

مجلة جيل

الأبحاث القانونية العميقة



مجلة علمية دولية محكمة تصدر دوريا عن مركز جيل البحث العلمي

Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche - www.jilrc.com - law@journals.jilrc.com

العام الخامس - العدد 43 - أكتوبر 2020





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



المشرفة العامة ومديرة التحرير:

أ.د. سرور طالبي

رئيس اللجنة العلمية:

أ.د. الميلود بوطريكي، جامعة محمد الأول وجدة (المغرب)

عضو اللجنة العلمية الشرفي:

د. عبد الناصر أبوسمهانة، رئيس نيابة العدل العليا والدستورية (فلسطين)

أسرة التحرير:

أ.د. الاخضر عزي (جامعة محمد بوضياف-المسيلة-الجزائر)

د. أحمد طارق ياسين محمد المولى، جامعة الموصل (العراق)

د. الداودي نورالدين، جامعة عبد المالك السعدي (المغرب)

د. العباسوي عماد، جامعة كومبلوتنسي بمدريد (إسبانيا)

د. سفيان سوالم جامعة محمد الشريف مساعدي - سوق أهراس (الجزائر)

د. شريف أحمد بعلوشة، وكيل النائب العام، غزة (فلسطين)

د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)

د. نوفل علي عبد الله الصفو، جامعة الموصل (العراق)

د. همام القوصي، جامعة حلب (الجمهورية العربية السورية)

أعضاء اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

د. رائد محمد فليح النمر، الجامعة الملكية للبنات / مملكة البحرين.

د. سلى ساسي، جامعة الجزائر 1- الجزائر.

د. عماد صوالحية، جامعة العربي التبسي، الجزائر

د. ماشاء الله الزوي، جامعة بنغازي، ليبيا.

التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه المجلة تكريساً لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:
بالنسبة للمقالات والأبحاث العميقة:

- تنشر المجلة المقالات والأبحاث التي تستوفي الشروط الآتية:
 - الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
 - تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ الأشخاص أو الأنظمة.
 - يراعى في المساهمات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتمقى.
 - أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
 - أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة بالنسبة للمقالات و50 صفحة بالنسبة للأبحاث العميقة، مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
 - ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وأخرى بأحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).
- بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من وإلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية .
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ القرار في غضون شهر من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

شروط النشر:

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14.
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث سيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تدرج الهوامش ألياً في نهاية كل صفحة وقائمة المصادر والمراجع في نهاية المقال.

نموذج التهميش:

1. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب واسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
2. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
3. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
4. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
5. التقارير الرسمية: جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير، صفحة الاقتباس.
6. المراجع الالكترونية:
يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@journals.jilrc.com

الفهرس

الصفحة

- 9 • الافتتاحية
- 11 • المسؤولية المدنية عن أضرار الذكاء الاصطناعي "دراسة تحليلية"
عبدالرازق وهبه سيداحمد محمد - جامعة المجمعة - المملكة العربية السعودية.
- 47 • المتجر الإلكتروني.. المسرح الجديد لغسل الأموال (التمويه والإخفاء المالي) - بين القانون الكويتي
والبيئة الإلكترونية للتجارة- هشام العبيدان - كلية القانون الكويتية العالمية .
- 75 • مدى خضوع الموارد المالية للجمعيات للرقابة في ظل القانون 06/12
حنيفي فاطيمة، جامعة أبوبكر بلقايد - تلمسان، الجزائر.
- 93 • الأجهزة العليا للرقابة المالية ومتطلبات الحكامة
سعيد العزوزي، باحث في العلوم القانونية والعلوم السياسية والإدارية، وجدة.
- 115 • التسوية الودية لنزاعات العمل الفردية عن طريق الصلح التمهيدي دراسة في ضوء مدونة الشغل
المغربية نضال مصطفى محمد غيث - جامعة محمد الخامس، الرباط.

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية

لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز

© جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي

الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين الذي بفضله تتم الصالحات

اخترنا لكم في هذا العدد من المجلة بحثين معمقين وثلاث مقالات عالجا مواضيع ذات أهمية كبيرة مقترحين حلولاً عملية لاشكاليات راهنة لطالما اعتبرت ثغرات في القوانين العربية السارية .

فلقد تناول البحث المعمق الأول المسؤولية المدنية عن أضرار الذكاء الاصطناعي المتجسد في الروبوتات، والتي تكون قادرة على التعلم والتنظيم بفضل الخوارزميات والشبكات العصبية وغيرها من الأدوات، مما يصعب تحديد الشخص المسئول عن الأضرار التي تحدثها، مقترحا حلولاً تمكن المضرور من الحصول على تعويض كامل في حالة عجز قواعد المسؤولية المدنية عن ذلك.

أما البحث المعمق الثاني ، فلقد قدم دراسة تجارية تحليلية عن ظاهرة غسل الأموال في البيئة الالكترونية من خلال المتجر الالكتروني، الذي أصبح يعتبر مسرحاً جديداً للتمويه والاختفاء المالي ، متوقفاً عند الثغرات القانونية، سيما في التشريع الكويتي ومقترحا تعديلات جديدة تحصن البيئة التجارية الالكترونية.

وبعيداً عن عالم التجارة، الأرباح والمنافسة، تناول المقال الثالث الجانب المالي للجمعيات وعن الأطر التشريعية لممارسة الرقابة المالية على أعمالها وفقاً للقانون الجزائري رقم 06-12، وذلك لضمان عدم خروج هذه المؤسسات التطوعية عن الغايات التي أنشأت من أجل تحقيقها .

وفي نفس السياق عالج المقال الرابع دور الأجهزة العليا للرقابة المالية في المحافظة على المال العمومي من الهدر والتبذير من جهة، ومن جهة أخرى، حوكمة وترشيد النفقات العمومية من أجل كسب المصداقية في علاقتها بالمواطن.

أما المقال الأخير، فلقد توسع في دراسة التسوية الودية لنزاعات العمل الفردية عن طريق الصلح التمهيدي في ضوء مدونة الشغل المغربية، من خلال الحديث عن الأحكام العامة الناظمة لهذه الآلية، وكذا كيفية تطبيقها والآثار القانونية الناجمة عنها.

تسعى إدارة المجلة دائما أن توفر للباحثين مادة علمية رصينة، لذا نرحب بكل مساهمة جديدة تثري صفحات المجلة بمواضيع تعالج قضايا واشكاليات راهنة.

وكالعادة لا يفوتني أن أثنى عن الدور الكبير الذي تلعبه اللجنة العلمية التحكيمية في تصويب المقالات، توجيه الباحثين نحو المراجع الجديدة والموثوقة، وعلى حرص كل أعضائها على سمعة المجلة واستمرارها بنفس الوتيرة والمستوى.

والله الموفق في الأول والآخر

سرور طالبي / المشرفة العامة ومديرة التحرير

المسؤولية المدنية عن أضرار الذكاء الاصطناعي "دراسة تحليلية"

Civil liability for artificial intelligence damages "An analytical study"

د. عبدالرازق وهبه سيداحمد محمد، أستاذ القانون المدني المساعد، كلية العلوم والدراسات الإنسانية
بالغاط - جامعة المجمعة - المملكة العربية السعودية.

Abdelrazek Wahba Sayedahmed Mohamed, Assistant Professor of Civil Law, College Of
Science and Humanities at Al-Ghat, Majmaah University - Kingdom of Saudi Arabia

Abstract

Today, science and technology provide the artificial intelligence embodied in robots, which are able to learn and organize thanks to algorithms, neural networks and other tools, making it difficult to determine who is responsible for the damage it causes, and therefore the injured person cannot obtain compensation for the damage done to him. In addition, artificial intelligence is the product of the fourth industrial revolution, and it participates greatly in our daily lives in various fields. Where AI-based robots are used in the medical, military, legal and other fields. Despite its importance in facilitating and achieving services for people and solving thorny problems at an enormous speed that exceeds the ability of man, it may cause irreversible damage. In light of this, the research aimed to present the definition of artificial intelligence and explain its origin and some areas of its use, and to identify the types of civil liability for the damages of artificial intelligence, and the extent of its flexibility to accommodate the damage caused by it, with an indication of its effects and proposed solutions to enable the victim to obtain full compensation in the event of a failure of rules Civil liability for this. It concluded by presenting the most important results reached.

Key words: Artificial Intelligence, Civil Liability, Compensation, Insurance, Compensation Funds.

ملخص:

تُقدم العلوم والتكنولوجيا اليوم الذكاء الاصطناعي المتجسد في الروبوتات، التي تكون قادرة على التعلم والتنظيم بفضل الخوارزميات والشبكات العصبية وغيرها من الأدوات مما يصعب تحديد الشخص المسئول عن الأضرار التي تحدثها، وبالتالي لا يستطيع المضرور الحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت به. ويعد الذكاء الاصطناعي نتاج الثورة الصناعية الرابعة، ويشارك بشكل كبير في حياتنا اليومية في شتى المجالات. حيث تستخدم الروبوتات القائمة على الذكاء الاصطناعي في المجال الطبي والعسكري والقانوني وغيرها من المجالات الأخرى. فعلى الرغم من أهميته في تسهيل وإنجاز خدمات للبشر وحل المشاكل الشائكة بسرعة هائلة تفوق قدرة الإنسان، ألا أنه قد يسبب أضرار لا تحمد عُقبها. وعلى ضوء ذلك جاء البحث هادفاً إلى عرض تعريف الذكاء الاصطناعي وبيان نشأته وبعض مجالات استخدامه، والوقوف على أنواع المسؤولية المدنية عن أضرار الذكاء الاصطناعي، ومدى مرونتها لاستيعاب الأضرار التي يحدثها، مع بيان آثارها والحلول المقترحة لتمكين المضرور من الحصول على تعويض كامل في حالة عجز قواعد المسؤولية المدنية عن ذلك. مختتماً بعرض أهم النتائج التي تم التوصل إليها.

الكلمات الدالة: الذكاء الاصطناعي، المسؤولية المدنية، التعويض، التأمين، صناديق التعويض.

مقدمة:

أصبح الذكاء الاصطناعي (AI) أكثر تطوراً في السنوات الماضية ويلعب دوراً مهماً في المجتمع، حيث تم استخدامه في مجالات مختلفة مثل المجالات الطبية والقانونية والعسكرية والعديد من المجالات الأخرى. فالذكاء الاصطناعي هو نظرية لتطوير الآلات لتمكينها من إتمام المهام التي تتطلب عادةً الذكاء البشري، مثل القدرة على التفكير والادراك وحل المشاكل من خلال التعلم من الأخطاء والتجارب والخبرات السابقة، واتخاذ القرار عن طريق جمع وتحليل البيانات والمعلومات، والتعرف على الكلام، وترجمة اللغة. ونتيجة لهذا التطور، أصبح الذكاء الاصطناعي قادراً على محاكاة البشر، إلا أنه قد يترتب على سلوكه بعض الأضرار التي تلحق بالغير والتي يصعب مواجهتها في ظل قواعد المسؤولية المدنية التقليدية، وهذا يرجع لاتخاذ القرارات الذاتية دون تلقي أي أوامر من مالكه، مما يصعب التحكم فيه وهذه هي الأسباب التي تجعله مصدراً للمخاطر العامة. وبالتالي لا يمكن تحديد عما إذا كان الضرر وقع نتيجة سلوك تعلمه من البيئة التي يستخدم فيها أم بسبب خلل في تصنيعه. الأمر الذي يدفعنا إلى التفكير في الاعتراف بالشخصية القانونية لأن الغرض من الاعتراف بالشخصية القانونية ليس تمتع الذكاء الاصطناعي بالحقوق الكاملة للإنسان، بل التوصل إلى تحديد الشخص المسئول عن حدوث الضرر.

وبناءً على ما سلف نحاول بقدر المستطاع إضافة بعد جديد في إطار المسؤولية المدنية لمواجهة الأضرار الناجمة عن الذكاء الاصطناعي. هادفاً من وراء ذلك تمكين المضرورين من الحصول على تعويض كامل لحمايتهم من مخاطر الثورة الصناعية، والتي أصبحت تهدد البشرية بمخاطر كثيرة. فضلاً عن بيان قصور قواعد المسؤولية المدنية التقليدية عن مواجهة تلك المخاطر وإيجاد حلول بديلة من خلال التعويض التلقائي.

أولاً: أهمية البحث:

تبرز أهمية البحث في قصور قواعد المسؤولية المدنية التقليدية على مواجهة الأضرار الناجمة عن الذكاء الاصطناعي. وبالتالي لا يتمكن المضرور من الحصول على تعويض كامل، أو قد يترك بدون تعويض. وذلك يرجع إلى تعدد الأشخاص المساهمين في إنتاج الروبوتات القائمة على الذكاء الاصطناعي ومن ثم عدم معرفة الشخص المسئول عن الضرر الذي لحق بالمضرور. الأمر الذي يتطلب تدخل المشرع لوضع نظام قانوني يحدد بشكل دقيق كيفية التعامل مع هذه التكنولوجيا الجديدة ومواجهة الأضرار التي تنشأ عنها، من خلال آليات محددة تساعد المضرور في الحصول على حقه كاملاً دون تكبده مصاريف باهظة.

ثانياً: مشكلة البحث:

يعتبر الذكاء الاصطناعي تكنولوجيا جديدة، ليس فقط على المستوى القانوني، ولكن على مستوى المجتمع بأكمله، ولذلك ازداد خوف البشر من الأضرار التي تسببها أجهزة الذكاء الاصطناعي إذا خرجت عن نظام التشغيل الإلكتروني الآلي، مما أثار إشكالية تطرح عدة تساؤلات من أهمها:

- من الذي يتحمل المسؤولية عن تلك الأضرار؟
- ما هو نوع المسؤولية؟
- كيفية تعويض المضرورين؟
- ماهي الآليات اللازمة لحصول المضرور على تعويض كامل؟

ثالثاً: منهجية البحث:

يعتمد البحث على المنهج التحليلي المقارن بين بعض النظم القانونية بشأن الروبوتات كما اعتمد البحث على المنهج التحليلي للأراء الفقهية المتبعة في هذا الشأن. ولذلك قسمت البحث على مبحثين هما:

المبحث الأول: أنواع المسؤولية المدنية عن أضرار الذكاء الاصطناعي.

المبحث الثاني: الأثر المترتب على تحقق المسؤولية المدنية عن أضرار الذكاء الاصطناعي.

وكان لابد من التمهيد للبحث بمطلب للتعريف بمفهوم الذكاء الاصطناعي ونشأته.

المطلب التمهيدي

مفهوم الذكاء الاصطناعي ونشأته

يجدر بنا قبل أن نتعرض لأنواع المسؤولية المدنية عن أضرار الذكاء الاصطناعي، وبيان آثارها، أن نوضح في البداية تعريف الذكاء الاصطناعي ونشأته، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: نشأة الذكاء الاصطناعي

تعتبر الفترة ما بين عام 1940-1950 بداية الخطوات الأولى للذكاء الاصطناعي، مع إنشاء الشبكات العصبية. فقد أدى عمل اثنين من أطباء الاعصاب Warren Mccu and Walter Pitts إلى حساب منطقي للأفكار الأساسية في النشاط العصبي، والتوصل إلى النموذج الرياضي الأول للعصب البيولوجي، والعصب الاصطناعي⁽¹⁾.

وفي عام 1956 عقد مؤتمر في Dartmouth ظهر فيه لأول مرة مصطلح الذكاء الاصطناعي على يد Johan Maccarthy. وفي الخمسينات بدأت المحاولة الأولى لإعداد نماذج آلية قادرة على إصدار سلوك بسيط، مثل التعلم، ولكن تلك النماذج لم تنجح في إصدار أي سلوك شائك، سواء كان هذا السلوك للإنسان أو الحيوان، وقد اعتمدت هذه النماذج على محاكاة الشبكات العصبية، وكانت تعمل من خلال القيام باستجابة معينة بناء على مدخلات تم إدخالها.

أي مفهوم الذكاء الاصطناعي في تلك الفترة كان يعني محاكاة العقل، وذلك من خلال إنشاء مجموعة من البرامج التي تحاكي عمل الشبكات العصبية في الدماغ وربطها معاً، للقيام بعملية تعلم معينة، وكان رأي هؤلاء العلماء أن تلك العملية تمثل أفضل الطرق لبناء أنظمة ذكية ولكنهم لم يتمكنوا من تحقيق ذلك⁽²⁾.

وفي عام 1965 توقع Herbert Simon أن الآلات ستكون قادرة في غضون عشرين عاماً على القيام بأي عمل يمكن أن يقوم به الإنسان. وفي عام 1967 توقع Marvin Minsky أنه في غضون جيل واحد سيتم حل مشكلة الذكاء الاصطناعي بشكل كبير.

إلا أنه نظراً للمشاكل التي واجهت الذكاء الاصطناعي في عام 1974، والضغط المستمر من الكونجرس لتمويل مشاريع أكثر إنتاجية، قطعت الحكومتان البريطانية والأمريكية تمويل كل الأبحاث الاستكشافية الموجهة في مجال الذكاء الاصطناعي، وهذه أول انتكاسه شهدتها أبحاث الذكاء الاصطناعي⁽³⁾.

(1) عبد الله موسي وأحمد بلال، الذكاء الاصطناعي ثورة في تقنيات العصر، دار الكنب المصرية، القاهرة، 2019، الطبعة الأولى، ص 48.

(2) زين عبد الهادي، الذكاء الاصطناعي والنظم الخبيرة في المكتبات: مدخل تجريبي للنظم الخبيرة في مجال المراجع، المكتبة الأكاديمية، القاهرة 2000، الطبعة الأولى ص 21.

(3) أصالة رقيق، استخدام تطبيقات الذكاء الاصطناعي في إدارة أنشطة المؤسسة: دراسة حالة مجموعة من المؤسسات الاقتصادية، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة أم البواقي، الجزائر، 2014-2015، ص 16/15.

وفي أوائل الثمانينات شهدت أبحاث الذكاء الاصطناعي صحوة جديدة من خلال النجاح التجاري للنظم الخبيرة، وهي أحد برامج الذكاء الاصطناعي التي تحاكي المعرفة والمهارات التحليلية لواحد أو أكثر من الخبراء البشريين. وبحلول عام 1985 بلغت أرباح الذكاء الاصطناعي في السوق أكثر من مليار دولار، وبدأت الحكومات في تمويلها من جديد. وفي التسعينات وأوائل القرن الحادي والعشرين حقق الذكاء الاصطناعي نجاحاً كبيراً⁽¹⁾. وهذا يعني أن أدوات ونظم الذكاء الاصطناعي أصبحت متوفرة على أساس تجاري في الثمانينيات.

ويعتبر الإنسان الآلي من الحقول المتميزة في الذكاء الاصطناعي، الذي يهتم بمحاكاة العمليات الحركية التي يقوم بها الإنسان أو الحيوان بشكل عام، ويهدف هذا الحقل إلى القيام بالعمليات المتكررة والخطرة أو العمليات التي يعجز الإنسان عن أداءها، وتعود فكرة الإنسان الآلي إلى مئات من السنوات وتقسم الروبوتات إلى:

1. الروبوتات العسكرية:

وهي التي تستخدم في الأغراض العسكرية، مثل روبوت "باكوتس" الذي يستخدم للاستدلال على مواقع الألغام والقنابل وتفجيرها. وفي أغراض التجسس تستعمل روبوتات لها شكل حشرات صغيرة يصعب رؤيتها⁽²⁾. حيث إنها مزودة بأجهزة استشعار عالية جداً تمكنها من استكشاف البيئة المحيطة بها بدقة، كما أن بعضها مزود بوسائل للاتصال مع البشر أو للاتصال مع الأنظمة الأخرى ومن أمثلتها أجهزة حمل الذخيرة وصواريخ كروز⁽³⁾.

2. الروبوتات الطبية:

وهي التي تستخدم في العلاج والتشخيص. ففي عام 2004، استخدم الروبوت "دافنشي" بنجاح ولأول مرة في مستشفى الملك خالد الجامعي بالمملكة العربية السعودية لإجراء عملية جراحية نادرة في جراحة الأطفال تتعلق بربط المعدة من خلال الروبوت لطفلة تعاني من السممة المفرطة أدت إلى عدم قدرتها على الحركة الطبيعية، كما أجريت عملية جراحية بالروبوت بمستشفى الملك خالد، لاستئصال المرارة، ولجراحة القلب، وفي مستشفى الملك فيصل التخصصي، تم إجراء عملية بالروبوتات لاستئصال ورمين حميدين من كبد سيدة⁽⁴⁾.

(1) جهاد عفيفي، الذكاء الاصطناعي والأنظمة الخبيرة، أمجد للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، الطبعة الأولى، ص 23.

(2) علي حويلي، العلماء العرب في أمريكا وكندا: إنجازات وإخفاقات، منتدي المعارف، بيروت، 2013، الطبعة الأولى، ص 203.

(3) زين عبد الهادي، مرجع سابق، ص 28/27.

(4) صفات سلامة، تكنولوجيا الروبوتات: رؤية مستقبلية بعيون عربية، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 2006، الطبعة الأولى، ص 45.

كما تم استخدام الروبوتات في بعض المجالات الخدمية، فعلي سبيل، قامت مستشفى يونيفرسال بأبوظبي بدولة الإمارات، بإدخال أول صيدلية تعمل بالروبوتات في منطقة الشرق الأوسط؛ بهدف توفير مدة الانتظار لتسلم الدواء، وتقليل احتمالات الخطأ البشري، وتقليل الازدحام⁽¹⁾.

3. الروبوتات القانونية:

استخدمت الروبوتات في التحكم حيث تم تزويد الروبوتات المصنعة حديثاً بنماذج عالية من الذكاء الاصطناعي، وهذا يمكنها من تجميع وتحليل المعلومات المتدفقة عبر القنوات المتعددة. وبالتالي، يجد المتقاضين أنفسهم مائلون أمام قاضي حقيقي يقرأ أوراق الدعوي، ويحقق فيها، ويصدر حكمه في النهاية. وهذا لا يمثل أي انتهاك للمبادئ القانونية الأساسية على الإطلاق طالما أن الروبوت مبرمج جيداً بطريقة تناسب وظائف التحكم. كما أن السمة الرئيسية للتحكم، بشكل عام، هي المرونة، التي تنتج عن الحرية الكاملة لأطراف التحكم في التوصل إلى اتفاق التحكم. لذا يحق لهم أن يقرروا اختيار الروبوتات كمحكمين. وقد طبق هذا النظام في كولومبيا من خلال الروبوت Siareles Robots⁽²⁾. فضلاً عن استخدامه في كندا والمملكة المتحدة والولايات المتحدة في مساعدة الأنظمة القضائية والنيابة العامة للوصول إلى الخبرات القانونية لتحقيق العدالة⁽³⁾. كما استخدمت تلك الروبوتات في زيادة كفاءة المحامين أمام القضاء، وذلك من خلال تطبيق الأساليب الحديثة في الإدارة الإلكترونية منها على سبيل المثال استخدام نظام الخبير الإلكتروني⁽⁴⁾.

ثانياً: تعريف الذكاء الاصطناعي

على الرغم من الاهتمام المتزايد بالذكاء الاصطناعي في الأوساط الأكاديمية والصناعية والمؤسسات التعليمية، لا يوجد تعريف موحد لما ينطوي عليه الذكاء الاصطناعي بالفعل⁽⁵⁾. وتشمل المجالات البحثية العديد من تعريفات الذكاء الاصطناعي، والتي تعكس عمق واتساع هذا المجال الذي شهد نمواً كبيراً في العقود

(1) صفات سلامة وآخرون ، تحديات عصر الروبوتات وأخلاقياته: دراسات استراتيجية ، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، العدد مائة ستة وتسعون، الطبعة الأولى، أبوظبي: مركز الإمارات، 2014، ص 91.

(2) Y. Abdalla, "Robotic Arbitration: To What Extent Could Robots Conduct Arbitrary Procedures?", 2020.

Available: https://www.researchgate.net/publication/340583752_Robotic_Arbitration_To_What_Extent_Could_Robots_Conduct_Arbitrary_Procedures.

(3) S. Karnouskos, "the interplay of law, robots and society, in an artificial intelligence era", master's thesis, umea university, 2017, p. 15.

(4) راجع في تفاصيل ذلك سمير مرقس، تطبيق الذكاء الاصطناعي والأنظمة الخبيرة في زيادة كفاءة المحامين أمام القضاء، مجلة الاقتصاد والمحاسبة، المجلد ستمائة خمسة وخمسون، مصر: نادي التجارة، 2014، ص 5.

(5) S. Samoil, M. López Cobo, E. Gómez, G. De Prato, F. Martínez-Plumed and B. Delipetrev, AI watch. European Union: Joint Research Centre, 2020, p. 7.

القليلة الماضية. وبعد الذكاء الاصطناعي التكنولوجيا الأساسية في كثير من الأعمال التجارية والاتجاهات العلمية. لذلك، تم تعريف الذكاء الاصطناعي بعدة طرق مختلفة.

حيث عرف Alan Turing الذكاء الاصطناعي بأنه "القدرة على التصرف كما لو كان الإنسان هو الذي يتصرف من خلال محاولة خداع المستجوب وإظهار كما لو إن إنساناً هو الذي يقوم بالإجابة على الأسئلة المطروحة من قبل المستجوب"⁽¹⁾.

وعرفه Elaine Rich بأنه "دراسة لجعل أجهزة الكمبيوتر أن تؤدي أشياء يقوم بها الإنسان بطريقة أفضل"⁽²⁾. كما عرفه Buchanan and Shortcliffe مركزين على الاختلاف في تقنيات البرمجة المستخدمة في الذكاء الاصطناعي بأنه "فرع من علوم الكمبيوتر يتعامل مع الرموز والطرق الغير حسابية لحل المشكلة"⁽³⁾.

وعرفه Marvin Lee Minsky بأنه بناء برامج الكمبيوتر التي تنخرط في المهام التي يقوم بها البشر بشكل مرضي، لأنها تتطلب عمليات عقلية عالية المستوى مثل: الإدراك الحسي "التعلم وتنظيم الذاكرة والتفكير النقدي"⁽⁴⁾.

وعرفه John McCarthy بأنه علم وهندسة صنع الآلات الذكية، خاصة⁽⁵⁾. وفي المقابل يعرفه كور زويل وهو من أشهر الباحثين في مجال الذكاء الاصطناعي بأنه "فن تصنيع الآلات القادرة على القيام بعمليات تتطلب الذكاء مثلما يقوم بها الإنسان"⁽⁶⁾.

ومن جميع ما تقدم يمكننا تعريف الذكاء الاصطناعي بأنه وسيلة لإعداد الحاسوب أو الروبوت، للتحكم فيه بواسطة برنامج يفكر بذكاء بنفس الطريقة التي يفكر بها البشر الأذكياء. فعلم الذكاء الاصطناعي هو أحد علوم الحاسب الآلي الحديثة التي تبحث عن أساليب متطورة لبرمجته للقيام بأعمال واستنتاجات تشابه في أضييق الحدود الأساليب التي تنسب لذكاء الإنسان.

فالهدف من الذكاء الاصطناعي فهم العمليات الذهنية الشائكة التي يقوم بها العقل البشري أثناء التفكير ومن ثم ترجمة هذه العمليات الذهنية إلى ما يوازيها من عمليات حسابية تزيد من قدرة الحاسب على حل العمليات الشائكة⁽⁷⁾.

(1) مشار إليه لدى صلاح الفضلي، آية عمل العقل عند الإنسان، عصير الكتب للنشر والتوزيع، القاهرة، 2019، ص 147.

(2) E. Rich, Artificial Intelligence and the Humanities, Paradigm Press, 1985, p.117.

(3) B. G. Buchanan, E. H. Shortcliffe, Rule-Based Expert Systems The MYCIN Experiments of the Stanford Heuristic Programming Project, Addison-Wesley Publishing Company, 1984, p.3.

(4) Available: <https://www.britannica.com/biography/Marvin-Lee-Minsky>

(5) J. McCarthy, What Is Artificial Intelligence?, 2007, p.2. Available: <http://jmc.stanford.edu/articles/whatsai/whatsai.pdf>.

(6) صلاح الفضلي، مرجع سابق، ص 147.

(7) سالم الفاخري، ، سيكولوجية الذكاء، مركز الكتاب الأكاديمي، الأردن، 2018، ص 121/120.

فإذا أردنا أن نعرف كيف يقوم البشر بالسلوك الذكي، ينبغي علينا أولاً أن نفهم الأنشطة التي تعتبر ذكية بالمعنى الفكري والعلمي والنفسي والتقني. فالمهارة البشرية والخبرة في العديد من التخصصات تم تطويرها وتخزينها في العقل الباطن بدلاً من أن يكونا متاحين بناء على طلب واضح من الذاكرة⁽¹⁾. ولما كان الذكاء الاصطناعي هو أنظمة الكمبيوتر التي تحاكي البشر في تصرفاتهم، فإن هذا لا يعني أن أي قطعة برمجية تعمل بخوارزمية محددة، وتؤدي مهام معينة تعتبر ذكاء اصطناعي، فلكي نطلق هذا المسمى على أنظمة الكمبيوتر لا بد أن تتوافر فيها مجموعة من الخصائص منها⁽²⁾:

- إمكانية جمع وتحليل البيانات والمعلومات وإنشاء علاقة بينهم لاتخاذ القرار.
- القدرة على التفكير والادراك وحل المشاكل المعروضة في غياب المعلومة الكاملة.
- القدرة على التعلم من الأخطاء والتجارب والخبرات السابقة وتوظيفها في مواقف جديدة.

ويفهم من ذلك بأنه ليس كل إنسان آلي قادر على التفكير، فلكي تثبت له تلك الصفة ينبغي أن تتوافر لديه القدرة على التحليل والتعلم من البيئة التي يوجد فيها، بحيث يستطيع أن يحلل البيانات والوقوف على حجم المشكلة ومن ثم اتخاذ القرار.

ويثور هنا تساؤل هل يجوز الاعتراف بالشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي؟

إن منح الشخصية القانونية للروبوتات الذكية، يبدو أمراً مهماً لأنه يحد من مسؤولية المالك. ولكن هذا الخيال القانوني لا يفي بالمعايير التقليدية للشخصية القانونية، وذلك للمبالغة في تقدير القدرات الفعلية للروبوتات. فضلاً عن أن منح الشخصية القانونية للروبوتات مثل الشخص الطبيعي أمراً صعباً للغاية، لأن الروبوت في هذه الحالة سيتمتع بحقوق الإنسان، مثل الحق في الكرامة والمواطنة. وهذا يتعارض مع ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي واتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية. كما أنه لا يمكن منحه الشخصية القانونية على غرار الشخص المعنوي، وذلك لأن الشخص المعنوي يخضع لتوجيه الأشخاص الذين يمثلونه، وهذا لا ينطبق على الروبوتات الذكية⁽³⁾. فالاعتراف بالشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي ككيان قانوني، سيؤدي إلى تخلص المنتجين والجهات المسؤولة الأخرى من مسؤوليتهم⁽⁴⁾.

(1) فايز النجار، نظم المعلومات الإدارية: منظور إداري، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، الطبعة الرابعة، ص 169.

(2) إيهاب خليفة، مجتمع ما بعد المعلومات: تأثير الثورة الصناعية الرابعة على الأمن القومي، دار العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2019، ص 41/40.

(3) Available at <http://www.robotics-openletter.eu/> viewed on 2/10/2020

(4) J. Delcker, Europe divided over robot personhood available at <https://www.politico.eu/article/europe-divided-over-robot-ai-artificial-intelligence-personhood/> ANOSCH DELCKE ANOSCH DELCKER JANOSCH DELCKERR

ويري بعض الفقه⁽¹⁾ أن الشخصية القانونية الطبيعية تمنح للكيان المادي للإنسان بصرف النظر عن إدراكه وفهمه، وهذا يعد أمر شائك بالنسبة للذكاء الاصطناعي. فربط المسؤولية القانونية بالشخصية القانونية أمر غير صحيح، لأنه ليس كل من يتمتع بالشخصية القانونية يعد مسئولاً من الناحية القانونية عن أفعاله، فالشخص غير العاقل يتمتع بالشخصية القانونية والذمة المالية المستقلة رغم أنه يفتقد للمسؤولية المدنية. وهذا ليس معناه أن مثل هذه الأشخاص تعفي من المسؤولية مطلقاً، بل يتم نقل عبء هذه المسؤولية للشخص المسئول عنه ومطالبته بالتعويض.

ويتضح مما سبق أن الاعتراف بالشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي على غرار الشخص الطبيعي يعتبر اعتداء على حقوق الانسان، فضلاً عن الاعتراف بالحقوق والالتزامات هو الذي يعكسها. كما أنه لا يمكن منحه تلك الشخصية للذكاء الاصطناعي كشخص اعتباري، لأن الشخص الاعتباري له ذمة مالية مستقلة، ويتم إدارته من قبل أشخاص طبيعيين.

ولكن في ظل التطور الذي وصلت إليه الروبوتات الذكية حتى أصبحت تحاكي البشر، هذا يدعونا إلى التفكير في منحها الشخصية القانونية لأن الغرض من منح الشخصية ليس تمتع الذكاء الاصطناعي بالحقوق الكاملة للإنسان، بل التوصل إلى تحديد الشخص المسئول عن حدوث الضرر. فنحن نعلم أن الذكاء الاصطناعي يشترك في إنشائه ككيان أكثر من شخص (مثل المنتج والمبرمج) فضلاً عن استخدامه من قبل المالك. فعندما يحدث الضرر يضطر الضحية للبحث عن المسئول. وهذا يدفعنا إلى القول بأنه يتعين معاملة كيانات الذكاء الاصطناعي كشخصيات قانونية، لإخضاعهم للمساءلة القانونية مثل الشركات، لأن هذا من شأنه أن يعزز النظام القانوني الحالي لمواجهة التحديات التي يمكن أن يثيرها الذكاء الاصطناعي. وذلك عن طريق إعداد النظام القانوني الحالي للتغير التكنولوجي وتمكين تلك الكائنات من التفاعل مع البشر وإفادتهم.

وخير مثال على ذلك ما حدث في قضية In Klein v. U.S التي تتلخص وقائعها في قيام الطيار بوضع الطائرة على الطيار الآلي أثناء الهبوط على الرغم من تحذير اللوائح من استخدامه في ذلك. مما أدى إلى إلحاق ضرر جسيم بالطائرة بسبب الهبوط السيء من قبل الطيار الآلي. فعلى الرغم من وجود خطأ من جانب الطيار الآلي إلا أن الطيار كان وراء هذا الخطأ، وبالتالي كان مسئولاً عن الأضرار التي لحقت بالطائرة⁽²⁾.

ونستنتج من ذلك أن الغرض من الاعتراف بالشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي هو التوصل إلى تحديد الشخص المسئول عن الأضرار التي تسبب فيها الذكاء الاصطناعي. فالاعتراف للذكاء الاصطناعي بالحقوق، يحميه من اعتداء الغير، كما أن تحمله للالتزامات الناجمة عن أفعاله سيحمي الأشخاص الآخرين.

(1) محمد عرفان الخطيب، المسؤولية المدنية والذكاء الاصطناعي... إمكانية المساءلة؟، دراسة تحليلية معمقة لقواعد المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد الأول، 2020، ص120.

(2) S. Singh, Attribution of Legal Personhood to Artificially Intelligent Beings, Bharati Law Review, July – Sept., 2017, p.199.

المبحث الأول

أنواع المسؤولية المدنية عن أضرار الذكاء الاصطناعي

سوف نقوم بدراسة أنواع المسؤولية المدنية المختلفة وفقاً لوظيفتها التقليدية، وتحليلها لبيان عما إذا كان يمكن تطبيقها على الذكاء الاصطناعي أم لا. لأن تطبيق المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية الموضوعية على الأضرار الناجمة عن الذكاء الاصطناعي يتوقف على الظروف التي أدت إلى حدوث مثل هذه الأضرار. وهذا ما نتناوله في هذا المبحث في ثلاثة مطالب، خصصت الأولى للمسؤولية العقدية، والثانية للمسؤولية التقصيرية والثالثة للمسؤولية الموضوعية.

المطلب الأول

المسؤولية العقدية

وفقاً لقانون العقود، حينما يدخل طرفين في تعاقد صحيح ولم ينفذ أحد الأطراف التزامه المحدد في العقد، يحق للطرف الآخر التحلل من التزامه فضلاً عن المطالبة بالتعويض. ومبلغ التعويض يمكن أن يحدد في العقد ذاته، فإذا لم يحدد، يمكن للمحكمة أن تحدده على أساس ما لحق المضرور من خسارة⁽¹⁾.

وبالتالي يتحمل المدين الخسائر المتوقعة أو الممكن توقعها وقت تحمل الالتزام كنتيجة محتملة لعدم تنفيذ التزامه. فيتعين للوفاء بالالتزام بالتسليم أن يكون المحل المسلم مطابقاً للقدر وللمواصفات المتفق عليها أو التي تطلبها قواعد المهنة وعرف التعامل⁽²⁾.

ولالإخلال بالعقد أشكال متعددة منها، على سبيل المثال، عدم قيام البائع بتسليم المبيع طبقاً للشروط والمواصفات المحددة في العقد. ففي أوروبا إذا كان الروبوت غير مطابق للعقد يحق للمشتري إنهائه، وبالتالي تقوم المسؤولية العقدية عندما لا يكون أداء الروبوت كما هو متفق عليه في العقد، حتى ولو لم يحدث ضرر أو أذى⁽³⁾.

ويؤدي عدم مطابقة الروبوت لما هو محدد في العقد إلى إنشاء الحق في التعويض للمشتري. ولذلك لا يجبر الدائن على قبول شيء غير المستحق، ولو كان هذا الشيء مساوي له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى (م 341 مدني مصري)⁽⁴⁾. كما يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد (م 431 مدني

(1) J. Frank Weaver, "Robots Are People Too: How Siri, Google Car, and Artificial Intelligence Will Force Us to Change Our Laws", Barnes & Noble, 2014, p. 19. Available: <https://www.barnesandnoble.com/w/robots-are-people-too-john-frank-weaver/1115217419>.

(2) محمد منصور، أحكام عقد البيع التقليدي والالكترونية والدولية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006، ص 234.

(3) S. Tzafestas, "Roboethics - A Navigating Overview", Springer.com, 2020, p. 168. Available: <https://www.springer.com/gp/book/9783319217130>.

(4) محمد البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الرابع، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2019، ص 426.

مصري⁽¹⁾. فضلاً عن التزامه بضمان صلاحية المبيع للعمل، فلا شك أن هذا الالتزام الأخير يعد التزاماً تعاقدياً. وتعتبر هذه الالتزامات التزاماً بتحقيق نتيجة⁽²⁾. ولذلك إذا حدث تغير في حالة المبيع، فإن حكمه يختلف بحسب ما إذا كان تغيراً إلى الأسوأ أم إلى الأفضل⁽³⁾. ويلاحظ أنه لا يتم تنفيذ الالتزام بشأن ضمان صلاحية المبيع للعمل بمجرد تحقق هذه النتيجة، بل يتعين انجاز ذلك بالطريقة التي تتفق مع مشتريات العقد وما يوجبه حسن النية.

فإذا ظهر في المبيع عيب ينقص من قيمته أو يجعله غير صالح لما أعد له لزم البائع ضمان ذلك. وذلك لأن المشتري نظر عند تحديد الثمن إلى الفائدة المرجوة من المبيع، فإذا كان في المبيع عيب ينقص من مقدار الفائدة، كان وجود الثمن تحت يد البائع بلا مبرر مشروع. فضلاً عن أن المشرع المصري، بخلاف المشرع الفرنسي، مد ضمان البائع للعيوب الخفية إلى الصفات التي ضمن البائع للمشتري وجودها في المبيع، والتي لا يعتبر مجرد توافرها آفة طارئة⁽⁴⁾.

ويشترط في العيب الموجب للضمان أن يكون غير معلوم للمشتري، وأن يكون غير ظاهر، وأن يكون موجود في المبيع قبل البيع، وأن يكون جسيماً. وفي الواقع، وفقاً لأغلبية الفقه، أن قواعد ضمان العيب الخفي ذات نطاق مرن حيث تشمل الأضرار المادية الناجمة عن الأمان التي تحدثها الروبوتات القائمة على الذكاء الاصطناعي⁽⁵⁾.

وعلى هذا النحو تنطبق أحكام المسؤولية العقدية، إذا لم يتم تسليم الروبوت وفقاً لأحكام وبنود العقد المبرم بين البائع (المنتج) والمشتري (المستخدم)⁽⁶⁾. فمن الواضح أن الروبوت مجرد سلعة أو منتج متبادل. ولذلك يري بعض الفقه أن تطبيق قواعد المسؤولية التقليدية في حالة الإخلال بالعقد لا يسبب أي مشكلة⁽⁷⁾.

(1) السيد عمران، عقد البيع في القانون المدني المصري، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2009، ص 116.

(2) يختلف مضمون الضمان القانوني عن نظيرة الاتفاقية لاختلاف طبيعة كل منهما. فبالنسبة للضمان القانوني يستطيع المشتري رد المبيع والمطالبة بالتعويضات الكاملة أو الاحتفاظ بالمبيع وطلب التعويض عن العيب وإنقاص الثمن بقدر ما أصابه من ضرر بسبب العيب. هذا في حلة العيب الجسيم. أما إذا كان العيب غير جسيم فإن المشتري يحتفظ بالمبيع ويحصل على تعويض عما أصابه من ضرر نتيجة لهذا العيب. أما عن الضمان الاتفاقي يتمثل في صلاحية المبيع للعمل. ومن ثم فإن إعماله يتمثل في إصلاح الخلل واستبدال الأجزاء المعيبة بأجزاء جديدة. راجع محمد منصور، مرجع سابق، ص 347/346.

(3) راجع في تفاصيل ذلك محسن البيه، عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 360.

(4) السيد عمران، مرجع سابق، ص 172.

(5) S. Oliveira, "La responsabilité civile dans les cas de dommages causés par les robots d'assistance au Québec", LL.M, faculté de droit, université de montréal, 2016, p.141/145.

(6) M. Assunta Cappeli, "regulation on safety and civil liability of intelligent autonomous robots: the case of smart cars", Ph. D thesis, universita degli studidi Trento, 2014, pp. 131-132.

(7) A. Santosuosso, et al., "Robots, market and civil liability: A European perspective", IEEE RO-MAN: The 21st IEEE International Symposium on Robot and Human Interactive Communication, 2012, P. 6.

ولكن هذا الرأي محل نظر لأن تطبيق المسؤولية العقدية على الذكاء الاصطناعي، لم يكون كافياً لمواجهة الأضرار التي يحدثها، فضلاً عن أنها توجه للشخص الطبيعي في حالة إخلاله بالعقد لا الذكاء الاصطناعي، حيث أن هذا الأخير لا يمكن أن يكون طرفاً في العقد. وحتى إذا افترضنا قيام الأطراف بإضافة بنود في العقد لوصف قدرة الذكاء الاصطناعي ومخاطرة، فإن العقد لا يولد سوى التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة.

ومن الجدير بالذكر أنه طبقاً للقواعد العامة الواردة في القانون المدني، لا يكفي لإقامة المسؤولية العقدية وجود خطأ في جانب المدين وأن يلحق ضرر بالدائن، بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في الضرر. والمشرع لم يلقي على الدائن عبء اثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر، بل أفترض أن الضرر راجع إلى الخطأ. وعلى المدين إذا ادعى عكس ذلك أن ينفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر. وفي هذا تنص المادة 215 مدني مصري على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينياً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه. ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب أجنبي لا يدل له فيه"⁽¹⁾.

ومن هنا يستطيع الشخص المسئول عن الروبوتات الذكية التنصل من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر الذي وقع يرجع إلى سبب لا يكون مسئولاً عنه، الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى صعوبة حصول الضحية على تعويض ما لم يكن مستحيلاً.

المطلب الثاني

المسؤولية التقصيرية

تقوم المسؤولية التقصيرية على الإخلال بالتزام مصدره القانون. وهذه المسؤولية تفترض عدم وجود أي علاقة بين المدين والدائن⁽²⁾. فالمسؤولية التقصيرية هي نظام المسؤولية العام الذي يطبق على الخطأ المدني الذي يرتكبه أحد الأشخاص ضد شخص آخر. وعلى الرغم من وجود اختلاف بين أنظمة القانون الأنجلو سوني والقانون المدني⁽³⁾، إلا أننا نحاول بقدر المستطاع أن نلخص أن المسؤولية التقصيرية تقوم على الخطأ، وهو الإخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الأضرار بالغير. ومن هنا يتضح أن الخطأ يقوم على عنصرين: أولهما مادي وهو التعدي أو الانحراف، والثاني معنوي وهو الإدراك والتمييز⁽⁴⁾.

ويشترط لحصول الضرر على التعويض وفقاً لنظام المسؤولية التقصيرية أن يثبت الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما. ويمكن تطبيق ذلك على الشخص المسئول عن الأضرار الناجمة عن استخدام الذكاء الاصطناعي. فعلى سبيل المثال، إذا اعتمد الطبيب على برنامج دعم القرار السريري المدعوم بالذكاء الاصطناعي

(1) سمير تناغو، مصادر الإلتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، الطبعة الأولى، ص 184.

(2) نبيل سعد، النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص 374.

(3) Y. Benhamou, et al., Artificial Intelligence & Damages: Assessing Liability and Calculating the Damages, submitted to as a book chapter: Leading Legal Disruption: Artificial Intelligence and a Toolkit for Lawyers and the Law, P. D'Agostino, et al., 2020, p. 4.

(4) سمير تناغو، مرجع سابق، ص 227.

لوصف الدواء، إلا أن البرنامج أصدر توصية خاطئة كان يمكن ملاحظتها وتم تجاهلها من قبل طبيب متخصص إذا وجد في مثل ظروفه، عندئذ من الممكن مساءلة الطبيب عن الأضرار الناتجة والإصابات المتوقع حدوثها بالمريض وليس عن التوصية الخاطئة الصادرة من الذكاء الاصطناعي.

ومن الجدير بالذكر أن تطبيق قانون المسؤولية التقصيرية على الذكاء الاصطناعي يواجه تحديات كثيرة للغاية. لأنه يجب على المحاكم التي تواجه متطلبات المسؤولية الناشئة عن أفعال الذكاء الاصطناعي تحديد الشخص الاعتباري أو الطبيعي المسئول عن الضرر الناجم عن تلك الأفعال. إلا أن الاستقلالية المتزايدة للذكاء الاصطناعي تجعل من الصعب تقييم أساس المسؤولية، إذا لم يكن مستحيلاً في بعض الحالات.

وفي السيناريو الذي يتخذ فيه الذكاء الاصطناعي قرارات مستقلة، لا تكفي القواعد التقليدية لإقامة المسؤولية القانونية عن الضرر الذي أحدثه الروبوت، لأنها لا تساعد على تحديد الطرف الذي أحدث الضرر. فوفقاً لقانون المسؤولية التقصيرية، فإن إثبات الإخلال بالواجب أو الخطأ المرتكب من قبل الشركات المصنعة أو المشغل أو مستخدم الذكاء الاصطناعي وعلاقة السببية بينه وبين الضرر ليس بالأمر اليسير عندما يتعلق الأمر بالاستقلالية المتزايدة للذكاء الاصطناعي⁽¹⁾.

ففي فرنسا توضح المادة 1242 من القانون المدني الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم 131 لسنة 2016، والتي تقابلها المادة 178 من القانون المدني المصري، بأن الشخص لا يسأل عن الأضرار الناجمة عن فعله الشخصي فحسب، بل يسأل أيضاً عن الضرر الناتج من فعل الأشخاص الذين يسأل عنهم أو عن الأشياء التي في حراسته. ونظراً لأنه لا يمكن اعتبار الذكاء الاصطناعي شخصاً، يري بعض الفقهاء أن تطبيق المسؤولية عن حراسة الأشياء عليه تبدو مناسبة⁽²⁾.

