساب هذه التكنولوجيا والتحكم فيها، بالإضافة إلى توفير التجهيزات الإعلامية والوسائط المتعددة ووضعها تحت تصرف الطالب والأستاذ، لأنها من أهم وسائل عصرنة قطاع التعليم العالي نظرا لتعدد تطبيقاتها في مجالات مختلفة من المعرفة، وتنوع استخداماتها.

الواقع يثبت علاقة الارتباط بين استخدام تكنولوجيا الاتصال وتحقيق معايير الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي، وتوفير متطلبات التنمية، والجزائر من الدول التي تدرك أهمية استخدامها في هذا القطاع حيث حققت مؤسساته تطورات لبأس بها في تحسين جودة الخدمات باستعمال هذه الوسيلة على الرغم من وجود العديد من العوائق التي تحد من تحقيق النتائج المرجوة منها صعوبات مالية، فنية، وتقنية، ورغم كل هذا توصي الدراسة بضرورة الالتزام بجهود التحسين المستمر لنظم الاتصالات خدمة لمعايير الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي الجزائرية لرفع كفاءتها وتحسين مخرجاتها تحقيقا لمتطلبات التنمية الوطنية، ونشر ثقافة الجودة في الجامعات مع ضرورة توفير إطارات إدارية فنية تملك درجة عالية من التأهيل والتدريب على استخدام أساليب تكنولوجيا الاتصال، وكذلك الاستفادة من الخبرات الأجنبية في هذا المجال من خلال إقامة تعاون بين الجامعات الوطنية والدولية الرائدة في إستخدامها.

ولكي تساهم تكنولوجيا الاتصال في تنمية وتطوير مستوى التعليم الجامعي لا بد من استعمال كافة التقنيات القادرة على التحكم فيها بالتكوين والتطوير المستمر للبحث في هذا الميدان.

قائمة المراجع :

1- فاطمة الزهراء بوطلحي، الشريف بوفاس، **تكنولوجيا المعلومات والتعليم العالي في الجزائر**، ورقة بحثية مقدمة في الملتقى الوطني الثاني حول الحاسوب وتكنولوجيا المعلومات في التعليم العالي، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، يومي 05-06 مارس 2014

2- نسيمة ضيف الله، **استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال وأثره على تحسين جودة العملية التعليمية: دراسة عينة من الجامعات الجزائرية**، أطروحة دكتوراه، (جامعة الحاج لخضر باتنة 1: كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، 2017)

5- محمد الأمين عسول، **دور تكنولوجيا المعلومات والاتصال في تحقيق جودة التعليم العالي: دراسة حالة بعض المؤسسات الجامعية**، أطروحة دكتوراه، (جامعة محمد خيضر بسكرة: كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، 2016)

4- محمد علي عبد العزيز الحلواني، مفهوم الجودة الشاملة، **http://www.alyasseer.net**

5- محمد أمين بربري، عبد القادر بكيحل، **أسس تطبيق نظام إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات التربوية التعليمية**، ورقة بحثية مقدمة في الملتقى الدولي الخامس حول: رأس المال الفكري في منظمات الأعمال العربية في ظل الاقتصاديات الحديثة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف

6- قوي بوحنية، التعليم الجامعي في ظل ثورة المعلومات رؤية نقدية استشرافية، **مجلة العلوم الإنسانية**، العدد الثامن، جوان 2015

7- كمال زموري، كمال مرداوي، منظومة البحث العلمي والتطور التكنولوجي في الجزائر: الوضع الراهن واستراتيجيات التطوير، **مجلة ميلاف للبحوث والدراسات**، العدد الخامس، جوان 2017

8- لخضر فردي، استخدام تكنولوجيا المعلومات في التعليم وأثرها على مهام الأستاذ الجامعي، **مجلة RIST**، العدد 1، 2010

9- أمال عبادو، معوقات تطبيق إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي الجزائرية من وجهة نظر أعضاء هيئة التدريس دراسة ميدانية بكلية العلوم الإنسانية والاجتماعية بجامعة بسكرة، **مجلة العلوم الإنسانية**، العدد 15، جوان 2015

10-لهام يحياوي، بوحديد ليلى، أهمية استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال في تحسين جودة التعليم العالي بالجامعات الجزائرية، مجلة تاريخ العلوم، العدد السادس

11- نصر الدين غراف، التعليم الالكتروني ومستقبل الإصلاحات بالجامعات الجزائرية،

, pp8-10http://www.un.org.pdf

12- محمد دهان، دلال بوعتروس، ترتيب الجامعات الجزائرية ضمن التصنيفات العالمية أين يكمن الخلل وماهو الحل؟، **دراسات العلوم التربوية**، 2017

13- خالد أحمد الصرايرة، ليلى عساف، إدارة مؤسسات التعليم العالي بين النظرية والتطبيق، **المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي**، المجلد 1، العدد 1، 2008