وهذا يمكن أن يكون في حالة الروبوتات المساعدة. إلا أنه في بعض الظروف، في وقت وقوع الضرر، يكون من الصعب تحديد من له سلطة الرقابة عليه. فمثلاً إذا سافر مالك وحارس الروبوت المساعد إلى رحلة، وأعطاه لصديقه، الذي يمكنه استخدامه في غيابه. هنا تظهر عدة تساؤلات وهي هل يصبح الصديق حارساً عليه؟ هل يكون لدى الصديق القدرة على التحكم في الروبوت ومراقبته وتوجيهه؟ هل يمكن القول بأنه تم نقل الحراسة من المالك إلى صديقه؟ فالإجابة على هذه الأسئلة نرجع إلى الفقه. قد اعترف الفقه في ظروف معينة بنقل الحراسة. حيث يري André Nadeau، بأنه يمكن نقل الالتزام بالحراسة إلى أحد الأشخاص الذي يعهد إليه المالك باستخدام الشيء، أو حفظه، ويكون له الحق في إدارته والإشراف عليه، واتخاذ التدابير اللازمة لمنع وقوع

(1) Y. Benhamou, et al.op.cit.p. 6-7.

(2) J. Brossollet, C. Jaegy And L. Daniele, "Responsabilité civile et intelligence artificielle", Atelier clinique juridique, 2019, p. 3. Available: http://www2.droit.univ-paris5.fr/atelier_clinique_juridique/wp-content/uploads/2019/07/Intelligence-artificielle-Brossolet-Daniele-Jaegy-VDEF.pdf.

الضرر⁽¹⁾. وهذا ما أشار إليه أيضاً Jean Pineau et Monique Ouellette بقوله أنه يمكن نقل الحراسة، وأن مالك الشيء لا يكون بالضرورة هو الحارس: فيمكن أن يكون المستعير أو المستأجر هو الحارس⁽²⁾.

وهنا يتضح أن الصديق الذي نقل إليه الروبوت حارس له إذا تخلى مالكة عن سلطته لصديقه، أما إذ احتفظ المالك بسلطته فيصبح هو الحارس للروبوت.

وفي حالة سرقة الروبوت المساعد تنتقل الحراسة إلى السارق، ولا أثر لكون سيطرته على الشيء غير مشروع، فالعبرة بالسيطرة الفعلية وليس القانونية⁽³⁾.

ويميز القانون الفرنسي بين الحراسة القانونية والحراسة الفعلية، وقد استقر القضاء في فرنسا منذ الحكم الصادر في قضية 1941 Franck على الأخذ بنظرية الحراسة الفعلية التي تقوم على أن الحارس هو الذي تكون له السلطة الفعلية على الشيء فيما يتعلق برقابته وإدارته وتوجيهه⁽⁴⁾.

أما في مصر فقد أجمع الفقه بأن العبرة بالحراسة الفعلية عن تحديد المسؤولية عن الأضرار الناجمة بفعل الأشياء⁽⁵⁾.

وبناء على ما سلف، يتطلب لإقامة مسؤولية الحارس على الشيء ممارسة سلطة الاستخدام والتوجيه والسيطرة عليه. ولكن هذا لا يتحقق في مجال الروبوتات القائمة على الذكاء الاصطناعي والتي تتمتع بالاستقلالية، لأن هذه الأخيرة تتعارض مع سلطة الحارس في السيطرة عليه. وهذا لا يعد نقلاً للحراسة، بل إخفاء تام لها⁽⁶⁾.

كما ذهب اتجاه في القانون الفرنسي إلى التمييز بين حراسة التكوين وحراسة الاستعمال⁽⁷⁾، نظراً للطبيعة المعقدة للأشياء، على وجه الأخص الروبوتات القائمة على الذكاء الاصطناعي. فالأولى تترك للمصنع الذي يكون لديه معلومات عن وظيفة المنتج أكثر من المالك أو المستهلك، أما الثانية تترك للمستهلك⁽⁸⁾. ألا أن هذه التفرقة

(1) A. Nadeau et R. Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montreal, Wilson and Lafleur, 1971, p.441.

(2) J. Pineau et M. Ouellette, *Théorie de la responsabilité civile*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1980, p. 119.

(3) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: مصادر الالتزام "الجزء الأول"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص 1087.

(4) كيجل كمال، الاتجاه الموضوعي في المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات ودور التأمين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد – تلمسان، 2006-2007، ص 74/75.

(5) يحيى موافي، المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء: دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992، ص 39.

(6) L. Archambault et L. zimmermann, "repairing damages caused by artificial intelligence: french law needs to evolve", *gazette du Palals*, N. 9, 2018, p.17.

(7) فالشخص الذي له سلطة الاستعمال والرقابة والتوجيه يكون حارس استعمال لهذا الشيء، أما حراسة التكوين يتحمل تبعها مالك الشيء أو مصنعه الذي يلقي عليه القانون ضمان مخاطر الشيء التي تنجم عن العيوب الخفية في صنعه أو تركيبه. راجع في ذلك المعني أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب: دراسة في القانونين اليمني والمصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2012، ص 516.

(8) M. Assunta Cappeli .op.cit.pa. 149.

تثير الكثير من الصعوبات العملية أمام المضرور وتمثل في معرفة سبب الضرر، هل يرجع إلى مكونات الشيء أم استعماله قبل رفع دعواه، مما يؤدي لضيق الفائدة الأساسية من المسؤولية عن الأشياء، وهي إعفاء المضرور من البحث عن سبب الحادث⁽¹⁾.

وطبقاً للقواعد العامة، لا يمكن للحارس التحلل من مسؤوليته إلا إذا أثبت أن الضرر الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه. فإذا ظل سبب الضرر مجهولاً، فإن الحارس يكون مسئولاً مع ذلك عن الضرر. والسبب الأجنبي هو واقعة لا يد للحارس فيها جعلت من حدوث الضرر أمراً محتملاً. ويعد من قبيل السبب الأجنبي القوة القاهرة ويشترط في الحادث لكي يعتبر قوة القاهرة: أن يكون خارجياً، وغير ممكن توقعه أو تلافيه، ولا يمكن درء نتائجه. كما يعد من قبيل السبب الأجنبي خطأ المضرور والغير ولهم تأثير على مسؤولية الحارس، أي إذا ثبت أن الضرر الذي لحق بالمضرور كان بسبب خطأ المضرور أو الغير فإن المسؤولية ترتفع عن الحارس⁽²⁾.

ولذلك يستطيع الحارس التنصل من المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الذكاء الاصطناعي إذا أثبت، على سبيل المثال، أن الضرر حدث نتيجة عيب في التصميم أدى إلى السير الخاطئ للروبوت، أو أن الضرر الناجم عن الروبوت كان بسبب البرق الذي أدى إلى حدوث ماس بالدائرة الكهربائية الخاصة به. فإذا كان من الناحية النظرية افتراض خطأ الحارس، فهذا في الواقع مختلف تماماً، وذلك بسبب خصوصية هذا المجال⁽³⁾.

ومن هنا يتضح لنا أن تطبيق فكرة الحراسة على الذكاء الاصطناعي، تثير مشاكل ترجع إلى درجة الاستقلالية التي يتمتع بها الذكاء الاصطناعي. حيث أن الإنسان الآلي الذي يستطيع اكتساب الخبرة والتعلم من أخطائه، فضلاً عن اتخاذ القرارات الذاتية دون تلقي أي أوامر من مالكه، مما يصعب التحكم فيه. وهذا يجعله غير خاضع لرقابة وسيطرة حارسه، وبالتالي عدم تحقق مسؤوليته إذا ثبت أن الضرر الذي وقع كان راجع إلى فعل لم يكن مسئولاً عنه.

ومن الجدير بالذكر أن إثارة مسؤولية الحارس عن الأضرار الناجمة عن الذكاء الاصطناعي، يعني تحمل الحارس الأخطاء الفادحة التي تنجم عن خطوات تصميم الذكاء الاصطناعي في جميع مراحلها، وهذا يعد أمر غير واقعي. فضلاً عن أن الذكاء الاصطناعي يدخل في تكوينه البرامج وهي شيء غير ملموس، الأمر الذي يصعب معه تحديد من هو الحارس المسئول عن الأضرار التي أحدثها الذكاء الاصطناعي. ونتيجة لذلك لا يمكن تطبيق وصف الحارس بالمعنى الحالي على برامج الذكاء الاصطناعي، وذلك لاصطدامه بجدار مزدوج، أحدهما يتعلق

(1) نبيل سعد، مرجع سابق، ص 428.

(2) محمد شنب، دروس في نظرية الالتزام: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976-1977، ص 419/420.

(3) M. Guillaume, "L'élévation Des Robots A La Vie Juridique", thèse, Doctoral School of Law and Political Science (Toulouse), 2016.

بعلم الوجود (Ontology)⁽¹⁾، والأخر يتعلق بالواقع العملي. وبالتالي إذا أردنا تطبيق فكرة الحراسة على الذكاء الاصطناعي، ينبغي تعديل المفهوم الحالي للحراسة بشكل دقيق.

المطلب الثالث

المسؤولية الموضوعية

يؤسس التوجيه الأوروبي⁽²⁾ رقم EC/374/85 مسؤولية المنتج على مبدأ المسؤولية بدون خطأ في حالة الضرر عن المنتج المعيب. وإذا كان أكثر من شخص (الشركة المصنعة أو المورد أو المستورد) مسئول عن نفس الضرر، تكون المسؤولية تضامنية⁽³⁾. ومن ثم لا يخلو قانون الاتحاد الأوروبي كليةً من القوانين التي تحكم المسؤولية خارج النطاق التعاقدية. حيث يقدم للدول الأوروبية إطار شامل للمطالبة بالتعويض على أساس الضرر الناجم عن المنتجات. فلا يشترط وفقاً للتوجيه المطالبة بالتعويض على أساس اكتشاف الخطأ في جانب الشركة المصنعة. ويؤكد واضعي التوجيه، أنه وفقاً لأحكامه، أن النظام المطبق هو المسؤولية الموضوعية. ومع ذلك لا يكفي لإقامة المسؤولية أن يحدث المنتج ضرر للآخرين. بل يتطلب أن يكون المنتج معيباً، وأن العيب هو سبب الضرر المطالب بالتعويض عنه⁽⁴⁾.

وقد عرفت المادة السادسة من التوجيه الأوروبي، المنتج المعيب بأنه المنتج الذي لا يتوافر فيه الأمان المشروع، الذي يمكن أن ينتظر. وهذا ما تبناه المشرع الفرنسي في المادة 4/1386 من القانون المدني الفرنسي التي تقول بأن "المنتج يكون معيباً في نظر القانون عندما لا يستجيب للسلامة المنتظرة منه قانوناً". وبالتالي يمكن استنتاج درجة الأمان المتوقعة من جميع الظروف المحيطة بالروبوت⁽⁵⁾.

فالعيب يكون محلاً للمسؤولية في المنتج الذي لا تتوفر فيه معايير الأمن والسلامة، فهو لا يقتصر على المنفعة التي يتوقع أن تتحقق منه، إضافة إلى ذلك لا يلتزم المضرور سوى بإثبات الضرر والعيب⁽⁶⁾. ولعلها المبررات التي دفعت واضعي التوجيه الأوروبي إلى عدم الأخذ بعين الاعتبار بعنصر الخطأ في النظام القانوني

(1) علم الوجود يمثل ما هو الموجود فعلياً في نظام الذكاء الاصطناعي، فكل برنامج من برامج الذكاء الاصطناعي يمتلك مكونات مميزة مثل أجهزة الاستشعار والمحركات ومقاييس الأداء وأدوات للاتصال والربط بينهم. ويجب تحديد البيئة التي سوف يتعامل معها البرنامج.

(2) قد صدر هذا التوجيه في 25 يوليو 1985 بشأن الموازنة بين القوانين واللوائح والأحكام الإدارية للدول الأعضاء فيما يتعلق بمسؤولية المنتج عن المنتجات المعيبة. ويعد هذا التوجيه التشريع الوحيد الذي ينظم قوانين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي.

See G. Risso, "Product liability and protection of EU consumers: is it time for a serious reassessment?", Journal of Private International Law, vol. 15, no. 1, 2019, pp. 210-233.

(3) A. Santosuosso, et al. op.cit.p.7.

(4) G. Wagner, "Robot Liability", SSRN Electronic Journal, p. 6, 2018. Available: 10.2139/ssrn.3198764.

(5) M. Le Borloch, "La responsabilité des dommages causés par les robots", Village de la Justice, 2020. Available: <https://www.village-justice.com/articles/responsabilite-des-dommages-causes-par-les-robots,30851.html>.

(6) ناجية العطار، المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة في ضوء القانون المدني الفرنسي، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السادس، ليبيا: جامعة الزاوية - كلية القانون، 2015، ص 84.

لمسئولية المنتج. وتأكيداً لذلك، فإن المادة الأولى من التوجيه الأوربي تنص على مبدأ أساسي بقولها "يسأل المنتج عن الأضرار التي سببها المنتج المعيب". وبقدر الاختصار الوارد بتلك المادة، يتضح أن التوجيه الأوربي يركز على المسؤولية بدون خطأ والمرتبطة بفكرة العيب، دون الالتفات للسلوك الخاطئ⁽¹⁾.

أما في فرنسا فقد نصت المادة 1/1368 من القانون المدني الفرنسي بأنه "يسأل المنتج عن الأضرار الناتجة عن منتجاته المعيبة سواء ارتبط مع المضرور بعقد أم لا" فمن الواضح أن النص يؤسس مسؤولية المنتج على أساس فكرة المخاطر. ولعل القانون بهذا النص جاء متوجساً لمسار طويل لإقامة مسؤولية المنتج على أساس موضوعي، بدأه الفقه، وردده القضاء الفرنسي، مهتدياً بأحكام التوجه الأوربي⁽²⁾.

وفي حالة وجود أكثر من شخص ساهم في إنتاج السلعة حتى تصل إلى المستهلك في شكل نهائي، فهنا نكون أمام حالة تعدد المنتجين في إنتاج السلعة التي نشأ عنها الضرر، والمبدأ المستقر في القانون الفرنسي وكذا التوجه الأوربي، هو إلزام المنتجين في حالة تعددهم بالتضامن في مواجهة المضرور. ولكن البحث عن المسئول يكون أمراً شائكاً للغاية حينما يكون برنامج تشغيل الروبوت القائم على الذكاء الاصطناعي مفتوح المصدر⁽³⁾.

وفي مصر تنص المادة 1/67 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 بأنه "يسأل منتج السلعة وموزعها قبل كل من يلحقه ضرر بدني أو مادي يحدثه المنتج إذا أثبت هذا الشخص أن الضرر نشأ بسبب عيب في المنتج"⁽⁴⁾. فمن الواضح أن المشرع المصري أقر نظام خاص لمسئولية المنتج والموزع، وأسس على فكرة المسؤولية الموضوعية المرتبطة بالضرر. وهذا الحكم الذي اقره القانون المصري يبدو متوافق مع نظرية الخطر المستحدث، التي تقيم التعويض على فكرة المخاطر⁽⁵⁾.

لذا تنطبق المسؤولية الموضوعية على أي منتج باستثناء نظام الخبير إذا صنف كخدمة، وعلى العكس من ذلك، إذا كان النظام يوفر فقط تحليلاً روتينياً للبيانات، يعين البرنامج كمنتج⁽⁶⁾. وتقوم هذه المسؤولية على نظرية المخاطر. ويلاحظ أن تطبيق المسؤولية الموضوعية على برمجيات النظام الخبير أمر ذو طبيعة خاصة

(1) نادية معوض، مسؤولية مصنع الطائرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، الطبعة الثانية، ص 12.

(2) قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، 2004-2005، ص 195.

(3) L. Mazeau, "Intelligence artificielle et responsabilité civile : Le cas des logiciels d'aide à la décision en matière médicale". Revue pratique de la prospective et de l'innovation, LexisNexis SA, 2018, pp.38– 43. Available: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01852548/document>.

(4) قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 المنشور بالجريدة الرسمية العدد 19 مكرر في 17/5/1999.

(5) فتحي عبد الله، نظام تعويض الأضرار التي تلحق بأمن وسلامة المستهلك في القانون المدني المصري والمقارن، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الخامس والعشرون، القاهرة: جامعة المنصورة - كلية الحقوق، 1999، ص 67.

(6) M. E. Gerstner, "Liability Issues with Artificial Intelligence Software", Santa Clara Law Review, vol. 33, no. 7, 1993, p. 250.

لسببين⁽¹⁾: الأول: قد عرف المنتج بشكل موسع ليشمل الممتلكات غير الملموسة، مما يزيد من تطبيقها على البرمجيات. والثاني: يخدم بعين الاعتبار السياسة العامة.

ويبدو للوهلة الأولى، أن مسؤولية المنتج نظاماً فعالاً في مجال الذكاء الاصطناعي، لأنه يحمل مصنع المنتجات المسؤولية عن الأضرار التي تحدثها. على سبيل المثال عندما يتم تصنيع أو تصميم سيارة ذاتية القيادة بطريقة معيبة تشكل خطراً جوهرياً على من حولها، أو حينما تفشل الشركة في اخطار العملاء بالمخاطر المرتبطة بالمركبة، تطبق مسؤولية المنتج⁽²⁾.

ولكن تطبيق مسؤولية المنتج على الذكاء الاصطناعي يواجه تحديات كبيرة، لأنه لا يمكن السيطرة عليه لأن عنصر الخطر داخل في وظيفته. وهذه هي الأسباب التي تجعل الذكاء الاصطناعي مصدراً للمخاطر العامة⁽³⁾. كما ترجع صعوبة تطبيق المسؤولية الموضوعية للمنتج في بعض الحالات على الذكاء الاصطناعي، إلى أنه هو نظام التعلم الذاتي الذي يتعلم من تجربته، ويمكنه اتخاذ قرارات مستقلة. وبالتالي، سيكون من الصعب على المدعي اثبات وجود عيوب في منتجات الذكاء الاصطناعي، لاسيما عندما تكون هذه العيوب موجودة فيها لحظة خروجها من يد مصنعها أو مطورها. فمن الصعب الاعتقاد بأنه من الممكن رسم خط فاصل بين الأضرار الناجمة عن الذكاء الاصطناعي، أي المستوحاة من القرار الذاتي والأضرار الناتجة من المنتج المعيب⁽⁴⁾.

كما أنه ليس بالأمر اليسير تحديد الشركة المصنعة، نظراً لتعدد الجهات المشاركة في تطوير الذكاء الاصطناعي. وبناء على ذلك ستظهر حالات لا يمكن اصلاح الضرر فيها على أساس المسؤولية عن المنتجات المعيبة، خاصة إذا كان العيب متعلق بصورة حصرية بـ "بالاتار السلبية للتعلم واستقلالية اتخاذ القرار". فمثلاً، يمكن أن يؤدي النظام المستخدم في غرف التجارة، مثل الذكاء الاصطناعي Loxm Moi، إلى خسائر مالية ضخمة، ليس بسبب برمجته الأولية، ولكن بسبب عدم الاكتراث في الاستخدام من قبل مالكة⁽⁵⁾.

(1) M. E. Gerstner.op.cit.p.251.

(2) Y. Benhamou, et al.op.cit.p.7.

(3) C. Bertsia, "Legal liability of artificial intelligence driven-systems (AI)", master thesis, international hellenic university, 2019, p.35.

(4) P. Čerka, J. Grigienė and G. Sirbikyte, "Liability for damages caused by artificial intelligence", Computer Law & Security Review, vol. 31, no. 3, 2015, pp. 376-389. Available: 10.1016/j.clsr.2015.03.008.

(5) L. Archambault, et al.op.cit.p.17.

والمطلع إلى ما تفعله المحاكم في العديد من الدول⁽¹⁾ بشأن المنتج المعيب، وعلى وجه الأخص عيوب التصميم، تقترح اثباته عادة بإحدى الطرق الآتية⁽²⁾:

- إثبات أن المنتج معيب.
- إقامة الدليل على انتهاك معايير السلامة.
- الموازنة بين مخاطر المنتج وفوائده.
- مقارنة المنتج بمنتج آخر.

ومع ذلك، لا يبدو مناسباً استخدام أي من هذه الطرق مع الخوارزميات. وتجدر الإشارة بأن المنتج يستطيع أن يتحلل من مسؤوليته طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني إذا أثبت أن الضرر راجع لسبب أجنبي لا يد له فيه كما ذكرنا من قبل. وبجانب ذلك توجد أسباب خاصة نصت عليها المادة السابعة من التوجه الأوربي والتي تقابل المادة 1245 من القانون المدني الفرنسي إذا أثبتها المنتج ترفع عنه المسؤولية وهي⁽³⁾:

- إذا أثبت أنه لم يضع المنتج للتداول.
 - إذا أثبت أن العيب لم يكون موجود في المنتج لحظة التداول أو نشأ بعد تداوله.
 - إذا أثبت أن المنتج لم يتم تصنيعه للبيع أو توزيعه بأي صورة من صور التوزيع لغرض اقتصادي.
 - إذا أثبت أن العيب يرجع إلى مطابقة المنتج للقواعد التشريعية التي تصدرها السلطات العامة.
 - إذا أثبت أن حالة المعرفة العلمية والفنية لحظة طرح المنتج للتداول لم تسمح له أن يكشف وجود العيب.
 - إذا أثبت أن العيب يرجع إلى تصميم المنتج أو إلى التعليمات الصادرة من قبل الشركة المصنعة للمنتج.
- ولذلك إذا تحققت إحدى الحالات السابقة فإن المنتج يستطيع التنصل من مسؤوليته عن الأضرار الناجمة عن الذكاء الاصطناعي.

وأخيراً يري بعض الفقه تطبيق قاعدة المسؤولية بدون خطأ عند التعامل مع الروبوتات باعتبارها أنشطة خطيرة ذات طبيعة استثنائية، لأنها تطبق على جميع الأنشطة الخطرة الناجمة عن التقدم العلمي والتكنولوجي. استناداً إلى أن خطورة هذه الروبوتات تكمن في صعوبة اختراقها فضلاً عن أنها معقدة للغاية. وبسبب ذلك يصبح إثبات الخطأ أمراً صعباً، إن لم يكن مستحيلاً. كما أن قدرة الروبوتات على الحركة يشكل المزيد من المخاطر. فمن المتصور أن روبوتات الخدمة الذاتية، مثل روبوت التوصيل، يمكن أن تتحرك من حيازة مالكها

(1) حيث قضت محكمة استئناف poitiers الفرنسية بأن في 2003/2/19 بمسئولية منتج طلاء الشعر لإخلاله بالتزامه بالسلامة، وذلك لعدم قيامه بلفت انتباه المستخدمين إلى التحذيرات الواجب مراعاتها عند الاستعمال. انظر مختار رحمانى محمد، المسؤولية المدنية عن فعل المنتجات المعيبة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2016، ص 91.

(2) J. Borghetti, "Civil Liability for Artificial Intelligence: What Should its Basis Be?", La Revue des Juristes de Sciences Po, n°17 ISSN 2111-4293, 2019, PP. 94-102, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3541597>

(3) J. Feng, " Le droit des produits défectueux: une approche euro-américaine", thèse, université de Perpignan, universitat de Girona, Français, 2016, p.208

وتلحق أضرار بالآخرين. ففي مثل هذه الحالات يتطلب توافر شرط الهروب. إضافة إلى أنها لم تكن نشاطاً عادياً ومنتشر بصورة كبيرة⁽¹⁾. الأمر الذي يصعب معه المعرفة الكاملة لطبيعتها المحددة⁽²⁾.

وهذا يتطلب بدوره تفسيرها على أنها نوع من أنواع الأنشطة الخطرة التي لم تنظم بشكل محدد. وهذا التفسير يعتمد على مبدأ الحيطة⁽³⁾، الذي تبنته معظم الدول في مجال حماية المستهلكين والبيئة والصحة العمومية من الأخطار المشبوهة. ويصعب تطبيق هذا المبدأ على الروبوتات، لأنه يؤدي إلى حماية مفرطة من خلال استباق وتوقع المخاطر التي لا يزال من المستحيل التحقق منها في الوقت الراهن، والتي من المرجح أن تخلق إصابات خطيرة وواسعة النطاق في المستقبل قد تكون أخطر من مخاطر الأزمات الاقتصادية⁽⁴⁾.

وفي نهاية المطاف نري أن تطبيق المسؤولية الموضوعية على المنتج بوضعها الحالي أمر صعب للغاية، لأنه لا يمكن تحديد عيب المنتج في المواقف التي يحدث فيها الضرر نتيجة سلوك تعلمه الروبوت من البيئة التي يستخدم فيها، ومن ثم يصعب تحديد الخلل الذي أدى إلى وقوع الضرر بدقة. وهذا يتطلب إعادة النظر في قواعد مسؤولية المنتج لكي تتناسب مع خصوصية الذكاء الاصطناعي. كما أن تطبيق تلك المسؤولية على اعتبار أن الإنسان الآلي من الأنشطة الخطرة، يتطلب ذلك أيضاً تحديد الشخص المسئول عن ذلك النشاط. ولهذا تكون المسؤولية الموضوعية غير مناسبة في ثوبها الحالي لمواجهة الأضرار الناجمة عن الذكاء الاصطناعي، وذلك لصعوبة تحديد الشخص المسئول عن الضرر.

المبحث الثاني

الأثر المترتب على تحقق المسؤولية المدنية عن أضرار الذكاء الاصطناعي

يعتبر التعويض عن أضرار الذكاء الاصطناعي المرحلة التالية لقيام المسؤولية المدنية عن تلك الأضرار، وأن المضرور هنا، كسأنا أي متضرر، يترتب له الحق بالتعويض. والثابت في هذا الصدد أن المشرع أقر للأشخاص حق اللجوء للقضاء للمطالبة بحماية حقوقهم ومصالحهم، ولما كان للمضرور من أنظمة الذكاء الاصطناعي الذي يدعي أن له الحق في التعويض، فمؤدى هذا الادعاء أن يترتب لهذا المضرور حق اللجوء للقضاء للمطالبة بما يدعيه. ولكن يبدو أن هذه الطريقة في التعويض لا تستقيم في الواقع مع بعض الحالات التي تظهر باستمرار في العصر الحديث نتيجة الثورة الصناعية، ومنها أضرار الروبوتات القائمة على الذكاء الاصطناعي التي تتسم

(1) P. Opitz, Civil Liability and Autonomous Robotic Machines: Approaches in the EU and US, TTLF Working Papers No. 43, Stanford-Vienna, 2019, p.23.

(2) F. Hubbard, "Sophisticated Robots: Balancing Liability, Regulation, and Innovation", Papers.ssrn.com, 2014, p.1833.

(3) M. Assunta Cappeli.op.cit.p.151.

(4) عمارة نعيمة، الاتجاه نحو التأسيس للمسؤولية المدنية على أساس مبدأ الحيطة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد التاسع، الجزائر: جامعة قصدي مرباح ورقلة، 2013، ص 11.

بخطورتها وصعوبة تقييم المخاطر الناجمة عنها، الأمر الذي دعا المشرعين في مختلف الدول إلى البحث عن أنظمة جديدة، وذلك لتوفير الحماية المناسبة للمضرورين لتمكينهم من الحصول على تعويض جابر للضرر الذي أصابهم دون عناء كبير وتكاليف باهظة. وقد أطلق على التعويض المتحصل من تلك النظم التعويض التلقائي. وهذا ما نعالجه في هذا المبحث من خلال مطلبين، الأول للتعويض القضائي والثاني للتعويض التلقائي.

المطلب الأول

التعويض القضائي

التعويض القضائي هو ما تحكم به السلطة القضائية للشخص الذي لحقه الضرر أو مهدداً به. وهذا يعني أن التعويض يخضع لاجتهاد القاضي، وهو حر في ذلك بشرط التسبب. والأصل في ذلك أن يكون التعويض كاملاً، بمعنى أن تقترن قيمة التعويض بحقيقة الضرر، على ألا تتجاوز قيمته الحقيقية، وإلا يعوض عن الضرر مرتين⁽¹⁾.

ورغم وجود العديد من الطرق التي تستخدم في حساب وتقييم التعويض، فلا شيء منها يلزم القاضي الذي يكون صاحب القرار في الاعتماد على بعضها دون البعض الآخر. إلا أنه يلتزم بالمبادئ العامة في قضايا التعويض التي أستقر عليها الفقه والقضاء⁽²⁾.

بالنسبة للمضرور: الأصل أن يثبت المضرور في الدعوي العناصر التي يؤسس عليها الضرر، وإلا تعرض طلبه للرفض. ويتأثر التعويض بحالة المضرور المالية والعائلية، فلا يمكن للمحكمة أن تغفل الوضع المالي للمضرور عند تقدير التعويض باعتباره ظرفاً خاصاً بالنسبة له رغم تضارب المواقف الفقهية والقضائية حيال ذلك. ففي حالة تقدير التعويض عن الضرر الجسدي، فإن المحاكم عادةً ما تنظر إلى الوضع الاجتماعي والمالي للمضرور، وأن لم تفصح عن ذلك في أحكامها. كما يتأثر التعويض بمدى مساهمة المضرور في الفعل الذي أدى إلى وقوع الضرر⁽³⁾.

بالنسبة للمسئول عن الضرر: يجب إلا يعتد القاضي بمركزه المالي، فلا يزداد مبلغ التعويض إذا كان المسئول غنياً، ولكن في الواقع العملي نجد القضاء يعتد عند تقدير التعويض ببسار أو إعسار المسئول تغليباً لاعتبارات العدالة. ولا يعتد كذلك بجسامة الخطأ عند تقدير مبلغ التعويض، فالخطأ اليسير الذي يحدث ضرر جسيم يجب أن يأخذ عنه تعويض كامل لأن التعويض يقدر على أساس الضرر لا جسامة الخطأ. لكن المحاكم تميل في الغالب إلى الأخذ في الاعتبار بجسامة الخطأ عند تقدير التعويض⁽⁴⁾.

(1) إحسان حسين، الأضرار التي تلحق بالمتهم وعلاجها دراسة مقارنة في الفقه والقانون، دار الكتب العلمية، بيروت، 2019، ص 137.

(2) علي كحلوان، النظرية العامة للالتزامات، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 720.

(3) عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 973.

(4) نبيل سعد، مرجع سابق، ص 439/438.

بالنسبة للوقت الذي يقدر فيه الضرر الواجب التعويض عنه: استقر الفقه والقضاء على أن تقدير الضرر يكون يوم صدور الحكم، لتحقيق التعادل بين التعويض والضرر. لأن نتيجة الفعل الضار من المفترض أن تظل ثابتة لا تتغير. وبالتالي لن تتحدد إلا عندما يلتجأ للقاضي لكي يقوم بذلك التحديد. ومن ثم، يتعين على القاضي أن يراعي عند تقدير التعويض ما وصلت إليه حالة المضرور وقت الفصل في الدعوى⁽¹⁾.

ولكن إذا كان الضرر لم يستقر نهائياً حتى اليوم المحدد للنطق بالحكم، فإن القاضي يقدر التعويض وفقاً لقيمة الضرر يوم النطق بالحكم، مع الاحتفاظ للمضرور بالحق في أن يطالب عند استقرار الضرر بإعادة النظر في تقدير التعويض (م 170 مدني مصري)⁽²⁾.

فالتعويض هو وسيلة القضاء في جبر الضرر سواء كان ذلك بإزالته أو بتخفيفه. ويعرّف التعويض بأنه مبلغ من النقود أو أي ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب كان نتيجةً طبيعة للفعل الضار (م 170 مدني مصري)⁽³⁾.

ويتم جبر الضرر أو إصلاحه في ضوء القواعد العامة أما عن طريق التعويض العيني وهو الذي يقوم على إزالة عين الضرر بأن يقضي على مصدره أو سببه، وقد يتم طريق التعويض بمقابل، وهو الذي يقوم على منح المضرور عوضاً عن الضرر الذي أصابه بقصد تخفيفه عنه، وينقسم هذا التعويض إلى نوعين وهما التعويض النقدي والتعويض غير النقدي، فالتعويض النقدي، هو الذي يتضمن إعطاء المضرور مبلغاً من النقود، بينما التعويض غير النقدي، هو الذي يتضمن إلزام المسئول بعمل شيء آخر غير دفع مبلغ من النقود يكون فيه بعض التعويض عن الضرر⁽⁴⁾.

وقد يجد المضرور في التعويض العيني خير وسيلة لجبر الضرر، لأنه يعيده إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوعه، وهذا هو الهدف الذي يسعى إليه، وقد أشارت المادة 2/171 من القانون المدني المصري إلى إمكانية التعويض العيني بقولها " يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور بأن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض"⁽⁵⁾، ألا أن التعويض العيني قد يتعذر الحكم به في أطار الأضرار الناجمة عن أنظمة الذكاء الاصطناعي، وبالتالي لم يكن أمام المضرور سوى الحصول على التعويض بمقابل.

(1) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 274/273.

(2) ثروت عبد الحميد، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري: الجزء الأول في مصادر الالتزام، بدون دار نشر، بدون سنة طبع، ص 308.

(3) نبيل سعد، مرجع سابق، ص 482.

(4) إدريس العبدلوي، النظرية العامة للالتزام: الجزء الثاني، بدون دار نشر، 2000، ص 193.

(5) ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص 308.

ومن الجدير بالذكر أن التعويض يشمل الأضرار المادية الناجمة عن الروبوتات القائمة على الذكاء الاصطناعي، التي يمكن أن تحدث بسبب العيوب المتعلقة بتشغيل الروبوت، وبالتالي يتم إسنادها للمنتج. كما يمكن أن تحدث بسبب تغير المكونات المادية والمعنوية، أو ضعف الصيانة. وتلك أمور يمكن تقويمها بالنقود. ولكن الصعوبة تثار في حالة الضرر الأدبي⁽¹⁾ من حيث أن هذا الضرر لا يمكن تعويضه إذ لا صلة بينه وبين المبلغ النقدي الذي تقضي به المحكمة. فالضرر الأدبي لا يمكن تعويضه ما لم يكن مرتبطاً بضرر مادي لصعوبة تقديره. وعلى رغم هذه الحجج اعترف الفقه والقضاء بتعويض مثل هذه الأضرار، فالوسائل التي تساعد على تخفيف الضرر أو الحد منه يمكن تقويمها بالنقود، فالنقود باعتبارها خير وسيلة للتداول فإنها خير وسيلة لتقويم الأضرار بما فيها الأضرار الأدبية. فينبغي على المحكمة أن تحكم بالتعويض النقدي باعتباره الأصل في تقدير التعويض، وبالتالي ليس هناك ما يمنع التعويض عن الأضرار الأدبية⁽²⁾.

علاوة على ذلك، يلتزم المسئول بتعويض الضرر المرتد، وهو ما يلحق الشخص من ضرر مباشر نتيجة للضرر الذي أصاب شخص آخر من ذوى القربى أو كان هناك فيما بينهم علاقة مالية تؤثر عليه مادياً أو معنوياً أو مادياً ومعنوياً⁽³⁾، وهذا الضرر لا يقتصر على المضرور وحده، بل قد ينعكس على أشخاص آخرين يصيبهم شخصياً بوقوعه أضرار أخرى⁽⁴⁾. ففي عام 1979 قتل Robert Williams، الذي كان يعمل في مصنع فورد لتصنيع السيارات، بواسطة الروبوت. فعندما كان ينقل البضائع إلى غرفة التخزين، اعتدى عليه الروبوت حتى الموت. وحدث ذلك نتيجةً لخطأ الروبوت في التعرف عليه. وتعتبر حالة روبوت وليامز أول حالة وفاه بشرية بسبب الروبوت. وعلى أثر ذلك دفعت شركة فورد عشرة ملايين دولار كتعويض لأسرته⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: التعويض التلقائي

(1) ينقسم الضرر الموجب للمسئولية إلى ضرر مادي وآخر ضرر أدبي (معنوي) والضرر المادي يتمثل في إصابة الجسد أو المساس بحق أو مصلحة مالية أو اقتصادية للمضرور، أما الضرر الأدبي هو الذي لا يلحق الشخص في ماله بل في مشاعره وسمعته فهو يصيب مصلحة أدبية وليست مالية راجع في ذلك محمد معي الدين سليم، نطاق الضرر المرتد، دراسة تحليلية لنظرية الضرر المرتد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 7/8.

(2) نبراس جابر، المسؤولية المدنية الناشئة عن اخلال الغير بالعقد - دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلّى للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة العاشرة، العراق: جامعة بابل - كلية القانون، 2018، ص 422.

(3) راجع في ذلك محمد اسماعيل مصطفى، الضرر المرتد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، 2019، ص 11.

(4) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 155.

(5) V. Sumantri, "Legal Responsibility on Errors of the Artificial Intelligence-based Robots", Lentera Hukum, vol. 6, no. 2, p. 331, 2019. Available: 10.19184/ejlh.v6i2.10154.

لا شك أن التعويض التلقائي يتم من خلال التأمين وصناديق التعويض وهذا ما نوضحه من خلال البندين الآتيين.

أولاً: التأمين⁽¹⁾:

تقوم شركة التأمين بتجميع العديد من الأخطار، طبقاً لقوانين الإحصاء، وإجراء المقاصة بينها على أساس علمي، لكي تتمكن من الوفاء بالتزامها عند تحقق الخطر المؤمن منه من خلال مجموع الأقساط المدفوعة من قبل المؤمن لهم. وهكذا لا قيام للتأمين إلا في أطار مجموعة من المخاطر المتجانسة داخل مشروع منظم تنظيمياً علمياً⁽²⁾. فالتأمين يقوم على حساب الاحتمالات، وذلك بقصد التعرف على فرص تحقق الخطر خلال فترة زمنية معينة. وإذا كان تحقق المخاطر يحدث مصادفة إلا أنه عن طريق فرص التعرف على تحقق الخطر من خلال علم الإحصاء وقوانين الكثرة، جعل تقدير وقوع المخاطر يعطي نتائج إلى حد ما سليمة، تمكن المؤمن من تحديد التزاماته والمخاطر التي يتعين عليه تغطيتها ومقدار القسط الذي يلتزم المستأمن بدفعه له بصفة دورية⁽³⁾.

وللتأمين دور مهم لا يقتصر على تعويض الأضرار، بل يؤدي وظيفة أخرى هي الاحتياط لبعض الوقائع المستقبلية حتى ولو كان وقوعها لم يحدث أي ضرر. ويندرج تحت فكرة تعويض الأضرار التأمين على الأشياء والتأمين ضد المسؤولية بينما يندرج تحت فكرة الاحتياط في المستقبل التأمين على الأشخاص كالتأمين ضد الوفاة⁽⁴⁾.

وبالتالي توفر بوليصة التأمين على الروبوتات الحماية المالية عن الأضرار المادية والإصابات الجسدية الناجمة عن أي حادث متعلق بالروبوتات. ومن بين المخاطر التي سيتم تغطيتها: المصاريف الطبية وتعويض أي شخص أصيب بسبب الروبوت (بما في ذلك الضرر المعنوي)، إضافةً إلى تلف الروبوت إذا كان سببه روبوت آخر، أو أي ممتلكات أخرى⁽⁵⁾.

ويعتبر نظام التأمين طريقة فعالة لتوزيع تكاليف الحادث، ونقل تكلفة الأضرار من مرتكبي الحادث الضار إلى شركة التأمين. لذا يعد التأمين حل آخر يتماشى مع انتشار الروبوتات الآلية؛ ففي مجال التطبيق العملي تقوم شركات التأمين بإنشاء غطاء تأميني خاص بالروبوتات، لا سيما في قطاع السيارات. ونتيجةً لذلك، يجب

(1) تنص المادة 747 من القانون المدني المصري على أن "التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلي المؤمن له أو المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو الخطر المبين بالعقد وذلك في نظير قسط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن" مشار إليها لدى محمد حسين، عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص11.

(2) أحمد شرف الدين، أحكام التأمين دراسة في القانون والقضاء المقارنين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، الطبعة الثالثة، ص12.

(3) محمد نصر، الوسيط في نظام التأمين: دراسة مقارنة مع الأنظمة العربية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2015، ص86/85.

(4) أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص12؛ محمد لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين: دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017-2018، الطبعة السادسة، ص62/61.

(5) H. Samani, Cognitive robotics. Boca Raton: CRC Press, Taylor & Francis Group, 2016, p. 17.

أن يعتمد مستوى التأمين على كل من طبيعة الروبوتات والاستخدام المحدد لها من قبل المستهلك. وتثير مثل هذه التكنولوجيا أسئلة متعددة حول التأمين، مثل تغير الحسابات الاكتوارية لأنه من المتوقع وجود اختلاف في توزيع الحوادث. حيث يتم وضع الجداول الاكتوارية بناء على طبيعة الأشخاص، ولكن بعد ظهور الروبوتات، سيتم النظر في مسائل أخرى، مثل أغلب الحوادث التي تسببها الخوارزميات⁽¹⁾.

فعلى سبيل المثال، سيؤدي ظهور المركبات ذاتية القيادة إلى تقليل عدد الحوادث مقارنة بتلك التي تحدث الآن، ولكن هذه الحوادث القليلة ستؤدي إلى إصابات خطيرة للغاية أو وقوع حالات وفاة. ويمكن أن يؤثر هذا التغيير في توزيع الحوادث على اقتصاديات التأمين. فمن الناحية الاكتوارية يكون من السهل بصورة كبيرة على شركات التأمين حساب التكاليف المتوقعة لحوادث صغيرة شائعة إلى حد ما مقارنة بالحوادث النادرة⁽²⁾.

وبالتالي تواجه شركات التأمين تحديات شائكة للغاية في تقييم المخاطر المرتبطة بإنتاج واستخدام وانتشار الروبوتات بمختلف أنواعها. لأن حادثة الروبوتات وتعقيدها يجعل تحديد الخسائر التي قد تحدثها أمراً شائكاً للغاية، لتنوعها وصعوبة توقعها، وبالتالي إدارتها.

وفي بعض الحالات، لا يكون من الواضح أي من الأطراف يتحمل المسؤولية، ومن ثم من له المصلحة في المطالبة بالغطاء التأميني. وبشكل عام قد ينتج عن ذلك إما رفض التأمين على بعض أنواع الروبوتات الآلية، أو استخدام عقود التأمين الحالية، التي لا تكون كافية لمواجهة الاخطار الناجمة عن هذه الروبوتات، أو فرض أقساطاً عالية بشكل مفرط من قبل شركات التأمين، مما يؤدي في نهاية المطاف إلى التأخر في انتشار الروبوتات. فلا يمكن علاج كل هذه المشاكل بنجاح من خلال فرض رسوم قانونية جديدة على المنتجين والمستهلكين (مثلما حدث مع الطائرات بدون طيار في إيطاليا). فقد يؤدي هذا عملياً إلى تفاقم المشكلة فضلاً عن التأخير في اعتماد ونشر أجهزة الروبوتات⁽³⁾.

فإذا كان التأمين أداة أساسية لتمكين نقل التكنولوجيا إلى الأسواق وخلق صناعات جديدة، فإن ذلك يتطلب وجود طرق ملائمة لتقييم المخاطر، والتي تشتمل على كل من المخاطر المادية والنفسية لتقييم الروبوتات. والتي تؤدي إلى وضع الشروط الأساسية لتطوير صناعة التأمين الخاصة بالروبوتات، ومن ثم إنشاء سوق تأمين جديد لإدارة الصناعات الخطرة والمتطورة من الناحية الفنية.

(1) M. Assunta Cappeli.op.cit.117.

(2) N. Kalra, J. Anderson and M. Wachs, "Liability and Regulation of Autonomous Vehicle Technologies", Trid.trb.org, 2009, p.21. Available: <https://trid.trb.org/view/1305151>.

(3) A. Bertolini, "Insurance and Risk Management for Robotic Devices: Identifying the Problems", Global Jurist, vol. 16, no. 3, 2016, pp. 310-311.

لذا قدم الاتحاد الأوروبي للتأمين ضد الأخطاء كحل مقترح ينطبق على جميع أنواع الروبوتات بوجه عام. ونشأ هذا التأمين في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1960، بسبب حوادث السيارات الخطيرة، التي أدت الدعاوى القانونية المتولدة عنها إلى إرهاق النظام القضائي.

وعلى هدي ذلك سنت مؤخراً المملكة المتحدة - التي كان لديها نظام تأمين قائم على الخطأ بشأن المركبات العادية- قانون المركبات الآلية والكهربائية لعام 2018، والذي بموجبه يكون المؤمن مسئولاً عن الضرر عندما ينتج كلياً أو جزئياً عن مركبة آلية مؤمن عليها وقت وقوع الحادث، دون الاعتداد بمسئولية أي شخص (السائق، الشركة المصنعة... إلخ). وبالتالي تكون قد أنشأت شكلاً من أشكال التأمين ضد الأخطاء- على الرغم من عدم إلزاميته- بشأن السيارات التي تعمل بالذكاء الاصطناعي⁽¹⁾.

ويرى Engelhard & de Bruin بأن التأمين ضد الأخطاء سيكون طريقة فعالة لمعالجة مخاطر القيادة الآلية. لأنه يمكن أن يصمم لتغطية جميع المخاطر. كما أن الفائدة الأساسية منه هو عدم الاعتماد على القدرة في اثبات مصدر الحادث، ومنع المدعى من المطالبة بالتعويض في المستقبل⁽²⁾.

بينما يري⁽³⁾ Omri Rachum-Twaig بأن تطبيق مخطط التأمين الإلزامي ضد الأخطاء على المخاطر المتعلقة بالروبوتات القائمة على الذكاء الاصطناعي لا يخلو من المخاوف، مبرراً ذلك بأنه:

- مع أن مثل هذا التأمين يوفر المصاريف الإدارية ويتحاشى الأخطاء القضائية، إلا أنه يزيد من الحوادث لعدم الردع. وبالتالي لا يعد مخطط التأمين الإلزامي ضد الأخطاء فعال بالنسبة للروبوتات القائمة على الذكاء الاصطناعي. لأنه لم يتم منحها الشخصية القانونية حتى الآن، فضلاً عن أن تصرفها، إلى حد ما، غير متوقع بالنسبة لمصممها ومشغلها ومستخدمها.
- يهدف مخطط التأمين الإلزامي إلى الحلول محل نظام التعويض العام. وهذا يكون صعب للغاية في مجال الروبوتات، لأن الطبيعة الرقمية للعديد من الروبوتات الميكانيكية أو الفيزيائية تجعل من المستحيل تقريباً أن يكون لها قاعدة موحدة تنطبق على جميع أصحاب المصلحة. فالشركة المصنعة للروبوت قد تكون أمريكية، والمشغل بريطاني، والمستخدم ياباني.
- يصعب في مجال الروبوتات القائمة على الذكاء الاصطناعي توزيع التكاليف وحساب الأقساط. ونتيجةً لذلك قد تحجم شركات التأمين عن تغطية المخاطر الناجمة عن هذه الروبوتات، الأمر الذي أدى إلى التفكير في إنشاء صناديق التعويض وتطويرها.

(1) Y. Benhamou, et al.op.cit.p.14.

(2) F. J. Marryott, the tort System and automobile claims: evaluating the keeton-o'connell proposal, american bar association journal, vol. 52, No. 7 1966, pp. 639-643. Available at: <https://sci-hub.tw/10.2307/25723672>

(3) O. Rachum Twaig, "Whose Robot Is It Anyway?: Liability for Artificial-Intelligence-Based Robots", University of Illinois Law Review, Vol. 2020, Forthcoming, 2019, p. 29-30. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3339230>

ثانياً: صناديق التعويض:

تعتبر صناديق التعويضات، وفقاً للقرار الصادر عن البرلمان الأوروبي في 16 فبراير 2017، أداة لضمان إمكانية التعويض عن الأضرار في الحالات التي لا يوجد لها غطاء تأميني. وفي الواقع، يجب أن يكون هذا الصندوق وسيلة الملاذ الأخيرة ويطبق فقط في حالة وجود مشاكل في التأمين، أو على الأشخاص التي تمتلك الروبوتات وليس لديها بوليصة تأمين⁽¹⁾. وذلك لأن قواعد المسؤولية المدنية التقليدية تقوم على وجود مسئول بالتعويض، وهذا لا يتناسب إذا كنا بصدد أخطار يتعذر معها معرفة الشخص المسئول، فظهر ما يسمي بالمسؤولية الاجتماعية في مواجهة المسؤولية الفردية التي تقوم عليها قواعد المسؤولية المدنية التقليدية⁽²⁾.

وبالتالي سيكون الهدف من إنشاء صناديق التعويضات حصول المضرور على تعويض في الأحوال التي لا يعوض فيها بأي وسيلة أخرى، كما تهدف هذه الصناديق إلى توزيع المخاطر الناجمة عن الروبوتات القائمة على الذكاء الاصطناعي على الأشخاص الممارسين للأنشطة التي يمكن أن تكون سبب لهذه المخاطر، ولا تتدخل هذه الصناديق إلا بصفة احتياطية أو تكميلية.

ومن الجدير بالذكر أنه في الحالات التي يمكن إنشاء صناديق للتعويضات دون وجود نظام تأمين إجباري فإن هذه الصناديق ستصبح ملزمة بتعويض جميع الأضرار الناجمة عن الروبوتات الآلية، وبالتالي تتعرض للإفلاس بسبب ضخامة التعويضات⁽³⁾.

إلا أنه في الواقع يكون لصناديق التعويض دور فعال لمواجهة المخاطر الناجمة عن أنظمة الذكاء الاصطناعي، وذلك في الحالات التي لا يقدم فيها التأمين تغطية كاملة للأضرار. أي أن الهدف من الصناديق تعويض المضرور تعويضاً كاملاً عندما يكون قد تم تعويضه جزئياً⁽⁴⁾.

ويمكن تمويل هذه الصناديق من خلال الضرائب التي يدفعها مالك، أو مطور، أو مستخدم الذكاء الاصطناعي، وذلك لضمان حصول المضرور على التعويض الكامل. وستكون تكاليف هذه الضرائب قليلة إلى حد ما مقارنة بالقيمة المالية التي يجنيها الذكاء الاصطناعي.

وعلى الجانب الآخر، يمكن إدارة صناديق التعويض عن أضرار الذكاء الاصطناعي على غرار البرنامج الوطني للتعويض عن الإصابة من اللقاح (VICP)، والذي يمول عن طريق الضريبة المفروضة على اللقاح التي يتحملها

(1) C. Van Rossum, liability of robots: legal responsibility in cases of errors or malfunctioning, LLM, faculty of Law, Ghent university, 2017, p.43.

(2) مها رمضان بطيخ، المسؤولية المدنية للدولة عن أضرار الإرهاب، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2017، ص 361.

(3) سعيد قنديل، آليات تعويض الأضرار البيئية دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 105.

(4) محسن البيه، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، مكتبة الجلاء، المنصورة، 2002، ص 151/152.

المستخدمون. فاللقاح يحقق فوائد اجتماعية على نطاق واسع إلا أنه في حالات نادرة يسبب مشاكل خطيرة. ولا يعد هذا البرنامج بديلاً عن المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ والتي تمكن المضرورين من الحصول على التعويضات المغطاة من خلاله. وبالتالي عندما يتعرض أي شخص للضرر نتيجة الجرائم المرتكبة من قبل الذكاء الاصطناعي سيلجأ للصندوق للحصول على التعويض⁽¹⁾.

لذا تأتي هذه الصناديق بالعديد من المزايا منها⁽²⁾:

- تكمل التأمين الإجباري ضد الغير.
 - لا تعرض المجتمع للأثار المخيفة للروبوتات.
 - تعفي الأطراف المضرورة من تكاليف عبء الاثبات للحصول على التعويض.
- إلا أنه من الناحية العملية، تثير الصناديق قلق بشأن التقليل من آثار توجيه المسؤولية المدنية. فلا يعقل أن تعلق عليها أو تحل محلها. علاوةً على أن إدارتها ستتطلب جهداً كبيراً لتطوير مجموعة شائكة من القواعد التي تنظمها⁽³⁾.

ولكن يبدو لنا أن تحمل منتجي الذكاء الصناعي عبء التأمين والمساهمة في دفع اشتراكات صندوق التعويض وذلك لمواجهة الأضرار الناجمة عن الذكاء الاصطناعي بشكل كامل قد يدفعهم إلى عدم ممارسة العمل في هذا المجال، وبالتالي إعاقة انتشار أنظمة الذكاء الاصطناعي. الأمر الذي نرى معه ضرورة تدخل الدولة كضامن احتياطي في حالة تجاوز التعويض القدرة المالية للمسؤولين عن الذكاء الاصطناعي، وذلك لأن الدولة هي التي سمحت بانتشار مثل هذه الكيانات الذكية فضلاً عن أهميتها للمجتمع. كما أن تدخل الدولة يمكن الضحية من الحصول على تعويض كامل عن الخسائر والأضرار التي لحقت به.

الخاتمة:

بعدما انتهينا من بحثنا المتواضع هذا لا بد أن نذكر ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات.

أولاً: النتائج:

- اتضح أنه لا يوجد تعريف موحد للذكاء الاصطناعي رغم أنه ليس بمصطلح جديد، وقد تعددت تعريفات الفقه حول مفهوم الذكاء الاصطناعي وأغلبها يدور حول قدرة الإنسان والآلة وانتهينا من مجموع هذه التعريفات التي ذكرتها سلفاً إلى وضع تعريف شامل للذكاء الاصطناعي حيث عرفناه بأنه طريقة لإعداد

(1) R. Abbott, The reasonable robot. Cambridge University Press: University of Surrey School of Law, 2020, pp. 132-133.

(2) G. Borges, Liability and new technologies: Concepts and addressees of liability, university of Saarland, 2020, p.46. Available: https://www.rechtsinformatik.saarland/images/pdf/vortraege/2020-01-21_Borges-Emerging-Technologies-2.pdf.

(3) C. Van Rossum.op.cit.p.43-44.

- الحاسوب أو الروبوت، يتم التحكم فيه من خلال برنامج يفكر بذكاء على نفس النهج الذي يفكر به البشر الأذكى. كما أن للذكاء الاصطناعي تطبيقات مختلفة في النظم العسكرية والقانونية والطبية.
- تتنوع المسؤولية المدنية عن أضرار الذكاء الاصطناعي إلى مسئولية عقدية ومسئولية تقصيرية ومسئولية موضوعية حسب الظروف المحيطة.
- تقوم المسؤولية العقدية عند الإخلال بالعقد الصحيح، أي عندما لا ينفذ أحد أطراف العقد التزامه وفقاً لما هو محدد في العقد.
- يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية اثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية وهذا أمر صعب للغاية في مجال الذكاء الاصطناعي، حيث أن تطبيقها يواجه تحديات كبيرة، وعلى وجه الخصوص عندما يتخذ الروبوت القائم على الذكاء الاصطناعي قرارات ذاتية.
- تقوم المسؤولية الموضوعية على الضرر، فلا يطلب من المضرور سوى اثبات علاقة السببية بين الضرر والخطأ إلا أن تطبيقها على الذكاء الاصطناعي يواجه أيضاً تحديات كبيرة لأنه لا يمكن للإنسان السيطرة عليه، وعنصر الخطر داخل في وظيفته، وبالتالي يصبح الذكاء الاصطناعي مصدر للمخاطر العامة. فضلاً عن القدرة على التعلم واتخاذ قرارات مستقلة. وهذا يتطلب تطبيق المسؤولية الموضوعية على الأضرار الناجمة عن الذكاء الاصطناعي مع تضيق نطاق الإعفاء منها حماية للمضرور الذي لا يكون لديه خبره كافي بشأن هذه التقنيات الحديثة.
- يترتب على قيام المسؤولية عن أضرار الذكاء الاصطناعي تحقق التعويض سواء كان مادياً أو أدبياً. فالمضرور يحصل على التعويض من خلال القضاء حيث يقدر القاضي التعويض على أساس الضرر لا على أساس الفعل الضار، مراعيًا في ذلك الحالة المالية والاجتماعية للمضرور.
- ويتم تعويض الضحية من خلال التأمين الاجباري في مجال الذكاء الاصطناعي وكذا صناديق التعويض، وهذا ما أطلق عليه الفقه بالتعويض التلقائي.

ثانياً: التوصيات:

- نوصي بالاعتراف بالشخصية القانونية التي تتناسب مع الروبوتات المجهزة بالذكاء الاصطناعي على غرار الشخصية الاعتبارية للأشخاص المعنوية.
- مناقشة المشرع المصري بوضع نظام قانوني يحدد المسئول عن الأضرار الناجمة عن الذكاء الاصطناعي.
- نوصي أن يكون تأمين المسؤولية المدنية عن أضرار الذكاء الاصطناعي إجبارياً لمواجهة كافة الأضرار التي يسببها الذكاء الاصطناعي.
- نوصي بإقرار المسؤولية الموضوعية القائمة على الضرر وتضييق نطاق الإعفاء منها على غرار المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية، وذلك لأن الروبوتات لا تنقل خطورة عن هذا النشاط.

- نوصي بإنشاء صناديق لتمكين الضحية من الحصول على التعويض كاملاً، وتمول من خلال الضرائب التي تُحصل عند بيع الروبوتات.
- نوصي بإرجاء العمل بالروبوتات القائمة على الذكاء الاصطناعي لحين الانتهاء من وضع قانون ينظمها بالاشتراك مع الجهات الفنية المعنية، وذلك نظراً لخطورتها على البشر وكذا الأمن القومي.

قائمة المصادر والمراجع:

أ- المراجع باللغة العربية:

أولاً: الكتب

1. إحسان حسين، الأضرار التي تلحق بالمتهم وعلاجها دراسة مقارنة في الفقه والقانون، دار الكتب العلمية، بيروت، 2019.
2. أحمد شرف الدين، أحكام التأمين دراسة في القانون والقضاء المقارنين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، الطبعة الثالثة.
3. إدريس العبدلاوي، النظرية العامة للالتزام: الجزء الثاني، بدون دار نشر، 2000.
4. السيد عمران، عقد البيع في القانون المدني المصري، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2009.
5. إيهاب خليفة، مجتمع ما بعد المعلومات: تأثير الثورة الصناعية الرابعة على الأمن القومي، دار العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2019.
6. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري: الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
7. ثروت عبد الحميد، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري: الجزء الأول في مصادر الالتزام، بدون دار نشر، بدون سنة طبع.
8. جهاد عفيفي، الذكاء الاصطناعي والأنظمة الخبيرة، أمجد للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، الطبعة الأولى.
9. زين عبد الهادي، الذكاء الاصطناعي والنظم الخبيرة في المكتبات: مدخل تجريبي للنظم الخبيرة في مجال المراجع، المكتبة الأكاديمية، القاهرة 2000، الطبعة الأولى.
10. سالم الفاخري، سيكولوجية الذكاء، مركز الكتاب الأكاديمي، الأردن، 2018.
11. سعيد قنديل، آليات تعويض الأضرار البيئية دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
12. سمير تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، الطبعة الأولى.

13. صفات سلامة، تكنولوجيا الروبوتات: رؤية مستقبلية بعيون عربية، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 2006، الطبعة الأولى.
14. صلاح الفضلي، آلية عمل العقل عند الإنسان، عصير الكتب للنشر والتوزيع، القاهرة، 2019.
15. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: مصادر الالتزام "الجزء الأول"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.
16. عبد الله موسي وأحمد بلال، الذكاء الاصطناعي ثورة في تقنيات العصر، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2019، الطبعة الأولى.
17. علي حويلي، العلماء العرب في أمريكا وكندا: إنجازات وإخفاقات، منتدي المعارف، بيروت، 2013، الطبعة الأولى.
18. علي كحلوان، النظرية العامة للالتزامات، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
19. فايز النجار، نظم المعلومات الإدارية: منظور إداري، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، الطبعة الرابعة.
20. محسن البيه، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، مكتبة الجلاء، المنصورة، 2002.
21. محسن البيه، عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
22. محمد البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الرابع، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2019.
23. محمد حسين، عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
24. محمد شنب، دروس في نظرية الالتزام: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976-1977.
25. محمد لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين: دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017-2018، الطبعة السادسة.
26. محمد محي الدين سليم، نطاق الضرر المرتد - دراسة تحليلية لنظرية الضرر المرتد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
27. محمد منصور، أحكام عقد البيع التقليدي والالكترونية والدولية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006.
28. محمد نصر، الوسيط في نظام التأمين: دراسة مقارنة مع الأنظمة العربية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2015.
29. نادية معوض، مسؤولية مصنع الطائرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، الطبعة الثانية.
30. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.
31. يعي موافي، المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء: دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992.

ثانياً: الرسائل الجامعية

1. أصالة رقيق، استخدام تطبيقات الذكاء الاصطناعي في إدارة أنشطة المؤسسة: دراسة حالة مجموعة من المؤسسات الاقتصادية، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة أم البواقي، الجزائر، 2014-2015.
2. أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب: دراسة في القانونين اليمني والمصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2012.
3. قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، 2004-2005.
4. كichel كمال، الاتجاه الموضوعي في المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات ودور التأمين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2006-2007.
5. محمد اسماعيل مصطفى، الضرر المرتد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، 2019.
6. مختار رحمان محمد، المسؤولية المدنية عن فعل المنتجات المعيبة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2016.
7. مها رمضان بطيخ، المسؤولية المدنية للدولة عن أضرار الإرهاب، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2017.

ثالثاً: المجالات

1. سمير مرقس، تطبيق الذكاء الاصطناعي والأنظمة الخبيرة في زيادة كفاءة المحامين أمام القضاء، مجلة الاقتصاد والمحاسبة، المجلد ستمائة خمسة وخمسون، مصر: نادي التجارة، 2014.
2. صفات سلامة و خليل أبوقورة، تحديات عصر الروبوتات وأخلاقياته: دراسات استراتيجية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، العدد مائة ستة وتسعون، الطبعة الأولى، أبو ظبي: مركز الإمارات، 2014.
3. عمارة نعيمة، الاتجاه نحو التأسيس للمسؤولية المدنية على أساس مبدأ الحيطة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد التاسع، الجزائر: جامعة قصدي مبراح ورقلة، 2013.
4. فتحي عبد الله، نظام تعويض الأضرار التي تلحق بأمن وسلامة المستهلك في القانون المدني المصري والمقارن، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الخامس والعشرون، القاهرة: جامعة المنصورة - كلية الحقوق، 1999.
5. محمد عرفان الخطيب، المسؤولية المدنية والذكاء الاصطناعي... إمكانية المساءلة؟، دراسة تحليلية معمقة لقواعد المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد الأول، 2020.

6. ناجية العطراق، المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة في ضوء القانون المدني الفرنسي، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السادس، ليبيا: جامعة الزاوية - كلية القانون، 2015.
7. نبراس جابر، المسؤولية المدنية الناشئة عن اخلال الغير بالعقد - دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلّى للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة العاشرة، العراق: جامعة بابل - كلية القانون، 2018.
- رابعاً: القوانين

1. قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 المنشور بالجريدة الرسمية العدد 19 مكرر في 1999/5/17.
- ب - المراجع الأجنبية:

Books:

1. A. Nadeau et R. Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montreal, Wilson and Lafleur, 1971.
2. B. G. Buchanan, E. H. Shortliffe, *Rule-Based Expert Systems The MYCIN Experiments of the Stanford Heuristic Programming Project*, Addison-Wesley Publishing Company, 1984.
3. E. Rich, *Artificial Intelligence and the Humanities*, Paradigm Press, 1985.
4. H. Samani, *Cognitive robotics*. Boca Raton: CRC Press, Taylor & Francis Group, 2016.
5. J. Pineau et M. Ouellette, *Théorie de la responsabilité civile*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1980.
6. R. Abbott, *The reasonable robot*. Cambridge University Press: University of Surrey School of Law, 2020.
7. S. Samoili, M. López Cobo, E. Gómez, G. De Prato, F. Martínez-Plumed and B. Delipetrev, *AI watch*. European Union: Joint Research Centre, 2020.
8. Y. Benhamou and J. Ferland, *Artificial Intelligence & Damages: Assessing Liability and Calculating the Damages*, submitted to as a book chapter: *Leading Legal Disruption: Artificial Intelligence and a Toolkit for Lawyers and the Law*, P. D'Agostino, , et al., 2020.

Thesis:

1. C. Bertesia, "Legal liability of artificial intelligence driven-systems (AI)", master thesis, international hellenic university, 2019.
2. J. Feng, " Le droit des produits défectueux: une approche euro-américaine", thèse, université de Perpignan, universitat de Girona, Français, 2016.

3. M. Assunta Cappeli, "regulation on safety and civil liability of intelligent autonomous robots: the case of smart cars", Ph. D thesis, universita degli studidi Trento, 2014.
4. M. Guillaume, "L'ELEVATION DES ROBOTS A LA VIE JURIDIQUE", thèse, Doctoral School of Law and Political Science (Toulouse), 2016.
5. S. Karnouskos, "the interplay of law, robots and society, in an artificial intelligence era", master's thesis, umea university, 2017.
6. S. Oliveira, "La responsabilité civile dans les cas de dommages causés par les robots d'assistance au Québec", LL.M, faculté de droit, université de montréal, 2016.
7. Van Rossum, liability of robots: legal responsibility in cases of errors or malfunctioning, LL.M, faculty of Law, Ghent university, 2017.

Research and articles:

1. A. Bertolini, "Insurance and Risk Management for Robotic Devices: Identifying the Problems", Global Jurist, vol. 16, no. 3, 2016.
2. F. Hubbard, "'Sophisticated Robots': Balancing Liability, Regulation, and Innovation", Papers.ssrn.com, 2014.
3. F. J. Marryott, the tort System and automobile claims: evaluating the keeton-o'connell proposal, american bar association journal, vol. 52, No. 7, 1966.
4. G. Borges, Liability and new technologies: Concepts and addressees of liability, university of Saarland, 2020.
5. G. Risso, "Product liability and protection of EU consumers: is it time for a serious reassessment?", Journal of Private International Law, vol. 15, no. 1, pp. 210-233, 2019.
6. G. Wagner, "Robot Liability", SSRN Electronic Journal, 2018.
7. J. Borghetti, "Civil Liability for Artificial Intelligence: What Should its Basis Be?", La Revue des Juristes de Sciences Po, n°17 ISSN 2111-4293, 2019.
8. J. Brossollet, C. Jaegy and L. Daniele, "Responsabilité civile et intelligence artificielle", Atelier clinique juridique, 2019.
9. J. Delcker, Europe divided over robot 'personhood' available at <https://www.politico.eu/article/europe-divided-over-robot-ai-artificial-intelligence-personhood/>

10. J. Frank Weaver, "Robots Are People Too: How Siri, Google Car, and Artificial Intelligence Will Force Us to Change Our Laws", Barnes & Noble, 2014.
11. J. Schuett, "A Legal Definition of AI", SSRN Electronic Journal, 2019.
12. L. Archambault et L. zimmermann, "repairing damages caused by artificial intelligence: french law needs to evolve", gazette du Palals, N. 9, 2018.
13. L. Mazeau, "Intelligence artificielle et responsabilité civile : Le cas des logiciels d'aide à la décision en matière médicale". Revue pratique de la prospective et de l'innovation, LexisNexis SA, 2018.
14. M. E. Gerstner, "Liability Issues with Artificial Intelligence Software", Santa Clara Law Review, vol. 33, no. 7, 1993.
15. M. Le Borloch, "La responsabilité des dommages causés par les robots", Village de la Justice, 2020.
16. N. Kalra, J. Anderson and M. Wachs, "Liability and Regulation of Autonomous Vehicle Technologies", Trid.trb.org, 2009
17. O. Rachum Twaig, "Whose Robot Is It Anyway?: Liability for Artificial-Intelligence-Based Robots", University of Illinois Law Review, Vol. 2020, Forthcoming, 2019.
18. P. Čerka, J. Grigienė and G. Sirbikytė, "Liability for damages caused by artificial intelligence", Computer Law & Security Review, vol. 31, no. 3, 2015.
19. P. Opitz, Civil Liability and Autonomous Robotic Machines: Approaches in the EU and US, TTLF Working Papers No. 43, Stanford-Vienna, 2019.
20. S. Singh, Attribution of Legal Personhood to Artificially Intelligent Beings, Bharati Law Review, July – September 2017.
21. S. Tzafestas, "Roboethics - A Navigating Overview", Springer.com, 2020.
22. Santosuosso, C. Boscarato, F. Caroleo, R. Labruto and C. Leroux, "Robots, market and civil liability: A European perspective", IEEE RO-MAN: The 21st IEEE International Symposium on Robot and Human Interactive Communication, 2012.
23. V. Sumantri, "Legal Responsibility on Errors of the Artificial Intelligence-based Robots", Lentera Hukum, vol. 6, no. 2, 2019.
24. Y. Abdalla, "Robotic Arbitration: To What Extent Could Robots Conduct Arbitrary Procedures?", 2020.

المتجر الإلكتروني.. المسرح الجديد لغسل الأموال (التمويه والإخفاء المالي)

- بين القانون الكويتي والبيئة الإلكترونية للتجارة -

**Online Store... the new stage for money laundering
(Between Kuwaiti law and the electronic environment of commerce)**

أ. هشام العبيدان، ماجستير في قانون الشركات، من كلية القانون الكويتية العالمية.

Hesham Al-Obaidan, Kuwait International College of Law (KILAW).

Abstract

The main purpose of this research is to present a "COMMERCIAL" rather than a "PENAL" study on the phenomenon of money laundering, especially in the electronic environment of the Kuwaiti society.

With the change in social customs due to the Corona COVID-19 pandemic, electronic commerce has become of great importance in the Kuwaiti society, which has raised the status of the online-store.

However, this historical opportunity for e-commerce has been spoiled by the use of the online-store for money laundering.

This reality contradicts the optimal environment for e-commerce in this era, as long as protecting the online-store legally from illegal uses is part of the future development plans in Kuwait, including the *New-Kuwait Vision 2035*.

This research is not a part of criminal work, but rather the researcher tried to establish a special commercial vision in the analysis of the Kuwaiti Anti-Money Laundering Law No. 106/2013; Where we have identified the criminal facts may be done by online-store, with the aim of discovering the legal loopholes created by the electronic environment, and then developing new proposals that could fill the gaps of money laundering by online-stores.

Key words: *Online-Store, Electronic Commerce, Money Laundering.*

الملخص:

إنَّ الغرض الأساسي من هذا البحث هو تقديم دراسة "تجارية" وليس "جزائية" عن ظاهرة غسل الأموال، ذلك في البيئة الالكترونية الأخذة بالانتشار في المجتمع الكويتي.

فمع تغيُّر العادات الاجتماعية بفعل جائحة كورونا، فقد أضحت للتجارة الالكترونية أهميةً كبيرةً في المجتمع الكويتي، الأمر الذي قد رفع من مكانة المتجر الالكتروني.

إلا أنَّ هذه الفرصة التاريخية للتجارة الالكترونية قد أفسدها استخدام المتجر الالكتروني في غسل الأموال؛ نظراً لسهولة إجراء التعاملات على السلع والتحويلات المالية بالشكل الأمثل لتمويه مصدر الأموال غير المشروعة أو حتى إخفاءها.

يتعارض هذا الواقع مع البيئة المثلى للتجارة الالكترونية في هذا العصر، حيث إنَّ حماية المتجر الالكتروني قانونياً من الاستغلال غير المشروع يدخل ضمن خطط التنمية المستقبلية في الكويت، ومن ضمنها رؤية كويت جديدة 2035.

لا يندرج البحث ضمن الأبحاث الجنائية، بل حاول الباحث ترسيخ رؤية تجارية خاصة في تحليل قانون مكافحة غسل الأموال الكويتي رقم 106/2013؛ حيث قمنا بتحديد الوقائع التي قد يتمُّ عبرها استغلال المتجر الالكتروني بغرض غسل الأموال، وذلك بهدف اكتشاف الثغرات القانونية التي أوجدتها البيئة الالكترونية، ثم وضع مقترحاتٍ جديدةٍ يمكن أن تُشكِّل حصناً ضد استغلال المتجر الالكتروني في غسل الأموال

الكلمات المفتاحية: المتجر الالكتروني، التجارة الالكترونية، غسل الأموال.

المقدمة

قال تعالى: "وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِيَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ (188)" صدق الله العظيم¹.

تعدُّ ظاهرة غسل الأموال من الظواهر السلبية المعقَّدة التي تعاني منها دول العالم؛ والسبب أنَّ من يقوم بها عصابات الجريمة المنظمة لتجارة المخدرات وغيرها من الأنشطة الإجرامية، حيث يسعى المجرمون إلى إخفاء أموالهم المتحصَّلة من الجريمة أو حتى إلى منحها مصدرًا مشروعاً.

¹ القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية 188.

يكمُن الهدف الأساسي من غسل الأموال في تطهيرها من مصدرها غير المشروع¹، وهي ظاهرة ذات أبعادٍ دولية؛ فقد يمتدُّ مخطّطها إلى عددٍ من الدول².

تهدف "مكافحة غسل الأموال" *"Anti-Money Laundering"*³ على المستوى الدولي إلى ضمان الأمن الاقتصادي، حيث إنّ غسل الأموال ينتقص من الثقة التجارية فيما بين التجار المحليين والدوليين، ويُساهم في إغلاق أبواب الاستثمارات الأجنبية، ويُشكّل تحدياً حقيقياً على مستوى إنفاذ القانون⁴.

أمّا بصدد التجارة الإلكترونية، فإنّ غسل الأموال يُضاعفُ من مخاطر هذه التجارة، حيث إنّها تقوم على التعامل "عن بعد" دون مقابلة شخصية بين أطراف التجارة، الأمر الذي يزرع القلق أصلاً في نفوس المتعاملين، ويفتح النقاش القانوني حول طرق التنفيذ والإثبات⁵.

يُعتبر المتجر الإلكتروني من أهم مفاصل التجارة الإلكترونية، وهو عادةً عبارة عن موقع إلكترونيّ يُعرضُ سلعاً على مُتصَفِّحِي الموقع، ويُقدِّمُ جميع التفاصيل المطلوبة من مواصفات السلعة وسعرها وكيفية السداد والتوصيل، وقد يكون السداد الإلكترونيّ عبر بطاقة الائتمان أيضاً، ولذلك فإنّ عملية البيع والشراء تأخذ الصفة الإلكترونية بالكامل، وهذه البيئة المرنة تسمح بنمو تجارة التجزئة وحتى تصدير السلعة إلى الخارج⁶.

يتميّز التعامل عبر المتجر الإلكترونيّ بالسرعة والمرونة، الأمر الذي يفتح المجال لتكرار عمليات الشراء والبيع أكثر من المتجر العادي، وبشكلٍ خاصٍ في ظروفٍ مثل تلك الظروف التي سببتهما جائحة كورونا من الحجر المنزلي والتباعد الاجتماعي، هذا الأمر له إيجابياته مثل زيادة التدفق المالي في قنوات التجارة، وله سلبياته أيضاً من صعوبة فرض السياسة الضريبية⁷، ومن انتشار ظاهرة غسل الأموال.

¹ السنوسي، عبد الله، جريمة غسل الأموال (مفهومها وأركانها وفق قانون مكافحة غسل الأموال لسنة 2004 م - دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة إفريقيا العالمية، السودان، فبراير، عام 2019، الصفحة 15.

² زيدان، مسعد، المعالجة القانونية لجريمة غسل الأموال في ضوء أحكام القانون الدولي، المجلة العربية للدراسات الأمنية، المجلد 32، العدد 69، الرياض، عام 2017، الصفحة 37.

³ Healy, Nicole S. and Christiansen, Emily N., *Anti-Money Laundering and Counter-Terrorist Finance: Year-in-Review 2015*, an Annual Publication of the ABA/section of International Law, Vol. 50, 2015, page 423.

⁴ Ojukwu-Ogba, Nelson E. and Osode, Patrick C., A CRITICAL ASSESSMENT OF THE ENFORCEMENT REGIME FOR COMBATTING MONEY LAUNDERING IN NIGERIA, *African Journal of International and Comparative Law*, Vol, 28, No.1, 2020, page 85.

⁵ علوان، رامي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 26، العدد 4، ديسمبر 2002، الصفحة 229.

⁶ Wang, Mingjun, Impact of the Electronic Payment Environment of the Importing Country on China's Export Trade, *Advances in Economics, Business and Management Research*, Vol. 110, 2019, page 262.

⁷ محمد، رمضان، مشكلات الضريبة على دخل التجارة الإلكترونية والحلول الممكنة، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 26، العدد 3، سبتمبر 2002، الصفحة 251.

وفي الكويت، أخذ المتجر الإلكتروني مكانةً خاصةً في المجتمع بعد انتشار جائحة كورونا واضطرار الناس للجلوس في المنازل، إضافة إلى رغبة الكثير من أصحاب الأمراض المزمنة وكبار السن تجنّب الازدحام ومخالطة الناس، وقد وقرّ المتاجر الإلكترونية كلّ ما يحتاجه الناس في ظلّ الإجراءات الاحترازية، بما يمكن وصفه بالفرصة التاريخية الاستثنائية لنمو قطاع التجارة الإلكترونية الكويتية.

وقد كان المشرع الكويتي قد أصدر القانون رقم 106 لسنة 2013 بشأن مكافحة غسل الأموال بدلاً من القانون السابق لعام 2002؛ وكانت الغاية الأساسية من قانون عام 2013 هو مكافحة غسل الأموال بعد تحديد تصورات واقعية لغسل الأموال¹، ومواجهة الأفاق الجديدة الطارئة على المجتمع ومنها الوقائع التكنولوجية بطبيعة الحال، إلا أنّ مكافحة غسل الأموال ما تزال تواجه صعوبات كبيرة في الكويت².

فهل وضع المشرع في اعتباره غسل الأموال عبر المتجر الإلكتروني؟

وكيف يمكن تحديد ثغرات قانون مكافحة غسل الأموال الكويتي قياساً بوقائع غسل الأموال الحديثة التي تستغل المتجر الإلكتروني؟

وما هو الحل القانوني لمكافحة غسل الأموال بالنظر إلى الآثار السلبية لهذه الظاهرة على التجارة الإلكترونية؟

أهداف البحث

1. تحديد وقائع غسل الأموال الحديثة الواقعية التي يتم تنفيذها عبر المتجر الإلكتروني.
2. إسقاط نصوص قانون مكافحة غسل الأموال الكويتي على هذه الوقائع الإلكترونية.
3. استنتاج الثغرات القانونية الناتجة عن اختلاف البيئة الإلكترونية للتعاملات عن البيئة التقليدية.
4. اقتراح قواعد جديدة تخص غسل الأموال بحيث تقوم على حماية التجارة الإلكترونية من الآثار السلبية لغسل الأموال.

أهمية البحث

تأتي أهمية البحث من ثلاثة محاور رئيسية، وهي:

1. إنّ تقديم رؤية تجارية لقانون غسل الأموال، سيؤدّي إلى تحديث وقائع غسل الأموال التقليدية بالنظر إلى واقع استغلال المتجر الإلكتروني.
2. إنّ اقتراح نصوص قانونية تفصيلية جديدة، سيسمح بالارتقاء في مكافحة غسل الأموال حتى في البيئة التجارية الإلكترونية.

¹ محكمة التمييز الكويتية، الأحكام الدستورية، الطعن رقم، 6، لعام 2012، تاريخ 2012-12-26. <https://www.eastlaws.com/>

<https://www.alraimedia.com/Home/Details?id=b6fa8279-8195-4490-9a81-783f1275016f2>

3. إنَّ النجاح في تحقيق أهداف البحث سيقدم رؤيةً جديدةً لغسل الأموال الإلكتروني بما يخدم ترسيخ الثقة والاستقرار لدى التعامل عبر المتاجر الإلكترونية؛ ممَّا سيؤدِّي إلى ازدهار في قطاع التجارة الإلكترونية الكويتي.

منهج البحث

- 1- المنهج الوصفي؛ عبر وصف وقائع غسل الأموال عبر المتاجر الإلكترونية.
- 2- المنهج التحليلي؛ بهدف تحليل جزئيات النص القانوني.
- 3- المنهج الاستقرائي؛ عبر جمع تفاصيل الوقائع التي تمَّ وصفها وتحليل النصوص المرتبطة بها، ثم إسقاطها على وقائع غسل الأموال التي قد تحدث عبر المتجر الإلكتروني؛ كل ذلك بغرض الخروج بنتيجة واحدة وهي شمول أوصاف وتفاصيل النص القانوني لكل وقائع غسل الأموال محل البحث من عدمه.

إشكالية البحث

"ما هي القواعد الكفيلة بسد الثغرات القانونية في مكافحة غسل الأموال عبر المتجر الإلكتروني؟"

نطاق البحث

يتركز النطاق الأساسي للبحث في مجال حماية بيئة التجارة الإلكترونية من غسل الأموال التي تتمُّ عبر المتجر الإلكتروني؛ ولذلك فإن الباحث يُعالجُ البيئة التجارية الإلكترونية، والوقائع المُمكنة لغسل الأموال فيها، وكيفية مواجهتها بالوصف القانوني الأشمل طبقاً لوقائع هذه التجارة.

بناءً عليه فإنَّ نطاق البحث يتمحور حول استكشاف مكامن الضعف أو القصور في الوصف التشريعي لغسل الأموال، وليس في دراسة عناصر جريمة غسل الأموال أو الجريمة الأصلية التي جاءت الأموال منها¹، حيث إنَّ ذلك هو مجال تخصص القانون الجزائري.

مصطلحات البحث

يُقصد في هذا البحث بما يلي من مصطلحات المعنى المقابل لها كالتالي:

"المتجر الإلكتروني": عبارة عن موقعٍ على الإنترنت يهدف إلى بيع السلع دون تواصلٍ ماديٍّ مع الزبائن.

¹ للاطلاع على هذه الأركان راجع: د. المانع، عادل، البنيان القانوني لجريمة غسل الأموال، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 29، العدد 1، مارس 2005، الصفحة 71.

كذلك ينظر: السيلوي، علاء، جريمة غسل الأموال دراسة نقدية مقارنة، مجلة جامعة الكلية الإسلامية، النجف، العدد 3، عام 2008.

"غسل الأموال": مُخطَّطٌ يهدف إلى التمويه المالي؛ كأن تظهرُ الأموال المتحصَّلة من جريمة على أنَّها ذات مصدرٍ مشروعٍ، كما قد يهدف المخطط إلى الإخفاء المالي؛ كأن يقوم شخصٌ ذو دخلٍ مرتفعٍ بالاتِّفاق مع المجرمين على إخفاء أموال الجريمة ضمن ذمَّته المالية بهدف عدم جذب أنظار السلطات.

"المجرم": الشخص الذي حصل على أموالٍ غير مشروعةٍ نتيجة قيامه بجريمةٍ مثل الإتجار بالمخدرات.

"الغاسل": الفاعل الأساسي في جريمة غسل الأموال المُستقلَّة عن الجريمة الأصلية التي جاءت منها الأموال.

مخطط البحث:

المبحث الأول: و اقع المتجر الالكتروني.. ووقائع غسل الأموال عبره

المطلب الأول: بيع المجرم لسلع رخيصة مقابل أموال غير مشروعة في المتجر الإلكتروني (التمويه المالي)

المطلب الثاني: شراء الغاسل لسلع ثمينة من أموال غير مشروعة عبر المتجر الإلكتروني (الإخفاء المالي)

المبحث الثاني: وقائع غسل الأموال عبر المتجر الإلكتروني بالنظر إلى وصف النص القانوني

المطلب الأول: حظر التمويه المالي عبر المتجر الإلكتروني

المطلب الثاني: حظر الإخفاء المالي عبر المتجر الإلكتروني

المبحث الأول

و اقع المتجر الالكتروني.. ووقائع غسل الأموال عبره

على اعتبار أنَّ المتجر الإلكتروني هو عبارةٌ عن ساحةٍ افتراضيةٍ لعرض السلع، فإنَّ غاسل الأموال قد يستغلَّ هذه الساحة بطريقتين:

إمَّا أن يقوم بعملية بيعٍ لأشياءٍ رخيصةٍ مقابل أموالٍ غير مشروعةٍ في المتجر الإلكتروني بغرض التمويه المالي (المطلب الأول)، أو أن يقوم بشراء أشياءٍ ثمينةٍ من أموالٍ غير مشروعةٍ عبر المتجر الإلكتروني بغرض الإخفاء المالي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: بيع المجرم لسلع رخيصة مقابل أموال غير مشروعة في المتجر الإلكتروني

(التمويه المالي)

يقوم بواقعة البيع المجرم بغرض تمويه المصدر غير المشروع لأموال الجريمة بالتعاون مع الغاسل، وذلك عبر ثلاث مراحلٍ، كما يلي:

المرحلة الأولى: عرض المجرم لسلع رخيصة بسعر مبالغ فيه عبر المتجر الإلكتروني

لوحظ في الآونة الأخيرة أن الاشتباه بتمويه الأموال غير المشروعة عن طريق المتاجر الإلكترونية يتزايد في الكويت، سواءً عبر المتاجر التي تملك السلع أو عبر بعض الأشخاص الذين يملكون السلع ويعرضونها على منصات الإلكترونية للبيع أو للمزايدة.

على سبيل المثال؛ عند حصول تجّار المخدّرات على أموالٍ غير مشروعة¹، فإنّ التاجر سيحصل على عوائدٍ ماليةٍ كبيرةٍ يصعبُ وضعها في البنك بشكلٍ صريحٍ؛ لأنّ البنك سوف يشكُّ في مصدر هذه الأموال، خاصةً بعد أن أصبحت البنوك -بصفةٍ عامةٍ- خاضعةً لأنظمة امتثالٍ خاصّةٍ بغسل الأموال².

ومن هنا، يقوم المجرم -أو تاجر المخدّرات وفق المثال- بعرض سلعةٍ رخيصةٍ مُقلّدةٍ بسعرٍ مبالغٍ فيه؛ وذلك عن طريق المتجر الإلكتروني؛ مثل ساعة يدٍ مُقلّدةٍ أو ملابسٍ بسعرٍ وهميٍّ هو 50 ألف د.ك مثلاً، في الوقت الذي تكون القيمة الحقيقية لهذه السلعة لا تتجاوز 5 آلاف دينار، وستعتمدُ على هذا المثال الحسابي لشرح واقعيٍّ غسل الأموال التي قد تتمُّ عبر المتجر الإلكتروني بغرض التمويه أو الإخفاء.

المرحلة الثانية: انعقاد العملية من المجرم البائع إلى الغاسل المشتري عبر المتجر الإلكتروني

بعد عرض المجرم للسلعة بسعرٍ مبالغٍ فيه وفق المثال، وبناءً على اتّفاقٍ مُسبقٍ بين المجرم والغاسل؛ يقوم المجرم بشكلٍ سرّيٍّ بتسليم الأموال التي حصلها من تجارة المخدّرات وقيمتها 50 ألف د.ك إلى الغاسل نقداً.

بعدها يقوم غاسل الأموال بطلب شراء الساعة المُقلّدة من المتجر الإلكتروني بشرط تسديد ثمنها نقداً إلى جهة التسليم، فلو حاول الغاسل تسديد ثمنها عبر البطاقة البنكية، فإنّ الغاسل سيضطرّ قبلاً إلى إيداع المبلغ في البنك، وهذا قد يُثيرُ الشبهة إذا كان الغاسل لا يتمتّع بمصدر دخلٍ مُقنعٍ.

يتّمُ كلُّ هذا دون أن يظهر وجود أيّ اتّفاقٍ بين المجرم والغاسل، وهكذا تنقلب الأموال بالنسبة للمجرم من أموالٍ غير مشروعةٍ إلى ثمن ساعةٍ!

أي يقوم الغاسل الذي يأخذ صفة المشتري بشراء الساعة بسعر 50 ألف د.ك من المجرم الذي يأخذ صفة البائع.

¹ مساعد، مساعد، جريمة غسل أموال المخدرات وأثرها على المجتمع، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، فرع أسبوط، العدد 32، عام 2020، الصفحة 612.

² ينظر في هذا الموضوع لدى: د. الرشيد، جديع، موقف القانون الكويتي من عمليات غسل الأموال المصرفية (باللغة الإنكليزية)، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 34، العدد 1، مارس 2014، الصفحة 11.

وبالنسبة للشق المحاسبي من هذا الموضوع يمكن مراجعة:

سلطان، عبيد، د. وهيب، حمزة، تأثير الامتثال المصرفي في مكافحة غسل الأموال، مجلة دراسات مالية ومحاسبية (JAFS)، المجلد 14، العدد 49، عام 2019، الصفحة 57.

وهنا نتساءل:

ما هو دور مالك المتجر من واقعة غسل الاموال؟ وهل يمكن أن يكون هذا المالك هو نفسه المجرم أو الغاسل؟

يقودنا هذا التساؤل نحو معالجة فكرة غسل الأموال من الأشخاص الاعتبارية¹؛ كالشركات المالكة للمتاجر الالكترونية.

الحقيقة أنّ المجرمين الناشطين في مجال التجارة غير المشروعة يستبقون انتهاء عمليات البيع لديهم بافتتاح مشاريع تساعد على غسل أموالهم، ولذلك فإنّ مالك المتجر الذي تمّ غسل الأموال عبره قد يكون هو ذاته المجرم أو الغاسل المتواطئ معه.

إلّا أنّ هذه الحالة تكون سهلة الاكتشاف، ولذلك يُحاول المجرم والغاسل تنويع تعاملاتهم خارج إطار مشاريعهم؛ بغرض إبعاد الشبهات عنهم، ولكن في هذه الحالة يبقى اشتراك مالك المتجر في هذه الجريمة أمراً قابلاً للبحث الجنائي.

وهنا يلعب قبول مالك المتجر لعرض سلع بأسعارٍ مبالغٍ فيها قرينةً على معرفته بشبهة غسل الأموال أو حتى بمُخطّط الغسل من بدايته حتى نهايته ثم تسهيله.

المرحلة الثالثة: استلام مستندات التعامل عبر إتمام التسديد والقبض

بعد أن تنتهي علاقة كليّ من المجرم والغاسل ببعضهما على بوابة المتجر الالكتروني، يطلب كلاً من المجرم والغاسل من المتجر مستنداتٍ تُثبتُ عملية البيع وقبض الثمن بخصوص المجرم، ومستنداتٍ تُثبتُ البيع وتسديد الثمن بخصوص الغاسل.

أي يستلم المجرم البائع مبلغ 50 ألف د.ك من الغاسل المشتري، على أساس أنّها ثمنٌ للساعة، في الوقت الذي يكون هذا المبلغ آتياً من تجارة المخدّرات وفق المثال.

بالتالي، تنتقل الاموال بشكلٍ مشروعٍ وثابتٍ بالمستندات من الغاسل إلى المجرم، ويترتب على ذلك ما يلي:

- تمويه مصدر الأموال غير المشروعة إلى أموال ذات مصدر مشروع.

¹ ينظر في هذه الفكرة لدى: بوزير، محمد، المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتباريين عن جرائم غسل الأموال، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 28، العدد 3، سبتمبر 2004، الصفحة 13.

ينظر في هذا الموضوع أيضاً لدى:

الشهري، أبرار، المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري في جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب في النظام السعودي، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العدالة والقانون، قسم الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، نوقشت في الرياض، عام 2020، الصفحة 71.

• استعادة المجرم للمبلغ غير المشروع ناقصاً من بعض الرسوم والضرائب بالإضافة إلى أجرة الغاسل المتفق عليها مسبقاً.

بهذه الطريقة، يتم استخدام بوابات التجارة الالكترونية للقيام بعمليات التمويه المالي الإجرامية، وهو ما يُرعى بالآثار السلبية لغسل الأموال¹ على سمعة التجارة الالكترونية، ويجعل المستهلكين في خشية من أمرهم للتعامل مع المتاجر ذات السمعة السيئة، وانتشار حالة من عدم الثقة في بيئة التجارة الالكترونية².

المطلب الثاني: شراء الغاسل لسلع ثمينة من أموال غير مشروعة عبر المتجر الالكتروني

(الإخفاء المالي)

تختلف هذه الواقعة عن السابقة بقيام الغاسل بشراء سلعٍ ثمينة وبأسعار حقيقية من باعةٍ عاديين وليس من المجرم عبر المتجر الالكتروني؛ فالمجرم هنا لا يظهر بشكلٍ علنيٍّ مُطلقاً لا بائعاً ولا مشترياً، بل يُريد المجرم بالمختصر في هذه الواقعة إخفاء مكتسبات الجريمة³، ولذلك فهو مضطراً إلى إيجاد أحد المشاهير ذوي المدخول الكبير أصلاً حتى لا يشكَّ أحدٌ بتضخم ثروته بعد شرائه للسلع لحساب المجرم.

تتمُّ هذه الواقعة عبر المراحل التالية:

المرحلة الأولى: اتّفاق المجرم مع غاسل حتى يشتري سلع ثمينة عبر المتجر الالكتروني

على سبيل المثال، بعد أن يتحصّل أحد تجّار المخدّرات على أموالٍ غير مشروعةٍ، فلن يستطيع هذا المجرم إيداع الأموال في البنك؛ فهو يخشى انتباه وحدة التحريات المالية إلى تضخّم حسابه دون وجود مصدرٍ دخلٍ واضحٍ له⁴.

¹ الشمري، صادق، غسل الأموال - الآثار والمعالجات، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد 16، عام 2008، الصفحة 109. بالنسبة للآثار الاقتصادية، ينظر:

عوض الله، صفوت، الآثار الاقتصادية لعمليات غسل الأموال ودور البنوك في مكافحة هذه العمليات، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 29، العدد 2، يونيو 2005، الصفحة 13.

بالنسبة للآثار الاجتماعية، راجع:

الصالح، أركان، غسل الأموال آثارها الاقتصادية والاجتماعية وموقف الشريعة منها، مجلة العلوم الإسلامية، العدد 14، عام 2016، الصفحة 63.

² عثمان، مهند، أثر التجارة الإلكترونية على نجاح المنظمات، مجلة الباحث الاقتصادي، جامعة 20 أوت 1955، الجزائر، المجلد 6، العدد 1، جوان/يونيو 2018، الصفحة 15.

³ Kingston, Kato Gogo, CONCEALMENT OF ILLEGALLY OBTAINED ASSETS IN NIGERIA: REVISITING THE ROLE OF THE CHURCHES IN MONEY LAUNDERING, African Journal of International and Comparative Law, Vol. 28, No. 1, 2020, page 106.

⁴ راجع في أعباء البنوك خلال مواجهة غسل الأموال لدى: وراق، إسماعيل، التحديات التي تواجه البنوك التجارية في مكافحة عمليات غسل الأموال، رسالة ماجستير في الاقتصاد، كلية الدراسات العليا، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، نوقشت في ديسمبر 2016.

كما قد يكون هذا المجرم صاحب سوابقٍ أو حتى مطلوباً أمنياً أو مُجرماً دولياً، ولذلك فهو لن يستطيع تنفيذ مُخطّط التمويه المالي البسيط، لأنّ المجرم لا يُريدُ أن يتعامل بشكلٍ صريحٍ وواضحٍ حتى على شكل بيع ساعةٍ رخيصةٍ كما بحثنا في المطلب الأول، خوفاً من الملاحقة.

بالتالي، يسعى المجرم إلى إيجاد غاسلٍ من أصحاب الأموال، فيكون هذا الغاسل هو الظاهر في العلن دون أن يظهر المجرم مطلقاً في المستندات الرسمية للمتجر الإلكتروني.

يكون الغاسل في هذا النوع من مُخطّطات غسل الأموال على الأغلب من المشاهير مثل "الفاشينستات" الذين يتقاضون مبالغاً خياليةً لقاء الإعلانات أو الحفلات؛ فلن يُثيرَ تضخُّمَ حسابه الشبهة مبدئياً، طالما أنّه يوجد له مصدر دخلٍ مشروعٍ كبيرٍ، هذا مع احتمال وجود اشتراكٍ إجراميّ من إدارة البنك في مُخطّط غسل الأموال¹.

هكذا، يقوم المجرم بشكلٍ سرّي بتسليم الغاسل نقداً مبلغ 100 ألف د.ك. ثمن سلع المخدّرات التي باعها المجرم، ثم يقوم الغاسل بإيداعها في البنك باسمه.

ثم يسعى الغاسل إلى شراء سلع ثمينة من على المتجر الإلكتروني، مثل المجوهرات أو السيارات أو اليخوت وما شابه.

ووفقاً لمثالنا الحسابي، يقوم الغاسل بطلب شراء سيارة من المتجر الإلكتروني تَبْلُغ قيمتها الحقيقية في السوق مبلغ 100 ألف د.ك، بعد أن يكون الغاسل قد استلم هذا المبلغ من المجرم.

المرحلة الثانية: إتمام عملية الشراء عبر المتجر الإلكتروني

يتمُّ تنفيذ عملية الشراء من الغاسل عبر المتجر الإلكتروني، ولكون الثمن باهظاً في هذه الواقعة فإنّ تسليمه لا يكون نقداً على الأغلب بل عبر حوالةٍ بنكيةٍ من حساب الغاسل إلى حساب المتجر.

وهنا، قد يحتجُّ البنك المتأمر مع الغاسل بالسرية المصرفية كمبررٍ لعدم تبليغ البنك عن أيّ ارتيابٍ تجاه العملية²، وهنا تتواجه حقوق المودعين مع إجراءات غسل الأموال³، إلّا المصلحة العامة في مكافحة هذه الظاهرة يجب أن تُفضّل كونها مؤثّرةً سلباً على الاقتصاد الوطني⁴.

¹ وهنا إلى جانب المسؤولية الجزائية للبنك، تقوم أيضاً مسؤوليته المدنية. ينظر في هذا الخصوص لدى: الأسير، ابتهال، المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات غسل الأموال، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، الإصدار 44/1، عام 2020، الصفحة 125.

² ينظر في هذا الموضوع لدى: جوده، سامح، دور البنك في مكافحة غسل الأموال في ضوء التزامه بالسرية، رسالة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة عين شمس، نوقشت عام 2010.

³ Bertrand, Astrid, Are AI-based Anti-Money Laundering (AML) Systems Compatible with European Fundamental Rights?, ICML 2020 Law and Machine Learning Workshop, Vienne, Austria, Jul 2020.

⁴ الطيببائي، عادل، ظاهرة غسل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 22، سبتمبر 1998، الصفحة 291.

طالما الغاسل في هذه الواقعة هو من ذوي المداخل الكبيرة، ولن يُثيرَ إيداعه لمبلغٍ مثل 100 ألف د.ك كويتي أية شبهة، فهو شخصٌ مشهورٌ يتقاضى نظير إعلانٍ لا تتجاوز مدته بضعة ثوانٍ أكثر من هذا المبلغ. وبالنتيجة، يحصل الغاسل مثلاً على سيارة سباقٍ فارهةٍ بثمن 100 ألف د.ك، ويقوم بتسديد ثمنها عبر حوالةٍ بنكية، وهنا على وحدة التحريات المالية التقاط مثل هذه الوقائع وتحليل إمكانية الاشتباه بها كنوعٍ من التدابير الوقائية¹.

وفي هذه الواقعة، يكون البائع -على الأغلب- شخصاً عادياً لا علاقة له بواقعة غسل الأموال مطلقاً، كما أنّ مالك المتجر الإلكتروني يكون بعيداً عن الاتِّفاق الذي يجمع الغاسل بالمجرم؛ ولذلك يكون الغاسل حذراً جداً في التعامل مع المتجر والبائع.

بالتالي، يتفق الغاسل -الذي يأخذ صفة المشتري- مع البائع -الذي قد يكون شخصاً عادياً لا علاقة له بالجريمة الأصلية أو غسل الأموال-، على شراء سيارة يبلغ ثمنها في السوق فعل 100 ألف د.ك؛ كلُّ ذلك بغرض إخفاء مصدر الأموال التي استلمها الغاسل من المجرم أساساً.

المرحلة الثالثة: استلام مستندات الشراء وإتمام التسديد

في هذه الواقعة يستلم الغاسل -ذو الشهرة الواسعة- سيارة السباق بعد تسديد ثمنها، ويستلم من المتجر الإلكتروني مستنداتٍ تُثبتُ تسديده لثمنها، وتنتقل ملكية السيارة إلى الغاسل دون أية شبهةٍ لغسل الأموال.

أي يستلم بائع السيارة -البريء من مختلف الجرائم- مبلغ 100 ألف د.ك كتمنٍ للسيارة، وفي نفس الوقت يستلم المشتري الغاسل السيارة، وبالنتيجة تختفي أموال المجرم ضمن الذمة المالية للغاسل.

ففي هذه الواقعة، لا يظهر المجرم أبداً في الصورة، ولذلك تبقى عملية غسل الأموال طيِّ الكتمان وفق اتِّفاق الغاسل والمجرم، على أنّ ملكية السيارة تكون في الخفاء للمجرم، يكون للغاسل استعمالها فقط.

في الواقع، تؤثر هذه الواقعة سلباً على بيئة التجارة الإلكترونية أكثر من الواقعة السابقة، وذلك لأنّها تهدف إلى إخفاء الأموال وليس تمويه مصدرها، فالأموال غير المشروعة ستبقى بحيازة المشتري الذي خدع المتجر وجعل منه أداةً لتسهيل غسل الأموال.

وأكثر من ذلك، فإنَّ المجرم -وهو المشتري والمالك الفعلي- قد يطلب من الغاسل بيع السلع الثمينة، وهنا نكون أمام احتمالين:

➤ الاحتمال الغالب: أن يحتاج المجرم أمواله بغرض الاستمرار بتجارة المخدرات مثلاً، فهنا سيطلب المجرم من الغاسل أمواله نقداً، وبالتالي، قد يعرض الغاسل السيارة على البيع بسعر 80 ألف د.ك حتى

¹ السبيعي، مقرن، التدابير النظامية للوقاية من جرائم غسل الأموال في النظام السعودي - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، قسم القانون الجنائي المقارن، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، نوقشت عام 2018، الصفحة 48.

يُرجع أكبر قدر ممكن من الأموال للمجرم بأسرع وقتٍ ممكن، ثم يُعيدُ هذا المبلغ للمجرم نقداً حتى يشتري بها كميةً جديدةً من المخدّرات ويبيعهما، وهكذا.
وهنا يكون المجرم عالماً بأنَّ سعر السيارة سينخفض وأنَّ تكلفة غسل الأموال بهذه الطريقة أعلى عليه، لكنّه يقبلُ بذلك كون المجرم سيبقى بعيداً عن الأنظار والشبهات في هذه الواقعة تماماً.
وبالنتيجة، ستؤثّر عملية الشراء بسعر مرتفع ثم البيع بسعرٍ أقلّ بشكلٍ سلبيّ في سعر السوق الخاص ببيئة التجارة الالكترونية.

➤ الاحتمال الأقل: أن يطلب المجرم من الغاسل الأموال عبر طريقٍ رسميٍّ أمام نظر القانون حتى يتحوّل من حالة إخفاء الأموال إلى حالة تمويه مصدرها، فيقوم الغاسل ببيع السيارة بمبلغ 80 ألف د.ك ويستلم المبلغ.

ثم يتفق كلا الغاسل والمجرم على تنفيذ مخططٍ أشبه بالواقعة الأولى التي بحثنا فيها في المطلب الأول، وذلك بغرض تمويه مصدر الأموال؛ أي يقوم الغاسل بشراء سلعة رخيصة الثمن بسعر 80 ألف دينار من المجرم عبر المتجر الالكتروني، وهكذا ترجع الأموال للمجرم على أساس أنّها ثمنٌ لسلعة.

بالإضافة إلى الآثار السلبية لغسل الأموال في البيئة التجارية الالكترونية، فإنَّ واقعة الإخفاء المالي تفرض دخول البنوك التي تحفظ أموال الغاسل ذو الدخل الكبير، كما تقوم البنوك على تنفيذ عملية السداد الالكتروني ضمن بيئة التعاملات المشبوهة، وهو ما قد يؤدي إلى تجميد الحسابات المستهلكين والتجار، ويزرع نوع من الاضطراب في النظام المصرفي والمالي.

المبحث الثاني

وقائع غسل الأموال عبر المتجر الالكتروني بالنظر إلى وصف النص القانوني

تنشأ مقارنةً دائمةً بين الواقع وبين الوصف القانوني؛ فالقانون يفرض الحظر على واقعةٍ مُحدّدةٍ بإطارٍ واضحٍ في النص القانوني، بينما قد تكون الواقعة المحظورة أخذت بالتطوّر والتغيّر بحيث تخرج من إطار الحظر. فهل هذا ما يحصل في غسل الأموال عبر المتجر الالكتروني (الواقع)، بالمقارنة مع النص القانوني (الوصف الوارد في قانون مكافحة غسل الأموال)؟

سنعالج هذه الفكرة في حالة حظر التمويه المالي بغرض منح الأموال مصدرراً مشروعاً (المطلب الأول)، ثم في حالة حظر الإخفاء المالي عبر الحيازة وما سواها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حظر التمويه المالي عبر المتجر الإلكتروني

سبق وأن شرحنا في المبحث الأول أنّ واقعة التمويه تهدف بالدرجة الأولى إلى منح مصدر مشروع للأموال المتحصّلة من الجريمة، وذلك عبر صفقة وهمية مفادها شراء الغاسل لسلعة رخيصة بسعر مبالغ فيه من المجرم نفسه دون أن يظهر هذا الاتفاق للعلن، وبهذه الطريقة ترجع الأموال غير المشروعة للمجرم على أنّها ثمنٌ للسلع وفق مستندات المتجر الإلكتروني.

وحتى نرى كيف واجه المشرع وقائع غسل الأموال عبر المتجر الإلكتروني، علينا البحث في إسقاط واقعة بيع المجرم لسلع رخيصة على وصف "تحويل الأموال" أولاً، ثم إسقاط واقعة بيع المجرم لسلع رخيصة على صوف "تمويه طبيعة الأموال" ثانياً، وثم نستنتج ثغرات الوصف القانوني لواقعة شراء سلع رخيصة ثالثاً.

أولاً: إسقاط واقعة بيع المجرم لسلع رخيصة على وصف "تحويل الأموال"

لقد جاء نص قانون مكافحة غسل الأموال الكويتي رقم 2013/106 مُحدّداً وصف "تحويل الأموال" كالتالي:

"يُعدُّ مُرتكباً لجريمة غسل الأموال كل من عَلِمَ أَنَّ الأموال مُتحصّلة من جريمة، وقام عمداً بما يلي:

تحويلها أو نقلها أو استبدالها، بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الأموال، أو مساعدة أي شخص ضالع في ارتكاب الجرم الأصلي التي تحصّلت منه الأموال، على الإفلات من العواقب القانونية لفعّله"¹.

يمكننا هنا إسقاط هذا الوصف على واقعة التمويه المالي من خلال المتجر الإلكتروني كالتالي:

1. يجب أن يعلم الغاسل المشتري للسلع الرخيصة على المتجر الإلكتروني بأنّ الأموال التي سلّمها له المجرم حتى يشتري منه هذه السلع، هي أموالٌ متحصّلة من جريمة. لا يبدو إثبات ذلك صعباً بالنظر إلى الغاية من عملية الشراء لسلعة رخيصة بسعر مرتفع، وإن كان الغاسل قد يتمسك بقريئة البراءة؛ فيدعي أنّ المجرم قد استغلّ سذاجته وطيبة قلبه وجهله، وهنا على قاضي الموضوع أن يستنتج نيّة الغاسل من مجموع الوقائع بشكلٍ منطقيّ.
2. تحويل الأموال من المجرم إلى الغاسل بغرض شراء السلعة الرخيصة هو من وقائع التجريم، طالما كان القصد النهائي منه هو منح أموال الجريمة مَصَدَراً مشروعاً، هذا المصدر هو ثمن السلعة التي باعها المجرم على المتجر الإلكتروني.
3. يمكن توصيف طلب الشراء من الغاسل للسلعة الرخيصة، وتسديد ثمنها نقداً بغرض عدم جذب أنظار وحدة التحريات المالية، كل هذه الوقائع يمكن توصيفها على أنّها جزءٌ من واقعة

¹ المادة 2-أ، قانون مكافحة غسل الأموال الكويتي، رقم 106، لعام 2013.

غسل الأموال الكلية؛ لأنّ كلاً من هذه الوقائع الجزئية تُساهم في تخلص المجرم من آثار جريمته، واستعادة أموال الجريمة وكأتمها أموال مشروعة.

ثانياً: إسقاط واقعة بيع المجرم لسلع رخيصة على وصف "تمويه طبيعة الأموال"

جاء في القانون رقم 2013/106 الوصف التالي لوقائع غسل الأموال:

"...تمويه الطبيعة الحقيقية للأموال أو مصدرها ..."¹.

يمكننا هنا إسقاط واقعة التمويه المالي عبر المتجر الإلكتروني على هذا الوصف القانوني، كالتالي:

1. يقوم الغاسل المشتري للسلع الرخيصة عن عمدٍ بإظهار الأموال التي قبضها سراً ونقداً من المجرم على أنّها أموال ذات طبيعة مشروعةٍ يستخدمها مشتري عاديّ لا علاقة له بعالم الجريمة، في حين أنّ الحقيقة قد تُشير إلى اتّفاقٍ بين الغاسل والمجرم على شراء السلع من المتجر الإلكتروني بالدينار بغرض إخفاء الطبيعة غير المشروعة لهذه الأموال التي دخلت الدولة بالدولار الأمريكي، بعد أن تمّ تهريبه من الحدود مثلاً دون المرور بالنظام الجمركي² أو المصرفي.

فهنا يقوم المجرم بتحويل الدولار المُهرَّب إلى دينارٍ، ويُرسَل الدينار إلى الغاسل حتى يشتري بها السلعة الرخيصة منه عبر المتجر الإلكتروني، فتظهر الأموال على أنّها دنانيرٌ كويتيةٌ عاديةٌ ذات طبيعة مشروعةٍ، في حيث أنّ طبيعتها الحقيقية غير مشروعةٍ فهي بالأساس دولاراتٌ مُهرَّبَةٌ.

2. قد يُساهم الغاسل في تغيير طبيعة مصدر الأموال وليس طبيعتها ذاتها، حيث إنّ الغاسل عندما يشتري السلعة الرخيصة من المجرم، فهو يعلم أنّ الأموال التي تمّ تحويلها إلى المجرم ستدخل حسابه على أنّها ثمنٌ لهذه السلعة، أي أنّه قد ساهم في منح الأموال غير المشروعة مصدراً مشروعاً وهمياً أمام القانونس.

ثالثاً: ثغرات الوصف القانوني لواقعة شراء سلع رخيصة

بغض النظر عن المصطلحات العامّة التي استخدمها المشرع الكويتي والتي يمكن لقاضي الموضوع تكييفها بوضوح على وقائع المتجر الإلكتروني، فإنّ المشكلة الأساسية في الأوصاف القانونية المذكورة هي أنّها وقائع تقليديةٌ تماماً من حيث طبيعة محل غسل الأموال وهي "الأموال" ذاتها.

فقد جاء تعريف مصطلح: "الأموال" في القانون رقم 2013/106 كما يلي:

¹ المادة 2-ب، قانون مكافحة غسل الأموال الكويتي، رقم 106، لعام 2013.

² أكدت محكمة التمييز الكويتية على واجب الشخص الذي يدخل أو يغادر حدود دولة الكويت الإفصاح لموظفي الجمارك عن قيمة العملات النقدية التي يحملها عند الطلب. ينظر: محكمة التمييز الكويتية، الأحكام الجزائية، الطعن رقم 554، لعام 2019، تاريخ 15-7-2019.

<https://www.eastlaws.com/>

"أي نوع من الأصول أو الممتلكات سواء كانت النقود، أو الأوراق المالية والتجارية، أو القيم الثابتة والمنقولة المادية والمعنوية وكافة الحقوق المتعلقة به -أياً كانت وسيلة الحصول عليها- وكذا الوثائق والأدوات القانونية -أيّاً كان شكلها - بما في ذلك الشكل الإلكتروني أو الرقمي والتسهيلات المصرفية والشيكات وأوامر الدفع والأسهم والسندات والكمبيالات وخطابات الضمان سواء كانت موجودة داخل دولة الكويت أو خارجها"¹.

وبتحليل النص السابق، نستنتج أنّ الأصول أو الممتلكات حتى تكون محلاً لغسل الأموال، فيجب أن تكون إمّا:

- (1) أموال تقليدية بالشكل التقليدي للنقود وما شابه، أو
- (2) الوثائق القانونية لهذه الأموال بالشكل الإلكتروني أو الرقمي، مثل تحويلات البطاقة البنكية وطرق الدفع الإلكترونية، أو
- (3) الأدوات القانونية بالشكل التقليدي أو الإلكتروني، مثل الأدوات المالية أو النقدية القابلة للتداول، كالشيك أو الأوراق المالية مثل الأسهم والسندات، سواءً أكانت بشكلها الخطي الورقي أم بشكلها الإلكتروني.

من هنا، نستنتج عدم وجود أيّة إشارة واضحة إلى غسل الأموال في العالم الافتراضي البحث²، ذلك الذي يتمّ التعامل فيه بالعملة الافتراضية المشفّرة "Cryptocurrency"³، وإحداها "البتكوين" "BitCion" حيث بات التعامل فيها مُنتشراً على المتاجر الإلكترونية كوسيلة للسداد أو حتى للتداول والمبادلة.

فإذا باع المجرم العملة المشفّرة الرخيصة في مقابل عملة مُشفّرة ثمينة يعرضها الغاسل عبر المتجر الإلكتروني، فهنا ترجع قيمة الأموال للمجرم دون أن يتلقّى ثمنها نقداً ودون أن يلاحظها أحد، فلا يمكن القول هنا بأنّ المجرم قد قام بعملية تمويه مالي وفق أشكال الأموال المذكورة في القانون.

بناءً عليه، لن يُعتبر قيام المجرم ببيع البتكوين غسلاً للأموال حتى يتقاضى ثمنها بإحدى أنواع الأموال المنصوص عليها قانوناً، أمّا إذا تقاضى الثمن بعملة مُشفّرة أخرى، فإنّ تكييف العملية على أنّها غسل للأموال سيرجع لاجتهاد قاضي الموضوع دون سندٍ قانونيٍّ واضحٍ، ذلك في ظلّ أنّ غسل الأموال جريمة ماسّة بالشرف والأمانة كما أكّدت محكمة التمييز الكويتية عام 2018⁴.

¹ المادة 1، قانون مكافحة غسل الأموال الكويتي، رقم 106، لعام 2013.

² Chambers-Jones, Clare, Money laundering in a Virtual World, In: The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law. Palgrave Macmillan, Cham, 2018.

³ Adiyatma, Septhian and Maharani Dhita, Cryptocurrency's Control in the Misuse of Money Laundering Acts as an Effort to Maintain the Resilience and Security of the State, Lex Scientia Law Review Vol. 4, No. 1, 2020.

⁴ محكمة التمييز الكويتي، الأحكام الإدارية، طعن رقم 751، لعام 2017، تاريخ 2018-3-21.

أمّا في الولايات المتحدة، فقد اعتبر القضاء الأمريكي أنّ البتكوين هي: "أداة سداد" *"Means of Payment"*¹، وبالتالي أصبحت العملات المُشَفَّرَة مشمولةً بوسائل السداد ضمن وصف الأموال، الأمر الذي يعني أنّ أيّ استغلالٍ لهذه العملات في مُخطَّط التمويه المالي سيُعتبر غسلاً للأموال.

بالتالي، شكَّلت العملات المُشَفَّرَة تحديّاتٍ أمنية وثقافيةٍ لدى وحدات التحريات المالية والمستهلكين²، حتى أصبح التعمُّق في التعاملات من أجل اكتشاف مُخطَّطات غسل الأموال أشبه بـ "الطب الشرعي المالي" *"Financial Forensics"*³، هذا إلى جانب التحديات التشريعية أيضاً، وهو الأمر الذي قد يؤدي إلى صدماتٍ ماليةٍ في أسعار السلع المتداولة على المتاجر الإلكترونية، ممّا يُوجِبُ "الرد التنظيمي" *"Regulatory Response"*⁴.

كما أنّ المشرع لم يراعِ اختلاف الطبيعة التجارية لظاهرة غسل الأموال عن الطبيعة المدنية لها، حيث إنّ القيام بغسل الأموال عبر البيع والشراء العادي ليست له من الآثار السلبية كتلك التي يُسبِّبها غسل الأموال في البيئة التجارية على الثقة بين المتعاملين.

وتتضاعف حساسية هذا الأمر أيضاً عند الحديث عن التجارة الإلكترونية، الأمر الذي كان يفرضُ على المشرع القيام بوصفٍ أكثر تفصيلاً للوقائع التجارية بجميع بيئاتها ومنها الإلكترونية من جهة، وتشديداً للعقوبة على غسل الأموال في هذه البيئة بالنظر للآثار السلبية التي سيرخها غسل الأموال في النظام التجاري والمالي والاقتصادي للدولة من جهة أخرى.

المطلب الأول

حظر الإخفاء المالي عبر المتجر الإلكتروني

جاء في شرحنا لواقعة إخفاء الأموال عبر المتجر الإلكتروني قيامَ الغاسل صاحب الشهرة بشراء سلعةٍ ثمينةٍ بسعرها الحقيقي لحساب المجرم بشكلٍ مخفيٍّ، دون أن يُشكِّل ذلك أيّ عنصر جذبٍ لوحدة التحريات المالية. هنا، كيف يمكن إسقاط واقعة شراء الغاسل لسلعةٍ ثمينةٍ على نقل الأموال أولاً؟، وهل يمكن إسقاط هذه الواقعة على تمويه طبيعة الأموال؟، أو على اكتسابها؟ وأخيراً ما هي ثغرات الوصف القانوني لواقعة شراء سلعةٍ ثمينةٍ؟

¹ US v. STETKI, United States District Court, E.D. Michigan, Southern Division, February 1, 2019. <https://scholar.google.com/>
² الشَّرْبِجِي، توفيق، العلاقة بين العملات الافتراضية وجرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب، رسالة ماجستير في العلوم الأمنية، كلية العدالة الجنائية، قسم الدراسات الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، نوقشت في 2019، ينظر في الصفحات 133 إلى 136.

³ Weber, Mark, et. al., Anti-Money Laundering in Bitcoin: Experimenting with Graph Convolutional Networks for Financial Forensics, KDD '19 Workshop on Anomaly Detection in Finance, Anchorage, AK, USA, August 2019.

⁴ Lu, Lerong, Bitcoin: speculative bubble, financial risk and regulatory response, Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, March 2018, page 178.

أولاً: إسقاط واقعة شراء الغاسل لسلع ثمينة على وصف "نقل الأموال"

جاء في قانون مكافحة غسل الأموال رقم 2013/106 وصف "نقل الأموال" بغرض منحها مصدراً مشروعاً أو مساعدة المجرم بأية طريقةٍ للتهرب من فعله¹، ذلك بغض النظر عن أوصاف "تحويل" و"استبدال" الأموال المذكور أيضاً.

فإذا أردنا أن نُسقط هذا الوصف على واقعة إخفاء الأموال عبر المتجر الإلكتروني، فهنا نحن أمام التطبيقات التالية:

1. الغاسل يقوم بنقل ملكية الأموال من ذمة المجرم إلى حسابه سراً، ثم يقوم الغاسل بشراء السلع الثمينة مثل السيارات الفارهة ويُسجلها باسمه في دائرة المرور؛ فهنا يمكن توصيف هذا الفعل بأنه نقلٌ مُضللٌ لملكية الأموال يهدف إلى إخفائها.
2. في حال قام الغاسل بتحويل الأموال بين عدة حساباتٍ تتبّع له أو لأشخاصٍ يعرفهم حتى تظهر الأموال على أنّها ذات مصدرٍ مشروعٍ، فهنا ينطبق وصف تحويل الأموال، ويلعب التدقيق المحاسبي دوراً محورياً في اكتشاف شبهة غسل الأموال ضمن البنوك في هذه الحالة²، ولكن تكمن هنا الإشكاليات الحديثة في تحويل الأموال على شكل عملاتٍ افتراضيةٍ مُشَفَّرَةٍ³.
3. إذا قام الغاسل باستبدال الأموال التي كانت بالدولار الأمريكي المُهَرَّب إلى الدينار الكويتي قبل إيداعها في حسابه المصرفي، فهنا ينطبق وصف الاستبدال أيضاً.
4. كما أنّ الغاسل قد يقوم بأيّ نشاطٍ بغرض إخفاء المجرم عن الأنظار، مثل عقد الفنان لمؤتمرٍ صحفيٍّ حتى يُعلن عن توقيع عقدٍ فنيٍّ وهميٍّ؛ بغرض الإيحاء بدخول مشروعٍ قبل إيداع أموال المجرم في حسابه، هذا الفعل ينطبق عليه وصف المساعدة في الإفلات من العقوبة؛ لأنّ فيه مساهمةً في إخفاء المجرم عن الأنظار.

ثانياً: إسقاط واقعة شراء الغاسل لسلع ثمينة على وصف "إخفاء طبيعة الأموال"

نصّ القانون رقم 2013/106 على الوصف التالي:

¹ المادة 2-أ، قانون مكافحة غسل الأموال الكويتي، رقم 106، لعام 2013.

² أحمد، صهباء، وآخرون، التكامل بين التدقيق الداخلي والتدقيق الخارجي وتأثيره في مكافحة عمليات غسل الأموال، مجلة دراسات محاسبية ومالية، عدد خاص بالمؤتمر العلمي الدولي الأول، لعام 2018.

³ ينظر في هذه الإشكالية الطارئة لدى:

Crawford, Jesse Bryan, knowing your bitcoin customer: A survey of bitcoin money laundering services and technical solutions for anti-money laundering compliance, a thesis submitted to the graduate faculty in partial fulfillment of the requirements for the degree of master of science, Iowa State University, the U.S., 2019.

"إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للأموال أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها"¹.

بغض النظر عن التمويه المالي الذي بحثنا فيه في المطلب الأول، فإن واقعة الإخفاء ترتبط بالأوصاف التالية:

1. إخفاء الغاسل لأموال المجرم ضمن الذمة المالية له (للغاسل) كونه يُعتبر من أصحاب المداخل المرتفعة بعيداً عن الشبهات.

2. إخفاء الغاسل لطبيعة أموال المجرم؛ كأن تكون مخزناً على منصة البتكوين²، فيبيعها المجرم ويسلمها للغاسل بالدينار، وهنا يقوم الغاسل بالتعامل مع المتجر الإلكتروني بالدينار، وتختفي طبيعة الأموال الإلكترونية المُشفرة التي كانت ملكاً يُثير الشبهات.

3. إخفاء الغاسل لمصدر أموال المجرم غير المشروعة؛ بغرض إظهارها على أنها أموال يملكها الغاسل ذات الطبيعة المشروعة.

4. إخفاء الغاسل لمكان الأموال؛ كأن يقوم الغاسل بإيداع الأموال غير المشروعة التي قبضها من المجرم في حسابه (الغاسل) بسويسرا، ثم يشتري السيارة من المتجر الإلكتروني عبر حوالة مصرفية من سويسرا إلى الكويت، كل ذلك بغرض إخفاء مكان الأموال عن وحدة التحريات، خشيةً من انكشاف مخطط غسل الأموال قبل أن تتم عملية شراء السيارة من المتجر الإلكتروني.

5. إخفاء الغاسل لكيفية التصرف بالأموال، فالغاسل قد يُخفي عن السلطات كيف قام المجرم بتسليمه الأموال، وذلك عبر استلام الغاسل من المجرم للأموال نقداً، ثم إيداعها في البنك باسمه (الغاسل) والشراء منها عبر المتجر الإلكتروني.

6. إخفاء الغاسل لحركة الأموال؛ فالغاسل قد يستلم الأموال من المجرم نقداً، ثم يقوم بعملية الشراء عبر المتجر الإلكتروني، وبعدها قد يحتاج المجرم الأموال حتى يشتري بها كمية جديدة من مخدرات مثلاً، فيقوم الغاسل ببيع السيارة عبر المتجر الإلكتروني، وبعد أن يقبض ثمنها بحوالة بنكية، يقوم بتسليم السيارة المُباعَة إلى المجرم نقداً؛ فهنا يقصد الغاسل من استلامه للأموال من المجرم نقداً، وتسليمها له نقداً أيضاً، يقصد من هذا الأسلوب النقدي إخفاء حركة الأموال.

7. إخفاء ملكية الأموال والحقوق المتصلة بها؛ فهنا يكون الغاسل هو المالك الظاهر، بينما يكون المجرم هو المالك الفعلي، وفي هذا إخفاءً لهوية مالك الأموال.

¹ المادة 2-ب، قانون مكافحة غسل الأموال الكويتي، رقم 106، لعام 2013.

² ينظر في تنفيذ غسل الأموال عبر البتكوين، لدى:

ثالثاً: إسقاط واقعة شراء الغاسل لسلع ثمينة على وصف "اكتساب الأموال"

نص القانون رقم 2013/106 على الوصف التالي لغسل الأموال:

"اكتساب الأموال أو حيازتها أو استخدامها"¹، قد أكدت محكمة التمييز الكويتية عام 2018 على دستورية هذه الفقرة².

هذا الوصف هو الأكثر انطباقاً على الغاسل في واقعة إخفاء المالي، وذلك كالتالي:

1. الغاسل يكتسب الأموال من المجرم، وينقل السلع الثمينة إلى ملكيته عبر المتجر الإلكتروني، كل ذلك بغرض إخفاء المجرم عن عيون السلطات.
2. الغاسل يحوز الأموال لحساب المجرم، وهذه الواقعة تحدث خاصة لدى التعامل بالمنقولات التي لا تخضع للتسجيل مثل المجوهرات والساعات والألبسة الفارهة، فملكيتها تنتقل بالحيازة.
3. الغاسل يستخدم الأموال أمام السلطات، فهنا تقتصر مهمة الغاسل على السلع الثمينة، وفي هذه الحالة قد يستخدم الغاسل المشتري شخصاً يشترك معه في الجريمة نظراً لارتفاع قيمة المبلغ، فقد يضطر الغاسل لشراء ثلاث سيارات سباق، فلا يُعقل أن يحوزها الغاسل كلها، بل يمكن أن يُسلم أخيه وابن عمه السيارتين الباقيتين مثلاً، وهنا يُعتبر الجميع مُشاركاً في غسل الأموال.

رابعاً: ثغرات الوصف القانوني لواقعة شراء سلع ثمينة

يمكن القول بأنّ المشرع الكويتي قد شمل معظم تفاصيل واقعة إخفاء الأموال بصفة عامة، وهي الواقعة التي تتمُّ باستغلال المتجر الإلكتروني عند التحديث عن التعاملات الإلكترونية.

لكن النقطة التي أثرناها إزاء ثغرات الوصف القانوني لبيع سلعٍ رخيصةٍ، هي ذاتها تظهر إزاء شراء سلعٍ ثمينةٍ بغرض إخفاء المجرم عن الأنظار، ألا وهي الطبيعة الافتراضية للتعاملات.

فماذا لو أنّ الغاسل قام بشراء عملة مُشَفَّرَةٍ ثمينةٍ من متجر للبتكوين على الإنترنت؟ كيف يمكن توصيف هذه الواقعة على أنّها إخفاء لأموال غير مشروعة عبر عملة معينة³؟ هل هي اكتساب أموال أم حيازة منقول؟

¹ المادة 2-ب، قانون مكافحة غسل الأموال الكويتي، رقم 106، لعام 2013.

² محكمة التمييز الكويتية، الأحكام الدستورية، طعن رقم 4، لعام 2018، تاريخ 2018-11-19. <https://www.eastlaws.com/>

³ طرحت محكمة إلينوي في الولايات المتحدة مثل هذه التساؤلات عام 2016. ينظر:

"... whether that term is limited to money itself — meaning fiat currency like dollars or pounds, or even virtual currency like Bitcoin". See: WISCONSIN CENT. LTD. v. US, United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division, July 8, 2016.

<https://scholar.google.com/>

يرجع الأمر لاجتهاد قاضي الموضوع، ففي الولايات المتحدة، يندرج تداول العملات المُشَقَّرة ضمن مُخطَّطات غسل الأموال "Money-Laundering Scheme"¹، ومن بينها الإخفاء المالي، دون أن يستطيع الغاسل الدفع بأنَّ تداوله على البتكوين ليس عمليةً ماليةً، حيث نفت محكمة نيويورك هذه الحجَّة لأنَّ التعامل بالبتكوين يحمل معنى "وسيلة للتبادل" "Medium of Exchange" التي تحمل القيمة².

يجب أن يضع المشرع الكويتي هذا النقاش في حسابه إزاء التحضير لقانون التجارة الالكترونية³، ذلك ضمن مكافحة "غسل الأموال الالكتروني" بمفهومه الدقيق⁴.

بالإضافة إلى ذلك، يُثيرُ التعامل بالعملات الافتراضية كالبتكوين من النقاشات القانونية أكثر ممَّا يُثيره حتى من النقاشات الأمنية⁵، ذلك في ضوء صعوبة اكتشاف مُخطَّطات غسل الأموال التي تعتمد على هذا النوع من العملات، الأمر الذي قد شكَّل نقاشاً حوال الآثار السلبية لحوكمة التعاملات العالمية⁶.

حتى أنَّ بعض العلوم المالية أصبحت تحاول وضع نماذج مالية لتبادل البيانات بين المتداولين للبتكوين بما قد يُشكِّل شبهةً مبدئيةً⁷، أو حتى استخدام الذكاء الاصطناعي في هذا المجال؛ أي ترك الروبوتات البرمجية فائقة السرعة حتى تُتابع تداول البتكوين وتكتشف شبهة غسل الأموال⁸، وهو الأمر الذي يبدو على شكل تغييرٍ جذريٍّ في متابعة واكتشاف مُخطَّطات غسل الأموال.

ومن جهةٍ أخرى، وحيث إنَّ محكمة التمييز الكويتية قد أكدت عام 2019 على ضرورة وجود جريمة أصلية⁹، بعدها يبدأ غسل أموال تلك الجريمة، فإنَّ الجريمة الأصلية -أي تلك التي كانت مصدراً للأموال غير المشروعة-

¹ Burks, Christopher, Bitcoin: Breaking Bad or Breaking Barriers?, North Carolina Journal of Law & Technology Vol. 18, April 2017, page 244.

² US v. Ulbricht, United States District Court, S.D. New York, July 9, 2014. <https://scholar.google.com/>

³ المري، عايض، تأملات في مشروع قانون التجارة الالكترونية الكويتي، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 30، العدد 4، ديسمبر 2006، الصفحة 127.

⁴ المريشد، سعود، غسل الأموال الالكتروني في القانون السعودي والمقارن، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 35، العدد 3، سبتمبر 2011، الصفحة 217.

⁵ العنزي، ممدوح، دور الإدارة القانونية بوزارة الداخلية في مكافحة جرائم غسل الأموال، رسالة ماجستير في الدراسات الأمنية، كلية العدالة الجنائية، قسم الدراسات الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، نوقشت عام 2017.

⁶ Campbell-Verduyn, Malcolm, Bitcoin and Beyond - Cryptocurrencies, Blockchains, and Global Governance, Routledge, New York, 2018.

⁷ Hu, Yining, et. al., Characterizing and Detecting Money Laundering Activities on the Bitcoin Network, arXiv:1912.12060v1, 27 Dec 2019.

⁸ Lorenz, Joana, et. al., Machine learning methods to detect money laundering in the Bitcoin blockchain in the presence of label scarcity, arXiv:2005.14635v1, 29 May 2020.

⁹ محكمة التمييز الكويتية، الأحكام الجزائية، الطعن رقم، لعام 2019، تاريخ 2019-4-22. <https://www.eastlaws.com/>

قد تكون من جرائم تقنية المعلومات مثل الاختراق أو سرقة محتوى البطاقات البنكية وخلافه، فهنا كان يجب على المشرع الكويتي الانتباه إلى الآثار السلبية المضاعفة لهذه الجرائم على التجارة وتشديد عقوبتها. كما أنّ واقعة الإخفاء من الغاسل قد تنتهي إلى إعادة الأموال إلى المجرم، ثم إخفاء الناتج عن الجريمة ثانياً، الأمر الذي يوجي بضرورة تشديد العقوبة على واقعة الإخفاء، ومضاعفة العقوبة في حالة تكرار العملية، نظراً للآثار السلبية الكبيرة التي يُسببها تكرار المعاملات التجارية على اتجاه سعر السوق وعلى ثقة المستهلكين في البيئة التجارية الالكترونية.

الخاتمة:

يَظْهَرُ جلياً أنّ المشرع الكويتي لم يضع في حسبانته الواقع التجاري عندما نصّ على وقائع غسل الأموال في القانون رقم 2013/106، الأمر الذي كان واضحاً من عدم الإشارة إلى تكرار المعاملات أو صفة القائم بها. هذا الواقع التشريعي أرحى بظلالٍ سلبيةٍ على التجارة الالكترونية، خاصّةً بعد أن أضحي المتجر الالكتروني مسرحاً لشبهات غسل الأموال في الكويت خلال فترة جائحة كورونا.

إنّ عدم وضع البيئة التجارية بالعموم والالكترونية بالخصوص في ذهن المشرع، قد أدّى إلى إغفال طبيعة الأموال الافتراضية التي قد تكون آتية من الجريمة الأصلية ومحللاً لغسل أموالها من جهة، وإلى عدم تخصيص العقوبة المناسبة وفقاً لخطورة غسل الأموال على الثقة في البيئة التجارية الالكترونية الناشئة من جهة أخرى.

النتائج:

1. يهدف غسل الأموال إلى منح المجرم مصدراً مشروعاً لأمواله أو إخفاءها.
2. يُساعد استخدام المتجر الالكتروني في تنفيذ غسل الأموال نظراً لسرعة ومرونة البيئة الالكترونية.
3. قد يأخذ غسل الأموال شكل التمويه أو الإخفاء عبر اتّفاقٍ مخفيٍّ بين الغاسل والمجرم.
4. واقعة التمويه المالي تهدف إلى منح الأموال غير المشروعة مصدراً مشروعاً، عبر بيع المجرم لسلعٍ رخيصةٍ في مقابل مبلغٍ وهميٍّ كبيرٍ يدفعه الغاسل بعد أن استلمه من المجرم نفسه.
5. واقعة الإخفاء المالي تهدف إلى إبعاد المجرم عن الأنظار، عبر شراء الغاسل لأشياءٍ ثمينةٍ من أموال المجرم وتركها في ملكية أو حيازة أو استعمال الغاسل إلى حين الطلب.
6. واقعة التمويه خطرةٌ على الثقة التجارية وعلى سعر السوق الذي تمّ تشويبه لدى بيع سلعٍ رخيصةٍ بسعرٍ وهميٍّ مرتفعٍ.

7. واقعة الإخفاء أكثر خطورة؛ لأنّها قد تؤدّي إلى تكرار عمليات الشراء والبيع بغرض إعادة الأموال للمجرم، الأمر الذي يجعل البيئة التجارية الالكترونية تسيّر في متاهة من العمليات الوهمية التي تُؤثّر سلباً -ويعمق- في الثقة والأسعار.
8. إغفال العملات الافتراضية يُعتبر ثغرة تطبيقية في قانون مكافحة غسل الأموال، بسبب عدم اعتراف المشرع بأنّها أموال من جهة، ولعدم شمول الوصف القانوني لفكرة السجلات الالكترونية بشكلها الافتراضي البحث من جهة أخرى، أي دون أن تكون لتلك السجلات أصلاً تقليدياً من أموال أو أدوات قانونية ذات قيمة.
9. أغفل المشرع الكويتي تأثير الجريمة الأصلية التي جاءت منها الأموال على عقوبة غسل الأموال.
10. غاب عن المشرع الكويتي تطبيق سياسة تشديد العقوبة على غسل الأموال في الوقائع التجارية والالكترونية بالخصوص، يؤدّي إلى انتشار هذه الظاهرة رغم تأثيرها السلبي الكبير على البيئة التجارية والالكترونية بشكل مضاعف عن البيئة المدنية.

التوصيات:

1. تعريف الأموال محل "غسل الأموال" في القانون كالتالي:
"أية قيمة نقدية أو مالية أو افتراضية قابلة للتخزين والتعامل بالطرق التقليدية أو الالكترونية، بما يشمل السجلات الالكترونية الافتراضية".
2. النص بعد تحديد عقوبة غسل الأموال على ما يلي:
"تضاعف العقوبة في الحالات التالية:
➤ إذا تمّ تنفيذ وقائع غسل الأموال في البيئة التجارية الالكترونية، أو
➤ إذا ثبت تكرار الواقعة من تمويه وإخفاء للأموال باستغلال المتاجر الالكترونية، أو
➤ إذا كانت الجريمة الأصلية من جرائم تقنية المعلومات".
3. إنشاء مكتب خاص بالتحريات المالية الالكترونية، بحيث تكون مهمته متابعة وسائل الدفع الالكترونية وحسابات التداول الالكترونية في البورصة، وغيرها من أساليب التعاملات الإلكترونية التي تستند على واقع حقيقي.
4. إنشاء مكتب تحريات مالية افتراضية، خاص بالمعاملات على الشبكات المشفرة على العملات الافتراضية مثل بتكوين.
5. إنشاء دائرة تجارية داخل المحكمة الجزائية خاصة بالجرائم المرتبطة بالتجارة ومنها غسل الأموال عبر المتجر الالكتروني.
6. إنشاء هيئة خبراء عدليين في المعاملات الالكترونية التجارية تكون في خدمة القضاء.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية

- أحمد، صهباء، وآخرون، التكامل بين التدقيق الداخلي والتدقيق الخارجي وتأثيره في مكافحة عمليات غسل الأموال، مجلة دراسات محاسبية ومالية، عدد خاص بالمؤتمر العلمي الدولي الأول، لعام 2018.
- الأسير، ابتهاج، المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات غسل الأموال، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، الإصدار 44/1، عام 2020.
- بوزبر، محمد، المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتباريين عن جرائم غسل الأموال، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 28، العدد 3، سبتمبر 2004.
- الجارالله، أحمد، الحماية الجنائية للمعاملات الالكترونية، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 40، العدد 1، مارس 2016.
- جوده، سامح، دور البنك في مكافحة غسل الأموال في ضوء التزامه بالسرية، رسالة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة عين شمس، نوقشت عام 2010.
- الرشيد، جديع، موقف القانون الكويتي من عمليات غسل الأموال المصرفية (باللغة الإنكليزية)، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 34، العدد 1، مارس 2014.
- زيدان، مسعد، المعالجة القانونية لجريمة غسل الأموال في ضوء أحكام القانون الدولي، المجلة العربية للدراسات الأمنية، المجلد 32، العدد 69، الرياض، عام 2017.
- السبيعي، مقرن، التدابير النظامية للوقاية من جرائم غسل الأموال في النظام السعودي - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، قسم القانون الجنائي المقارن، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، نوقشت عام 2018.
- سلطان، عبير، د. وهيب، حمزة، تأثير الامتثال المصرفي في مكافحة غسل الأموال، مجلة دراسات مالية ومحاسبية (JAFS)، المجلد 14، العدد 49، عام 2019.
- السنوسي، عبد الله، جريمة غسل الأموال (مفهومها وأركانها وفق قانون مكافحة غسل الأموال لسنة 2004 م - دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة إفريقيا العالمية، السودان، فبراير، عام 2019.
- السيلوي، علاء، جريمة غسل الأموال دراسة نقدية مقارنة، مجلة جامعة الكلية الإسلامية، النجف، العدد 3، عام 2008.

- الشربجي، توفيق، العلاقة بين العملات الافتراضية وجرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب، رسالة ماجستير في العلوم الأمنية، كلية العدالة الجنائية، قسم الدراسات الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، نوقشت في 2019.
- الشهري، أبرار، المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري في جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب في النظام السعودي، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العدالة والقانون، قسم الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، نوقشت في الرياض، عام 2020.
- الشمري، صادق، غسل الأموال - الآثار والمعالجات، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد 16، عام 2008.
- الصالحي، أركان، غسل الأموال آثارها الاقتصادية والاجتماعية وموقف الشريعة منها، مجلة العلوم الإسلامية، العدد 14، عام 2016.
- الطبطبائي، عادل، ظاهرة غسل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 22، سبتمبر 1998.
- عثمان، مهند، أثر التجارة الإلكترونية على نجاح المنظمات، مجلة الباحث الاقتصادي، جامعة 20 أوت 1955، الجزائر، المجلد 6، العدد 1، جوان/يونيو 2018.
- علوان، رامي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 26، العدد 4، ديسمبر 2002.
- العنزي، ممدوح، دور الإدارة القانونية بوزارة الداخلية في مكافحة جرائم غسل الأموال، رسالة ماجستير في الدراسات الأمنية، كلية العدالة الجنائية، قسم الدراسات الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، نوقشت عام 2017.
- عوض الله، صفوت، الآثار الاقتصادية لعمليات غسل الأموال ودور البنوك في مكافحة هذه العمليات، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 29، العدد 2، يونيو 2005.
- المانع، عادل، البنيان القانوني لجريمة غسل الأموال، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 29، العدد 1، مارس 2005.
- المري، عايض، تأملات في مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 30، العدد 4، ديسمبر 2006.
- المريشد، سعود، غسل الأموال الإلكتروني في القانون السعودي والمقارن، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 35، العدد 3، سبتمبر 2011.

- محمد، رمضان، مشكلات الضريبة على دخل التجارة الالكترونية والحلول الممكنة، مجلة الحقوق – جامعة الكويت، السنة 26، العدد 3، سبتمبر 2002.

- وراق، إسماعيل، التحديات التي تواجه البنوك التجارية في مكافحة عمليات غسل الأموال، رسالة ماجستير في الاقتصاد، كلية الدراسات العليا، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، نوقشت في ديسمبر 2016.

ثانياً: المراجع باللغة الإنكليزية

- **Adiyatma**, Septhian and **Maharani Dhita**, Cryptocurrency's Control in the Misuse of Money Laundering Acts as an Effort to Maintain the Resilience and Security of the State, *Lex Scientia Law Review* Vol. 4, No. 1, 2020.
- **Barone**, Raffaella and Masciandaro, Donato, CRYPTOCURRENCY OR USURY? CRIME AND ALTERNATIVE MONEY LAUNDERING TECHNIQUES, *Bacconi Studies*, working paper No. 101, December 2018.
- **Bertrand**, Astrid, Are AI-based Anti-Money Laundering (AML) Systems Compatible with European Fundamental Rights?, *ICML 2020 Law and Machine Learning Workshop*, Vienne, Austria, Jul 2020.
- **Burks**, Christopher, Bitcoin: Breaking Bad or Breaking Barriers?, *North Carolina Journal of Law & Technology*, Vol. 18, April 2017.
- **Campbell-Verduyn**, Malcolm, *Bitcoin and Beyond - Cryptocurrencies, Blockchains, and Global Governance*, Routledge, New York, 2018.
- **Chambers-Jones**, Clare, Money laundering in a Virtual World, In: *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law*. Palgrave Macmillan, Cham, 2018.
- **Crawford**, Jesse Bryan, knowing your bitcoin customer: A survey of bitcoin money laundering services and technical solutions for anti-money laundering compliance, a thesis submitted to the graduate faculty in partial fulfillment of the requirements for the degree of master of science, Iowa State University, the U.S., 2019.
- **Healy**, Nicole S. and Christiansen, Emily N., *Anti-Money Laundering and Counter-Terrorist Finance: Year-in-Review 2015*, an Annual Publication of the ABA/section of International Law, Vol. 50, 2015.

- **Hu**, Yining, et. al., Characterizing and Detecting Money Laundering Activities on the Bitcoin Network, *arXiv preprint*:1912.12060v1, 27 Dec 2019.
- **Kingston**, Kato Gogo, CONCEALMENT OF ILLEGALLY OBTAINED ASSETS IN NIGERIA: REVISITING THE ROLE OF THE CHURCHES IN MONEY LAUNDERING, *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 28, No. 1, 2020.
- **Lorenz**, Joana, et. al., Machine learning methods to detect money laundering in the Bitcoin blockchain in the presence of label scarcity, *arXiv preprint*:2005.14635v1, 29 May 2020.
- **Lu**, Lerong, Bitcoin: speculative bubble, financial risk and regulatory response, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, March 2018.
- **Ojukwu-Ogba**, Nelson E. and Osode, Patrick C., A CRITICAL ASSESSMENT OF THE ENFORCEMENT REGIME FOR COMBATTING MONEY LAUNDERING IN NIGERIA, *African Journal of International and Comparative Law*, Vol, 28, No.1, 2020.
- **Wang**, Mingjun, Impact of the Electronic Payment Environment of the Importing Country on China's Export Trade, *Advances in Economics, Business and Management Research*, Vol. 110, 2019.
- **Weber**, Mark, et. al., Anti-Money Laundering in Bitcoin: Experimenting with Graph Convolutional Networks for Financial Forensics, *KDD '19 Workshop on Anomaly Detection in Finance*, Anchorage, AK, USA, August 2019.

ثالثاً: السوابق القضائية

1- سوابق محكمة التمييز الكويتية / <https://www.eastlaws.com/>

- الأحكام الدستورية، الطعن رقم، 6، لعام 2012، تاريخ 2012-12-26.
- الأحكام الإدارية، طعن رقم 751، لعام 2017، تاريخ 2018-3-21.
- الأحكام الدستورية، طعن رقم 4، لعام 2018، تاريخ 2018-11-19.
- الأحكام الجزائية، الطعن رقم، لعام 2019، تاريخ 2019-4-22.
- الأحكام الجزائية، الطعن رقم 554، لعام 2019، تاريخ 2019-7-15.

<https://scholar.google.com/> - سوابق القضاء الأمريكي

- US v. Ulbricht, United States District Court, S.D. New York, **July 9, 2014.**
- WISCONSIN CENT. LTD. v. US, United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division, **July 8, 2016.**
- US v. STETKIW, United States District Court, E.D. Michigan, Southern Division, **February 1, 2019.**

مدى خضوع الموارد المالية للجمعيات للرقابة في ظل القانون 06/12

To what degree are associations financial resources censored under Law 12/06

حنيفي فاطيمة، جامعة أبوبكر بلقايد - تلمسان، الجزائر

Hanifi Fatima, Université Abu Baker Belkaid - Tlemcen, Algérie

الملخص:

من بين خصائص الجمعية أنها تنظيم هيكلي تطوعي مستقلة غير تابعة لأي قطاع أو جهة أو فرد مما يساعدها في ممارسة أعمالها بكل شفافية، بالإضافة إلى هذا تتمتع الجمعيات بالاستقلال المالي وامتلاكها لذمة مالية مستقلة، حدد القانون رقم 06.12 كيف للجمعية أن تحصل مواردها المالية التي تمكنها من ممارسة الغرض محل قيامها، إلا أنه وفي المقابل قيد طرق تحصيلها لهذه الموارد خوفا من خروج الجمعية عن الغاية التي أنشأت من أجل تحقيقها، وفي هذه الدراسة سنتطرق إلى تفصيل طرق تحصيل الموارد المالية، ثم التطرق إلى طرق الرقابة على هذه الموارد وللإجابة على هذه الإشكالية التي تدور حول ما مدى خضوع الموارد المالية للجمعيات للرقابة في ظل القانون 06.12 وهل هذه الرقابة كافية لضمان نزاهة الجمعيات في ممارسة نشاطاتها وعدم انحيازها لغير ذلك.

الكلمات المفتاحية: الجمعيات، الموارد المالية، الرقابة، الاستقلال المالي، الشفافية.

Abstract:

The association's objective is are to provide a clear and effective response to the problem of the problem of the use of the united states of America. The collection of financial resources, and then to address the methods of control of these resources and to answer this problem, which revolves around the extent to which the financial resources of associations are subject to control under Law 1206 and whether such control is sufficient to ensure the integrity of associations in the exercise of their activities and not bias otherwise.

Keywords: Associations, finance ressource, Censorship, Financial Independence, Transparency.

مقدمة:

عرفت الجمعية من قبل أحد الفقهاء على أنها: «منظمات اجتماعية لا تهدف إلى الربح، والعمل فيها يقوم على أساس تطوعي وتهدف إلى تقديم خدمات عديدة ومتنوعة يحتاج إليها المجتمع، ويتاح لأعضاء هذه الجمعيات وللناس الاشتراك في جميع مراحل العمل فهذه الجمعيات يطلق عليها في الولايات المتحدة اسم القطاع الثالث على أساس أن الدولة هي القطاع الأول، والقطاع الخاص الهادف إلى الربح هو القطاع الثاني»¹. الملاحظ على هذا التعريف هو التسمية التي أطلقت على الجمعيات باعتبارها القطاع الثالث في المجتمع، فبطبيعة الحال هذا راجع للدور المهم والفعال الذي تقوم به داخل المجتمع لا نكاد ننكر ذلك، وقد عرفها المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 06/12 المؤرخ في 12 يناير سنة 2012 المتعلق بالجمعيات حيث نص في المادة 02 منه على أنها تجمع أشخاص على أساس تعاقدية محدد المدة أو غير ذلك، بهدف التشارك حول تسخير معارفهم ووسائلهم تطوعاً ولغرض غير مريح من أجل ترقية الأنشطة وتشجيعها، ما يؤكد أن الجمعية تعتبر تنظيم هيكلي تطوعي تتمتع بالاستقلال الإداري والمالي، وتتمتع بكل الصلاحيات المخولة للأشخاص الطبيعية داخل الدولة إلا ما هو ملازم لصفة الإنسان، وقد أكد المشرع هذا من خلال نص المادة 17 من نفس القانون ويقصد بالاستقلال الإداري أنها شخص اعتباري يتمتع بالشخصية المعنوية غير تابع لأية جهة إدارية بالرغم من فرض عليها الرقابة الإدارية إلا أنه ذلك لا يفقدها الاستقلال الإداري، أما عن الاستقلال المالي فهي لها ذمة مالية مستقلة بحيث تقوم بتحصيل مواردها المالية قصد القيام بأعمالها وتحقيق الأهداف التي أنشأت لأجل ذلك، إلا أن التساؤل الذي يطرح نفسه هو أنه ما هي الطرق المعتمدة من قبل المشرع الجزائري لمراقبة الموارد المالية للجمعيات الخيرية؟ وللإجابة على هذه الإشكالية بدا لنا قد يكون من الأصوب إتباع الخطوات التالية الممنهجة كالتالي:

المحصل المالي للجمعيات في التشريع الجزائري (المبحث الأول)، الرقابة الممارسة على المحصل المالي للجمعيات (المبحث الثاني)

المبحث الأول: المحصل المالي للجمعيات في التشريع الجزائري

تحتاج الجمعيات لممارسة نشاطاتها لمحصلات مالية تسمى موارد مالية سواء كانت هذه الموارد عقارية أو منقولة، وقد نص المشرع من خلال نص المادة 29 من القانون المنظم للجمعيات رقم 06/12 على جملة من مصادر التمويل للجمعيات وقد عددها لنا، إلا أن الفقه قد قام بتصنيفها وصنف بعضها إلى محصلات داخلية (المطلب الأول)، وأخرى محصلات خارجية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التحصيل الداخلي للموارد المالية

أطلق الفقه تسمية الموارد المالية بالمحصلات الداخلية وذلك مرده لطبيعة المصدر بحيث أن هذه الموارد تحصلها الجمعية من خلال اشتراكات الأعضاء (الفرع الأول)، وكذا المداخل المرتبطة بنشاطاتها وأملاكها (الفرع الثاني)

الفرع الأول: اشتراكات الأعضاء

تعتبر الجمعية هيئة تنظيمية تتشكل من أشخاص سواء كانوا طبيعيين أو معنويين ويطلق عليهم تسمية الأعضاء، وقد اشترط المشرع الجزائري جملة من الشروط التي يجب أن يتمتع بها الشخص الذي يود الانضمام إلى الجمعية واكتساب العضوية فيها، ومن بين هذه الشروط ما جاء ذكره في نصي المادتين 04 و05 من القانون 06/12:

1. بالنسبة للأشخاص الطبيعيين الذين بإمكانهم تأسيس جمعية وإدارتها وتسييرها أن يكونوا:

.بالغين سن 18 فما فوق،

.من جنسية جزائرية،

.متمتعين بحقوقهم المدنية والسياسية،

.غير محكوم عليهم بجناية أو جنحة تتنافى مع مجال نشاط الجمعية، ولم يرد اعتبارهم بالنسبة لأعضاء المسيرين.

2. بالنسبة لأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الخاص أن يكونوا:

.مؤسسين طبقا للقانون الجزائري،

.ناشطين عند تأسيس الجمعية،

.غير ممنوعين من ممارسة نشاطهم،

.وجوب تمثيل الشخصية المعنوية من طرف شخص طبيعي مفوض خصيصا لهذا الغرض.

بالإضافة إلى وجوب توافر هذه الشروط أوجب المشرع الجزائري على الأعضاء المشتركين أو المنخرطين في الجمعية من ضرورة دفع رسوم الاشتراك، ويستنبط ذلك من خلال نص المادة 29 الذي عدد لنا موارد الجمعية حيث جاء في نص نفس المادة من خلال الشطر الأول مشيرا إلى اشتراكات الأعضاء، إلا أنه ما يثير الجدل هو أن المشرع لم يخصص ذلك في نص واضح من نفس القانون وترك تحديد ذلك من قبل الجمعية والأعضاء المشرفين على تأسيسها في قانون تأسيسها، وفي ظل غياب نص قانوني يوضح لنا ذلك، ليبقى للجمعية كامل الحرية في تحديد قيمة الاشتراك ومدته من خلال قانونها الأساسي وكذا أنظمتها الداخلية² على ألا يكون المبلغ

المحدد مبالغاً فيه، وعليها أن تراعي فيه أهدافها واحتياجاتها وقدرة المنخرطين بالوفاء به، وقد تعتمد الجمعية في تحديدها لقيمة الاشتراك على أساس مستويات الأعضاء إن كانوا عاديين، مؤسسين أو شرفيين³.

قد تلجأ بعض الجمعيات إلى فرض حقوق الانضمام بغرض الحصول على موارد مالية لتأسيسها، لذلك تختلف قيمة الاشتراك حيث هذا الأخير يكون بشكل دوري ومتجدد حسب المدة التي تحددها الجمعية أما القيمة المالية المفروضة أثناء الانضمام فتكون مرتفعة قليلاً من أجل استعداد الجمعية لجمع مورد مالي معتبر لبدأ أنشطتها⁴.

يعتبر مبلغ الاشتراك مصدراً أصيلاً للموارد المالية للجمعية، لذلك تلزم الجمعية أعضائها بدفع مبالغ مالية محددة قصد اكتساب العضوية، وهذه المبالغ تدفع بشكل دوري ومتجدد⁵.

كما تكمن أهمية مبالغ الاشتراك في اعتبارها كمقياس هام لنشاطاتها ومدى تعاونهم لتحقيق الهدف الذي رصدته الجمعية، لذلك كلما زاد حجم العضوية ازداد حجم المورد المالي للجمعية⁶.

أما في حالة انسحاب العضو المشترك فلا يمكنه استرجاع المبلغ الذي قد تم دفعه⁷، كما أنه في حالة توقف العضو عن دفع حقوق الاشتراك تعد بمثابة إعلان عن رغبته في الانسحاب، وفي حالة تعنته عن ذلك قد تصل العقوبة إلى حد الإقصاء والشطب من سجل العضوية⁷.

الفرع الثاني: المداخل المرتبطة بنشاطات وأعمال الجمعية

قد حدد المشرع الجزائري المصدر الثاني للموارد المالية للجمعية من خلال الشطر الثاني من نص المادة 29 من القانون 06/12 والمتمثلة في مبالغ نشاطاتها وأعمالها، فبمجرد أن تتأسس الجمعية تكتسب الشخصية القانونية التي تخولها الحق في التصرف في أملاكها بمختلف التصرفات القانونية بما فيها البيع أو الإيجار، بالإضافة إلى اقتناء عقارات، فهي تحوز على موارد مالية منها العقارية والمنقولة فعلى سبيل المثال لها سيارات خاصة بها كما لها أيضاً مباني إلى غير ذلك، فكل تصرف تبرمه الجمعية يعود عليها بالربح والفائدة المالية يعتبر كمورد مالي ذاتي للجمعية تستخدمه في تحقيق أهدافها الأساسية⁸.

أما فيما يخص عائدات النشاطات التي تمارسها الجمعية كان قد بين لنا المشرع الجزائري من خلال نص المادة 24 من القانون 06/12 بعض النشاطات التي قد تقوم بها وتعود عليها بالربح حيث جاء في فحوى النص: >> يمكن للجمعية في إطار التشريع المعمول به القيام بما يأتي:

.تنظيم أيام دراسية وملتقيات وندوات وكل اللقاءات المرتبطة بنشاطها،

.إصدار ونشر نشرات ومجلات ووثائق إعلامية ومطويات لها علاقة بهدفها في ظل احترام الدستور والقيم

والثوابت الوطنية والقوانين المعمول بها <<.

يفهم من نص المادة أن المشرع الجزائري ذكر بعض الأنشطة التي يسمح للجمعية بممارستها، وجاءت المادة على سبيل المثال لا الحصر شريطة أن تكون في إطار التشريع المعمول به، وألا تتعارض وقانونها الأساسي، كما يجب أن تستخدم هذه العائدات والمداخيل في تحقيق أهداف الجمعية⁹، وفي هذا الصدد نص المشرع بموجب المادة 31 من القانون 06/12 على أنه: «>> يجب أن لا تستخدم الموارد الناجمة عن نشاطات الجمعية إلا لتحقيق الأهداف المحددة في قانونها الأساسي والتشريع المعمول به. يعتبر استعمال موارد الجمعية وأملاكها لأغراض شخصية أو أخرى غير تلك المنصوص عليها في قانونها الأساسي، تعسفا في استغلال أملاك الجماعة ويعاقب عليه، بهذه الصفة طبقا للتشريع المعمول به».

المطلب الثاني: التحصيل الخارجي للموارد المالية

يقصد بالتحصيل الخارجي للموارد المالية أي كل المبالغ التي تكتسبها الجمعية دون أن يكون لها دخل في تحصيلها-أي كل ما يتم تقديمه لها من قبل أشخاص أو هيئات خارجية عنها لا تحمل عضويتها، وهذه التسمية فقهية كما أشرنا سابقا، فإن المشرع الجزائري قد عدد لنا مصادر التمويل الخارجي لجمعية، ومن بين المصادر التي جاء بذكرها بموجب نص المادة 29 من القانون 06/12 التبرعات (الفرع الأول) وكذا الإعانات والمساعدات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التبرعات

لقد أشارت المادة 29 من القانون 06/12 بجواز الجمعية قبول هبات ووصايا (أولا)، كما خول لها الحق في التوجه إلى الجمهور لجمع التبرعات (ثانيا)

أولا: الهبات والوصايا

لقد خول المشرع الجزائري الجمعية حق قبول الهبات والوصايا نقدية كانت أو عينية، والتي تقدم لها باعتبارها مصادر دخل لها تعيينها في تحقيق الهدف التي أنشأت على أساسه، إلا أن المشرع قد قام بتقييدها في حالات، إذ اشترط عليها أن لا تتعارض هذه الهبات والوصايا مع قانونها الأساسي وكذا القانون المعمول به¹⁰، وأي شرط اشترطه الواهب أو الموصي لصرف الهبة أو الوصية لهدف يتنافى والقانون الأساسي للجمعية أو القوانين المعمول بها فلا بد على الجمعية أن لا تقبلها أو أن تطلب التخلي عن الشروط الموضوعية وهذا ما نص عليه المشرع من خلال نص المادة 32 من نفس القانون: «>> لا تقبل الهبات والوصايا المقيدة بأعباء وشروط إلا إذا كانت مطابقة مع الهدف المسطر في القانون الأساسي للجمعية وأحكام هذا القانون».

كما أنه منع القانون الجمعية من قبول بعض الهبات والوصايا التي تقدم لها من قبل تنظيمات أجنبية ومنظمات غير حكومية أجنبية، ماعدا تلك الهبات والوصايا التي تقدم لها من قبل جمعيات أو منظمات أجنبية غير حكومية خاضعة للشراكة معها على أساس علاقة تعاون مؤسسة قانونا مع فرض الرقابة اللازمة على هذه الموارد قصد التحقق من مصدرها ومقدارها ومدى توافقها مع أهداف الجمعية¹¹، وبعد اطلاع السلطة

العمومية المختصة لها أن تصدر الموافقة أو الرفض، وهذا وفقا لنص المادة 30 من القانون 06/12، والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد خول الجمعية الحق في التعاون في إطار الشراكة مع جمعيات أجنبية ومنظمات دولية غير حكومية تنشط في نفس مجالها شريطة احترام القيم والثوابت الوطنية والأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بهما مع خضوع هذا التعاون إلى الموافقة المسبقة للسلطات المختصة وفقا للقانون طبقا لنص المادة 23 من نفس القانون.

ثانيا: مداخل جمع التبرعات

قد نظم القانون 06/12 الموارد المالية وكيفية تحصيلها، فمن بين الموارد السابق ذكرها، فقد سمح المشرع للجمعية تحصيل المورد المالي عن طريق جمع التبرعات وتستند في هذا لنص المادة 29 من نفس القانون، وقد صنفها الفقه القانوني بالمداخل ذات طبيعة خارجية، إذ تعتبر من بين المداخل المهمة للجمعية وذلك لما توفره لها من مبالغ تسمح لها بالاستمرار في تحقيق أهدافها¹²، إلا أن المشرع الجزائري لم يفصل لنا في تحديد هذه العملية وتنظيمها من حيث التوجه للجمهور وطرق جمع التبرعات، مما يفيد أن المشرع يحيلنا ضمنا لتطبيق الأمر رقم 03/77 المتعلق بجمع التبرعات¹³.

عند تصفح مواد القانون سواء القانون رقم 06/12 أو الأمر رقم 03/77 المتعلق بجمع التبرعات، لوحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف لنا عملية جمع التبرع على غرار بعض التشريعات العربية المقارنة منها:

التشريع القطري: >> التبرعات هي جميع الأموال النقدية والعينية التي تمنح للجمعية أو المؤسسات الخيرية أو الجهات الأخرى أو الأفراد دون مقابل، للاتفاق منها على أوجه البر أو النفع العام، أو تقديم الخدمات الخيرية أو الإنسانية بمختلف صورها>>¹⁴.

كذلك التشريع المغربي، فقد أطلق عليها تسمية الإحسان العمومي وعرفه كما يلي: >>كل طلب يوجه إلى العموم قصد الحصول بوسيلة ما (ولاسيما الالتماسات وجمع الأموال والاكتتابات وبيع الشارات والحفلات والسهرات الراقصة والأسواق الخيرية والفرجات والحفلات الموسيقية) على الأموال أو أشياء أو منتجات تقدم كلاً أو بعضاً لفائدة مشروع خيري أو هيئة أو أفراد آخرين...>>¹⁵.

لذا يعد جمع التبرعات عملية تتمثل في طلب يوجه إلى الجمهور قصد جمع أموال سواء كانت نقدية أو عينية قصد تقديم خدمات خيرية ويعتبر تصرفا بالإرادة المنفردة فلا يحتاج لقبول الجمعية¹⁶.

كما أنه قد أخضع المشرع الجزائري عملية جمع التبرعات لبعض القيود التنظيمية تضمنها الأمر رقم 03/77 الساري المفعول به وتتمثل هذه القيود:

منع جمع التبرعات في المنازل،

.وجوب الجمعية أن تقوم باستصدار رخصة الموافقة من قبل السلطة المختصة إقليميا، وتستصدر من خلال إتباع بعض الإجراءات المقررة بموجب الأمر 03/77:

- تقديم طلب للسلطة المختصة: أوجب المشرع الجزائري من خلال نص المادة 03 من الأمر 03/77 على ضرورة توقيع طلب الترخيص من قبل شخصان على الأقل تتوافر فيهم كامل الحقوق الوطنية، المدنية والعائلية مع إلزامية ذكر الاسم، اللقب، الصفة والموطن ولا بد أن يذكر في الطلب نوع النشاط واسم الجمعية أو المؤسسة التي تنظم التبرع لفائدتها وجاء نص المادة 04 مؤكدا لضرورة إرفاق طلب الترخيص بنسخة من القانون الأساسي للجمعية وكذلك قرار الترخيص لما يكون التبرع منظم لفائدة جمعية يسري عليها أحكام القانون 06/12، لم يحدد لنا المشرع المدة الواجب احترامها لإيداع طلب الترخيص .

- تسلم الرخصة من قبل والي الولاية الذي سيتم جمع التبرعات في إقليم تخصصها، أما إذا تم جمع التبرعات في إقليم ولايتين أو أكثر فإن الهيئة المختصة في تسليم الرخصة تتمثل في وزير المكلف بالشؤون الداخلية هذا وفقا لما نصت عليه المادة 02 في فقرتها الثانية من الأمر 03/77.

- احترام آجال يوم واحد عند جمع التبرعات طبقا لما ورد في نص المادة 05 من الأمر 03/77، هذا بالنسبة لمختلف الجمعيات واستثنى المشرع من هذا الأمر الجمعيات الدينية حيث خول كامل الحرية لجهات المكلفة بمنح الرخصة في تحديد مدة جمع التبرعات¹⁷.

- يجوز لهيئة المختصة في منح الرخصة التي تجيز جمع التبرعات من قبل الجمعيات، بفتح التحقيقات في تسيير الهبات والمبالغ المجمعة هذا وفقا لنص المادة 07 من الأمر 03/77.

الفرع الثاني: إعانات الدولة والجماعات المحلية.

من بين المصادر المالية والتي صنفها الفقه كتمويل خارجي وكان قد أشار إليها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 29 من القانون 06/12، الإعانات التي تقدمها الدولة أو الولاية أو البلدية للجمعية، ولقد أعطى المشرع أهمية بالغة، فنظمها بموجب خمسة مواد من القانون 06/12، هذا بالمطابقة مع باقي الموارد المحددة حيث كان قد اكتفى بذكرها من خلال نص أو نصين، هذا بقصد حماية المال العام من التبذير وسوء التسيير.

ضمن المشرع حق طلب الإعانات العمومية من قبل السلطات العمومية المختصة إلا أنه قيدها بجملة من الشروط حيث نص في المادة 01/33 من نفس القانون على أنه: << يمكن للجمعيات أن تستفيد من مدا خيل ناجمة عن المساعدات المنصوص عليها في المادة 34 من هذا القانون والتبرعات العمومية المرخص بها وفق الشروط والأشكال المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما >>، وكان قد حدد هذه الشروط بموجب كل من المواد 34 إلى غاية المادة 38 من نفس القانون وتتمثل هذه الشروط في:

الشرط الأول: ضرورة أن يكون نشاط الجمعية متعلق بالصالح العام أي أنها تقدم خدمات نفعية عمومية، وجاء في نص المادة 34 من نفس القانون على أنه: «>> يمكن لجمعية معينة تعترف لها السلطة العمومية بأن نشاطها ذو صالح عام أو منفعة عامة أن تستفيد من إعانات مادية من الدولة أو الولاية أو البلدية...»، ما يعقب على هذه المادة أنه قيد تحديد النفع العام للسلطة العمومية وما يثير الإشكال هو أنه إلى يومنا هذا لم يصدر أي تنظيم يحدد لنا معيار تصنيف الجمعيات بأنها ذات نفع عام حسب ما ورد في المادة السالف ذكرها، فيبقى التساؤل مطروح حول كيفية منح الصبغة العمومية لنشاط الذي تقوم به الجمعية، خاصة وأنه ما جاء في نص المادة 02 من نفس القانون يناقض ما ورد في نص المادة 34 منه، حيث نص في هذه الأخيرة أنه على السلطة أن تعترف بالصالح لعام لنشاط الجمعية في حين نصت المادة 02 من هذا القانون على أنه لكي تتأسس الجمعية يجب أن يندرج موضوع نشاطاتها وأهدافها ضمن الصالح العام...».

الشرط الثاني: يتمثل في إعداد دفتر شروط، فحسب نص المادة 02/34 قد أشارت إلى أن بعد اعتراف السلطة العمومية بتوافر الصالح العام في النشاطات والخدمات التي تقدمها الجمعية، فإنه يتقرر لها إعانات ومساعدات، قد تفرد الدولة أو البلدية أو البلدية المقدمة للإعانات بعض القيود والشروط على منحها لهذه الإعانات فإنه في هذه الحالة لا بد على الجمعية المستفيدة أن تلتزم بخضوعها لدفتر شروط يحدد برامجها وأنشطتها، وكذا كيفية الرقابة عليها من قبل السلطة المختصة، إلا أن الإشكال المثار في هذه المسألة هو أن المشرع الجزائري لم يبين لنا متى تمنح هذه الإعانات بشروط ومتى تمنح دون شروط¹⁸، ومن بين الحالات التي قد تمنح الإعانات بشروط عندما يكون مبلغ الإعانات ضخيم بعض الشيء بالنسبة للإعانات الأخرى، كذلك لما تمنح بقصد تمويل مشاريع لها فائدة كبيرة اتجاه المجتمع¹⁹.

الشرط الثالث: قد نصت المادة 35 من القانون 06/12 على أنه يخضع منح الإعانات العمومية لكل جمعية إلى إبرام برنامج يتلاءم مع الأهداف المسطرة من طرف الجمعية ومطابق لقواعد الصالح، جاء هذا النص ملزما للجمعيات المستفيدة من الإعانات بوجوب عقد برنامج يلاءم الأهداف المسطرة والتي تصبو لتحقيق النفع العام.

الشرط الرابع: يتمثل في ضرورة خضوع الإعانات والمساعدات العمومية الممنوحة من قبل الدولة أو إحدى جماعاتها المحلية (الولاية، البلدية)، لقواعد المراقبة وفقا للتشريع والتنظيم المعمول به، وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الثاني من هذه الورقة البحثية.

الشرط الخامس: ضرورة حيازة الجمعية المستفيدة من الإعانات والمساعدات العمومية على حساب وحيد ومفتوح لدى البنك أو لدى مؤسسة مالية عمومية طبقا لنص المادة 37 من القانون 06/12.

الشرط السادس: يتمثل في ضرورة توافر الجمعية المستفيدة على محاسبة مزدوجة معتمدة من قبل محافظ حسابات، فلا بد على الجمعية المستفيدة التعاقد مع محافظ حسابات بمجرد ما أن تتحصل على هذه الإعانات.

الشرط السابع: قد نصت الفقرة الثانية من المادة 35 من نفس القانون على أنه لا تمنح الإعانات إلا بعد تقديم حالة صرف الإعانات الممنوحة سابقا، ويجب أن تعكس مطابقة المصاريف التي منحت على أساسها نفس الإعانات، قد أشارت المادة لحالة ما إذا الجمعية المستفيدة أرادت أن تستفيد مجددا من إعانات عمومية بعد ما تم تحصيلها مسبقا على إعانات عمومية، لذا ألزمها المشرع على ضرورة تقديم سجلات صرف الإعانات الممنوحة سابقا ولا بد أن يتطابق حجم المصاريف مع نفس الإعانات الممنوحة ما يبرر ويثبت مدى حجم تغطية النشاط المسطر بتلك الإعانات.

المبحث الثاني: الرقابة الممارسة على الموارد المالية المحصلة

يكمن دور الرقابة في ضبط النظام الإداري وكذا الجدول المالي المسير للجمعية ولعل الجانب الذي يحتاج لضبط وفرض رقابة من أجل ضمان عدم انحياز الجمعية عن أداء نشاطها حسب ما سطره قانونها الأساسي هو الجانب المتعلق بالتحصيل المالي وتسييره وكان الفقه قد قسم طرق الرقابة المفروضة على الجمعيات إلى قسمين فأطلق على الصنف الأول تسمية الرقابة الخارجية على التسيير المالي للجمعيات (المطلب الأول)، كما أطلق على النوع الثاني تسمية الرقابة الداخلية على التسيير المالي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الرقابة الخارجية على التسيير المالي للجمعيات

يمارس هذا النوع من الرقابة من قبل السلطة العمومية على الموارد المالية للجمعية وطرق تحصيلها لها لضمان استعمالها وفقا لما سطرته الجمعية، لهذا سميت بالرقابة الخارجية-أي تمارس من قبل أجهزة مستقلة عنها، وهذه التسمية فقهية محض فقد جاء بها الفقه القانوني وتمارس عن طريق الرقابة الإدارية (الفرع الأول)، كما تمارس أيضا بشكل مالي وتمثل في الرقابة المالية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الرقابة الإدارية على الموارد المالية للجمعية

الهدف من فرض الرقابة على التسيير المالي للجمعيات يكمن في ضمان عدم انحياز الجمعية عن النشاط المسطر عند التأسيس، لذا نجد أحكام القانون رقم 06/12 جاءت صارمة في هذا الشأن وألزمت المادة 19 منه على الجمعية تقديم نسخ من محاضر الاجتماعات والتقارير الأدبية وكذا المالية السنوية إلى السلطة العمومية المختصة للبلدية إذا كانت الجمعية تعقد نشاطها داخل إقليمها، أو الولاية إذا كانت الجمعية تعقد نشاطها داخل إقليمها، أو للوزارة الداخلية عندما تكون الجمعية تمارس نشاطها ما بين الولايات إثر انعقاد جمعية عامة عادية أو استثنائية، خلال الثلاثين يوما الموالية للمصادقة عليها.

لهذا ألزمت الجمعية عند عقدها اجتماع الجمعية العامة سواء كانت عادية أو استثنائية، تقديم جل النسخ عن محاضر الاجتماع والتقارير الأدبية والمالية المعالجة للسلطة العمومية المختصة للتصديق عليها في أجل حددته المادة السالفة الذكر يقدر بـ 30 يوما ويسري الأجل من تاريخ انعقاد الاجتماع، وفي حالة رفض الجمعية تسليم هذه الوثائق تاريخ انعقاد الاجتماع تعاقب بغرامة مالية تتراوح بين ألفي دينار 2000 دج وخمسة آلاف دينار 5000 دج هذا طبقا لنص المادة 20 من نفس القانون، بالإضافة إلى عقوبة تعليق النشاط حيث نصت المادة 40 من القانون 06/12 المتعلق بالجمعيات على أنه: <<يؤدي خرق الجمعية للمواد 15، 18، 19، 30، 55، 60، و65 من هذا القانون، إلى تعليق نشاطها لمدة لا تتجاوز ستة أشهر>>، فقبل تعليق نشاط الجمعية من قبل السلطة العمومية المختصة يوجه لها اعدار بوجوب مطابقة أحكام القانون في أجل حددته المادة 02/41 بثلاثة أشهر من تاريخ التبليغ، وإذا لم تعر الجمعية أي اهتمام للإعذار تصدر السلطة المختصة قرار ينص على تعليق نشاط الجمعية ويبلغ لها ويصبح التعليق نافذا وساري المفعول من تاريخ تبليغ القرار، ليبقى للجمعية حق الطعن بالإلغاء قرار التعليق أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة.

كما تمارس الرقابة الإدارية على الجمعية في حالة ما إذا مارست نشاطا أو عدة أنشطة أخرى تخالف تماما ما جاء في قانونها الأساسي أو ثبوت توقفها عن ممارسة نشاطها بشكل واضح في هذه الحالة أجاز القانون للسلطة العمومية المختصة أن تطلب حل الجمعية أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا هذا ما جاء في أحكام المادة 43 في الفقرة الأولى والثانية من نفس المادة.

كما للسلطة العمومية المختصة أن تطلب حل الجمعية إذا ما خالفت أحكام نص المادة 30 من القانون 06/12 التي تمنعها من تلقي أي موارد مالية من قبل تنظيمات وجمعيات أجنبية دون أن توافق السلطة المختصة على ذلك هذا وفقا لنص المادة 02/43 من نفس القانون.

كما يشير المشرع الجزائري على ضرورة استخدام الجمعية لمواردها لتحقيق الهدف الذي أنشأت من أجله، هذا ما نص عليه صراحة من خلال المادة 31 في فقرتها الأولى من القانون 06/12 المتعلق بالجمعيات، وفي حالة ما إذا استخدمت هذه الموارد والأموال التي هي مسجلة في اسم الجمعية لأغراض شخصية أو أخرى غير تلك المنصوص عليها في قانونها الأساسي يعتبر ويكيف على أنه تعسفا في استغلال الأملاك الجماعية ويعاقب عليه هذا ما جاء من خلال الفقرة الثانية من نفس المادة.

كما أجاز المشرع الجزائري ممارسة الرقابة الإدارية من قبل السلطة المختصة لإصدار رخصة جمع التبرعات سواء كان الوزير الداخلية أو الوالي وذلك من خلال الأمر بالتحقيق حول تسيير الهبات والمبالغ المجمعة من طرف الجمعية هذا ما جاء بصريح العبارة من خلال نص المادة 07 من الأمر رقم 03/77 المتعلق بالجمعيات ذلك بهدف ألا تنحاز الجمعية عن دورها التي أنشأت من أجله.

الفرع الثاني: الرقابة المالية على الموارد المالية للجمعية

قبل الولوج في تحديد طرق الرقابة المالية والأجهزة المكلفة بهذه الرقابة تجدر الإشارة إلى أنه هذا النوع من الرقابة المالية الذي تتكفل به أجهزة مالية متخصصة يمارس الرقابة على الموارد المالية التي مصدرها الدولة وذلك وفقا لنص المادة 36 من القانون 06/12 وجاء في فحواها: >> دون الإخلال بأحكام المادة 16 من هذا القانون، تخضع الإعانات والمساعدات العمومية التي تمنحها الدولة والجماعات المحلية لقواعد المراقبة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما>>، وفي الموالي سنين مهام كل من الأجهزة المالية المتخصصة في الرقابة على التسيير المالي للجمعيات بدءا بالمفتشية العامة المالية (أولا)، ثم نتطرق إلى مجلس المحاسبة (ثانيا).

أولا: الدور الرقابي للمفتشية العامة للمالية على موارد الجمعية

أنشأت هذه الهيئة بموجب المرسوم رقم 53/80 المؤرخ في 01 مارس 1980، اعتبرها كجهاز رقابي في المجال المالي والمحاسبي، تحت السلطة المباشرة لوزير المالية، وهذا من خلال المادة الأولى من نفس المرسوم وأطلق عليها المشرع من خلال ذات المادة تسمية "المفتشية العامة للمالية"، أوكل إليها صلاحية مراقبة التسيير المالي والمحاسبي في المصالح العمومية بالإضافة إلى بعض الهيئات كانت قد أشارت إليها المادة 02 في فقرتها الخامسة والسادسة من نفس المرسوم ومن بين هذه الهيئات ذكرت: >>... أي شخص عمومي يحصل على مساعدة مالية من الدولة أو جماعة محلية أو هيئة عمومية، بعنوان مشاركة أو تحت شكل إعانة أو قرض أو تسليم أو ضمان. يمكن أن تكلف المفتشية العامة المالية بمراجعة حسابات التعاونيات والجماعات بالنسبة للتشريع والقوانين الأساسية التي تحكمها>>، ما يفيد من خلال أحكام نص المادة هذا أنها تشير إلى امتداد اختصاصاتها لمراقبة الموارد المالية للجمعيات المستفيدة من مساعدة مالية من قبل هيئة عمومية أي كانت صفتها كما أشارت المادة السالفة الذكر.

كما حدد المرسوم التنفيذي رقم 272/08 المؤرخ في 06 سبتمبر 2008 الذي جاء محددًا لصلاحيات المفتشية العامة للمالية والذي ألغى بموجبه المرسوم الرئاسي رقم 78/92 الذي كان يحدد اختصاصات المفتشية العامة للمالية، جملة من الاختصاصات وجاء في نص المادة 03 منه مؤكدا لما نص عليه المشرع الجزائري في أحكام المرسوم رقم 53/80 السالف الذكر ونصت المادة على أنه: >>تراقب المفتشية العامة للمالية استعمال الموارد التي جمعتها الهيئات أو الجمعيات مهما كانت أنظمتها القانونية، بمناسبة حملات تضامنية، والتي تطلب الهبة العمومية خصوصا من أجل دعم القضايا الإنسانية والاجتماعية والتربوية والثقافية والرياضية. يمكن أيضا أن تمارس رقابتها على كل شخص معنوي آخر يستفيد من المساعدة المالية من الدولة أو جماعة محلية أو هيئة عمومية بصفة تساهمية أو في شكل إعانة أو قرض أو تنسيق أو ضمان>>، كما نصت المادة 05 من نفس المرسوم على أحكام تطبيق نص المادة 03 السالف ذكره مشيرا من خلالها المشرع الجزائري

- على مختلف تدخلات المفتشية العامة للمالية والتي تتمثل في مهام الرقابة أو التدقيق أو التحقيق أو الخبرة والتي تقوم حسب الحالة خصوصا على ما يأتي:
- شروط منح واستعمال المساعدات والإعانات التي تقدمها الدولة والجماعات الإقليمية والهيئات والمؤسسات العمومية،
 - تطابق النفقات المسددة مع الأهداف المتبعة بطلب الهيئة العمومية»، كما جاء من خلال نص المادة تطبيقا لنص السابق ذكره وجاء في فحواها ما يلي: «>> من أجل تنفيذ المادة 05 أعلاه تقوم المفتشية العامة للمالية بما يأتي:
 - رقابة تسيير الصناديق، وفحص الأموال والقيم والسندات والموجودات من أي نوع والتي يحوزها المسكرون أم المحاسبون،
 - التحصل على كل مستند أو وثيقة تبريرية ضرورية لفحوصهم، بما في ذلك التقارير التي تعدها أية هيئة رقابية وأية خبرة خارجية،
 - تقديم أي طلب معلومات شفاهي أو كتابي،
 - القيام في الأماكن بأي بحث وإجراء أي تحقيق بغرض رقابة التصرفات أو العمليات المسجلة في المحاسبات،
 - الاطلاع على السجلات والمعطيات أيا كان شكلها،
 - التيقن من صحة المستندات المقدمة وصدق المعطيات والمعلومات الأخرى المبلغة،
 - القيام في عين المكان بأي فحص، بغرض التيقن من صحة وتام التقييد المحاسبي لأعمال التسيير ذات التأثير المالي، وعند الاقتضاء، معاينة حقيقة الخدمة المنجزة.
 - وبهذه الصفة، تمارس المفتشية العامة للمالية حق مراجعة جميع العمليات التي أجراها المحاسبون العموميون ومحاسبو الهيئات المذكورة في المادة 02 من هذا المرسوم، غير أنه لا يمكن مراجعة الحسابات التي تمت تصفيتها طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها».
 - تختتم المفتشية العامة للمالية عملها بتحرير تقرير أو محضر أولي ثم نهائي يتضمن كل المعاينات والملاحظات المترتبة عنها يبلغ للأجهزة المسيرة للجمعية²⁰، ويبقى دورها فقط محصور في تحرير المحاضر والتقارير التي تتضمن الملاحظات والمعاينات التي توصلت إليها ولم يخولها القانون حق اتخاذ قرارات رادعة للمخالفين للتشريع المالي²¹.

ثانياً: الدور الرقابي لمجلس المحاسبة

أنشأ هذا الجهاز بموجب الأمر 20/95 المؤرخ في 17 يوليو 1995 المعدل والمتمم، واعتبر المجلس من خلال أحكامه بمؤسسة عليا أنشأت من أجل الرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية وهذا ما جاء في نص المادة 01/02 من نفس الأمر، يتمتع باختصاص إداري وقضائي في ممارسة المهمة الموكلة إليه وكما أنه يتمتع بالاستقلال الضروري لضمان الموضوعية والحياد والفعالية في الأعمال وفقاً لنص المادة 03 من نفس الأمر.

أما عن الأساس القانوني الذي يخول بموجبه الحق لمجلس المحاسبة في الرقابة المالية على الإعانات العمومية المقدمة لجمعيات قد نص عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادتين 11 و12 من نفس الأمر حيث جاء في فحوى النصين ما يلي:

- يختص بمراقبة نتائج استعمال المساعدات المالية الممنوحة من الدولة أو الجماعات الإقليمية أو المرافق العمومية أو كل هيئة أخرى خاضعة لرقابة مجلس المحاسبة، لاسيما في شكل إعانات أو ضمانات أو رسوم شبه جبائية مهما يكن الاستفادة منها وتقييمها طبقاً لنص المادة 11 من الأمر 20/95 السالف ذكره.

- أما نص المادة 12 من نفس الأمر جاء ينص على إمكانية مجلس المحاسبة من مراقبة استعمال الموارد التي تجمعها الهيئات مهما تكن وضعيتها القانونية، والتي تلجأ إلى التبرعات العمومية من أجل دعم القضايا الإنسانية والاجتماعية والعلمية والتربوية أو الثقافية على الخصوص وذلك بمناسبة حملات التضامن الوطني.

كما قد خول المشرع الجزائري محافظ الحسابات والمحاسب المعتمد والخبير المحاسب صلاحية التسيير المالي والمحاسبي للجمعيات، حيث يشرفون على تنظيم الحسابات المتعلقة بالجمعيات وفحصها وتحليلها، ويعتمد مجلس المحاسبة على شهادتهم، وتختتم التحريات باطلاع السلطات السلمية المعنية بالرقابة بكل العمليات التي تعتبر مخالفات ناتجة عن التسيير غير المشروع للحسابات المالية للجمعية قصد اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة في حق الجمعية المعنية بالرقابة²².

يتمتع مجلس المحاسبة بعدة صلاحيات أثناء مباشرته للتحقيقات فله صلاحية إخطار السلطة المختصة في حالة ما إذا لاحظ أثناء تحقيقاته حالات أو وقائع أو مخالفات تلحق ضرراً بالخزينة العمومية الخاضعة لرقابته²³، أو إذا أثبت أثناء رقابته حيازة مبالغ بصفة غير قانونية من قبل أشخاص طبيعيين أو معنويين، وتبقى هذه المبالغ مستحقة للدولة والجماعات الإقليمية أو المرافق العمومية قصد اتخاذ الإجراءات التي يقتضيها تسيير الأموال العمومية تسييراً سليماً، كما له أيضاً أن يطلع السلطة المختصة من أجل استرجاع المبالغ المستحقة بالطرق القانونية هذا وفقاً لنص المادتين 24 و25 من الأمر 20/95، كما أجاز القانون لمجلس المحاسبة تحريك الدعوى العمومية اتجاه الجمعيات إذا ما لاحظ أثناء ممارسته لرقابته وقائع يمكن وصفها وصفا جزائياً، فله أن يرسل الملف إلى النائب العام المختص إقليمياً بغرض المتابعات القضائية ويطلع وزير

العدل على ذلك ويشعر بهذا الإرسال للأشخاص المعنيين والسلطة التي يتبعونها هذا طبقاً لنص المادة 27 من الأمر 20/95.

المطلب الثاني: الرقابة الداخلية على الموارد المالية

يقصد بالرقابة الداخلية للموارد المالية المحصلة من قبل الجمعية تلك الرقابة الذاتية التي تمارسها من إمسك دفاتر المحاسبة المزدوجة ومنتظمة ووضعها تحت يد محافظ الحسابات للتأكد من صحتها ومصداقيتها²³، كما ألزم المشرع الجزائري الجمعيات بتسجيل جميع الموارد والمدخيل وجوبا في حساب إيرادات ميزانية الجمعية هذا طبقاً لما نص عليه من خلال المادة 02/33 من القانون 06/12.

الجدير بالذكر أن هذا النوع من الرقابة أوجبه المشرع على الجمعيات بغية فرض الرقابة على الموارد المالية المحصلة تحصيل خارجي عن طريق طلب إعانات ومساعدات عمومية من الدولة أو الجماعات الإقليمية وهذا يستشف من خلال نص المادة 36 من القانون 06/12 والتي نصت على وجوب خضوع الإعانات والمساعدات العمومية التي تمنحها الدولة والجماعات المحلية لقواعد المراقبة طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما، بهذا يكون قد أحالنا المشرع لتطبيق أحكام المرسوم التنفيذي رقم 351/01 المؤرخ في 10 نوفمبر 2001 الذي يتضمن تطبيق أحكام المادة 101 من القانون رقم 11/99 المؤرخ في 23 ديسمبر 1999 والمتضمن قانون المالية لسنة 2000 والمتعلقة بكيفيات مراقبة استعمال إعانات الدولة أو الجماعات المحلية للجمعيات والمنظمات والتي جاء نص المادة 101 كالتالي: >> لا تمنح الإعانات المقررة من الدولة أو الجماعات المحلية للجمعيات والمنظمات اعتباراً من أول يناير سنة 2000 إلا بعد تقديم حساب دقيق، عن صرف الإعانات التي استفادت منها سابقاً، والتحقق من مطابقة أوجه إنفاقها للأهداف التي منحت من أجلها. يراقب ويؤشر العمليات الحسابية للجمعيات والمنظمات محافظ الحسابات. يودع التقرير المؤشر عليه لدى أمين الخزينة بالولاية قبل 31 مارس من السنة الموالية، كما تودع نسخة منه في نفس الأجل لدى الهيئات المانحة. تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم>>، وجاء في نص المادة 38 من القانون 06/12 على ضرورة تعاقد الجمعية مع محافظ الحسابات، تماشياً مع المادة 03 من المرسوم 351/01 والتي جاء في فحواها ما يلي: >>يؤهل لمراجعة حالة النفقات الخاصة بالإعانات الممنوحة للجمعيات، محافظو الحسابات المسجلون بصفة منتظمة في جدول المنظمة الوطنية للخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين>>.

ألزم المشرع الهيئة الإدارية للجمعية بعد مصادقة جمعيتها العامة المنعقدة للمنخرطين تعيين محافظ للحسابات مسجل في قائمة المهنيين لأجل حددته المادة 04 من المرسوم 351/01 يقدر بثلاثة سنوات مالية متتالية قابلة لتجديد مرة واحدة وذلك لممارسة الدور الذي يكلف به الممثل في مراجعة حسابات نفقات الإعانات الممنوحة للجمعية والقانون يؤهل الخبير المحاسب وحده للقيام بالتحقيق المالي والمحاسبي وفقاً لما نصت عليه المادة 18 من القانون رقم 01/10 المتعلق بمهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب

المعتمد، ويجب على الهيئة الإدارية للجمعية أن ترسل نسخة من المحضر المتضمن تعيين محافظ الحسابات إلى أمين الخزينة التابعة إلى السلطات المانحة الدولة أو الجماعات المحلية في أجل أقصاه ثلاثين 30 يوما بعد التعيين وفقا للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 351/01.

عند ممارسة محافظ الحسابات عمله ولاحظ أنه هناك تصرفات جزائية في استعمال الإعانات الممنوحة يتعين عليه تطبيق الإجراءات القانونية المعمول بها المتمثلة في تحريك الدعوى العمومية أمام المحكمة المختصة هذا وفقا لما نصت عليه المادة 10 من نفس المرسوم.

كما نصت المادة 11 من نفس المرسوم التنفيذي على أنه: >>> يعد محافظ الحسابات وفقا للمعايير والاجتهادات المنصوص عليها في التنظيم المعمول به، عند نهاية أشغاله، تقريرا كتابيا عن مراجعة الحسابات يبين فيه الطريقة المتبعة ويبيدي رأيه طبقا للنماذج الملحقة بهذا المرسوم وكذا تفاصيل نتائج مراجعة الحسابات التي قام بها مع توضيح ما يأتي:

1-السلطة أو السلطات المانحة للإعانات،

2-شروط المنح حسب الغاية التي ترتبط بها هذه الإعانات والوثائق التي تقدمها الجمعية،

3-قائمة المكلفين بطلب الإعانات والأشخاص المكلفين بالالتزام بالنفقات وتحديد هويتهم،

4-الاستعمال الحقيقي للإعانة،

5-تطابق استعمال الإعانة الممنوحة مع الغرض الذي خصصت من أجله،

6-جرد مادي للأموال المنقولة وغير المنقولة المكتسبة أو موضوع الإعانة.>>>

كما نصت المادة 12 من نفس المرسوم على أنه: >>> ترسل الهيئة الإدارية تقرير محافظ الحسابات إلى أمين الخزينة التابعة وإلى كل سلطة مانحة وإلى الجمعية العامة وللجمعية في أجل أقصاه 31 مارس من السنة الموالية.>>>

الخاتمة:

الجدير بالإشارة إليه في الأخير أن المشرع الجزائري قد حدد لنا طرق تحصيل الموارد المالية للجمعيات بالرغم من أنها تحتاج إلى دقة الضبط والتأطير القانوني من أجل التوسيع من طرق تحصيلاتها لهذه الموارد، وذلك لتقييد الجمعيات من التحصيل مما ينتج عنه محدودية في الدخل ما يحول دون تحقيق الأهداف المبتغاة، أما فيما يخص طرق الرقابة المفروضة على الموارد المالية للجمعية نجد أن المشرع الجزائري ركز كل التركيز في تقنين تلك الإجراءات التي تهدف لفرض الرقابة على كل الإعانات والمساعدات العمومية الممنوحة للجمعيات بالرغم من كل الشروط التي قيدها بها أضاف قيود الرقابة المشددة، بالإضافة إلى ذلك فرض الرقابة الإدارية وكذا الرقابة المالية الذاتية للمحصلات المالية الناتجة عن نشاطات الجمعية وكذا الهبات والوصايا المقدمة لها وذلك

كله قصد عدم تحيز الجمعية عن الهدف الذي أنشأت من أجل تحقيقه، ولا بد هذه المسألة أن تضبط تشريعيا أكثر وفي انتظار ذلك نرجو الأخذ بالتوصيات التالية:

1-التوسيع من التحصيل المالي للموارد المالية بالإضافة لنص المادة 29 من القانون 06/12 المتعلق بالجمعيات، من بينها الوقف الخيري²⁴، وصندوق الزكاة.

2-إعادة النظر في أحكام القانون رقم 06/12 فيما يتعلق بالفصل الثاني منه بخصوص الموارد المالية والتفصيل فيما بشكل واضح ليوضع حدا للبس وضرورة التنسيق بين مواده خاصة فيما يتعلق بنص المادتين 02 و34 منه.

3-إعادة النظر في الشروط المفروضة على الجمعية من أجل تحصيلها للإعانات والمساعدات العمومية بحجة أن كل الجمعيات تؤدي دورا تساهميا ومعطاء للمجتمع.

4-إعادة تحيين المواد التي قد صدرت في ظل القوانين الملغاة السابقة في تنظيمها للجمعيات.

5-إصدار تنظيم يحدد المعيار الذي على أساسه تصنف الجمعية بأنها تؤدي خدمة من الخدمات العمومية.

التمهيد:

1فاضلي سيدي علي، نظام عمل الجمعيات في التشريع الجزائري، رسالة الماجستير، جامعة بسكرة-الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009، ص. ص 08، 09.

2رحموني محمد، تنظيم ممارسة حرية التجمع في القانون الجزائري (الجمعيات والأحزاب السياسية أنموذجين)، أطروحة دكتوراه، جامعة أوبوكر بلقايد-تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015، ص. ص 144، 145.

3نفس المرجع، نفس الصفحة.

4نفس المرجع، ص 145.

5نفس المرجع، ص. ص 144، 145.

6نفس المرجع، نفس الصفحة.

7نفس المرجع، ص 145.

8نفس المرجع، نفس الصفحة.

9مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العمراني محمد أمين، الموارد المالية للجمعيات الخيرية في القانون الجزائري وأوجه الرقابة عليها، المجلد 07، العدد 04، الجزائر 2018، ص 153.

10 نفس المرجع، نفس الصفحة.

11مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، محمد إيسغلي، الموارد المالية للجمعيات الخيرية في التشريع الجزائري، المجلد 07، العدد 04، الجزائر 2018، ص 183.

12رحموني محمد، مرجع سابق، ص 147.

13مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، منصور المبروك، جريمة جمع التبرعات في التشريع الجزائري والمقارن، المجلد 07، العدد 04، الجزائر 2018، ص 226.

14 نفس المرجع، ص 228.

- 15 نفس المرجع، نفس الصفحة.
16 نفس المرجع، نفس الصفحة.
17 نفس المرجع، ص 231.
18 مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة-الجزائر، ريمة بريش، طرق الرقابة الإدارية على أعمال الجمعيات ذات النفع العام، المجلد 02، العدد 04، 2018، ص 151.
19 مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، إيدايير عبد القادر، دراسة قانونية لشكل الإعانات المالية الممنوحة للجمعيات من طرف الدولة والجماعات المحلية، المجلد 07، العدد 04، الجزائر 2018، ص 193.
20 العمراني محمد، مرجع سابق، ص 164.
21 نفس المرجع، نفس الصفحة.
22 إيدايير عبد القادر، مرجع سابق، 199.
23 العمراني محمد، مرجع سابق، ص 160.
24 ينظر مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، فريدة الحمصي، إسهم الوقف في تنمية عمل الجمعيات الخيرية، المجلد 07، العدد 04، الجزائر 2018.

قائمة المصادر والمراجع:

النصوص التشريعية:

- الجزائر، الأمر رقم 03/77، المتعلق بجمع التبرعات، 29 فبراير 1977.
- الجزائر، مرسوم رقم 53/80 يتضمن إحداث مفتشية عامة للمالية، 01 مارس 1980.
- الجزائر، القانون رقم 31/90، المتعلق بالجمعيات، 04 ديسمبر 1990.
- الجزائر، مرسوم تنفيذي رقم 78/92، يحدد اختصاصات المفتشية العامة للمالية، 22 فبراير 1992.
- الجزائر، الأمر رقم 20/95، يتعلق بمجلس المحاسبة، 17 يوليو 1995.
- الجزائر، مرسوم تنفيذي رقم 265/95، يحدد صلاحيات مصالح التقنين والشؤون العامة والإدارة المحلية وقواعد تنظيمها وعملها، 6 سبتمبر 1995.
- الجزائر، المرسوم الرئاسي رقم 377/95، يحدد النظام الداخلي لمجلس المحاسبة، 20 نوفمبر 1995.
- الجزائر، القانون رقم 11/99، المتضمن القانون المالية لسنة 2000، 23 سبتمبر 1999.
- الجزائر، مرسوم تنفيذي رقم 351/01، يتضمن تطبيق أحكام المادة 101 من القانون رقم 11/99 المتضمن قانون المالية لسنة 2000 والمتعلقة بكيفيات مراقبة استعمال إعانات الدولة أو الجماعات المحلية للجمعيات والمنظمات، 10 نوفمبر 2001.
- الجزائر، قانون رقم 10/04، المتعلق بالتربية البدنية والرياضية، 14 غشت 2004.
- الجزائر، مرسوم تنفيذي رقم 272/08، يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، 06 سبتمبر 2008.

- الجزائر، قانون رقم 01/10، يتعلق بمهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، 29 يونيو 2010.
- الجزائر، الأمر رقم 02/10، المعدل والمتمم للأمر رقم 20/95 المتعلق بمجلس المحاسبة، 26 غشت 2010.
- الجزائر، القانون رقم 06/12، المتعلق بالجمعيات، 12 يناير 2012.

المجلات والدوريات:

- مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، إيدابير عبد القادر، دراسة قانونية لشكل الإعانات المالية الممنوحة للجمعيات من طرف الدولة والجماعات المحلية، المجلد 07، العدد 04، الجزائر 2018.
- مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العمراني محمد أمين، الموارد المالية للجمعيات الخيرية في القانون الجزائري وأوجه الرقابة عليها، المجلد 07، العدد 04، الجزائر 2018.
- مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، فريدة الحمصي، إسهام الوقف في تنمية عمل الجمعيات الخيرية، المجلد 07، العدد 04، الجزائر 2018.
- مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، محمد إيسغلي، الموارد المالية للجمعيات الخيرية في التشريع الجزائري، المجلد 07، العدد 04، الجزائر 2018.
- مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، منصور المبروك، جريمة جمع التبرعات في التشريع الجزائري والمقارن، المجلد 07، العدد 04، الجزائر 2018.
- مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة-الجزائر، ريمة بريش، طرق الرقابة الإدارية على أعمال الجمعيات ذات النفع العام، المجلد 02، العدد 04، 2018.

الرسائل الجامعية:

- رحموني محمد، تنظيم ممارسة حرية التجمع في القانون الجزائري (الجمعيات والأحزاب السياسية أنموذجين)، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015.
- فاضلي سيدي علي، نظام عمل الجمعيات في التشريع الجزائري، رسالة الماجستير، جامعة بسكرة-الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009.

الأجهزة العليا للرقابة المالية ومتطلبات الحكامة

Supreme Financial control bodies and Governance Requirements

الدكتور سعيد العزوي Elaazzouzi Saïd

باحث في العلوم القانونية والعلوم السياسية والإدارية، وجدة

الملخص:

تمارس الأجهزة العليا للرقابة المالية مهامها من اجل المحافظة على المال العمومي من الهذر والتبذير وترشيد النفقات العمومية، وبالتالي تحقيق الفعالية والنجاعة داخل الأجهزة الإدارية وتحقيق الحكامة الجيدة .

ولكي يكون نظام الرقابة فعالا، يجب أن يكون جزءا من الاستراتيجيات التي تعتمدها الأجهزة العليا للرقابة المالية ، مما يؤدي إلى تحقيق الجودة في الأداء الفعال لهذه الأجهزة من جهة، ومن جهة أخرى خلق أجهزة إدارية فعالة وناجعة وذات مصداقية في علاقتها بالمواطن.

الكلمات المفتاح: الأجهزة العليا للرقابة- الحكامة- الفعالية -الرقابة المالية .

Abstract:

Supreme Financial control bodies perform their tasks in order to preserve public funds from squandering, waste and rationalization of public expenditures, thus achieving effectiveness and efficiency within administrative bodies and achieving good governance.

In order for the control system to be effective, it must be part of the strategies adopted by the Supreme bodies, which lead to achieving quality in the effective performance of these bodies on the one hand, and on the other hand creating effective, efficient and credible administrative bodies in their relationship

مقدمة:

تشكل عملية تقييم الإصلاح الإداري تحديا كبيرا وحقيقيا للقائمين على الشأن العام، خاصة وأنه يعتبر من المدخلات الرئيسية والهامة في عملية التنمية الشاملة وإحداث التغييرات الضرورية نحو الأفضل داخل المجتمع، حيث ترتبط عملية الإصلاح بشكل كبير بمبدأ الحكامة الجيدة وربط المحاسبة بالمسؤولية وترشيد النفقات العمومية. ويعتبر مفهوم الحكامة من أقوى المفاهيم التي جاء بها دستور 2011 كتعبير عن رغبة المشرع الدستوري المغربي في إحداث التغيير المنشود والحد من الفساد والرشوة التي تعاني منها المؤسسات العمومية والمجتمع⁽¹⁾، إلا أن إشكالية الحكامة تتمثل في غياب الرقابة والتقييم الفعال والمعيقات التي تعاني منها الأجهزة العليا للرقابة المالية، وغياب ثقافة التقييم والرقابة والتتبع والتأطير، وربط المحاسبة بالمسؤولية في الأجهزة والوحدات الإدارية والجماعات الترابية.

وبناء على ما سبق يمكن القول أن مفهوم الحكامة لا زال محل خلاف وجدال فقهي، حيث اعتبره البعض عاملا جوهريا في إصلاح الدولة والمجتمع ومدخلا رئيسيا لتحقيق التنمية الشاملة، في الوقت الذي أضفى عليه البعض صبغة سياسية وإيديولوجية، باعتبارها أهم المبادئ التي يجب أن تسود في ظل العولمة والليبرالية الجديدة، في حين ربطه البعض الآخر بمجموعة في الأنساق النظرية الكبرى، والتغيرات المختلفة التي طرأت على المجال العام وممارسة السلطة والتحكم من خلال تغيير وظائف الدولة⁽²⁾.

وعموما ومهما تعددت الآراء والتأويلات بشأن المفهوم بين رجال الاقتصاد والمال، والقانون والسياسة وعلم الاجتماع، فإن هؤلاء يجمعون على هدف واحد يختلف باختلاف الزمان والمكان، فمنهم من يطلق عليها الحكم الرشيد أو تدبير الشأن العام المحكوم.

ويمكن تعريف الأجهزة العليا للرقابة بأنها تلك الهيئات العامة للرقابة وظيفيا لكونها الهياكل التي تتولى الرقابة البعدية على أشكال التصرف في المال العام طلبا لتحسين طرقه وسعيا لكشف الاختلالات كما يمكن تعريف ذات الهيئات هيكلية بكونها وعلى خلاف الرقابة الداخلية هيئات رقابية خارجية على المؤسسات والإدارات العمومية.

أما مفهوم الرقابة المالية فقد تعددت بشأنها هي الأخرى التعاريف، فهناك من يعتبرها أنها هي: الإشراف والفحص والمتابعة من جانب سلطة أعلى لها حق التعرف على كيفية سير العمل داخل الوحدة الإدارية،

¹- حليلة الهادف، التدبير العمومي المحلي وإشكالية التحديث، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق اكدال، الرباط، السنة 2011-2012، ص. 221.

²- أبو العرب عبد النبي، مفهوم وآليات الحكامة في الدستور الجديد، جريدة المساء، العدد 1764 / 25 ماي 2012.

والتأكد من حسن استخدام الأموال العامة في الأغراض المخصصة لها، ومن أن الموارد يتم تحصيلها طبقاً للقوانين واللوائح والتعليمات المعمول بها، والتأكد من مدى تحقيق المشروع لأهدافه بكفاية، ومن سلامة تحديد نتائج الأعمال والمراكز المالية وتحسين معدلات الأداء والكشف عن المخالفات والانحرافات، وتحديد الأسباب التي أدت إلى حدوثها، واقتراح وسائل علاجها لتفادي تكرارها مستقبلاً¹.

وقد استخدم مفهوم الحكامة من قبل الإنجليز في القرون الوسطى بغرض التعاون بين مختلف السلطات السياسية والاجتماعية، ليتم اعتماده بعد ذلك من قبل البنك الدولي سنة 1989 خلال عملية التنمية الاقتصادية ومحاربة الفساد في مجموعة من الدول الإفريقية. وأمام التحولات الكبرى التي عرفتها دول أوروبا خلال هذه المرحلة سوف يتم التخلي عن التركيز عن البعد الاقتصادي للمفهوم، ليتم تعويض ذلك بصيغة سياسية كنتيجة لتلك التحولات ليتم استخدامها بشكل أوسع خلال مرحلة التسعينات في الدول الغربية خاصة الولايات المتحدة الأمريكية². أما المراقبة الإدارية والمالية لم تكن وليدة اللحظة، ومن ثم يمكن القول أنها ليست حديثة العهد، مرت بمراحل تاريخية طويلة وظهرت في أشكال شتى، قبل أن تستقر على ما هي عليه اليوم، وهكذا عرفت الحضارة الإغريقية والرومانية والمصريون القدامى مؤسسات وتنظيمات إدارية هامة، كان فيها للجانب المالي أهمية خاصة، لكون هذه المجتمعات عانت من ظاهرة الفساد المالي، كما عرف الإسلام أشكالاً متعددة للمراقبة التي تكفل حسن استخدام الأموال العمومية، وكانت في بدايتها تقوم على الوازع الديني، ثم تطورت إلى نظام الحسبة كعبارة شاملة تفيد الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

من جانبها عرفت المجتمعات الأوروبية المراقبة المالية التي كانت نتاج الصراع بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، إذ كانت بريطانيا السبّاقة إلى ذلك سنة 1628 عندما حصلت الحكومة على موافقة مجلس العموم قبل فرض أية ضريبة ونفقة عمومية. كما عرفت فرنسا بدورها الرقابة المالية والإدارية قبل الثورة الفرنسية وبالضبط سنة 1256 من خلال إحداث غرفة محاسبة باريس التي مرت بعدة مراحل تاريخية إلى أن وصلت إلى ما هي عليه اليوم.

كما عرف المغرب بدوره الرقابة المالية منذ عهد السلاطين وتطورت في فترة الحماية وما بعد الاستقلال، وقد شكل الدستور الجديد للملكة لسنة 2011 نقلة نوعية في هذا الإطار من خلال تخصيصه باباً كاملاً للحكامة الرشيدة في جميع المرافق العمومية، مما دفع الجميع ودون استثناء إلى إعادة النظر في واقع الأجهزة الإدارية والمؤسسات العمومية، فضلاً عن الجماعات الترابية، لتفعيلها وتحسين وضعيتها بما ينسجم مع المتغيرات

¹ - شكري فهدى محمود، الرقابة المالية العليا مفهوم عام وتنظيمات أجهزتها في الدول العربية وعدد من الدول الأجنبية، دار لاوي للنشر والتوزيع، عمان الأردن السنة 1983، ص. 10.

² - سعيد العزوزي، المفاتيح العامة في النظامين الإداريين المغربي والفرنسي، بحث لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق، وجدة، السنة 2018/2019، ص. 10.

الوطنية والدولية، وذلك من أجل تحقيق الجودة والفعالية بتكلفة أقل، من خلال معالجة الاختلالات الوظيفية، المالية والبنوية التي تعاني منها هذه الهيئات¹.

مما أدى إلى إقحام الأجهزة الرقابية في دائرة النقاش بين مختلف الفاعلين والمتخصصين في مجال المراقبة والحكامة، بهدف تعزيز الدور الرقابي لتلك الأجهزة خاصة تلك التي تمارس المهام الرقابية الجديدة كالمحاكم المالية والمفتشيات العامة مثل المفتشية العامة للمالية، التي تعتبر من أهم الهيئات المتخصصة في المراقبة والتدقيق المالي والإداري، والعمل على تمكينها من الاضطلاع بأدوار مهمة من خلال المساهمة في تحقيق الحكامة الرشيدة وتخليق الحياة العامة، والمشاركة في المخططات الوزارية وتعزيز وتفعيل دورها الرقابي²، فالرقابة كما عرفها الفقهاء تسعى إلى معرفة سير العمل والتأكد من ان الموارد المتاحة تستخدم وفق الخطة المرسومة، وبالتالي رصد ما تم وما لم يتم تحقيقه من الخطة الموضوعية من قبل الهيئة والمنظمات الإدارية، كما أن البعض اعتبرها عملية لتقييم الأداء باستخدام المعايير المحددة سلفا واتخاذ القرارات التصحيحية على ضوء عملية التقييم لضمان أهداف المنظمة بأقصى درجة ممكنة وبنوع من الفعالية والكفاءة، سوف يتم الاقتصار خلال هذه الدراسة على الرقابة الإدارية والقضائية .

ولموضوع الأجهزة العليا للرقابة المالية أهمية و راهنية حيث الرقابة الإدارية وتقييم العمل الإداري من المواضيع الهامة في ظل تزايد الاهتمام بتجويد عمل الإدارة وتفعيل أدائها، ولذلك اخترنا البحث في هذا الموضوع فمن جهة ،أصبحت فعالية الأجهزة الرقابية عموما، وأجهزة مراقبة المالية خصوصا، مطلبا أساسيا لمناهضة ومحاربة الفساد المالي والإداري في ظل غياب الشفافية والمساءلة³.

كما ترجع أهم الأسباب اختيار الموضوع الى ضرورة الى إجراء دراسة تقييمية لحصيلة عمل الأجهزة الرقابية بعد أزيد من خمسين عاما من إحداث أهمها المتمثل في المفتشية العامة للمالية ، خاصة وان هذه المواضيع لم تكن موضوعا للدراسة إلا نادرا طيلة مدة تواجدها .

وإذا كان المغرب لا يعاني من نقص في هذه الأجهزة الرقابية فإن المشكل المطروح يتمثل في نقص الديناميكية والفعالية الرقابية لدى هذه الأجهزة، كأداة وآليات رقابية مقابل مجموعة من الإشكالات والعوائق التي تعاني منها. وبالتالي فإن الإشكال المطروح يتجلى فيما إذا كانت تمتلك الأجهزة العليا للرقابة المالية الإمكانيات المادية والبشرية لممارسة الرقابة والتقييم بشكل فعال، وقدرتها على ترسيخ مبدأ الحكامة الجيدة وتخليق الحياة العامة؟ ومدى قدرتها على مواكبة التطورات التي تعرفها مفاهيم الرقابة والتقييم؟

¹- سامح فوزي، "الحكامة"، مجلة أساس المفاهيم العلمية للمعرفة، العدد 10، 2005، ص. 4.

²- محمد المسكيني وطارق الفاطمي، "تحو إستراتيجية فعالة للرقابة والتقييم في المنظومة التربوية"، المجلة المغربية للقانون الإداري والعلوم الإدارية، العدد1، السنة الأولى 2016، ص. 48.

³- محمد حركات، الاقتصاد السياسي والحكامة الشاملة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2010، ص.313.

ولمعالجة هذه الإشكالية سوف نقوم باستعراض الدور الرقابي لمختلف الأجهزة الرقابية، ثم التطرق إلى الصعوبات والحدود التي تحد من فعالية رقابة هذه الهيئات، وأفاق تجاوزها، مما يقتضي الاستعانة ببعض مناهج البحث العلمي أهمها المنهج التحليلي من خلاله يتم تحليل موضوع الأجهزة العليا للرقابة المالية، ومهامها ووظائفها، وكيفية تفاعلها مع الهيئات والجهات المحيطة بها. كما يتم تحليل مختلف الآليات والمكونات والمناهج المتبعة في عملية المراقبة والتدقيق المالي، فضلا عن الاطلاع على مجموعة من النصوص القانونية وتحليلها، كما يمكننا المنهج الوصفي من تحديد بنية هذه الهيئات الرقابية، مع تحديد الوظائف والمهام الموكلة لها ومن أجل ذلك اعتمدنا خطة البحث التالية:

المطلب الأول: الرقابة الإدارية والقضائية على المال العام

المطلب الثاني: معيقات وحدود الرقابة المالية

المطلب الأول: الرقابة الإدارية والقضائية على المال العام

لقد عرفت الرقابة المالية تطورا كبيرا في مجال العلوم الإدارية والمالية، من خلال مراقبة المال العام بشكل يسمح بعدم تجاوز القوانين والتنظيمات المتعلقة بصرف المال العمومي، وأصبحت تعد من أهم الدعائم الأساسية للإدارة العامة خاصة في المجال المحاسبي والمالي، بهدف ترشيد النفقات العمومية لتدبير أفضل بتكلفة أقل من أجل القضاء على الفساد الإداري والمالي وتحقيق الحكامة الجيدة.

وتنقسم الرقابة على المالية العامة من حيث الجهة التي تتولاها إلى رقابة داخلية أو الرقابة الإدارية على المالية العمومية التي تتولاها وزارة المالية إلى جانب بعض الهيئات المستقلة عن السلطة التنفيذية (الفرع الأول) فضلا عن الرقابة الخارجية أو القضائية التي تتولاها المحاكم المالية (الفرع الثاني) إلى جانب الرقابة السياسية.

الفرع الأول: الرقابة الإدارية ومتطلبات الحكامة الجيدة

تعتبر الرقابة الإدارية على المالية العمومية إحدى أهم أنواع الرقابات التي تمارسها السلطة التنفيذية من خلال وزارة المالية، أو من قبل بعض الهيئات الأخرى مما يدل على أن الرقابة الإدارية على المالية العمومية رقابة داخلية تتم من خلال الإدارة على نفسها، أما عن طريق مجموعة من الهيئات والأجهزة الرقابية التابعة لوزارة المالية على رأسها المفتشية العامة للمالية، مراقبة الالتزام بنفقات الدولة (أولا) إلى جانب رقابة الخازن العام للمملكة (ثانيا).

أولاً: المفتشية العامة للمالية ومراقبة الالتزام بنفقات الدولة

طبقاً للمرسوم المتعلق بمراقبة نفقات الدولة، تخضع الالتزامات بنفقات الدولة الصادرة عن المصالح الأمانة بالصرف للمراقبة المالية، كما تخضع نفقات الدولة في مرحلة الأداء لمراقبة صحة النفقة.

ويقصد بالمصالح الأمانة بالصرف، تلك المصالح التابعة للأمر بالصرف والتي تتدخل في مسار تنفيذ نفقات الدولة، وتخضع لمراقبة مسبقة على الالتزام والمراقبة الأداء. غير أنه، ابتداء من فاتح يناير 2012، تم تخفيف هذه المراقبة من خلال "مراقبة تراتبية" وذلك وفق الشروط والكيفيات المنصوص عليها. وتتم مراقبة الالتزامات بالنفقات قبل أي التزام. بحيث يقوم المحاسب العمومي بمراقبة المشروعية من خلال التأكد من أن مقترحات الالتزام بالنفقات مشروعة بالنظر للأحكام التشريعية والتنظيمية ذات الطابع المالي للتأكد من خلال توفر الاعتمادات والمناصب المالية؛ الإدراج المالي للنفقة؛ صحة العمليات الحسابية لمبلغ الالتزام؛

تتم المراقبة المالية المشار إليها أعلاه في إطار التنزيلات المالية لقانون المالية أو ميزانيات مصالح الدولة المسيرة بصورة مستقلة أو عند الاقتضاء، برامج استعمال الحسابات الخصوصية للخزينة.

وتتم مراقبة الالتزام بالنفقات:

- إما بوضع التأشير على مقترح الالتزام بالنفقات؛

- إما بإيقاف التأشير على اقتراحات الالتزام بالنفقات وإعادة ملفات الالتزام غير المؤشر عليها إلى المصلحة الأمانة بالصرف من أجل تسويتها؛

- إما برفض التأشير معلل وتضمن جميع الملاحظات على مقترح الالتزام، في حالة إيقاف التأشير أو رفضها، في تبليغ واحد إلى المصلحة الأمانة بالصرف المعنية.

غير أنه، بالنسبة لصفقات الدولة التي لم يبد المحاسب العمومي أي جواب بشأنها خلال الأجل المنصوص عليها، يجب على المحاسب العمومي وضع التأشير على مقترح الالتزام بمجرد انصرام الأجل المذكور وإرجاع الملف إلى المصلحة الأمانة بالصرف المعنية، ولا يمكن أن يحتج بأحكام هذه المادة أمام المحاسبين العموميين إلا من قبل المصلحة الأمانة بالصرف المعنية¹.

يجب على المصالح الأمانة بالصرف، قبل أي شروع في تنفيذ الأشغال أو الخدمات أو تسليم التوريدات، أن تبلغ مع المصادقة، عندما يستلزم الأمر ذلك، إلى المقاول أو المورد أو الخدماتي المعني.

¹ - المادة العاشرة من المرسوم رقم 1235.07.2 صادر في 05 ذي القعدة 1429 (04 نونبر 2008)، المتعلق بمراقبة نفقات الدولة، الجريدة الرسمية عدد 5682، الصادرة في 13 نوفمبر 2008.

ويمكن، عند الاقتضاء، للمقاول أو المورد أو الخدماتي المعني أن يطالب المصلحة الآمرة بالصرف المعنية بمراجع التأشيرة المذكورة.

ومما سبق يمكن القول أن مراقبة الالتزام بالنفقات هي مراقبة تتم على النفقات ولا تهتم بالمداخيل وتقتصر على الالتزام دون أن تمتد إلى باقي المراحل التي يمر بها التنفيذ الإداري للنفقات العمومية، وطبقا لمقتضيات المرسوم السابق، يخضع الالتزام بنفقات الدولة الصادرة عن الأمر بالصرف لمراقبة المشروعية والأداء للتأكد من صحة النفقات العمومية.

ويقصد بمراقبة نفقات الدولة كما جاء في مرسوم 2008 مراقبة التزام كل موظف مكلف بمقتضى النصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها بمراقبة الالتزام بنفقات الدولة أو جماعة ترابية وكل الهيئات والمؤسسات العمومية.

وبناء على ما سبق، يمكن القول أن مراقبة الالتزام بنفقات الدولة هي مجموعة من الإجراءات والتدابير الإدارية والمالية التي يفرضها القانون بهدف تفادي كل المخالفات المالية وترشيد النفقات العمومية وتحقيق الحكامة المالية.

كما تتولى المفتشية العامة للمالية المنظمة بمقتضى الظهير 2-59-269 صادر بتاريخ 14 ماي 1960 والخاضعة مباشرة إلى وزير المالية الرقابة والتقييم على المالية العمومية والتي يمكن اعتبارها رقابة قبلية وبعديّة وزجرية، وغالبا ما تباشر تلك المهام من خلال برنامج سنوي يقرره الوزير المكلف بالمالية باقتراح من المفتش العام للمالية، مع الأخذ بعين الاعتبار طلبات التحقيق التي يتقدم بها الوزراء أو تقدمها مصالحهم، كما يمكن لهذه المفتشية القيام بمجموعة من المهام الرقابية خارج هذا البرنامج شريطة إخبار الوزير⁽¹⁾.

ومن هنا فإن المفتشية العامة للمالية دورها شمولي فيما يخص الرقابة، أو من حيث الاختصاصات والمجالات، ويمكن القول إجمالا أن رقابة المفتشية تمتد إلى المظاهر المالية للدولة والجماعات المحلية والمقاولات العمومية وبعض الهيئات الخاضعة لوصاية الدولة. كما يجب التمييز بين موضوع الرقابة وشكلها، بحيث أن الموضوع غالبا ما يكون منصوص عليه بشكل حصري في القوانين والأنظمة السارية المفعول، أما أشكال الرقابة وكيفية ممارستها فيخضع للتغيير والتطورات التي يشهدها علم التدبير وعلم المالية مما أدى إلى استحداث تقنيات للرقابة كالتدقيق، مراقبة التسيير وتقييم السياسات العمومية.

كما تتولى مراقبة تسيير المحاسبين والتأكد من شرعية العمليات الحسابية المسجلة في حسابات الأمرين الخاصة بالمداخل والنفقات العمومية وكل متصرف الدولة، والقيام بافتحاص المشاريع العمومية الممولة من

¹-XAVIER PONS ; changer d'échelle ? « les inspections générales de l'éducation nationale face a la déconcentration du système scolaire » ; revue française de l'administration publique ; N° 155 ; décembre 2015, p . 649.

قبل الهيئات الأجنبية كالبنك الدولي للإعمار والتنمية، والبنك الإفريقي للتنمية، برنامج الأمم المتحدة، باستخدام مقترحات رقابية جديدة تتماشى والتغييرات الدولية والإقليمية

وتخضع تدخلات المفتشية العامة للمالية لبرنامج سنوي مصادق عليه من طرف وزير المالية، الذي يمكن أن تطرأ عليه بعض التعديلات على هذا البرنامج حسب المهام المستعجلة والطارئة.

وخلافا لأجهزة المراقبة الإدارية الأخرى، فإن هيئة التفتيش العام للمالية، لا يمكنها إلا استنتاج المخالفة وإخبار السلطة الرئاسية للجهة المراقبة ووزير المالية في حالة ثبوت وجود إخلال خطير، فضلا على اقتصر وانحصار سلطتها الجزئية في إثارة مسطرة تعليق نشاط المحاسب العمومي في حالة ما تبين لها خطورة الموظف دون أن يتمكن المفتش من تنفيذ العقوبة⁽¹⁾.

ثانيا: مراقبة الخزينة العامة للمملكة

تتمتع الخزينة العامة للملكة باختصاص عام فيما يخص تنفيذ عمليات الإنفاق، بحيث تنص المادة الأولى من مرسوم 13 فبراير 2006⁽²⁾، بان تلحق بالخزينة العامة للملكة أقسام ومصالح المراقبة العامة للالتزام بالنفقات، كما أن المادة الثانية من نفس المرسوم تنص على أن تسند للخازن العام للملكة الاختصاصات الموكولة للمراقب العام للالتزام بنفقات الدولة، على أن يستمر مراقبو الالتزام بالنفقات في ممارسة المهام الموكولة لهم طبقا للأنظمة الجاري بها العمل.

يتضح من خلال نص المرسوم على أن اختصاص المراقبة العامة للالتزام بالنفقات، تم إسنادها للخزينة العامة للملكة أي أن المسألة تتعلق بمزج بين المراقبة السابقة والموازية على تنفيذ النفقة العمومية. وبذلك أصبحت مصالح الخزينة العامة للملكة منذ بداية سنة (2005) تتخذ شكل مرفق الدولة المسير بصورة مستقلة.

بناء على ذلك تعتبر الخزينة العامة للملكة جهازا للمراقبة المالية تابع لوزارة المالية، فهي تقوم بمراقبة مالية سابقة على تنفيذ الميزانية الجماعية والعمومية، انطلاقا من السلطة التي يمارسها الخازن العام على محصلي

¹- معاد السيب، منظومة الرقابة المالية بالمغرب بين الإصلاح وتقوية الحكامة، بحث لنيل الماستر في القانون العام، جامعة عبد الملك السعدي، الكلية المتعددة التخصصات، تطوان، 2014/2015، ص. 23.

²- المرسوم رقم 2.06.52 الصادر في محرم 1427 (الموافق 13 فبراير 2006)، القاضي بإلحاق المراقبة العامة للالتزام بنفقات الدولة إلى الخزينة العامة للملكة وبتحويل اختصاصات المراقب العام للالتزام بنفقات الدولة إلى الخازن العام للملكة، الجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 فبراير 2006.

المالية الجهويين والإقليميين، وكذا على فباض الجماعات الترابية، وبذلك فإن الخزينة العامة للمملكة تعد من بين الأجهزة الرقابية التابعة لوزارة المالية والتي تحتل مكانة متميزة داخلها نظرا لطبيعة المهام المنوطة به⁽¹⁾.

وهذه الصفة يتولى الخازن العام للمملكة مراقبة التدبير المالي للقابض كما يقوم بتصفية حسابات المحاسبين قبل تقديمها للمجلس الأعلى للحسابات بواسطة تقرير يعده سنويا.

لذا فإدماج هذه المراقبة داخل الخزينة العامة للمملكة، وإسناد اختصاصات المراقب العام للخزينة العام، من شأنه أن يوحد الرؤى والأفكار ويحد من تعقد مساطر المراقبة القبلية والموازية على الإنفاق العام، حيث في السابق كان الأمر بالصرف قد يتيه بين اختلاف وجهات النظر بين جهازين ينتميان لمؤسسة واحدة وهي وزارة المالية. فقد توشّر المراقبة العامة للالتزام بالنفقات على مقترح الالتزام في حين يرفضه المحاسب العمومي لسبب من الأسباب، وهذا يتحول المحاسب العمومي من مراقب لأمر بالصرف إلى سلطة رئاسية أو رقابية للمراقب العمومي. وذلك بغض النظر عن الفكرة التي يكونها المتعامل مع الإدارة، والتي من شأنها أن تفقده الثقة في التعامل معها، مما قد ينشأ عنه تأثير سلبي على جودة الخدمات التي يؤديها للمصلحة العامة. خصوصا أن رفض الأداء من طرف المحاسب في بعض الحالات قد يعد مسألة إبراء ذمة المنظمة العمومية، وهذا ما تنص عليه المادة 30 من مرسوم 2008 المتعلق بنفقات الدولة والتي تنص على أنه يجب على المحاسب العمومي أن يرفض الامتثال لأوامر التسخير إذا كان إيقاف الأداء معللا بأحد الأسباب التالية:

* عدم وجود الاعتمادات أو عدم توفرها أو عدم كفايتها.

* عدم توفر الصفة الإبرائية للتسديد.

* عدم وجود التأشيرة القبلية للالتزام حينما تكون هذه التأشيرة مطلوبة.

بالإضافة إلى كون هذه الرقابة تسمح بحماية المال العام من التجاوزات والانحرافات، فإنها تمكن المحاسب العمومي من تحصين نفسه من المسؤولية المالية والشخصية التي قد تثار في حالة تنفيذه لأوامر دفع أو استخلاص غير مشروعة مما يؤدي إلى تحقيق الشفافية والحكامة المالية.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية ومتطلبات الحكامة

تقوم المحاكم المالية بمراقبة العمليات المالية، بهدف محاربة كل أشكال الاغتناء اللا مشروع والنهب الممنهج، وتفعيل الرغبة الملكية المتمثلة في المفهوم الجديد لسلطة، التي تستهدف ترشيد الإنفاق العمومي، إذ أنه من

¹- بنمير مهدي، الجماعات المحلية والممارسة المالية بالمغرب، سلسلة اللامركزية والجماعات المحلية، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، 1994، ص. 179.

البيديي القول بأن عدم وجود مراقبة صارمة من قبل المحاكم المالية، يؤدي إلى تفشي مظاهر التبذير والاختلال المالي، مما يؤثر على ثقة المواطنين بالمؤسسات، مما يكرس الوجه السلبي للإدارة العمومية⁽¹⁾.

ولا تخضع لرقابة المجلس الأعلى للحسابات، المؤسسات العامة غير الوطنية، إذ أن المجالس الجهوية للحسابات هي التي تختص بالرقابة على المؤسسات العامة الجهوية والمحلية، ولكن تخضع لرقابته الشركات أو المقاولات التي تملك فيها الدولة أو المؤسسات العمومية على انفراد أو بصفة مشتركة، بصفة مباشرة أو غير مباشرة أغلبية الأسهم في الرأسمال، أو سلطة مرجحة في اتخاذ القرار، أو تملك فيها الدولة أو المؤسسات العمومية بصفة مشتركة مع الجماعات الترابية بمقتضى عقد امتياز، أغلبية الأسهم في الرأسمال أو سلطة مرجحة في اتخاذ القرار، وهذا ما نص عليه القانون رقم 69.00 المتعلق بالمراقبة المالية للدولة على المؤسسات العامة وهيئات أخرى.

ويأتي حرص المحاكم المالية على النظر في الحسابات وتمحصيها، بهدف الحيلولة دون إهدار المال العام، وتقرير المسؤولية بالنسبة للأشخاص المكلفين بحمايته⁽²⁾، وقد أخضعت مدونة المحاكم المالية عملية التدقيق والبت في حسابات المحاسبين العموميين من قبل المجلس الأعلى للحسابات، لنفس الإجراءات المسطرية التي تنهجها المجالس الجهوية للحسابات في ممارسة هذا الاختصاص القضائي، وذلك من حيث ترتيب المسؤولية على كل من الأمر بالصرف والمراقب والمحاسبين، على العمليات التي أشروا عليها خلال الفترة التي مارسوا فيها مهامهم، وكذا كيفية الإدلاء بالحساب أو الوضعية المحاسبية⁽³⁾.

وبما أنه تم إشراك المحاكم المالية في مهمة البت والتدقيق في حسابات المحاسبين العموميين، يكون المشرع المغربي قد خطى خطوة مهمة نحو ضمان احترام التشريعات المالية والمحاسبية، وبالتالي حماية الأموال العمومية من الاختلاس ومن التسيير والتبذير السيئ، والحد من استعمال طرق احتيالية للاستيلاء على المال العام وتحقيق الشفافية والحكامة المالية.

كما تمارس المحاكم المالية، الرقابة في ميدان التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية، وهذا يمثل الوجه الثاني لرقابة المشروعية أو الملاءمة، إذ أن محكمة التأديب هي الضامن الطبيعي للصالح العام في الميدان

¹- محمد سالم الصبتي، "المفهوم الجديد للسلطة، الإطار العام والأبعاد"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، الطبعة الأولى، 2001، ص. 25.

²- محمد براو، الوجيز في شرح قانون المحاكم المالية، مساهمة في التأصيل الفقهي للرقابة القضائية على المال العام، مطبعة طوب بريس، الرباط، الطبعة الأولى، غشت 2004، ص. 95.

³- المادتين 127 و128 من مدونة المحاكم المالية.

المالي⁽¹⁾، وهذا النوع من المراقبة يبرز خصوصية تجربة المحاكم المالية بالمغرب، فهي تمارس اختصاصا قضائيا مزدوجا، يتجلى في توليها ممارسة الرقابة على المحاسبين العموميين والأميرين بالصرف في آن واحد⁽²⁾.

كما تمارس المحاكم المالية مهمة قضائية في ميدان التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية بالنسبة لكل مسؤول أو موظف أو عون بأحد الأجهزة الخاضعة لرقابة المجلس الأعلى للحسابات أو رقابة المجالس الجهوية للحسابات، كل في مجال تخصصه⁽³⁾.

وحسب المادتين 54 و56 من مدونة المحاكم المالية، فالولاية التأديبية للمحاكم المالية تشمل كل من الأميرين بالصرف أو الأميرين بالصرف المساعدين، أو أي مسؤول أو موظف يعمل تحت مسؤوليتهم، وكذا كل محاسب عمومي أو موظف أو عون يوجد تحت إمرته أو يعمل لحسابه، ويضاف إلى هؤلاء الأمرين بالصرف بالجماعات الترابية وهيئاتها، أو بأحد المؤسسات العمومية الخاضعة لوصايتها أو الشركات والمقاولات المشتركة فيها، وكذا الوالي والعامل في الحالات التي يعملان فيها، باعتبارهم أميرين بالصرف لجماعة ترابية أو هيئة تابعة لها.

ذهب المشرع نحو توسيع لائحة الأجهزة والأشخاص وقائمة المخالفات الخاضعة للولاية التأديبية للمحاكم المالية، في الأمور المرتبطة بالميزانية والشؤون المالية، وكذا توضيح المسؤوليات داخل هذه الأجهزة بشكل مدقق، وربط هذه المسؤوليات بالمحاسبة.

كما تشكل الغرامات المالية، الآلية الوحيدة التي تملكها المحاكم المالية بهدف الزجر بها وفقا للمقتضيات القانونية المنظمة لها، وهكذا فهي تصدر غرامات أو عقوبات مالية أو مادية في إطار الرقابة القضائية في ميدان التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية، في حالة ثبوت المخالفات المنصوص عليها في القانون المتعلق بمدونة المحاكم المالية⁽⁴⁾، وتكرس هذه النصوص مجالا يتراوح بين 1000 درهم، وأربع مرات مبلغ المرتب السنوي الصافي، مع إرجاع -عند الاقتضاء- المبالغ المعادلة للخسارة.

ولعل الهدف الأساسي من إقرار غرامات تصاعديّة في مدونة المحاكم المالية في ظل قانون 62.99، مقارنة مع القانون 79.12 هو جعل نظام الجزاءات كنظام ردعي، يتصدى لكل ما من شأنه أن يساهم من بعيد أو قريب بالتلاعب بالمال العام.

¹-Michel LASCOMBE ; « Xavier Vandendriesseche », revue de trésor ; n° 1, janvier 2006 ; p 37.

²-Mohamed RACHIDI ; « La cour régionale des comptes outil de transparence de la vie locale », mémoire pour l'obtention de D.E.S.A en science économiques, faculté de droit Mohamed 1^{er}, Oujda, année 2000-2001 ; p. 46.

³- إبراهيم جافي، الإنفاق العمومي بين التنفيذ والمراقبة وخصوصيات وزارة المالية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998-1999، ص 105..

⁴- المواد من 45 إلى 56 من مدونة المحاكم المالية.

ويتضح أن المحاكم المالية أضحت تعمل على ترسيخ مبادئ الترشيد والشفافية، من خلال الاستجابة للمعايير الدولية، عن طريق الأخذ بتوصيات وقرارات المنظمات العليا للرقابة المالية، كأخذ مبادئ الحكامة الجيدة، وهو الأمر الذي يبرز جليا في تثبيت ثقافة المساءلة والمحاسبة، وذلك بالنظر لأهمية الأموال العامة في تحقيق تقدم ورخاء المجتمعات البشرية من عدمها، لأن غياب مثل هذه الثقافة ستؤدي إلى سيادة ظاهرة الفساد المالي والنهب والاختلاس من أجل تحقيق الحكامة الجيدة⁽¹⁾.

إلا أن الدور الرقابي لهذه الأجهزة لازال يعاني من مجموعة من المعوقات والإكراهات التي تحد من الفعالية الرقابية

المطلب الثاني: حدود مراقبة المالية العمومية

تعاني أغلب أجهزة المراقبة خاصة المفتشية العامة والمحاكم المالية من مجموعة من الإكراهات التي تعيق عملها، وبالتالي إخفاقها في تعزيز الشفافية والحفاظ على المال العام وتحقيق الحكامة الرشيدة (الفرع الأول)، مما يستوجب تفعيل دورها الرقابي⁽²⁾ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحدود الذاتية والموضوعية

سنحاول أن نتطرق إلى الإكراهات التي تعاني منها أجهزة المراقبة الداخلية من خلال المفتشية العامة كنموذج (أولا) فضلا عن الصعوبات والحدود التي تعاني منها المحاكم المالية (ثانيا).

أولا: المفتشية العامة للمالية

يمكن رصد أهم جوانب الضعف ونقص الفعالية بالنسبة لهذه الأجهزة في مجموعة من الأمور كغياب تصور قانوني موحد لاختصاصاتها، بحيث أنه لا يوجد نص قانوني واضح يحدد مهام هذه الهيئات أو يبين وضعية المفتشين العاملين بها باستثناء ما يرد من عناصر عامة في النصوص التنظيمية بما فيها المراسيم المنظمة لاختصاصات وزارة المالية التابعة لها المفتشية العامة رغم وجود ظهير شريف ينظمها، كما أن هذه الهيئة لا اختصاص لها في ممارسة المراقبة والتقييم، غياب الاستراتيجية الواضحة في المراقبة والمساءلة⁽³⁾.

¹- يعي ربيعي، الشفافية المالية، المحاكم المالية نموذجا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، وحدة التكوين والبحث الإدارية والتنمية، كلية الحقوق، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2006-2007، ص. 68.

²- أحمد الأكحل، 'المفتشية العامة لوزارة العدل والحريات، من الرقابة الجزرية إلى الرقابة التقييمية'، منشور بالمجلة المغربية للإدارة والعلوم الإدارية، العدد الأول، سنة 2016، ص 71.

³- كريمة الكونوني، التدقيق والاستشارة بالوحدات الإدارية - الجماعات الترابية نموذجا- أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، طنجة، السنة 2013/2014، ص. 111.

إضافة إلى ضعف المكون البشري، كما تعاني من غياب السلطة الزجرية تجاه الإدارات والأشخاص الخاضعين للتفتيش، بحيث تكفي هذه المفتشية بعرض النتائج المتوصل إليها على الوزير. إضافة إلى الصعوبات المادية المتعلقة بالاعتماد على المالية الضئيلة المخصصة لمهام التفتيش خصوصا الخارجية منها بالنظر إلى محدودية وسائل التنقل والحواجز المادية مما يضعف وظيفتها الرقابية. كما أن المفتشيات العامة لا تتمتع بالاستقلالية الكاملة وتتبع مباشرة إلى الوزير، وبالتالي فإن العمليات التقييمية والرقابية التي تقوم بها لا تتحكم فيها بعد نشرها للتقارير التي تنجزها وترسلها إلى الوزير الذي يملك السلطة التقديرية في المتابعة من عدمه. كما أن المفتشية العامة للمالية ركزت ومنذ إحداثها على تكوين الأطر وتخرج المفتشين أكثر من اهتمامها بالرقابة والتتبع، كما تعمل هذه الهيئة بنصوص قديمة بحيث تجاوز على القانون المنظم لها ما يزيد عن نصف قرن.

إلا أن دورها الميداني لا زال في حاجة إلى تطوير وتحديث خاصة فيما يتعلق بتفعيل نصوصها القانونية وتحيينها وتوضيح مجالات تدخلها ودورها الفعلي⁽¹⁾.

كما أن الدور الفعال الذي تلعبه المفتشية العامة لا يمكن إغفال أهميته من الناحية القانونية، وأن اختصاصاتها تشمل جوانب التسيير والتدبير المالي. ورغم ذلك فواقعها يبين أنها تعاني من جمود تام مما يجعل رقابتها تفتقد إلى الفعالية، بالإضافة إلى مجموعة من الحدود والإشكالات التي تحول دون أن تكون هذه الهيئة إحدى أهم الهيئات الرقابية العليا على المالية العمومية للهيئات والمؤسسات العمومية والقطاع العام.

وعموما بالرغم من أن المفتشية العامة للمالية تتمتع بسلطات واسعة في مجال التفتيش على كل الإدارات والمصالح العمومية، فإن دورها ظل يقتصر على القيام ببعض عمليات المراقبة لبعض المصالح التابعة لوزارة المالية وبعض المؤسسات العمومية دون أن يمتد ليشمل كافة مجالات النشاط العمومي، إذ لاتزال وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية غير خاضعة لرقابة المفتشية⁽²⁾.

ثانيا: محدودية عمل المحاكم المالية

تعاني المحاكم المالية من مجموعة من الإكراهات خصوص في الحدود القانونية و تضخم المهام والاختصاصات المنوطة بالمجلس الأعلى والمجلس الجهوية للحسابات، فهما يجمعان بين الاختصاصات القضائية والإدارية والتأديبية. فالمجال الرقابي لهذه الهيئات هو مجال موسع من الناحية القانونية، بحيث أنه يغطي مختلف أوجه التدبير المالي. مما أثر بشكل سلبي على طبيعة الرقابة وفعاليتها، وحد من قدرة المحاكم

¹- عبد اللطيف بروحو، ميزانية الجماعات المحلية بين واقع الرقابة ومتطلبات التنمية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، طنجة، السنة 2008/2009، ص. 33.

²- محمد سكلي، التدبير المالي العمومي ومتطلبات الحكامة المالية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط، اكدال، السنة 2012/2013، ص. 365.

المالية على تتبع كل مظاهر التدبير المالي للأجهزة المعنية، وأضحت المحاكم المالية تمارس رقابة عشوائية للعديد من القطاعات دون مراعاة التخصص والتناسب فيما بينها على مستوى الغرف.

وإلى جانب تعدد المهام المنوطة بالمجلس الأعلى للحسابات وعدم التحديد الدقيق لاختصاصاته ومهامه، هناك الدسترة المتأخرة للمجلس الأعلى للحسابات والتي ساهمت في الأخرى في عدم تفعيل أدائه الرقابي، بحيث أن هذا المجلس همش لزمّن طويل من طرف الجهاز التنفيذي ولم يكن يعمل باستقلال عضوي أو وظيفي عن السلطة التنفيذية، مما أثر على حصيلة تراكماته السابقة وحد من قدرته على ممارسة حقيقية لاختصاصاته. كما أثرت بعض العوامل السياسية والإدارية بشكل كبير على السير العادي لأجهزة الرقابة على المال العام، خاصة في البلدان النامية، نظرا لتداخل وتشابك المصالح داخل مختلف أجهزة الدولة والفاعلين السياسيين في مجال صناعة القرار المالي.

وهذه الإكراهات ساهمت في إضعاف مهمة الرقابة التي تمارسها المحاكم المالية بالمغرب خاصة في أداء كل من المجلس الأعلى والمجالس الجهوية للحسابات.

فالعوامل الموضوعية أو المحيط العام للمجال الرقابي والمتمثلة في العوامل السياسية والثقافية والإدارية والاقتصادية تؤثر في منظومة الرقابة المالية⁽¹⁾.

إن للفاعل السياسي والإداري حساسية كبيرة اتجاه أجهزة الرقابة المالية بحيث أن هذه الأخيرة همشت لعقود طويلة من طرف صانع القرار السياسي بالمغرب.

فتقويم السياسات العامة ظل نشاطا سياسيا بامتياز⁽²⁾، وبالتالي فالتسييس المبالغ فيه للتسيير الإداري والمالي كرسه التبعية العضوية والوظيفية للأجهزة الإدارية والرقابية لصحاب السلطة، هذه التبعية لها عواقب وخيمة على منظومة الجهاز الرقابي وآليات اشتغاله.

وعلى هذا الأساس نجد الخصائص العامة المميزة لنمط التسيير الإداري بالمغرب والاختلالات الكبيرة التي تعرفها الإدارة المغربية من سيادة لمظاهر البيروقراطية والزنونية والرشوة والمحسوبية والوساطة والفساد الإداري بوجه عام، وهذا ما يعرقل التقويم الفعال والمراقبة الناجعة والفعالة للأجهزة المختصة، بل يمكن القول إن العديد من المؤسسات والنفوذ الذي يتمتع به مدراءها هو المقصود بهذا التحصين. إن النظام الإداري المغربي هو نظام بيروقراطي بامتياز، يكرس النظرة الأحادية للسلطة⁽³⁾، والنمط المركزي الغامض والمنفصل

¹ - أحمدودش مدني. المحاكم المالية بالمغرب، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الأولى، 2003، ص. 363.

² - نفس المرجع، ص. 364.

³ - عبد الحافظ أدمينو، البيروقراطية الإدارية بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، أكادال الرباط، 2002/2001.

عن الإطار المجتمعي الذي ينتهي إليه بالرغم من سعي المغرب منذ الاستقلال إلى الاتجاه نحو تكريس اللامركزية الإدارية، ونهج سياسة القرب. لكن سياسة اللامركزية ظلت محدودة وعجزت عن تجاوز المنظومة البيروقراطية للإدارة، المتسمة بالغموض والإبهام، وكان التواصل مع العموم محدود جدا، كما أن الخطاب الإصلاحى يخفي تصورات متناقضة للإدارة ومستقبلها.

وبالرغم من اتخاذ السلطات العمومية لمجموعة من المبادرات لإصلاح الإدارة المغربية ومكافحة الفساد، وتكريس الشفافية والحكامة في التدبير الإداري والمالي، إلا أن جل هذه المحاولات باءت بالفشل وانعكس ذلك جليا على المستوى التنموي ونمط عيش المواطن.

ويمكن القول الآن أن هناك إرادة سياسة حقيقية لمحاربة هذه الظواهر لدى الحكومة الجديدة، ويتجلى ذلك في خطاباتها السياسية وبرامجها الحكومي المعلن عنه، صحيح أن هذا ليس بالأمر السهل لكن يجب أن يتم هذا الإصلاح بتدرج وبمراحل، تنزيل لبنود الدستور الجديد على أرض الواقع، وتكريس لمبادئ الحكامة الجيدة والتدبير الأمثل للشأن العام.

إن النقص في الموارد البشرية الذي عرفته المحاكم المالية سواء بالنسبة للمجلس الأعلى أو المجالس الجهوية للحسابات أدى إلى قصور التجربة الرقابية لهذه الهيئة.

ورغم المجهودات التي بذلت في سبيل تعزيز المحاكم المالية بموارد بشرية مهمة ومضاعفة عددها، إلا أنه ما زالت هذه الهيئات تفتقر إلى الأطر البشرية ذات الكفاءة العالية في المجال المالي والاقتصادي والمحاسباتي وجانب التدقيق والاستشارة، والجدير بالذكر أنه في التشريعات الرقابية المقارنة الأجنبية والعربية، فقد تم تجاوز الضعف الكمي لهذه الموارد.

وهذا الضعف راجع بالأساس إلى عدم قدرة هذه المحاكم على استقطاب أطر جديدة متنوعة التخصص، فضلا عن غياب الشفافية في التوظيف.

الفرع الثاني: تفعيل أنظمة المراقبة الداخلية والخارجية

إن من بين الإجراءات المصاحبة لتعزيز آليات الحكامة الجيدة في التدبير المالي، تطوير آليات المراقبة الداخلية من أجل تتبع وتقييم العمل العمومي، والوقوف على مظاهر القوة لتعزيزها وكذا مظاهر الضعف لتجاوزها⁽¹⁾. مما يجعل بعض الهيئات كالجماعات الترابية إلى اعتماد أنظمة المراقبة الداخلية من أجل التحكم

¹ - سعيد الميري، التدبير الاقتصادي للجماعات المحلية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط، السويبي، السنة 2006/2007، ص. 555.

في محيط أصبح أكثر تعقيدا ومن استغلال الموارد المالية التي أصبحت أكثر ندرة استغلالا الأمثل، كما يمكن شرح وتبرير السياسات العمومية المعتمدة لمواطنين أصبحوا أكثر متابعة للشأن العام المحلي واهتماما له⁽¹⁾.

وتهدف أنظمة المراقبة الداخلية إلى تحليل الأخطار المرتبطة بتسيير الوحدات الإدارية والجماعات الترابية، وهذه الأخطار إما ذات طبيعة عامة بحيث يمكن اعتبارها ملازمة لكل تسيير إداري، أو ذات طبيعة خاصة بكل هيئة، وتمثل الأخطار العامة .

وتواجه إرساء أنظمة المراقبة الداخلية العديد من الصعوبات منها ما هو ذو طبيعة سياسية واجتماعية ومنها ما هو ذو طبيعة تقنية⁽²⁾.

وإذا كانت المراقبة الداخلية عبارة عن منهجية للعمل أكثر منها وظيفة، فإن العديد من الوحدات الإدارية الفرنسية، وعيا منها بالأخطار المتعددة الناتجة عن اتساع مجال تدخلها وتنوع القطاعات التي تدخل في مجال اختصاصها وأهمية المبالغ التي تنصرف فيها وتعدد تنظيمها الإداري، قامت بخلق مصالح مختصة في المراقبة الداخلية خاصة في الجوانب القانونية، إذ تتوفر أغلبية الجهات والمحافظات والمدن الكبرى على مصالح قانونية مستقلة، وإن كان دور أغلب هذه المصالح ينحصر في معالجة وتتبع المنازعات القانونية والقليل منها فقط يتدخل في مرحلة إعداد القرارات⁽³⁾.

كما أصبح التدبير المحلي في الدول المتقدمة يقوم على الاحترافية، من قبيل الوظائف الجديدة التي ظهرت مع الهيكل التنظيمي organigramme، مثل التدقيق الداخلي، ومراقبة التسيير... وغيرها من الآليات التي تجعل من الوحدات الإدارية والجماعات مقاولة بامتياز لتجاوز تلك المعوقات والحدود الرقابية.

ومن بين الإجراءات المصاحبة التي تكفل تدبيرا ماليا سليما، وضع محددات لمراقبة داخلية من أجل تتبع وتقييم العمل المحلي ككل، من حيث معرفة مظاهر القوة لتعزيزها، وكذا مظاهر الضعف لتجاوزها⁽⁴⁾. وفي هذا الإطار، فإن هناك العديد من الآليات الحديثة التي تسمح بالتحكم في عملية التدبير المالي المحلي، كمراقبة التسيير (le contrôle de gestion)، التي تعتبر آلية رقابية حديثة تتوخى تقييم وتقويم مناهج داخل المنظمات،

¹-Serge Barichard , une expérience concrète de mise en place d'un contrôle interne : « contrôle interne et contrôle externe dans les collectivités territoriales » étude des juridictions financières, les éditions du journal officiel, paris ; 1997, p. 55.

²- محمد مجيدي، الجهة بالمغرب البنية ووسائل العمل، دبلوم لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط، السوسي، ص 180.

Mohamed Brahim : « de l'efficacité des contrôles exercés sur les collectivités locales » REMALD, avril- juin 1998, p 41.

³ -Sara El IDRISSEI Nadir: « L'audit dans les collectives territoriales, cas de la commune urbaine de Ribat el Kheir » licence fondamentale en économie et gestion, faculté de science juridique, économiques et sociales, Université Sidi Mohamed ben Abdellah Maroc 2011 , p. 8.

⁴- سعيد الميري، مرجع سابق، ص 541.

بواسطة اقتراح الإجراءات التصحيحية على المسؤولين، قصد تحقيق الأهداف المعلنة، وهو ما يجعل منها مراقبة مندمجة في التسيير وليست خارجة عنه⁽¹⁾.

وتكتسي مراقبة التسيير أهمية بالغة في التدبير، لكونها مبادرة داخلية، أي أن الأجهزة الإدارية لها سلطة القرار في الاستعانة بها في تحديث وسائل عملها، نظرا للمزايا الكثيرة التي تقدمها مراقبة التسيير للرفع من جودة الأداء.⁽²⁾

فمراقبة التسيير هي تلك العملية التي تسمح بالتأكد من استعمال الموارد المالية والبشرية للمؤسسة استعمالا عقلانيا وفعالا، وكذلك تدارك الانحرافات غير المسموح بها من أجل تحقيق الأهداف، وذلك باستخدام مختلف التقنيات والوسائل الكمية والكيفية، وبالتالي فدورها هو إعطاء المسؤولين داخل المؤسسة الوسائل لقيادتها، واتخاذ القرارات، وكذا ضمان مستقبلها. وفي هذا السياق، فخطاب الجماعة المقاوله يتم فصل مع هذه الآلية، التي تمكن من معرفة مظاهر القصور والانحرافات داخل الوحدة الإدارية، وكذا تمكن من قياس الفوارق بين النتائج المحصل عليها وتلك المنتظرة، ومقارنة الوسائل بالأهداف.

وإجمالاً يمكن القول، إن مراقبة التسيير هي آلية مهمة للترقي بالعمل الداخلي للمنظمة إلى مستوى التدبير المقاولاتي، وبالتالي الحصول على نتائج جد مرضية تعكس بدورها تحسن وضعية الجماعة الترابية والسكان معا⁽³⁾:

وتعتمد مراقبة التسيير على بعض الأدوات الموازية لتحقيق أهدافها، ومن بينها على وجه الخصوص المحاسبة التحليلية "la comptabilité analytique"⁽⁴⁾، ولوحة القيادة "le tableau de bord"⁽⁵⁾، بالنسبة للأداة الأولى (المحاسبة التحليلية) فهي تمكن من تجميع وتحليل بيانات التكاليف وتوزيع المصروفات، من أجل تحديد ثمن تكلفة المنتجات أو الخدمات، وتقديم معلومات دقيقة إلى إدارة المؤسسة⁽⁶⁾.

¹- محمود حيمود، إشكالية تقييم التدبير المحلي مقارنة نقدية على ضوء التوجهات الرقابية الحديثة"، ص. 229.

²- نفس المرجع، ص. 232.

³- سعيد الميري، مرجع سابق، ص. 542.

⁴- Aline Ledoux, la comptabilité analytique des collectivités locales, mémoire management du secteur public, université Lyon ; France 1999, p. 37.

⁵- Voir Kapisa R.S et Norton ; D.P « le tableau de Bord prospectif, pilotage stratégique : les quatre axes du succès » ; les éditions d'organisation, 1998, p. 105.

⁶- محمد بلهموش، التدخلات الاقتصادية للجماعات المحلية تقييم تجربة المجلس الجماعي للقنيطرة، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، وحدة لتكوين والبحث: تدبير الشن العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويدي، الرباط، السنة الجامعية 2007-2008، ص. 132.

فدور الجماعات الترابية، لا يستقيم إلا بتبني أداة المحاسبة التحليلية، لأن من شأن تطبيقها والاستعانة بها تسهيل مأمورية الأدوار الجديدة التي تسعى إليها الجماعات المحلية ببلادنا، نظرا للإيجابيات التي تقدمها، ابتداء من معرفة تكاليف ووظائف المؤسسة، وتحديد سعر تكلفة المنتجات والخدمات، ووصولاً إلى اتخاذ القرارات الصائبة. فهذه الإجراءات تمكن في تحقيق المصلحة العامة في أدق وأجود صورها، كما تعمل أيضا على تخليق الحياة العامة المحلية وترشيد النفقات العمومية⁽¹⁾.

وتتجلى أيضا أهمية المحاسبة التحليلية في مجال التدبير المحلي، في التطور الذي انتقل بالجماعة من الإطار إلى الإطار الاقتصادي، الذي ساهم إلى حد كبير في إنعاش التنمية المحلية، من خلال خوض غمار المنافسة والاضطلاع بدور الجماعة المقاولة⁽²⁾.

وإلى جانب المحاسبة التحليلية، هناك تقنية مماثلة لا تقل أهمية عنها، وهي لوحة القيادة (le tableau de bord)، التي تسمح بمتابعة المنجزات وتزويد المسؤول أو صاحب القرار بمجموعة من المعلومات، تساعد في مهامه المتمثلة في تأمين التطابق الفعلي بين الإنجازات والأهداف المحددة سلفا⁽³⁾.

وبذلك، فإن لوحة القيادة في أداء الانتقاء الإجراءات التصحيحية، عبر الكشف عن الفوارق القابلة للقياس، والتحكم في الكلفة ومتابعة النشاط المنجز، وتكييف الوسائل مع الأهداف، والبحث كذلك عن استعمال القدرات الغير الموظفة والتنسيق بين المصالح، أي أنها عبارة عن نظام للمعلومات، يمكن بواسطته التعرف بشكل مستمر وفي وقت وجيز على المعطيات الضرورية لتتبع السير الجيد أو السيء على المدى القصير للمؤسسة⁽⁴⁾.

وإجمالا يمكن القول، بأن الآليات التدييرية الحديثة لم تعد حكرا على القطاع الخاص، بل إن نجاحها كان دافعا ومحفزا لإدخالها إلى القطاع العمومي، وبفضل ذلك لم يعد هناك حدود بين ما هو عام وخاص⁽⁵⁾، بحيث تسعف في تجاوز بعض الإشكاليات التي يطرحها التسيير الداخلي.

وبالإضافة إلى مراقبة التسيير، هناك آلية أخرى لا تقل أهمية عنها هي آلية التدقيق الداخلي، الذي تعتبر من الركائز الأساسية للتدبير العمومي، تتأكد إيجابياتها من خلال تحكمها في الجوانب المالية والمحاسبية أو التنظيمية للهيئات العمومية كما يجب تفعيل الأجهزة الرقابية وتعزيز استقلاليتها لتمكن من المحافظة على

¹- سعيد المبري، مرجع سابق، ص 543.

²- نعيمة لموني، القابض الجماعي وإشكالية الرقابة على تنفيذ الميزانية الجماعية بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2003-2004، ص. 345.

³- محمد بلهموش، مرجع سابق، ص 132.

⁴- نفس المرجع، ص. 134.

المال العام وتحقيق الحكامة المفقودة، إذ يتم تطبيق تلك المقترحات الحديثة لتفعيل المراقبة المالية بعدما نجحت بشكل كبير في القطاع الخاص.

خاتمة

يتضح ان الخلل الذي تعاني منه الرقابة المالية الذي يعيق تحقيق الحكامة المنشودة والحفاظ على المال العام، هو خلل ذاتي وموضوعي بحيث يتفاعل العنصران معا، وبالتالي لا يمكن إرجاع الإكراهات والحدود التي تعيق تحقيق الحكامة الرشيدة إلى الأجهزة العليا للرقابة المالية اوالى الأنظمة والقوانين المنظمة لها، بل يتعداه ويتأثر بشكل أو بآخر بالبيئة والنظام الإداري الذي تتم فيه هذه الرقابة، المثقل بمجموعة من العوامل الثقافية والسياسية، فضلا عن اعتمادها على علاقات تسوده الزبونية والمحسوبية التي تعتبر معقدة تنظمها مجموعة من المفاهيم التقليدية.

إضافة إلى اقتصار الرقابة المالية على الجانب التقليدي المتمثل في مراقبة المشروعية والملائمة مہمشة مجموعة من العوامل الأخرى ذات الأهمية كالعنصر البشري والتنظيمي والاستراتيجي.

وبالتالي لابد من التفكير في تجاوز المقترحات التقليدية لتكييف التقنيات الحديثة في الرقابة المالية، خصوصا مراقبة التسيير، التدقيق، تقييم السياسات العمومية إلى جانب تفعيل مراقبة الأداء المعتمدة على النتائج بدل الوسائل من اجل الحفاظ على المال العام وتحقيق الحكامة الرشيدة المفقودة.

لائحة المراجع :

أولا: بالعربية

- إبراهيم جافي، الإنفاق العمومي بين التنفيذ والمراقبة وخصوصيات وزارة المالية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998-1999.
- أبو العرب عبد النبي، « مفهوم وآليات الحكامة في الدستور الجديد »، جريدة المساء، العدد 1764/25 ماي 2012.
- أحمديدوش مدني، المحاكم المالية بالمغرب، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الأولى، 2003.
- بنميرمهدي، الجماعات المحلية والممارسة المالية بالمغرب، سلسلة اللامركزية والجماعات المحلية، مطبعة الوراق الوطنية، مراكش، 1994.

- حليلة الهادف، التدبير العمومي المحلي وإشكالية التحديث، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق اكدال، الرباط، السنة 2011-2012.
- سامح فوزي، «الحكام» ، مجلة أساس المفاهيم العلمية للمعرفة، العدد 10، 2005.
- سعيد الميري، التدبير الاقتصادي للجماعات المحلية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط، السويسي، السنة 2006/2007.
- عبد الحافظ أدمينو، البيروقراطية الإدارية بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق اكدال الرباط 2001/2002.
- عبد اللطيف بروحو، ميزانية الجماعات المحلية بين واقع الرقابة ومتطلبات التنمية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، طنجة، السنة 2008/2009.
- كريمة الكنوني، التدقيق والاستشارة بالوحدات الإدارية -الجماعات الترابية نموذجاً- أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، طنجة، السنة 2013/2014.
- محمد براو، الوجيز في شرح قانون المحاكم المالية، مساهمة في التأصيل الفقهي للرقابة القضائية على المال العام، مطبعة طوب بريس، الرباط، الطبعة الأولى، غشت 2004.
- محمود حيمود، إشكالية تقييم التدبير المحلي مقارنة نقدية على ضوء التوجهات الرقابية الحديثة.
- محمد سالم الصبتي، "المفهوم الجديد للسلطة، الإطار العام والأبعاد"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، الطبعة الأولى، 2001.
- محمد سلكي، التدبير المالي العمومي ومتطلبات الحكامة المالية ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط، اكدال، السنة 2012/2013.
- محمد مجيدي، الجهة بالمغرب البنية ووسائل العمل، دبلوم لنيل دبلوم الدراسات العليا المعقدة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط، السويسي ، السنة 1998/1999.
- معاد السبيب، منظومة الرقابة المالية بالمغرب بين الإصلاح وتقوية الحكامة، بحث لنيل الماستر في القانون العام، جامعة عبد الملك السعدي، الكلية المتعددة التخصصات، تطوان، 2014/2015.
- نعيمة لموين، القابض الجماعي وإشكالية الرقابة على تنفيذ الميزانية الجماعية بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2003-2004.
- يحي ربيعي، الشفافية المالية: المحاكم المالية نموذجاً، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعقدة في القانون العام، وحدة التكوين والبحث: الإدارة والتنمية، كلية الحقوق جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2006-2007..

- محمد بلهموش، التدخلات الاقتصادية للجماعات المحلية تقييم تجربة المجلس الجماعي للقيطرة، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، وحدة لتكوين والبحث: تدبير الشن العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، الرباط، السنة الجامعية 2007-2008.

ثانياً: بالفرنسية

- Aline Ledoux, la comptabilité analytique des collectivités locales, mémoire management du secteur public , université Lyon ; France 1999 .
- Kapisa R.S et Norton, D.P « le tableau de Bord prospectif, pilotage stratégique : les quatre axes du succès » ; les éditions d'organisation, 1998.
- Michel LASCOMBE,« Xavier Vandendriesseche » , revue de trésor , n° 1, janvier 2006 .
- -Mohamed Brahim: « de l'efficacité des contrôles exercés sur les collectivités locales » REMALD, avril- juin 1998..
- Mohamed RACHIDI, La cour régionale des comptes outil de transparence de la vie locale, mémoire pour l'obtention de D.E.S.A en science économiques, faculté de droit Mohamed 1^{er}, Oujda, année 2000-2001.
- Sara El IDRISSE Nadir, L'audit dans les collectives territoriales, cas de la commune urbaine de Ribat el Kheir, licence fondamentale en économie et gestion, faculté de science juridique, économiques et sociales, Université Sidi Mohamed ben Abdellah Maroc 2011.
- Serge Barichard ; une expérience concrète de mise en place d'un contrôle interne, contrôle interne et contrôle externe dans les collectivités territoriales, étude des juridictions financières, les éditions du journal officiel, paris ; 1997, p 55.
- XAVIER PONS, changer d'échelle ? « Les inspections générales de l'éducation nationale face à la déconcentration du système scolaire » ; revue française de l'administration publique ; N° 155 ; décembre 2015.

التسوية الودية لنزاعات العمل الفردية عن طريق الصلح التمهيدي دراسة في ضوء مدونة الشغل المغربية
Amicable settlement of individual labour disputes through preliminary reconciliation in Moroccan Labor code

نضال مصطفى محمد غيث، طالب باحث بسلك الدكتوراه في العلوم القانونية، جامعة محمد

الخامس/ كلية الحقوق أجدال/ الرباط/ المملكة المغربية

Nidal Mohammed GHATH, Mohammed 5 University, Morocco.

Abstract:

This study examines the settlement of individual labour disputes arising between the employer and the employee through preliminary conciliation in Moroccan social legislation, as one of the friendly means that enables the two parties to resolve their dispute without resorting to the courts, by talking about the general provisions regulating this mechanism, as well as how to apply it and its effects. Perhaps one of the most prominent findings of this study is the importance of preliminary reconciliation and its effective role in settling labour disputes in an effective manner that ensures the wage earner can quickly obtain his rights, and social courts avoid the accumulation of files presented to them.

Key words: individual labour disputes, friendly settlement, workers' rights, Social legislator, Labour inspector

ملخص:

تبحث هذه الدراسة في تسوية النزاعات العمالية الفردية الناشئة بين المشغل والأجير عن طريق الصلح التمهيدي في التشريع الاجتماعي المغربي، كإحدى الوسائل الودية التي تمكن طرفيها من حل نزاعهم دون اللجوء إلى المحاكم، وذلك من خلال الحديث عن الأحكام العامة الناظمة لهذه الآلية، وكذا كيفية تطبيقها والآثار القانونية الناجمة عنها، ولعل من أبرز ما خلصت إليه هذه الدراسة هو أهمية الصلح التمهيدي ودوره الفعال في تسوية النزاعات العمالية بطريقة فعالة تضمن للأجير سرعة الحصول على حقوقه، وتجنب المحاكم الاجتماعية تراكم الملفات المعروضة أمامها.

الكلمات المفتاحية: نزاعات الشغل الفردية، التسوية الودية، حقوق الأجراء، المشرع الاجتماعي، مفتش الشغل.

➤ مقدمة

لاشك أن الأجراء باعتبارهم قوة بشرية منتجة، يسهمون في تطوير المقاولاة والرفع من إنتاجيتها وقدرتها التنافسية، مما ينعكس مباشرة على ازدهار الاقتصاد الوطني. لذا؛ وجب الاهتمام بهذه الشريحة من المجتمع، والسهل على تحصيل حقوقها المادية والمعنوية.

ومن المعلوم أن الصلح يكتسي أهمية بالغة في كونه ينهي النزاع بين أطرافه بحلول جيدة وفي أسرع الآجال، وبتكاليف أقل، كما يحافظ على العلاقات الاجتماعية ويرسخ ثقافة الحوار والتسامح¹.

إن الصيرورة التاريخية للصلح بدأت في المغرب منذ قرون عديدة قبل الفتح الإسلامي، إذ اعتمد سكان المغرب الأولون على عاداتهم وأعرافهم لتنظيم حياتهم الاجتماعية، ونظرا لتنوع هذه الأعراف والتقاليد بتنوع القبائل والأجناس، وتعدد المناطق الجغرافية، فإن الصلح كان ضروريا لحل النزاعات التي تنشأ ليس فقط بين أبناء القبيلة الواحدة فحسب، بل وإنما تلك التي تنشأ بينها وبين قبائل أخرى مجاورة لها.

أما على مستوى التنظيم القانوني للصلح العمالي في التشريع المغربي، فقد ظهر في بادئ الأمر في ظل مقتضيات قانون الالتزامات والعقود المغربي لسنة 1913 في الفصول (1089 - 1116)، لكن طغيان الطابع الليبرالي على القواعد الواردة في الفصول المشار إليها أنفا، وما ترتب عن ذلك من انعكاسات سلبية على وضعية الأجير نتيجة العلاقة غير المتوازنة مع صاحب العمل. دفع بالمشرع الاجتماعي المغربي إلى سن مقتضيات هادفة بالأساس لتكريس الحماية اللازمة للأجير كطرف ضعيف في إطار العلاقة التعاقدية التي تربطه بصاحب العمل.

¹ محمد سلام، أهمية الصلح في النظام القضائي المغربي، مجلة الملحق القضائي، عدد 35، 2002، ص 15 وما بعدها.

وفي هذا الإطار، أجاز التشريع الاجتماعي المغربي، للأجير الذي يتعرض لعقوبة الفصل التعسفي، أن يطالب المشغل بتعويضه عن هذا الإجراء التعسفي، بشكل ودي بدلا من المطالبة القضائية.

وهكذا كرست مدونة الشغل المغربية الطرق الودية لفض الخلافات التي قد تثور بين طرفي العلاقة الشغلية، وذلك بتبنيها ما يتعلق بالصلح التمهيدي المستحدث في مدونة الشغل في المادة 41 منها، وإتاحتها الفرصة للأعوان المكلفين بتفتيش الشغل بإجراء محاولات الصلح في مجال نزاعات الشغل الفردية في المادة 532.

ويعتبر إقرار الصلح التمهيدي - كآلية لتسوية نزاعات الشغل الفردية بشكل ودي- أحد أهم المستجدات التي جاءت بها مدونة الشغل¹، ولعل الهدف من تبني هذه الآلية هو تخفيف العبء على المحاكم، والسرعة في فض نزاعات الشغل ما ينعكس إيجابا على طرفي العلاقة الشغلية الأجير والمشغل، وما يترتب عن ذلك من ضمان استمرارية المقابلة في أحسن الظروف.

هذا بالإضافة إلى أن مجيء هذه المسطرة كان بمثابة رد فعل إيجابي من المشرع لانتقادات المشغلين ومفتشي الشغل ومعهم بعض الفقه للقضاء الذي يلغي محاضر الصلح المنجزة من طرف مفتش الشغل بعلّة أنه لا أساس قانوني لهذا الصلح².

➤ مصطلحات البحث:

* التسوية الودية: هي توصل كل من الأجير والمشغل لحل لنزاعات العمالية القائمة بينهما دون تدخل قضائي أو من أي جهة خارجة عن المؤسسة.

* نزاعات الشغل الفردية: كل خلاف يقوم بين الأجير من جهة وصاحب العمل أو ممثله من جهة ثانية، بمناسبة أو بسبب تنفيذ علاقة العمل، لإخلال أحدهما بالتزام من الالتزامات المحددة في العقد أو لخرقه أو عدم امتثاله لنص قانوني أو تنظيمي أو اتفاقي، مما يسبب ضررا للطرف الآخر.

* الصلح التمهيدي، هو إجراء يتم أمام مفتشي الشغل يستهدف التسوية الودية لنزاعات الشغل الفردية الناشئة بين الأجير والمشغل

¹ محمد سعد جرندي، الطرد التعسفي للأجير في ظل مدونة الشغل والقضاء المغربي، مطبعة الأمنية، الرباط، ط2، 2007، ص130.

² بشرى العلوي، الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي -دراسة ميدانية ودليل للعمل القضائي-، دار النشر المغربية، الدار البيضاء 2007، ص261.

➤ تمييز الصلح التمهيدي عن المفاهيم المشابهة:

رفعا للبس الذي قد يحصل نتيجة الخلط بين بعض المفاهيم المشابهة للصلح التمهيدي، فإنه من الضروري تحديد المقصود بتلك المفاهيم من قبيل الصلح الجنائي والصلح المدني والتحكيم.

* **الصلح الجنائي:** إجراء يتم عن طريق التراضي على الجريمة بين المجني عليه ومرتكبها خارج المحكمة ويمكن اتخاذه أساسا لسحب الاتهام في الجريمة.

* **التحكيم:** هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة.

* **الصلح المدني:** عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه، وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه أو بإعطائه مالا معيناً أو حقا.

➤ أهمية البحث:

تتجلى أهمية البحث موضوع الدراسة في الآتي:

- اعتبار أنه سيتناول أحد أهم المستجدات الواردة في قانون الشغل المغربي، والمرتبطة بطريقة الصلح بين العامل وصاحب العمل ودون اللجوء إلى الطريقة القانونية التقليدية لحل النزاعات الناشئة بينهم.
- أن التسوية الودية للنزاعات العمالية عن طريق الصلح لم يعمل على تنظيمها العديد من التشريعات العربية المقارنة، وأذكر على سبيل المثال إغفال المشرع الفلسطيني في قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000 الإشارة إلى هذه الآلية، وبالتالي فإن إنجاز هذا البحث من شأنه أن يساعد القائمين على وضع التشريعات في بعض دول العربية في الاستفادة من التجربة المغربية في هذا الإطار.

➤ أهداف البحث:

يهدف البحث موضوع الدراسة إلى تحقيق مجموعة من الأهداف على النحو الآتي:

- بيان المقصود بالصلح التمهيدي كآلية ودية لتسوية النزاعات العمالية الفردية الحاصلة بين طرفي علاقة العمل (العامل وصاحب العمل).
- الاطلاع على الإجراءات التي يتعين على طرفي علاقة العمل القيام بها لتطبيق الصلح التمهيدي على النزاعات الواقعة بينهم.
- تسليط الضوء على الآثار المترتبة عن اللجوء للصلح التمهيدي.

➤ مشكلة البحث:

وبناء على ما سبق حري بنا طرح التساؤل حول مدى نجاعة القواعد القانونية التي سنها المشرع الاجتماعي المغربي لتنظيم آلية الصلح التمهيدي- كوسيلة لفض نزاعات الشغل الفردية- في تحقيق الحماية اللازمة لحقوق الأجراء والتخفيف من أعباء المحاكم؟

➤ منهجية البحث

تعدُّ العلوم القانونية أحد فروع العلوم الإنسانية والاجتماعية، وبذلك؛ فهي تخضع، من حيث الدراسة المنهجية، إلى كل الأسس والركائز المعتمدة في مجال الدراسات الاجتماعية بصفة عامة. وتتميز باستخدامها في أغلب الأحيان مجموعة من المناهج في البحث الواحد، وبالتالي؛ فإن الموضوع قيد الدراسة سيعتمد على عدة مناهج وفق الشكل الآتي:

***المنهج التحليلي:** وذلك من خلال قراءة تحليلية متعمقة للنصوص القانونية الواردة في مدونة الشغل المغربية و المتعلقة بالصلح التمهيدي-الوارد في مدونة الشغل المغربية- بتناول كل جزئية بالتحليل، لدراسة مضمون مقتضيات الواردة فيها بكل جوانبها بالتحليل والتنقيب والمناقشة.

***المنهج الاستقرائي:** كما أن الباحث سيستعين بالمنهج الاستقرائي الذي يتطلب الاستقراء العلمي للنصوص القانونية، والآراء الفقهية، بُغْيَةَ الوصول إلى تكوين المفاهيم والتعميمات والحقائق العامة المرتبطة بذلك.

***المنهج الوصفي:** سيعتمد البحث على المنهج الوصفي من خلال القيام بجمع المعلومات ذات العلاقة بموضوع الظواهر قيد الدراسة بطريقة مفصلة، وتوضيح وربطها ببعضها البعض

➤ خطة البحث

من أجل الإجابة على الإشكالات المطروح أعلاه، وتحقيقاً للأهداف المرسومة للبحث، فإننا ارتأينا وضع خطة البحث وفق الشكل الآتي:

المطلب الأول: الأحكام العامة الناظمة للصلح التمهيدي

الفرع الأول: تعريف الصلح التمهيدي

الفقرة الأولى: غياب التعريف القانوني

الفقرة الثانية: خصائص الصلح التمهيدي

الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء من دور مفتش الشغل في الصلح التمهيدي

الفقرة الأولى: موقف الفقه من الدور التصالحي لمفتش الشغل

الفقرة الثانية: موقف القضاء من الدور التصالحي لمفتش الشغل

المطلب الثاني: كيفية تطبيق مسطرة الصلح التمهيدي وأثارها

الفرع الأول: الإجراءات المتبعة في ممارسة الصلح التمهيدي

الفقرة الأولى: تقديم طلب إجراء الصلح التمهيدي واستدعاء الطرفين

الفقرة الثانية: البت في النزاع

الفرع الثاني: آثار تطبيق الصلح التمهيدي

الفقرة الأولى: التمييز بين حالة نجاح وحالة فشل مسطرة الصلح التمهيدي

الفقرة الثانية: مدى إمكانية الطعن في الصلح التمهيدي

المطلب الأول: الأحكام العامة الناظمة للصلح التمهيدي

منذ صدور مدونة الشغل المغربية ودخولها حيز التنفيذ ظلت آلية اللجوء للصلح التمهيدي في حل نزاعات الشغل الفردية محل نقاش وجدل فقهي حاد، بفعل الإشكاليات القانونية والعملية التي تثيرها، وذلك من قبيل ما هو مفهوم الصلح التمهيدي؟ وما هو الدور الذي يقوم به مفتش الشغل في الصلح التمهيدي؟

إن التساؤلات السالفة المطروحة أعلاه، سنعمل على معالجتها من خلال الحديث عن تعريف الصلح التمهيدي "الفرع الأول"، ثم التطرق للاختصاص التصالحي لمفتش الشغل بين الفقه والقضاء "الفرع الثاني".

الفرع الأول: تعريف الصلح التمهيدي

يعتبر الصلح التمهيدي كآلية لتسوية نزاعات العمل الفردية من المستجدات التي عرفت مدونة الشغل، في الوقت الذي أغفلت بعض التشريعات المقارنة عن تبنيه، ومن المعلوم أن التشريعات القانونية في كثير من الحالات لا تعمل على تحديد التعريفات تاركة الأمر للفقه والقضاء للقيام بذلك، لذا فإنه من الأهمية الحديث عن غياب التعريف القانوني في "الفقرة الأولى"، ثم الانتقال للتطرق لخصائص مسطرة الصلح التمهيدي في "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى: غياب التعريف القانوني

اعتنت مجموعة من تشريعات الشغل المقارنة بتنظيم مؤسسة الصلح التمهيدي وسيلةً لحل نزاعات الشغل الفردية وخاصة النزاع الناتج عن الفصل التعسفي (غير المبرر) للأجير¹.

إن من مستجدات مدونة الشغل - مبدئياً²- التنقيص في مقتضياتها القانونية وبموجب المادة 341³ مدعمة بمقتضيات المادة 532⁴ على آلية جديدة لحل نزاع الشغل الفردي الناتج عن الفصل التعسفي للأجير، وقد تمت تسمية هذه المسطرة من الناحية القانونية (بالصلح التمهيدي).

والملاحظ أن مدونة الشغل لم تعمل على التعريف بالصلح التمهيدي، ورغم ذلك يمكن القول إنه ذلك الخيار المتضمن لإجراء مسطري مخول للأجير الذي فصل عن الشغل لسبب يعتبره تعسفياً، ويجري أمام مفتش الشغل وقبل عرض النزاع على القضاء، ويخول للأجير خيارين اثنين إما الرجوع إلى الشغل أو الحق في التعويض⁵.

وبالتالي؛ فالصلح التمهيدي هو إجراء إداري يتم أمام مفتشية الشغل وقبل عرض النزاع على القضاء، يستهدف التسوية الودية لنزاعات الشغل الفردية الناشئة بين الأجير والمشغل.

الفقرة الثانية: خصائص الصلح التمهيدي

من خلال تعريف الصلح التمهيدي المشار إليه أعلاه يتضح لنا أن هذه الآلية تتميز بالخصائص التالية:

¹ فالنسبة لمجلة الشغل التونسية فقد تضمنت مقتضيات قانونية منظمة للصلح التمهيدي كوسيلة لحل نزاعات الشغل الفردية، حيث أوجبت الفقرة الثانية من الفصل 21 من المجلة على تفقدية الشغل إجراء محاولة صلحية بين المشغل والأجير بشأن الطرد أو الإيقاف عن العمل. كما يشمل قانون العمل المصري رقم 12 لسنة 2003 على مقتضيات قانونية تشكل إطاراً قانونياً للصلح في التشريع الاجتماعي أهمها ما تضمنته المادة 70 المتعلقة بالتسوية الودية للنزاعات الناشئة بين العامل وصاحب العمل قبل عرضها على القضاء.

² ونقول مبدئياً كون هذه المسطرة وبهذا المعنى كانت تمارس قبل صدور مدونة الشغل وأمام مفتش الشغل ولكن بدون سند قانوني.

³ نصت المادة 41 من مدونة الشغل في فقرتها الثالثة وما يلها على أنه: "... يمكن للأجير الذي فصل عن الشغل لسبب يعتبره تعسفياً اللجوء إلى مسطرة الصلح التمهيدي المنصوص عليها في الفقرة 4 من المادة 532 أدناه من أجل الرجوع إلى شغله أو الحصول على تعويض.

في حالة الحصول على تعويض يوقع توصيل استلام مبلغ التعويض من طرف الأجير والمشغل أو من ينوب عنه ويكون مصادقاً على صحة إمضاءه من طرف الجهة المختصة ويوقعه بالعطف العون المكلف بتفتيش الشغل.

يعتبر الاتفاق الذي تم التوصل إليه في إطار الصلح التمهيدي نهائياً وغير قابل للطعن أمام المحاكم....".

⁴ نصت المادة 532 في فقرتها الرابعة على ما يلي:

" تناط بالأعوان المكلفين بتفتيش الشغل المهام التالية:.....4- إجراء محاولات التصالح في مجال نزاعات الشغل الفردية.

بحرر في شأن هذه المحاولات محضر بمضيه طرفا النزاع ويوقعه بالعطف العون المكلف بتفتيش الشغل وتكون لهذا المحضر قوة الإبراء في حدود المبالغ المبينة فيه".

⁵ محمد أطوييف، مسطرة الصلح التمهيدي في نزاعات الشغل الفردية، مقال منشور بمجلة القضاء المدني "سلسلة دراسات وأبحاث" المنازعات الاجتماعية في ضوء مدونة الشغل والقوانين المنظمة لحوادث الشغل والأمراض المهنية والضمان الاجتماعي، ج1، عدد11، سنة 2017، ص25.

- مسطرة إدارية: فهي تتم أمام مفتشية الشغل، هذه الأخيرة التي لا تعدو أن تكون إحدى المصالح الخارجية التابعة لوزارة التشغيل والتكوين المهني¹.
- مسطرة غير قضائية: وعليه فمسطرة الصلح التمهيدي تتميز عن المسطرة القضائية - المجراة بمثل هذه المناسبة- بأنها تتم قبل عرض النزاع على أنظار القضاء، أي أنها مسطرة قبل قضائية، وإن كانت أيضا مسطرة شبه قضائية ما دامت تستهدف تسوية ودية للنزاع من قبل العون المكلف بتفتيش الشغل، وذلك على شاكلة الصلح القضائي الذي يتم أمام القضاء².
- مسطرة اختيارية: إذ يستفاد من مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 41 من مدونة الشغل التي تنص على أنه "يمكن للأجير الذي فصل من الشغل...."³، وكلمة "يمكن" تفيد الاختيار وليس الوجوب.
- ومعنى ذلك أنه يبقى من حق الأجير الذي يوجد في مثل هذه الوضعية اللجوء مباشرة إلى المحكمة لرفع دعوى تتعلق بالفصل التعسفي، فالمشرع يعطي الخيار للأجير المفصول بطريقة تعسفية، فإما أن يلجأ إلى مسطرة الصلح التمهيدي لطلب التعويض، أو الرجوع إلى منصب عمله، وإما أن يلجأ مباشرة إلى تحريك المسطرة القضائية أمام المحكمة المختصة.
- إن اعتبار مسطرة الصلح التمهيدي مسطرة اختيارية لا يعني عدم اعتبار النتيجة المتوصل إليها من خلال ذلك الصلح، خاصة إذا ما كانت النتيجة إيجابية وتم التوصل إلى حل فإن هذا الحل ملزم لطرفيه وغير قابل للطعن، أما إذا كانت النتيجة سلبية وباءت المسطرة بالفشل، فيبقى من حق الأجير اللجوء إلى تحريك المسطرة القضائية أمام المحكمة المختصة⁴.
- مسطرة مخولة للأجير والمشغل: شرعت مسطرة الصلح التمهيدي في الأصل - وبمعناها الوارد بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 41 من مدونة الشغل- ومبدئيا لمصلحة الأجير الذي يعتبر نفسه فصل تعسفيا من الشغل. وهذا المقتضى إن دل على شيء فإنما يدل على تكريس المشرع لمبدأ حماية القانون الاجتماعي للأجير باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية، وإن كان النهج الجديد للمشرع يقضي بضرورة تعميم مبدأ الحماية، حيث قرر استفادة طرفي العلاقة الشغلية من هذه المسطرة في مواقع أخرى، فلم يعد

¹ مرسوم رقم 321.95.2 صادر ب 22 نونبر 1996 بتحديد اختصاصات وتنظيم وزارة التشغيل والشؤون الاجتماعية، منشور في الجريدة الرسمية عدد 4454 بتاريخ 06 فبراير 1997، ص 258 وما بعدها.

² محمد أطوف، مسطرة الصلح التمهيدي في نزاعات الشغل الفردية، مرجع سابق، ص 25.

³ إذا كان حق الخيار مخول للأجير الذي يعتبر نفسه فصل تعسفيا عن الشغل في اللجوء إلى هذه المسطرة، فإنه فيما يتعلق بحالة أخرى غير هاته وهي حالة الفصل لأسباب تكنولوجية أو هيكلية أو اقتصادية وإغلاق المقاولات، فإنه وحسب مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 70 من مدونة الشغل يعد حقا للمشغل والأجير معا.

⁴ الحاج الكوري، مدونة الشغل الجديدة - القانون رقم 65.99 - أحكام عقد الشغل، مطبعة أمنية، الرباط، 2004، ص 196

هذا المبدأ بهذا المعنى حكرا على الأجير إذ يمكن للشغل اللجوء إليها أيضا عندما يريد فصل الأجراء لأسباب تكنولوجية أو هيكلية أو ما يماثلها أو لأسباب اقتصادية¹.

الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء من دور مفتش الشغل في الصلح التمهيدي

إلى جانب ما تقوم به مفتشية الشغل²، كجهاز إداري متخصص في مجال علاقات الشغل، من رقابة تقتضي التأكد من مدى تطبيق مختلف المقتضيات التشريعية والتنظيمية المتعلقة بقانون الشغل داخل مختلف المؤسسات الخاضعة لها واحترامها، فإن مدونة الشغل أضافت لها مهمة أخرى لا تقل أهمية، وهي إجراء محاولة الصلح في مجال نزاعات الشغل الفردية³، وبالتالي، تكون مدونة الشغل قد كرست الوظيفة التصالحية لمفتش الشغل بعد أن كانت قد أملت ظروف الواقع العملي، فاعتبرت صراحة بالاختصاص التصالحي لمفتش الشغل كوظيفة جديدة تنضاف إلى باقي مهام مفتشية الشغل واختصاصاتها، وقد أسهم هذا الاعتراف في تحديد إطار قانوني شرعي لتدخل العون المكلف بتفتيش الشغل لتسوية مختلف النزاعات الفردية المعروضة عليه.

إلا أن هذا الإقرار التشريعي للمهمة التصالحية لمفتش الشغل لم يحل دون استمرار الجدل بهذا الخصوص، وهو وضع كان أكثر حدة قبل صدور مدونة الشغل، الشيء الذي يدفعنا إلى التساؤل عن موقف الفقه من الاختصاص التصالحي لمفتش الشغل "الفقرة الأولى"، ثم موقف القضاء من إسناد مهمة الصلح إلى مفتش الشغل "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى: موقف الفقه من الدور التصالحي لمفتش الشغل:

انقسم الفقه بخصوص الصلح الذي يجريه مفتش الشغل بين طرفي العلاقة الشغلية بين مؤيد ومعارض.

• الاتجاه المؤيد لقيام مفتش الشغل بمهمة الصلح

¹ تنص الفقرة الأخيرة من المادة 70 من مدونة الشغل أنه "يجوز للمشغل والأجراء اللجوء إلى الصلح التمهيدي طبقا للمادة 41 أعلاه أو اللجوء إلى المحكمة للبت في النزاع".

² لمزيد من المعلومات حول مفتشية الشغل راجع

- عبد العالي بناني اسميرس: دور مفتشية الشغل وأثره على القضاء الاجتماعي، الندوة الثالثة للقضاء الاجتماعي، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية 1993، ص 225.

- حسن صهيبي، هيئة مفتشية الشغل من خلال مدونة الشغل وتشريع منظمة العمل الدولية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 70، أكتوبر 2006

³ عددت المادة 532 من مدونة الشغل مختلف المهام المناطة بجهاز تفتيش الشغل، وقد جاءت على الشكل التالي:

1- السهر على تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالشغل.

2- إعطاء المشغلين والأجراء معلومات ونصائح تقنية حول أنجع الوسائل لمراعاة الأحكام القانونية.

3- إحاطة السلطة الحكومية المكلفة بالشغل علما بكل نقص أو تجاوز في المقتضيات التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

4- إجراء محاولات التصالح في مجال نزاعات الشغل الفردية.

لقد أيد أنصار هذا الاتجاه تدخل مفتش الشغل في حل نزاعات الشغل عبر إجراء الصلح بين طرفي النزاع، واعتبروا أن الصواب هو إسناد مهمة الصلح لمفتش الشغل، وذلك على اعتبار أن التجربة أثبتت أنه كثيرا ما يوفق في إجراء الصلح أكثر مما يوفق في باقي المهام المنوطة به بموجب القانون¹، وذلك راجع أساسا إلى نوعية العلاقة التي يربطها مفتشي الشغل مع طرفي النزاع، وتوظيفهم لمختلف مؤهلاتهم وخبراتهم من أجل إقناع الأطراف بعقد الصلح²، فالاحتكاك اليومي لمفتشي الشغل مع طرفي العلاقة الشغلية واطلاعهم على أدق التفاصيل التي تعرفها هذه الشريحة، يجعلهم أكثر قدرة على القيام بهذه المهمة بنجاح كبير.

فالمعايشة اليومية للمشاكل الاجتماعية جعلت من مفتش الشغل الشخص المرغوب فيه والأكثر قدرة على حل نزاعات الشغل، ولعل هذا ما يفسر نجاح هذا الجهاز في حل عدد كبير من القضايا الاجتماعية يفوق، وبكثير، عدد القضايا المعروضة على المحاكم بشكل يومي³، وما لهذا الأمر من دور كبير في الحفاظ على السلم الاجتماعي، وإقرار العدالة التصالحية، وهو الشيء الذي جعل ولا شك الاختصاص التصالحي لمفتش الشغل مكرسا بفعل واقع أملت ظروف المشاكل الاجتماعية وطبيعتها⁴ قبل أن تحسم مدونة الشغل في الأمر وتجعله مكرسا بموجب القانون.

هذا وقد دفع تحمس بعض الفقه لهذا التوجه إلى الدعوة إلى تخويل مفتش الشغل إجراء محاولة الصلح التي نص عليها المشرع في الفصل 277 من قانون المسطرة المدنية، وجعلها إجراء مسطريا إجباريا، وخاصة أمام الفشل الذي عرفه القضاء في إنجاح هذه المسطرة⁵.

وعموما، فإن الاتجاه الغالب في الفقه ظل يدعو إلى تكريس الاختصاص التصالحي لمفتش الشغل بموجب القانون، وهو الأمر الذي سلكته مدونة الشغل في المادة 532، وفي الحقيقة يعتبر هذا مسلكا محمودا بالنظر للاعتبارات السالف ذكرها، وأيضا لأن قياس المنافع والأضرار التي قد تنجم عن هذا الإجراء سيؤدي لا محالة إلى غلبة المنافع، فالصلح الذي يجريه مفتش الشغل له الكثير من الآثار الإيجابية والتي يوجد على رأسها بساطة المسطرة وسرعتها والفعالية التي تتميز بها⁶، وفي المقابل، نعتقد أن قيام مفتش الشغل بالصلح لا يؤثر على وظيفة المراقبة وليس له أي أثر على مركزه القانوني، بل ذلك يتوقف فقط على مهارة وحنكة مفتش الشغل.

¹ محمد الكشور، نظام تفتيش الشغل الواقع الحالي وآفاق المستقبل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1997، ص 66.

² الحاج كوري، مدونة الشغل الجديدة- القانون رقم 99-65- أحكام عقد الشغل، مرجع سابق، ص 198.

³ إدريس فجر، مفتشية الشغل الاختصاصات والفعالية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 22، سنة 1994، ص 184.

⁴ Mohamed tadli, la reforme de la législation social au Maroc, imprimerie el maarif el Jadida, rabat, 2004, p418

⁵ محمد الدي، تأملات في نظام تفتيش الشغل، مجلة القصر، عدد 6، سنة 2003، ص 113.

⁶ زهور الحر، "دور مفتش الشغل في استقرار علاقات الشغل"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 22، 1994.

ص 198.

⁶ ولعل ما يؤكد هذا الطرح هو الكم الهائل من النزاعات التي نجح تفتيش الشغل في حلها بواسطة الصلح التمهيدي، فعلى صعيد مدينة أغادير مثلا وفي الفترة ما بين 2007 و2008 تمكنت مفتشية الشغل من تسوية 5367 شكاية من أصل 5706 عرضت عليها وقد بلغ عدد الأجراء الذين تم

• الاتجاه المعارض لقيام مفتش الشغل بمهمة الصلح

يعتبر أنصار هذا الاتجاه أن إسناد مهمة الصلح لمفتش الشغل أمر مجاني للصواب، وذلك راجع إلى مجموعة من الأسباب، منها أن قيام مفتش الشغل بهذه المهمة يتعارض مع مهام مفتش الشغل في مجال المراقبة¹. فالقيام بمهمة المصالح يتطلب ليونة أكثر وجانباً كبيراً من المرونة والدبلوماسية، وذلك من أجل استمالة الأطراف إلى الصلح بشكل ودي ودون أي نزاع، وهو الشيء الذي قد يفقد المشغل ما يجب أن يتمتع به من صرامة وهيبة خاصة أمام المشغل، وهو الساهر على مراقبة تطبيق مواد قانون الشغل داخل المقابلة². هذا بالإضافة إلى أن إسناد مهمة الصلح إلى مفتش الشغل بنص القانون يجعل هذا الأخير غير منسجم مع ما نصت عليه المادة الثالثة من اتفاقية العمل الدولية رقم 81 المتعلقة بتفتيش الشغل في الصناعة والتجارة، والتي نصت على أنه: "إذا عهد إلى مفتش الشغل بمهام أخرى، فيجب ألا تتعارض بأي حال مع عملهم الأصلي، وألا تخل بالحياد الذي يجب توافره لدى المفتشين في علاقاتهم بالمشغلين والأجراء"³. ذلك أن القيام بمهمة الصلح يتطلب التوفيق بين الأطراف المتنازعة، الذي قد يكون على حساب حسن تطبيق القانون وما لذلك من أثر سلبي على مهمة المراقبة التي تعتبر الاختصاص الأساسي لمفتش الشغل⁴. فعون التفتيش عندما يتدخل حبياً لكي يستميل عطف المشغل من أجل رد أجير مطرود، أو من أجل منحه تعويضاً معيناً، يضعه ذلك في موقف ضعيف قد يحط من قيمته، بل إن موافقة المشغل على الصلح قد تكون في مقابل غض الطرف عن بعض المخالفات التي قد تسود داخل المقابلة. وكل هذه الأمور تؤدي، ولا شك، إلى إضعاف سلطة مفتش الشغل على المقابلة، وفقدانه لمركز القوة الذي يجب أن يتمتع به في مواجهة المشغل⁵. ولعل كل هذه الأسباب هي التي حدت بالبعض إلى القول إن مدونة الشغل لم تكن موفقة في منحها الاختصاص التصالحي لمفتش الشغل⁶.

الفقرة الثانية: موقف القضاء من الدور التصالحي لمفتش الشغل:

إذا كان الصلح في نزاعات الشغل يمثل العنصر المشترك بين مفتشية الشغل والقضاء، وإذا كانت غاية إقرار العدالة التصالحية والسلم الاجتماعي تفرض نوعاً من التعاون والتأزر فيما بينهما، فإن هذا ما لم نجده في الكثير من أحكام وقرارات القضاء الاجتماعي، فقد انقسم القضاء إلى فريقين فريق يعتد بالصلح الذي يجريه

إرجاعهم إلى عملهم بعد فصلهم حوالي 753 أجير. مشار إليه في حمد أطوفيف، مسطرة الصلح التمهيدي في نزاعات الشغل الفردية، مرجع سابق، ص 29.

¹ عبد الطيف خالفي: "الوسيط في مدونة الشغل علاقات الشغل الفردية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط 1، ج 1، 2004، ص 158.

² محمد أطوفيف، مسطرة الصلح التمهيدي في نزاعات الشغل الفردية، مرجع سابق، ص 29.

³ اتفاقية العمل الدولية رقم 81 والتي صادق عليها المغرب بتاريخ 14 مارس 1954، الجريدة الرسمية عدد 2377، بتاريخ 16 ماي 1958.

⁴ محمد الشرقاني، الملاحظات والاقتراحات المطروحة بشأن إصلاح نظام تفتيش مؤسسات الشغل، مدخل عام لليوم الدراسي الذي نظمته كلية الحقوق مراكش في 18 يناير 1992، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 22، سنة 1994، ص 107.

⁵ عبد العزيز العتيقي، مفتشية الشغل ودورها في علاقات الشغل، مجلة الإشعاع، العدد 4، دجنبر 1990، ص 57.

⁶ عبد اللطيف الخالفي، الوسيط في مدونة الشغل - علاقات الشغل الفردية، مرجع سابق، ص 158.

مفتش الشغل ويعتبره ذات قوة ثبوتية ومنهيا للنزاع وبالتالي لا يجوز الطعن فيه، وآخر اعتبر أن هذا الصلح مجرد وصل بسيط بالمبالغ التي تسلمها الأجير، وأن للمحكمة أحقية مراقبة مدى تطبيق قواعد قانون الشغل. وهكذا؛ ذهبت المحكمة الابتدائية في المحمدية إلى استبعاد الصلح المبرم تحت إشراف مفتش الشغل، بحجة أنه لا يجوز للأجير التنازل عن الحقوق المترتبة لصالحه جراء الطرد التعسفي لأنها تعتبر من النظام العام¹. في المقابل، ذهبت المحكمة الابتدائية بوجدة إلى الاعتراف بالصلح المبرم تحت إشراف مفتش الشغل، ورفض طلب التعويض عن الطرد التعسفي، فقد جاء في أحد أحكامها: "حيث إنه بالرجوع إلى محضر الصلح المبرم بين الطرفين أمام السيد مفتش الشغل بتاريخ 2000/07/25، ثبت للمحكمة بأنه قد وقع اتفاق بين الطرفين ينص على إنهاء العقد القائم بينهما بعد توصل المدعية بحقوقها المترتبة في ذمة المدعى عليه، وحيث إن المدعية أبرمت صلحا مع المدعي عليه توصلت في إطاره بحقوقها، وانفصلا عن بعضهما البعض برضي واختيار وبدون متابعة، مما يجعل طلبها في هذا الشأن غير مؤسس ويتعين رفضه"².

المطلب الثاني: كيفية تطبيق مسطرة الصلح التمهيدي وأثارها

عملت مدونة الشغل على تكريس مجموعة من الضمانات الجديدة المقررة لفائدة الأجراء توازي الضمانات التي قررها المشرع لدعم التنمية الاقتصادية للمقاولة، تحقيقا للتوازن بين التنمية الاقتصادية والاجتماعية في مجالات علاقات الشغل.

وتعتبر آلية الصلح التمهيدي من أهم المستجدات التي تضمنتها مدونة الشغل، والتي تجسد الدور التصالحي الذي يضطلع به جهاز مفتشية الشغل في نزاعات الشغل الفردية، مسائرا في ذلك غيره من التشريعات في هذا

¹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالمحمدية بتاريخ 18/09/1986 في الملف الاجتماعي عدد 135/85، أورده محمد أطوييف، مسطرة الصلح التمهيدي في نزاعات الشغل الفردية، مرجع سابق، ص30.

² حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة رقم 2136 بتاريخ 2002/11/20 في الملف الاجتماعي رقم 02/115، أورده محمد أسبول، واقع الصلح في المادة الاجتماعية دراسة نظرية تطبيقية، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق، وجدة، 2004-2005، ص91.

المجال¹، وتم التنصيص على مسطرة الصلح التمهيدي من خلال مادتين من مدونة الشغل وهما الفقرة الرابعة من المادة 532² والفقرة الثالثة من المادة 341³.

وللوقوف على كيفية تطبيق الصلح التمهيدي، كتقنية لحل نزاعات الشغل الفردية، يقتضي الأمر منا توضيح مختلف الإجراءات الواجبة لممارسة هذه المسطرة "الفرع الأول"، ثم أهم الآثار المترتبة عنها "الفرع الثاني".

الفرع الأول: الإجراءات المتبعة في ممارسة الصلح التمهيدي

إن ممارسة الصلح التمهيدي كتقنية لتسوية نزاعات الشغل الفردية، تقتضي تدخل مجموعة من الأطراف، الأجير والمشغل من جهة، والعون المكلف بتفتيش الشغل، من جهة ثانية، وفق إجراءات وشكليات محددة تضمن تفعيل هذه المسطرة، وإذا كانت المادة 41 من مدونة الشغل قد نصت على الإجراءات الواجب احترامها لصحة الاتفاق الذي قد يتم التوصل إليه من قبل طرفي النزاع، فالملاحظ أن المشرع أغفل باقي الإجراءات المرتبطة بكيفية ممارسة هذه المسطرة. وبهذا، تبقى الممارسة المهنية للدور التصالحي من طرف مفتش الشغل، من أهم السبل الكفيلة بتحديد مختلف إجراءات ممارسة مسطرة الصلح التمهيدي. واستجلاء ما يتعلق بهذه الإجراءات يقتضي منا الحديث عن تقديم طلبات إجراء الصلح التمهيدي واستدعاء الطرفين في "الفقرة الأولى"، ثم الحديث البت في النزاع "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى: تقديم طلب إجراء الصلح التمهيدي واستدعاء الطرفين:

بالرغم من أن المشرع لم يتطرق بتاتا إلى تنظيم هذا الإجراء، إلا أن تفعيل مسطرة الصلح التمهيدي عموما، تقتضي تقديم طلب من قبل الأجير إلى العون المكلف بتفتيش الشغل، حتى يتمكن هذا الأخير من التدخل لإجراء محاولة التصالح. وإحالة النزاع على العون المكلف بتفتيش الشغل قد يتم كتابة أو شفويا⁴، وقد جرت العادة في حالة وقوع نزاع بين طرفي العلاقة الشغلية، أن يبادر إلى الأجير إلى اللجوء لمفتشية الشغل، وبعد استقباله من طرف أحد الأعوان والاستماع إلى شكايته ومطالبه، يقوم العون بكتابة اسم الأجير المشتكي

¹ المادة 292 من مدونة الشغل الموريتانية تنص: "أنه يجب على صاحب العمل أو العامل أن يطلب رفع الخلاف الفردي من أجل محاولة التوفيق أمام مفتش الشغل أو مراقب الشغل أو نائبه القانوني قبل عرض أية قضية على أنظار محكمة الشغل".

² التي تنص: "تناع بالأعوان المكلفين بتفتيش الشغل المهام التالية.....4- أجراء محاولة التصالح في مجال نزاعات الشغل الفردية. يحزر في شأن هذه المحاولات محضر يمضيه طرفا النزاع ويوقعه بالعطف المكلف بتفتيش الشغل، وتكون لهذا المحضر قوة الإبراء في حدود المبالغ المبينة فيه".

³ حيث جاء فيها: "...يمكن للأجير الذي فصل عن الشغل لسبب يعتبره تعسفا اللجوء إلى مسطرة الصلح التمهيدي المنصوص عليها في الفقرة 4 من المادة 532 أعلاه من أجل الرجوع إلى شغله أو الحصول على تعويض".

⁴ وهو خلاف لما ذهب إليه بعض التشريعات المقارنة كما هو الحال في التشريع الموريتاني الذي اشترط صراحة الكتابة حيث جاء في المادة 292 من مدونة الشغل الموريتانية في فقرتها الثانية "ويجب أن يكون الطلب مكتوبا".

والمؤسسة التي ينتمي إليها، في سجل مخصص لذلك وكذا تحديد نوعية مطالبه¹، قبل أن يبادر إلى استدعاء المشغل لإجراء محاولة التصالح.

إلا أن المشرع لم يعمل على تحديد أجل معين² لتقديم الطلب إلى العون، بالرغم مما يشكله ذلك من أهمية قد تنعكس إيجاباً على نتائج التسوية الودية للنزاع، وعلى العموم، يتعين على الأجير تقديم الطلب خلال آجال معقولة، وكلما قدم الطلب مع البوادر الأولى لظهور النزاع كانت نتائج محاولة التصالح إيجابية في صالح الأجير. وعلى خلاف الصلح في نزاعات الشغل الجماعية³، لم تتضمن مدونة الشغل أي مقتضى يتعلق بإجراءات استدعاء الأطراف في نزاعات الشغل الفردية وحضورهم، إلا أنه من الناحية العملية يقوم العون المكلف بتفتيش الشغل باستدعاء المشغل لإجراء محاولة التصالح، ويتخذ هذا الاستدعاء غالباً شكل مراسلة يطالب فيها المشغل الحضور شخصياً، أو بواسطة ممثله القانوني للمشاركة في إجراء محاولة التصالح، ويعتبر حضور هذا الأخير والامتثال لأوامر العون للمشاركة في اجتماع التصالح في اليوم والساعة المحددين في الاستدعاء أمراً اختيارياً والتزاماً أدبياً، لعدم وجود نص يلزمه بذلك⁴.

وإجمالاً، فإن البت في النزاع يقتضي استجابة الأطراف للاستدعاء والمثول أمام العون للمشاركة في إجراء محاولة التصالح، وبالتالي، فإن تغيب المشغل أو امتناعه عن الحضور، يعتبر بمثابة فشل لمسطرة الصلح التمهيدي.

ويعتبر غياب مقتضى قانوني يلزم المشغل بالاستجابة لاستدعاء مفتش الشغل، لإجراء محاولة التصالح من الإشكاليات التي ترهق العون المكلف بتفتيش الشغل الذي عليه تكرار محاولات الاستدعاء سعياً وراء استجابة المشغل له، وهو ما من شأنه أن يؤثر على فعالية العملية التصالحية وسرعتها، من جهة، وهيبة جهاز التفتيش في مجال علاقات الشغل ومكانته، من جهة ثانية، مما يستلزم إعادة النظر في الطابع الاختياري للحضور والمزاوجة بين إلزامية مسطرة الصلح المبرمة أمام مفتشية الشغل وتجنيد واقعة عدم الامتثال.

الفقرة الثانية: البت في النزاع:

بعد تقديم طلب إجراء التصالح من طرف أحد أطراف النزاع، واستيعاب العون المكلف بتفتيش الشغل لمختلف جوانب النزاع، تبدأ عملية البت في النزاع بحضور الطرفين والمشاركة في اجتماع التصالح، إذ يعمل العون على التقريب بين وجهتي نظر الطرفين والدفع بهما إلى إبرام اتفاق نابع عن قناعتهم المشتركة، مستخدماً

¹ حنان أعياض، الصلح في نزاعات الشغل الفردية في ظل قانون الشغل المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية الحقوق، مراكش، السنة الجامعية 2009/2010.

² خلافاً لما ذهب إليه المشرع المصري في المادة 70 من قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 والتي نصت على ما يلي: "إذا نشأ نزاع فردي في شأن تطبيق أحكام هذا القانون جاز لكل من العامل وصاحب العمل أن يطلب من الجهة الإدارية المختصة خلال سبعة أيام من تاريخ النزاع تسويته ودياً، فإذا لم تتم التسوية في موعد أقصاه عشرة أيام من تاريخ تقديم الطلب جاز لكل منها اللجوء إلى اللجنة القضائية في موعد أقصاه ثلاثون يوماً من تاريخ النزاع وإلا سقط حقه في عرض الأمر على اللجنة".

³ أنظر المادة 554 من مدونة الشغل والتي تحيل على المواد 558 و 559 المتعلقة بالاستدعاء وحضور الأطراف قصد البت في نزاع الشغل الجماعي.

⁴ محمد أطوف، مسطرة الصلح التمهيدي في نزاعات الشغل الفردية، مرجع سابق، ص 33.

في ذلك كل وسائل الاقتناع المهنية والشخصية، مع احترام مختلف الضوابط التشريعية والتنظيمية المنظمة لقانون الشغل، بالإضافة إلى مد الأطراف باقتراحات ونصائح لمحاولة تجاوز أسباب الخلاف، وعلى أثر انتهاء المهمة التصالحية، يعمل العون على تثبيت نتائج محاولة التصالح في محضر سواء تم التوصل إلى اتفاق تام أو جزئي¹.

وللإشارة، فإن المشرع لم يحدد عدد النسخ التي يجب أن يحرر فيها هذا المحضر، وقد جرت العادة إلى تحريره في ثلاث نسخ بحيث يحتفظ كل من الأجير والمشغل والعون المكلف بتفتيش الشغل بنسخة من هذا المحضر، تفاديا لأي نزاع محتمل بهذا الشأن².

الفرع الثاني: آثار تطبيق الصلح التمهيدي

إذا كان الصلح التمهيدي، كوسيلة بديلة، تهدف إلى تسوية نزاعات الشغل الفردية بشكل توافقي، فإن تحقيق هذه الغاية رهين بتوافق إرادة طرفي العلاقة الشغلية، وهكذا، فإن تدخل العون المكلف بتفتيش الشغل في النزاع القائم، لا يفرض عليه ضرورة تسوية النزاع لمجرد سلوك الأطراف لهذه المسطرة، فقد يتمكن أحيانا من تحقيق التوافق الكافي بين طرفي النزاع لإبرام صلح بينهما، وقد لا يتوصل لذلك. التمييز بين حالة نجاح وحالة فشل مسطرة الصلح التمهيدي "الفقرة الأولى"، ثم مدى إمكانية الطعن في الصلح التمهيدي "الفقرة الثانية"

الفقرة الأولى: التمييز بين حالة نجاح وحالة فشل مسطرة الصلح التمهيدي

فمسطرة الصلح التمهيدي، تبعا لذلك قد تنجح في تسوية النزاع القائم بين طرفي العلاقة الشغلية "أ"، كما قد تبوء بالفشل "ب".

أ) حالة نجاح مسطرة الصلح التمهيدي:

إن نجاح مسطرة الصلح التمهيدي قد تفضي إما إلى إرجاع الأجير إلى عمله في المؤسسة، أو بالاتفاق على أداء تعويض معين حاسم للنزاع القائم بين الأطراف.

• الاتفاق المفضي إلى رجوع الأجير لعمله

يعتبر اتفاق الصلح المفضي إلى إرجاع الأجير لعمله من أهم النتائج التي تتركس مبدأ استقرار الشغل، بل تكاد تكون الفائدة الوحيدة للصلح في نزاعات الشغل الفردية³، أهمية تنبه إليها المشرع من خلال نصه⁴ على مبدأ المزاوجة بين خيار إرجاع الأجير إلى عمله وحصوله على تعويض، كنتيجة لنجاح مسطرة الصلح التمهيدي.

¹ حنان أعياض، الصلح في نزاعات الشغل الفردية في ظل القانون المغربي، مرجع سابق، ص 78

² محمد أطويف، مسطرة الصلح التمهيدي في نزاعات الشغل الفردية، مرجع سابق، ص 34

³ الحاج كوري، مدونة الشغل الجديدة القانون رقم 65-99 أحكام عقد الشغل، مرجع سابق، ص 203.

⁴ الفقرة الثالثة من المادة 41 من مدونة الشغل.

فمتى نجح العون المكلف بتفتيش الشغل في إرجاع الأجير إلى منصبه داخل المؤسسة، يتمكن هذا الأخير من مباشرة نشاطه المهني. وهكذا، يتم حسم النزاع دون أن يستحق الأجير أي تعويض إلا ما يتعلق بمبالغ الأجور المستحقة من تاريخ الفصل من العمل إلى تاريخ الرجوع¹.

• الاتفاق المنصب على أداء التعويض:

بالرغم مما يشكله مبدأ إرجاع الأجير إلى شغله من أهمية على المستوى الاقتصادي والاجتماعي، فإن تضارب المصالح بين طرفي النزاع، جعل من الصعوبة بمكان تجسيد هذا المبدأ على أرض الواقع، الشيء الذي يجعل الاتفاق المنصب على أداء التعويض، أكثر الخيارات تداولاً في حالة نجاح هذه المسطرة.

ولقد اشترط المشرع صراحة في المادة 41 من مدونة الشغل بأن يتم التوقيع على توصيل استلام مبلغ التعويض من طرف الأجير بين الأخير، من جهة، والمشغل أو من ينوب عنه، من جهة ثانية، كما يجب أن يكون مصادقاً على صحة إمضائه من طرف الجهة المختصة، فضلاً عن التوقيع عليه بالعطف من طرف العون المكلف بتفتيش الشغل.

وإذا كان الاتفاق المنصب على أداء التعويض هو أهم خيار يلجأ إليه طرفا النزاع لحسم النزاع وتسويته بشكل ودي، فإن هذا الأخير، يثير عدة إشكالات، شكلاً ومضموناً.

ذلك أن المشرع المغربي لم ينص على ضرورة كتابة هذا الاتفاق ككل، وإنما اقتصر على كتابة مبلغ التعويض في التوصيل فقط، كما أنه لم يحدد الطرف الذي سوف يحتفظ بهذا التوصيل، ولا عدد النسخ التي يتعين أن يحرر فيها. وفي ظل هذه الثغرات، ذهبت الممارسة اليومية لمفتشيات الشغل على تحرير هذا الاتفاق كتابة، واعتباره في الوقت ذاته توصيلاً باستلام مبلغ التعويض، مع الإشارة إلى تحريره في ثلاث نسخ².

أما بخصوص الجانب الموضوعي لاتفاق الصلح التمهيدي، فإنه يثير إشكالات تتعلق بنوع التعويضات التي يمكن أن ينصب عليها الصلح التمهيدي، هل يقتصر نطاقه على التعويض عن الضرر الناتج عن الإنهاء التعسفي فقط، تماشياً مع صيغة المفرد التي جاءت عليها كلمة التعويض في المادة 41 من مدونة الشغل، أم أنها تشمل مختلف التعويضات المستحقة للأجير، والتي لم يعمل المشغل على أدائها له كنتيجة للفصل التعسفي؟.

وفي هذا الصدد، ظهرت مجموعة من التفسيرات الفقهية إجابة عن هذا التساؤل، إذ يرى أحد الباحثين³ أن المقصود بالتعويض الذي أشار إليه المشرع في المادة 41 من مدونة الشغل هو التعويض المترتب عن الفصل

¹ عبد اللطيف خالقي، الوسيط في مدونة الشغل، نزاعات الشغل الفردية، مرجع سابق، ص 499 وما بعدها.

² محمد أطويف، مسطرة الصلح التمهيدي في نزاعات الشغل الفردية، مرجع سابق، ص 35.

³ محمد أسبول، واقع الصلح في المادة الاجتماعية دراسة نظرية تطبيقية، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق، وجدة 2004-2005، ص 92.

التعسفي فقط، في حين يرى جانب آخر¹ أن التعويض الممنوح للأجير في هذه الحالة ليس تعويضاً عن الضرر، ولا تعويضاً عن الفصل التعسفي أو غير التعسفي لعقد الشغل، وإنما هو تعويض من نوع خاص بمثابة تعويض اتفاقي.

بخلاف ما ذهب إليه جانب من الفقه²، - والذي اعتبر أن التعويض المقصود في المادة المذكورة، يشمل مختلف التعويضات المترتبة عن إنهاء عقد الشغل، سواء كان الإنهاء تعسفياً أم لا، بل ويمتد أيضاً إلى المستحقات غير المالية، كشهادة العمل وإرجاع السكنى- فإننا نؤيد هذا الاتجاه الفقهي الأخير، إذ بخلاف الاتجاه الأول الذي يحصر مفهوم التعويض الذي تضمنته المادة 41 من مدونة الشغل في إطار التعويض المترتب عن الفصل التعسفي لا غير، أو الاتجاه الذي يتحدث عنه كتعويض خاص³، قد يخالف التعويض المنصوص عليها في مدونة الشغل. ذلك أن مسطرة الصلح التمهيدي كمسطرة بديلة تسعى إلى تسوية النزاع بشكل ودي بإشراف من مفتشية الشغل، كجهاز إداري أنيط به هذا الدور التصالحي، تهدف أساساً إلى تسوية مختلف نزاعات الشغل الفردية المعروضة عليها في إطار توافقي حاسم للنزاع، وبشكل نهائي، بدل اللجوء إلى المطالبة القضائية وعرض النزاع على المحكمة المختصة.

وبالتالي، فلا يعقل أن نتحدث عن تنظيم لمسطرة الصلح التمهيدي وفق نطاق ضيق، أي ذلك الذي يتعلق بالتعويض عن الضرر فقط، فإذا أخذنا بهذا المفهوم الضيق للتعويض المنصوص عليه في المادة 41 من مدونة الشغل، فإن الأجير تبعاً لذلك عليه بعد إجرائه اتفاق صلح مع مشغله وحصوله على التعويض عن الضرر الناتج عن الفصل التعسفي، الانتقال إلى المرحلة القضائية حتى يتمكن من استخلاص باقي مستحقاته الأخرى، كالتعويض عن الإخطار والفصل مما يطرح معه تساؤل: ما جدوى لجوء الأجير إلى مسطرة الصلح التمهيدي، ما دام أن الأجير لن يتمكن من حصوله على مختلف مستحقاته حتى ولو نجحت مسطرة الصلح التمهيدي وتم الاتفاق على تسوية النزاع بشكل ودي، وما دام القضاء كفيلاً بمنح الأجير جميع مستحقاته المترتبة عن إنهاء عقد الشغل سواء كان تعسفياً أم لا؟

¹ رشيد رفيق، الصلح في المادة الاجتماعية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا العميقة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2007/2008، ص 113.

² الحاج كوري، مدونة الشغل الجديدة القانون رقم 99-65 أحكام عقد الشغل، مرجع سابق، ص 200.

³ إذ لا تتفق مع هذا الاتجاه، والذي يعتبر أن التعويض الممنوح للأجير في ظل المادة 41 هو تعويض اتفاقي ثم منحه في إطار اتفاق للصلح، باعتبار الاتفاق عقد والعقد شريعة المتعاقدين، ذلك أن الأخذ بهذا المفهوم هو إحياء لمشروعية إحدى تطبيقات الصلح المدني في نزاعات الشغل الفردية، فكيف يمكن أن نتحدث عن اتفاق قائم على تعويض اتفاقي في ظل غياب تكافؤ في مراكز القوة بين طرفي العلاقة الشغلية، الشيء الذي ينعكس سلباً على حقوق الأجير ومصالحه، فالصلح التمهيدي كمسطرة يشرف عليها العون المكلف بتفتيش الشغل يجب أن لا تؤدي إلى انتقاص حقوق الأجراء وإنما يجب أن تضمن وعلى الأقل التعويضات المستحقة له وفق ما حدده القانون باعتبارها من النظام العام بديل المادة 41 التي استبعدت إمكانية تنازل الطرفين مسبقاً عن حقهما المحتمل في المطالبة بالتعويضات الناتجة عن الإنهاء، والمادة 73 التي نصت صراحة على عدم مشروعية الصلح المدني في مجال نزاعات الشغل الفردية.

وكإجابة عن هذا السؤال - وحتى تحقق مسطرة الصلح التمهيدي الهدف المتوخى منها، كتقنية بديلة تسعى لحسم نزاعات الشغل الفردية بوسائل ودية وتوافقية- ينبغي تفسير التعويض الذي تضمنته المادة 41 من مدونة الشغل، تفسيراً عاماً يشمل مختلف التعويضات المستحقة للأجير دون نزول قيمة هذه التعويضات عما هو محدد قانوناً، حتى يتسنى لنا الحديث عن اتفاق نهائي يرتضيه الأطراف كوسيلة حاسمة للنزاع وغير قابل للطعن أمام القضاء.

ب) حالة فشل مسطرة الصلح التمهيدي:

إن مجرد لجوء طرفي العلاقة الشغلية إلى العون المكلف بتفتيش الشغل قصد تسوية النزاع القائم بينهما بشكل ودي، لا يعني دائماً نجاح هذه المحاولة لتسوية النزاع، فقد يحصل في بعض الحالات أن تحول أسباب متعددة دون نجاح التصالح بين الطرفين، كاختلافهما أو رفض المشغل الحضور بالرغم من استدعائه للمشاركة في هذا التصالح، الشيء الذي يؤدي إلى فشل العون المكلف بتفتيش الشغل في مسعاه، وبالتالي فشل مسطرة الصلح التمهيدي ككل.

ويعتبر فشل مسطرة التصالح أمام العون إيداناً بنقل النزاع إلى القضاء¹، إلا أن نقل القضية إلى المحكمة قصد البت فيها، يبقى خارجاً عن اختصاص مفتشية الشغل، إذ لا تعد عملية تلقائية تلزم العون بإحالة النزاع مباشرة إلى المحكمة المختصة، وإنما تبقى مسألة تحريك الدعوى رهينة بتقديم الطلب من الطرف المعني بالأمر، ألا وهو الأجير داخل الأجال القانونية المحددة لذلك، والتي حددها المشرع في 90 يوماً من تاريخ توصل الأجير بمقرر الفصل².

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يتضمن أي مقتضى يحدد دور العون في حالة فشل محاولة التصالح، وهي ثغرة تم التغاضي عنها بفعل الممارسة العملية لجهاز مفتشية الشغل التي اعتادت تحرير محضر عدم التصالح يتضمن مختلف أسباب فشل محاولة المصالحة والدوافع التي آلت إلى عدم اتفاق الأطراف.

ويبقى تحرير محضر عدم التصالح من بين المظاهر التي تعكس التعاون بين مفتشية الشغل والقضاء الاجتماعي، فحرص العون المكلف بتفتيش الشغل على تحرير هذا المحضر بشكل دقيق ومفصل يتضمن كافة الأسباب ودوافع النزاع، يمكن القضاء من تحديد نقط الخلاف والبت في النزاع في وقت وجيز³.

وهكذا عندما يتعذر وصول طرفي النزاع إلى اتفاق عبر مسطرة الصلح التمهيدي، يعمل العون على تحرير محضر بعدم التصالح، مما يؤدي إلى انتقال النزاع لمرحلة جديدة وهي المرحلة القضائية، هذه الأخيرة يكون لها الدور الحاسم في تسوية مختلف نزاعات الشغل الفردية المعروضة عليها.

¹ الفقرة السادسة من المادة 41 من مدونة الشغل التي جاء فيها: "في حالة تعذر أي اتفاق بواسطة الصلح التمهيدي، يحق للأجير رفع دعوى أمام المحكمة المختصة...".

² المادة 56 من مدونة الشغل المغربية.

³ محمد أطوف، مسطرة الصلح التمهيدي في نزاعات الشغل الفردية، مرجع سابق، ص 37.

الفقرة الثانية: مدى إمكانية الطعن في الصلح التمهيدي

تنص الفقرة الخامسة من المادة 41 من مدونة الشغل على ما يلي: "... يعتبر الاتفاق الذي تم التوصل إليه في إطار الصلح التمهيدي نهائيا وغير قابل للطعن أمام المحاكم المختصة...".

كما تنص المادة 532 في فقرتها الرابعة من نفس المدونة على ما يلي: "يحرر في شأن هذه المحاولات محضر يمضيه طرفا النزاع ويوقعه بالعطف العون المكلف بتفتيش الشغل، وتكون لهذا المحضر قوة الإبراء في حدود المبالغ المبينة فيه".

من خلال هذه المقتضيات قد يبدو وجود تعارض بين المادتين، فالأولى تعتبر اتفاق الصلح التمهيدي نهائيا وغير قابل للطعن أمام المحاكم، في حين تجعل الثانية لمحضر محاولات التصالح قوة إبرائية في حدود المبالغ المبينة فيه وبالتالي يمكن الطعن فيه بالنسبة للمبالغ غير المبينة فيه.

هذا الوضع دفع ببعض الباحثين¹ إلى محاولة رفع هذا التناقض معتبرا أن المادة 41 في فقرتها الخامسة تتعلق باتفاق الصلح الذي يحسم النزاع المرتبط بالفصل التعسفي وهو لا يجوز الطعن فيه، أما المادة 532 في فقرتها الرابعة، فتربط بمحاضر الصلح عموما ما عدا قضايا الفصل التعسفي وهي محاضر يسوغ الطعن فيها. وهو ما لا يتفق معه باحث آخر²، حيث يرى أن قراءة المادة 41 ينبغي أن تكون قراءة شاملة، صحيح أنها نصت على حق الأجير المفصول تعسفيا في اللجوء إلى مسطرة الصلح التمهيدي، ولكن لا يعني أن هذه المسطرة مخصصة للطرد التعسفي بدليل أن المادة نفسها في فقرتها الثانية تنص على أنه: "لا يمكن للطرفين أن يتنازلا مقدما عن حقهما المحتمل في المطالبة بالتعويضات الناتجة عن إنهاء العقد سواء كان الإنهاء تعسفيا أم لا".

وبالتالي فإن الامتياز المنصوص عليه في المادة 41 في إطار مسطرة الصلح التمهيدي غير ذي أهمية بالنظر إلى إمكانية الطعن القضائي فيه على ضوء ما هو مقرر في المادة 532 من المدونة، وكان حريا بالمشروع أن يسند اختصاصا متكاملًا لمفتشية الشغل بحيث أن الصلح يكون منهيًا للنزاع بشكل قطعي وتام وغير قابل للمراجعة القضائية.

والحقيقة، أنه ليس هناك أي تعارض بين المادتين رغم ما قد يبدو بينهما ظاهريا؛ فالمشروع في الفقرة الرابعة من المادة 532 من مدونة الشغل نص على قاعدة عامة ممثلة في إجراء محاولات التصالح في نزاعات الشغل الفردية أحال عليها كذلك في الفقرة الثالثة من المادة 41 من نفس المدونة.

هذه المحاولات للتصالح - كإجراء مسطري يتم أمام العون المكلف بتفتيش الشغل - يمكن أن تسفر عن إبرام اتفاق للصلح بين الأجير والمشغل تحت إشراف العون المكلف بتفتيش الشغل في إطار الفقرة الرابعة من المادة

¹ محمد أسبول، واقع الصلح في المادة الاجتماعية، مرجع سابق، ص 92.

- بدر الصبلي، مفتشية الشغل بين المراقبة والمصالحة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا العميقة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2006/2007.

² محمد أوزيان، مسطرة الصلح في نزاعات الشغل الفردية على ضوء مدونة الشغل المغربية الجديدة بين ضروريات الإبقاء على السلم الاجتماعي وحتميات التنمية الاقتصادية، مجلة المحاكم المغربية، عدد 105، نونبر-دجنبر 2006، ص 79 وما بعدها.

41 يكون غير قابل للطعن أمام المحاكم، وذلك تماشياً مع الأثر المترتب عن عقد الصلح والمتمثل في حسم النزاع بكيفية نهائية وعدم إمكانية الطعن فيه¹، وكذلك تماشياً مع الأثر المترتب عن أمر التصالح القضائي الذي يضع حداً للنزاع وينفذ بقوة القانون ولا يقبل أي طعن².

فالمشروع بعدما نص في الفقرة الثالثة من المادة 73 من مدونة الشغل على بطلان الصلح المدني طبقاً للفصل 1098، حافظ على أثره في المادة 41 من نفس المدونة المتمثل في طابعه الحاسم للنزاع وعدم قابليته للطعن، كل ما في الأمر أنه اشترط إبرامه بكيفية رسمية أما موظف عمومي هو العون المكلف بتفتيش الشغل، حماية للأجير من جهة، وتكريساً لخصوصية قانون الشغل، من جهة ثانية.

لذلك، فاتفاق الصلح المبرم في إطار المادة 41 من مدونة الشغل يكون غير قابل للطعن أمام المحاكم. وفي هذا الصدد جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالعيون ما يلي: "وحيث أنه بالرجوع إلى الاتفاق المبرم بين الطرفين في إطار الصلح التمهيدي تبين أن هناك صلحاً أبرم بين الطرفين بحضور مفتش الشغل حددت بموجبه التعويضات المستحقة للمدعي من فصل وضرر ومهلة إخطار ومنحة الشهر الثالث عشر، كما نص على أن النزاع قد سوى نهائياً بين الطرفين، ولا يقبل أي طعن أمام المحاكم، وتم توقيعه من طرف الأجير والمشغل، ووقعه بالعطف العون المكلف بالتفتيش ومصادق على إمضائه بتاريخ 2005/11/24 وهو ما يتطابق ومقتضيات المادة 41 من مدونة الشغل، وبالتالي فإن الصلح المبرم لا يقبل أي طعن، ويكون حاسماً في النازلة ولا وجود لأي طرد تعسفي"³.

أما المادة 532 في فقرتها الرابعة، فتتعلق بحالة تعذر تحقيق اتفاق بين الأجير والمشغل، إذ يقتصر العون المكلف بتفتيش الشغل في هذه الحالة على تحرير محضر بشأن محاولات التصالح يوقعه بالعطف إلى جانب طرفي النزاع يمكن للمحكمة أن تستأنس به في حدود المبالغ المبينة فيه عند عرض النزاع عليها.

وبعبارة أخرى، فالمادة 41 في فقرتها الخامسة تتعلق بعقد للصلح مبرم أمام العون المكلف بتفتيش الشغل يحسم النزاع بكيفية نهائية بين الأجير والمشغل ويكون غير قابل للطعن، في حين أن الفقرة الرابعة من المادة 532 من مدونة الشغل تتعلق بإجراء مسطري للتصالح يمكن الطعن فيه في حدود المبالغ المبينة فيه، يستفاد ذلك من صياغة المادتين فالأولى تنص على اتفاق صلح، في حين الثانية تنص على تحرير محضر بشأن محاولات التصالح.

¹ الفصلين 1105 و 1106 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

² الفقرة الأخيرة من الفصل 278 من قانون المسطرة المدنية المغربية.

³ حكم محكمة استئناف العيون في الملف رقم 555، سنة 2006، أورده أدريس فجر، مدونة الشغل حصيلة سنتين من التطبيق القضائي الغرامة اليومية في قضايا حوادث الشغل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 2007، ص65 وما بعدها.

فاتفاق الصلح التمهيدي في إطار المادة 41 يعد في الواقع بديلا عن الصلح المدني طبقا للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود ويعبر عن رغبة المشرع في تكريس خصوصية واستقلال قواعد قانون الشغل ذات الطابع الحمائي، مقارنة مع قواعد القانون المدني ذات الطابع الليبرالي¹.

خاتمة

نستنتج من خلال الدراسة المنجزة، أن الصلح التمهيدي يلعب دورا مهما في تسوية نزاعات الشغل الفردية بين الأجير ومشغله، ما ينعكس إيجابا على سهولة حصول الأجير على حقوقه من جهة، وعلى عمل القضاء من جهة أخرى من خلال تقليص عدد القضايا الاجتماعية المعروضة على المحاكم.

لكن تسمية هذه الآلية بالصلح التمهيدي من طرف المشرع المغربي أمر منتقد ويثير اللبس، بحيث توجي بأنها ممهدة لعرض النزاع أمام القضاء، في حين أن الهدف منها فض النزاع وإنهائه بشكل كلي، على اعتبار أن الصلح المتوصل له بين المشغل والأجير بمقتضى هذه الآلية ليس تمهيدا في جوهره بل هو نهائي في أثره.

كما أن إزالة للتعارض الحاصل بين المقتضيات الفقرة الخامسة من المادة 41 و المادة 532 في فقرتها الرابعة، فإن الأمر يتطلب من المشرع المغربي أن يعمل على تقديم محتوى القاعدة العامة الواردة في المادة 532 من مدونة الشغل على المادة 41 من نفس المدونة و يقحم مقتضيات المادة 41 الفقرات الثالثة والرابعة والخامسة إلى جانب ما ورد في المادة 73 الفقرة الثانية من مدونة الشغل مباشرة بعد نصه على بطلان الصلح طبقا للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود.

¹ حول خصوصية قواعد قانون الشغل ومدى استقلالها عن قواعد القانون المدني راجع:

- مليكة بنزاهير، مركز القانون المدني من المادة الاجتماعية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998/1999، ص 108 وما بعدها.

لائحة المصادر والمراجع:

✓ المراجع باللغة العربية:

- الحاج الكوري، مدونة الشغل الجديدة - القانون رقم 65.99 - أحكام عقد الشغل، مطبعة أمنية، الرباط، 2004.
- إدريس فجر، مفتشية الشغل الاختصاصات والفعالية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 22، سنة 1994،
- إدريس فجر، مدونة الشغل حصيلة سنتين من التطبيق القضائي الغرامة اليومية في قضايا حوادث الشغل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 2007
- بدر الصقلي، مفتشية الشغل بين المراقبة والمصالحة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2006/2007.
- بشرى العلوي، الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي - دراسة ميدانية ودليل للعمل القضائي، دار النشر المغربية، الدار البيضاء 2007 .
- حنان أعياض، الصلح في نزاعات الشغل الفردية في ظل قانون الشغل المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية الحقوق، مراكش، السنة الجامعية 2009/2010.
- رشيد رفيق، الصلح في المادة الاجتماعية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2007/2008.
- زهور الحر، " دور مفتش الشغل في استقرار علاقات الشغل"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 22، 1994.
- عبد العزيز العتيقي، مفتشية الشغل ودورها في علاقات الشغل، مجلة الإشعاع، العدد 4، دجنبر 1990
- محمد سلام، أهمية الصلح في النظام القضائي المغربي، مجلة الملحق القضائي، عدد 35، 2002.
- محمد سعد جرندي، الطرد التعسفي للأجير في ظل مدونة الشغل والقضاء المغربي، مطبعة الأمنية، الرباط، ط2، 2007.
- محمد أطوييف، مسطرة الصلح التمهيدي في نزاعات الشغل الفردية، مقال منشور بمجلة القضاء المدني "سلسلة دراسات وأبحاث" المنازعات الاجتماعية في ضوء مدونة الشغل والقوانين المنظمة لحوادث الشغل والأمراض المهنية والضمان الاجتماعي"، ج1، عدد 11، سنة 2017.

- محمد الكشبور، نظام تفتيش الشغل الواقع الحالي وآفاق المستقبل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1997،
- محمد الديكي، تأملات في نظام تفتيش الشغل، مجلة القصر، عدد6، سنة 2003.
- عبد الطيف خالفي: "الوسيط في مدونة الشغل علاقات الشغل الفردية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط1، ج1، 2004.
- محمد الشرفاني، الملاحظات والاقتراحات المطروحة بشأن إصلاح نظام تفتيش مؤسسات الشغل، مدخل عام لليوم الدراسي الذي نظمته كلية الحقوق مراكش في 18 يناير 1992، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 22، سنة 1994.
- محمد أسبول، واقع الصلح في المادة الاجتماعية دراسة نظرية تطبيقية، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق، وجدة 2004-2005، ص92.
- محمد أوزيان، مسطرة الصلح في نزاعات الشغل الفردية على ضوء مدونة الشغل المغربية الجديدة بين ضروريات الإبقاء على السلم الاجتماعي وحتميات التنمية الاقتصادية، مجلة المحاكم المغربية، عدد 105، نونبر-دجنبر 2006.
- مليكة بنزاهير، مركز القانون المدني من المادة الاجتماعية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998/1999.

✓ المراجع باللغة الفرنسية:

- Mohamed Tadli, la reforme de la législation social au Maroc, imprimerie el maarif el Jadida, rabat, 2004,

مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة ISSN 2414-7931
© جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي