

مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية

سلسلة يديرها

الدكتور رضوان العني

باحث في القانون العام

المراجعة اللغوية

عبدالواحد تولان

الإيداع القانوني

2011 PE 0113

الرقم الدولي المعياري

X2028876

ملف الصحافة

43/2011

المطبعة

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط

شارع طونكان عمارة 23 رقم 2 ديور الجامع

الهاتف: 05 37 72 58 23 الفاكس: 05 37 72 13 32

البريد الإلكتروني: Contact@darassalam.ma

الموقع الإلكتروني: www.darassalam.ma

المراسلة

العنوان: زنقة 13 الرقم 24 حي قصر البحر 2 ق ج البيضاء 20350

الهاتف: 0665929835

البريد الإلكتروني: elanbiredouane@gmail.com

جميع حقوق النشر محفوظة

لا يسمح بإعادة النشر ولو كانت جزئية

اللجنة العلمية

د- عبد الرحيم فاضل	:أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق الدار البيضاء(القانون العام)
د- أحمد حضرائي	: أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق مكناس (القانون العام)
د- عبد النبي ضريف	: أستاذ جامعي بكلية الحقوق سلا (القانون العام)
د- گولفرني محمد	: أستاذ جامعي بكلية الشريعة أكادير (القانون العام)
د- إدريس الحياياني	: أستاذ جامعي بكلية الحقوق أكادير(القانون الخاص)
د- جميلة العماري	: أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)
د- وداد لعيدوني	: أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)
سعاد حميدي	: أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)
اشراق الادريس	: أستاذة بالقطب الجامعي ايت ملول

قواعد النشر

- 1- المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مجلة علمية أكاديمية محكمة، تهتم بالأبحاث في مجال العلوم القانونية والإدارية، والمعالجة بأسلوب علمي موثق.
- 2 - ترسل المقالات وجوبا في شكل ملف مرفق عبر البريد الإلكتروني للمجلة المدون أذناه، ويشترط أن يكون المقال مكتوبا ببرنامج Microsoft Word بنسق RTF. (نوع الخط بالعربية : Traditional Arabic. مقاسه : 14، أما اللغة الأجنبية فنوع الخط : Times New Roman. مقاسه : 12). ويجب أن ترقم الصفحات ترقيماً متسلسلاً؛
- 3 - ترفق المادة المقدمة للنشر بنبذة عن السيرة الذاتية للباحث متضمنة اسمه بالعربية وبالحروف اللاتينية؛ وفي حالة وجود أكثر من باحث يتم مراسلة الاسم الذي يجب أن يرد أولاً في ترتيب الأسماء.
- 4 - مادة النشر تكون موثقة كما يلي :
- بالنسبة للكتب : اسم المؤلف، "عنوان الكتاب"، دار النشر (الناشر)، مكان النشر وسنة النشر، رقم الصفحة.
- بالنسبة للمجلة : إسم المؤلف، "عنوان المقال"، عنوان المجلة، العدد، مكان النشر وسنة النشر، رقم الصفحة.
- بالنسبة لمراجع الانترنت : اسم المؤلف، "عنوان المقال"، تاريخ التصفح، العنوان الإلكتروني كاملاً (يشمل الملف).
- 5 - يحق للمجلة (إذا رأت ضرورة لذلك) إجراء بعض التعديلات الشكلية على المادة المقدمة للنشر دون المساس بمضمونها؛ المجلة غير ملزمة برد المقالات غير المقبولة للنشر.
- 6 - تُعبر مضامين المواد المنشورة في المجلة عن آراء أصحابها، ولا تمثل بالضرورة رأي المجلة.
- 7 - وننبه على أن كل مقال يخالف شروط النشر، لن يؤخذ به، والمجلة غير معنية بإعلام صاحب المقال بذلك.
- 8- ترسل المقالات وتوجه المراسلات عن طريق البريد الإلكتروني.

المحتويات

الاقتتاحية.....	
دراسات وأبحاث	
التنفيذ العقابي في دولة الإمارات	عادل عبد الله خميس المعمري
مسؤولية الغير في النقل الجوي	نجاة الحافضي
الجرائم الماسة بالنظم المعلوماتية في التشريع المغربي	سعاد حميدي
الأسباب التي ترفع العقوبة في التشريع المغربي	مقتوف في زكية
اختصاص رجال السلطة في تدير أراضي الجماعات السلالية	سعيد الستاتي
دراسة حول مظاهر التعارض بين النظام المؤسس للمحكمة الجنائية الدولية وقواعد السيادة الوطنية للدول	لحبيب النعيمي
النظام القانوني لشرطة المياه ودورها في حماية الملك العام المائي	حليمة السعدية فاكول
الاختراق الأمني كألية لمكافحة الجرائم المنظمة عبر الوطنية	نور الدين الوناني
الموانع القانونية لنظام تسليم المجرمين	الخزاري وفاء
ضمانات المتنافس في مجال الصفقات العمومي على ضوء مستجدات مرسوم الصفقات العمومية	ابتسام اللومي
الآليات الدستورية لمساهمة المجتمع المدني في القرار العمومي:آليات التشاور العمومي وتقديم العرائض نموذجا	سليمان التجريبي
الحق في الحصول على المعلومات والمجتمع المدني: أية علاقة؟	عبد العزيز دحماني
دور العلاقات العامة في التواصل داخل المؤسسة التشريعية	علي بن مسلم بن محاد الكثيري
اعتماد شبكة التنقيط في الترشح للمصالح والأقسام بالإدارات العمومية: رؤية متجددة في طريق الحوكمة والعقلنة	الخليلي بوشعيب
المسؤولية المدنية المترتبة عن التلوث البيئي الكهرومغناطيسي	عنقر خالد
قضية المانع الديني في الزواج	بدر منشيف
حماية البيئة على المستوى الداخلي للدول: الآليات والوسائل	اناس بندوز

ملف العدد	
الأمن القضائي ومسار بناء دولة الحق والقانون	عبد الواحد القرشي
الاختصاص النوعي للقضاء الإداري المغربي: بين إشكالية الفاعلية وأفاق التنمية	أحمد السكسيوي
المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية" دراسة في القانون الليبي"	منير الشيباني
ضمانات المحاكمة العادلة في النظام القانوني الجزائري	بوظيب بن ناصر
سبل إصلاح وتحديث المحاكم المالية بالمغرب: إصلاح المحيط الداخلي	أحمد طويل
ملاحظات حول قرارات المجلس الدستوري المتعلقة بالقوانين التنظيمية للجماعات الترابية	حجاجي امحمد
أزمة تدبير الموارد البشرية بالجماعات الترابية	هشام بياض
إيقاف تنفيذ مقررات مجالس الجهات وباقي الجماعات الترابية الأخرى: ساحة للتدافع القانوني بين المشرع التنظيمي والمشرع العادي والقاضي الإداري	هشام برجواوي / يونس أبلاغ

افتتاحية العدد

بسم لله والصلاة والسلام على أشرف المخلوقات، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، أما بعد:

يسر مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية أن تضع بين يدي قرائها الكرام عددها الثالث عشر الذي يتضمن بين دفته عددا من المقالات الرصينة.

ان بلوغ المجلة لسنها الخامسة مناسبة تستحق الوقوف على ما تم انجازه، فقد استطاعت ان تفرض وجودها بين اعرق المجالات المتخصصة. كما ان مواصلة صدورها بشكل منتظم يمثل محطة مهمة خصوصا وأنها اكتسبت بعدا محليا وإقليمياً وأصبح لها أصدقاء وقرءاء في دائرة واسعة.

ان التراكم الإنتاجي للمعرفة أصبح يمثل موسوعة في الشأن القانوني والإداري، وهنا تكمن أهمية هذه المجلة، فهي هدية للباحثين والمختصين وأصحاب الشأن، كما أنها تتويج لدور ودعم الباحثين والمتخصصين من أجل مواكبة المستجدات في مجال تخصصها.

إن هذه المجلة نتاج لأيدٍ وعقول تشابكت لتسموها نحو مدارج الرقي، ومع ذلك ما تزال للمجلة إشكالياتها وقضاياها، منها إشكالية التوزيع والتواصل مع مختلف الجامعات العربية المهتمة بهذا النوع من المجالات، ولعل التحدي الأكبر هو أن تستمر المجلة نحو تأدية رسالتها بخطى ثابتة، وأن تتابع صدورها حسب أجلها المضروب.

وكثير من الأصدقاء والباحثين يريدون أن يروا المجلة تصدر كل شهر، ولكن إن استطاعت أن تحافظ على ما هي عليه فإنها تكون قد أوفت وأنجزت لظروف أصبح البحث العلمي والإنتاج المعرفي في عالمنا اليوم يشكلان أولوية. ومهما يكن فإن ادارة المجلة عازمة ألا تتنكب سبيل من سبقوها، وأن تتابع تنمية وترقية هذه الإصدارة، وأن تتكاتف جهود الأصدقاء من الباحثين والمهتمين في هذا الشأن.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل.

مدير المجلة

الدكتور رضوان العنبي

الدراسات والابحاث

التنفيذ العقابي في دولة الإمارات

إعداد/ الأستاذ الدكتور عادل عبد الله خميس المعمري

أستاذ القانون الجنائي - كلية القانون بجامعة عجمان

مقدمة

إن أهداف التنفيذ العقابي في دولة الإمارات العربية المتحدة تتحدد على أساس الأغراض التي تتوخاها العقوبة. فإذا كانت العقوبة تهدف إلى الإيلاء والزجر فلا بد أن يتضمن التنفيذ العقابي الوسائل التي تشعر المحكوم عليه بألم العقوبة، وينعكس ذلك على نظام المعاملة العقابية داخل المؤسسة العقابية في دولة الإمارات، وأيضاً على كيفية تنفيذ العقوبة. أما إذا انحصر غرض العقوبة في الإصلاح، فيتم التخفيف من عنصر الإيلاء والتركيز على التأهيل الاجتماعي للمحكوم عليه.¹

المبحث الأول: أهداف التنفيذ العقابي في دولة الإمارات

لقد تطورت النظرة إلى العقوبة وأهدافها تبعاً للتطور الفكري والحضاري في المجتمعات البشرية، ومن ضمنها مجتمع دولة الإمارات العربية المتحدة، مما يزيد ويدعم أهمية الحفاظ على حقوق السجين المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ العقابي وفق التشريع الإماراتي، وفي مكافحة كل معاملة غير إنسانية بصفة عامة.²

حيث عنيت النظريات العقابية المختلفة ببحث أهداف العقوبة، واختلفت هذه النظريات في النتائج التي انتهت إليها باختلاف الأسس التي قامت عليها. وبحث وتحديد أغراض العقوبة، ليس مجرد مسألة فلسفية نظرية، وإنما يترتب عليه نتائج بالغة الأهمية، تحدد معالم السياسة العقابية، ابتداءً من فرض العقوبة وحتى تنفيذها، ومن أهم نتائجها المحافظة على حقوق المحكوم عليه في دولة الإمارات العربية المتحدة.³ وباستخلاص مختلف النظريات العقابية، سوف نقوم ببيان أهداف التنفيذ العقابي في دولة الإمارات العربية المتحدة وفق المطالب الثالثة التالية:

المطلب الأول: أهداف التنفيذ العقابي للسجين وفق التشريع الإماراتي

المطلب الثاني: الأهداف الأخلاقية للتنفيذ العقابي

المطلب الثالث: الأهداف النفعية من التنفيذ العقابي للسجين في دولة الإمارات

المطلب الأول: أهداف التنفيذ العقابي للسجين وفق التشريع الإماراتي

إن التنفيذ العقابي في القانون الإماراتي يحقق الأهداف الثلاثة (الأخلاقية، والعدالة والردع)، فمن ناحية يحقق الأهداف الأخلاقية المتمثلة في التكفير عن الذنب، ويحقق العدالة بكل معاني هذا المصطلح، فالعقوبة فيه تأخذ السمة التقليدية بما ينطوي عليه من إيلاء مقصود ينزل بالجاني كنتيجة قانونية لثبوت مسؤليته عن الجريمة، أي عندما تسند هذه الأخيرة مادياً ومعنوياً إليه. وهذا يبدو واضحاً في الآتي:

¹ - "والهدف الحقيقي للعقوبة هو حماية الحقوق والمصالح التي قدر الشارع جدارتها بالحماية الجنائية أي مكافحة الإجرام، ولكن العقوبة تسعى إلى إدراك هذا الهدف عن طريق أغراض قريبة لها، بعد تحقيقها بمثابة الوسيلة إلى بلوغ ذلك الهدف". انظر في ذلك د. محمود نجيب حسي، دروس في علم الإجرام والعقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 227.

² - راجع في ذلك:

Sudre, F., La Notion des Cines et Treatments Inhumains ou De's gradants, dans La jurisprudence de La Commission et de La Cour Europeennes des droits de l'homme", R.G.D.I.P., 1984, pp. 825 et ss.

³ - إذا كان الحكم بعقوبة الإرسال إلى المؤسسة الإصلاحية والعقابية يعني في الجوهر الحد من حرية المحكوم عليه، وحرمانه من هذا الحق الطبيعي، فإن هذه المؤسسة العقابية تحولت مع الزمن إلى مكان لعلاج وتأهيله لحياة اجتماعية فاضلة، وقد أظهرت التجارب عدم استغناء المجتمعات البشرية عنها، وبذلك استمرت كضرورة ملازمة لوجود الجريمة

أولاً: أن العقوبة مقدرة على أساس جسامته الجريمة والإثم¹، فالقتل العمد مثلاً يعاقب عليه بالسجن المؤبد أو المؤقت، إذا لم يقرن بظرف مشدد، أي أنه يعد جنائية، في حين أن الضرب البسيط يعتبر جنحة يعاقب عليها بالحبس والغرامة²، وإذا ترتب على الضرب أو الجرح إحداث عاهة مستديمة بالمجني عليه فإن العقوبة تكون السجن مدة لا تزيد على خمس سنوات، إذا كانت العاهة غير مقصودة من الجاني، أو السجن مدة لا تزيد عن سبع سنين إذا كان إحداث العاهة المستديمة مقصوداً في هذه الأخيرة³.

ثانياً: إن العقوبة لا تطبق إذا ما انعدمت أهلية المحكوم عليه بسبب جنون أو مرض عقلي والحكمة من عدم توقيع العقاب هو عدم الإدراك لتجريم الفعل⁴.

ثالثاً: الأخذ بعقوبة الإعدام في الجرائم الخطيرة والجسيمة⁵.

رابعاً: تعدد العقوبات السالبة للحرية في دولة الإمارات ومنها السجن المؤبد، السجن المؤقت والحبس وما يقتضيه ذلك من اختلاف الأماكن التي تخصص لتنفيذ هذه العقوبات، على نحو يسمح بالمغايرة في المعاملة العقابية بحسب نوع العقوبة المحكوم بها على الجاني.

أما من ناحية تحقيق الردع العام فقد أدى بالقانون الإماراتي إلى تقسيم الجرائم بحسب جسامتها، فقرر للجرائم الجسيمة عقوبات شديدة تناسب مع خطورة الجريمة، وجسامته الأضرار الناجمة عن الجريمة، ومدى الإثم القائم في حق الجاني، وهذا التشديد للعقوبة لتحقيق إرهاب وتخويف الكافة من تبعه ارتكاب الجرائم، أي تحقيق الردع العام، لذلك قرر للجرائم الخطيرة (أي الجنائيات) عقوبات شديدة وجسيمة تتمثل في: الإعدام والسجن المؤبد والسجن المؤقت الذي قد يصل إلى خمس عشرة سنة.

أما بالنسبة للجرائم التعزيبية، وعقوبات الحدود والقصاص فوظيفتها الوقاية من الجرائم المستقبلية استناداً إلى الخطورة الإجرامية للجاني فقد أخذ القانون الإماراتي في الاعتبار بعض الحالات، مثال تشديد العقوبة في حالات العودة إلى الجريمة.

أما بالنسبة لغرض أو وظيفة تحقيق الردع الخاص، فإن العقوبة في قانون العقوبات الاتحادي قد تقررت لتحقيق هذا الغرض سواء في معناه التقليدي المتمثل في ردع الجاني حتى لا يعود إلى طريق الجريمة، أم في معناه الحديث الذي يتجسد في ضرورة العمل على إصلاح الجاني بعلاجه وتوقيمه وتهذيبه حتى يتحقق تأهيله الاجتماعي، على نحو يؤدي إلى إعادة اندماجه في المجتمع. فقد شدد القانون العقاب على الجاني في حالة عودته إلى الجرائم، كما أنه، أي القانون، قد تبني مبدأ العقوبات في حالة تعدد الجرائم، ما لم تكن هذه الجرائم المتعددة تعدداً حقيقياً قد ارتكها الجاني تنفيذاً لمشروع إجرامي واحد على نحو يجعلها مرتبطة ببعضها ارتباطاً لا يقبل التجزئة، حيث أوجب القانون في هذه الحالة الحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم⁶.

كما يحتوي قانون العقوبات الاتحادي على بعض الأنظمة التي تؤكد الغرض الإصلاحية والتأهيلية للعقوبة⁷ ومن ذلك:

1- تنظيم العمل داخل المؤسسات العقابية بتزويدها بالمعدات اللازمة لمزاولة الحرف المختلفة بما تسمح به ظروف المنشأة العقابية.

2- حق المحكوم عليه في مكافأة عن الأعمال التي يزاولها أثناء فترة التنفيذ.

3- تعليم المحكوم عليه في مدارس تتواجد داخل المؤسسات العقابية.

4- تزويده بالتعليم الديني والأخلاقي والاجتماعي عن طريق متخصصين داخل المؤسسات الإصلاحية والعقابية.

¹ - راجع المادة (332) من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي رقم 3 لسنة 1987.

² - راجع المادة (339) من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي رقم 3 لسنة 1987.

³ - راجع المواد (من 337 إلى 339) من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي رقم 3 لسنة 1987.

⁴ - راجع المواد (من 60 إلى 64) من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي رقم 3 لسنة 1987. والمواد (من 295 إلى 297) من نفس القانون.

⁵ - لقد نص قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة على الإعدام كعقوبة لبعض الجرائم الخطيرة، مثل: الجرائم الماسة بأمن الدولة من جهة الخارج في (المواد 149 إلى 151) والمادتين (154 و 158).

والجرائم الماسة بأمن الدولة من جهة الداخل (المواد 174، 175، 179، 186، 187، 194، 199) وجريمة شهادة الزور الكاذبة في جريمة القتل المادة (308) وجرائم القتل المقترف بأحد الظروف (المادة 332) وجرائم الاغتصاب وهتك العرض المادتين (354، 357).

⁶ - راجع المواد (من 87 إلى 93) من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي رقم 3 لسنة 1987.

⁷ - راجع حول موقف قانون العقوبات الإماراتي الاتحادي من أغراضه العقوبة، د. مصطفى فهد الجوهري، النظرية العامة للجرائم الجنائية، مرجع سابق، ص 104.

- 5- الإشراف القضائي أثناء التنفيذ عن طريق النيابة العامة¹.
- 6- الأخذ بالنظام التدريجي في معاملة المحكوم عليهم أثناء التنفيذ وذلك تبعاً لدرجة التهذيب والإصلاح التي يصير إليها بسلوكه داخل المؤسسة الإصلاحية والعقابية .
- وكذلك الحال بالنسبة للأحداث الجانحين المحكوم عليهم بعقوبة سالبة للحرية².
- 7- الأخذ بنظام الإفراج الشرطي الذي يسمح بإخلاء سبيل المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية حتى ولو كانت مؤبدة قبل التنفيذ الكامل لمدها .

المطلب الثاني: الأهداف الأخلاقية للتنفيذ العقابي في دولة الإمارات

أولاً: التكفير عن الذنب:

العقوبة شر وألم يقعان على شخص الجاني فتحرمه من بعض حقوقه، إما حقه في الحرية، أو بعض حقوقه السياسية أو المدنية .

ويهدف توقيعها إلى تحقيق معنى أخلاقي يتمثل في تكفير المحكوم عليه عن الذنب الذي اقترفه، وإيقاظ الشعور بالمسئولية لديه. وهذا الغرض الأخلاقي للعقوبة أبرزته الديانات السماوية التي تهدف إلى بناء الإنسان على أساس أخلاقي. فالفكر الكنسي الذي نظر إلى الجريمة باعتبارها (خطيئة) توجب عزل الجاني في السجن بعيداً عن الناس ليراجع نفسه، ويكفر عن ذنبه ويتوب إلى الله، إلا أنه باسم التكفير عن الذنب تحولت العقوبة في أوروبا في القرون الوسطى إلى عقوبة بربرية تتسم بالقسوة وإهدار كرامة وأدمية الإنسان³.

ولهذا نادى الفلاسفة والمفكرين أمثال "جان جاك روسو" و"بكاريا" إلى الثورة ضد البربرية وقسوة العقوبة بحيث يجب أن تكون العقوبة عادلة، ومقابل للخطأ الذي ارتكبه الجاني، وأن تكون متناسبة مع جسامة الجريمة ويقدر أفعالها لدورها في التفكير عن الذنب، فالعقوبة هي جزاء مساو لجسامة الجريمة، وبالتالي فهي ضرورة للنظام الأخلاقي تحقيقاً للتكفير عن الذنب فالعقوبة تهدف إلى دعم الحماية القانونية للنظام القانوني⁴.

ثانياً: تحقيق العدالة:

العدالة قيمة اجتماعية، لا غنى عنها لأي مجتمع ومن ضمنها مجتمع دولة الإمارات، وهي تتعرض للعدوان عليها من قبل الجاني الذي ارتكب الجريمة، ووجه العدوان على العدالة يتضح في مساس الجريمة بما وقر في نفوس أفراد المجتمع من احترام للعدالة، والاحتمال بها، وبما ترتكز عليه من أسس المساواة في الحقوق بين أفراد المجتمع الواحد، وبارتكاب الجريمة يحدث خلل في هذه الأسس لصالح مرتكبها بما لا يستقيم معه القول بوجود هذه المساواة .

وبفرض العقوبة وتنفيذها، يعود للعدالة احترامها، وتصلح من عدم التوازن الذي ترتب على ارتكاب الجريمة، أو على الأقل تنقص من حقوق الجاني، مقابل ما انتقص من حقوق المجني عليه، وتتحقق بذلك المساواة أو بمعنى آخر تعيد التوازن الذي اختل بارتكاب الجريمة.

¹ - راجع: المواد (302) من قانون الإجراءات الجنائية الاتحادي، و المواد (44 إلى 48) من القانون الاتحادي رقم (43) لسنة 1992 في شأن تنظيم المنشآت العقابية.

² - تنص المادة العاشرة من القانون الاتحادي رقم (9) لسنة 1976 في شأن الأحداث الجانحين والمشردين على أن عقوبة الحبس التي قد يحكم بها على الحدث "تنفذ في أماكن خاصة تتوفر فيها وسائل الرعاية الاجتماعية والتربية والتعليم".

³ - "رأى بعض الفقه وأصحاب الفكر الفلسفي أن رد الفعل حيال الجريمة والتمثيل في العقوبة هو إجراء غير مجد وغير مثمر. إذ يكفي لمكافحة الإجرام اتخاذ الوسائل التي تحقق الوقاية من الجرائم المستقبلية، دون الالتجاء إلى العقوبة.

ولكن هذا الرأي هو مجرد رأي خاص واجتهاد لهؤلاء الفقهاء تحت إطار فلسفي ناقص وهو مردود عليهم نظراً لأهمية العقوبة خاصة وأنها في العصر الحديث تهدف إلى الإصلاح والتأهيل" انظر: د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990-1991م، ص 622.

⁴ - للمزيد راجع في ذلك:

د. هلاي عبد الله أحمد، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 425.

ويضاف إلى ما سبق دور العدالة كأحد عوامل الوقاية من الجريمة. ذلك أن توقيع العقوبة غالباً ما يؤدي إلى شفاء غيظ المجني عليه وكذلك الجمهور، وبالتالي يمنع ارتكاب جرائم جديدة، كما أن اعتبارات العدالة تمهد لتفريد العقوبة وتسهيل إعادة تكيف المحكوم عليه مع المجتمع بعد الإفراج عنه¹.

هذا ويرى الفيلسوف الألماني " إيمانويل كانت " (1724 – 1804) أن غرض العقوبة هو تحقيق العدالة المطلقة التي تعني عنده العقاب كقابل حتى لحرية الإرادة التي دفعت الجاني إلى سلوك طريق الإجرام، وذلك بغض النظر عن فكرة المنفعة التي تعود على الهيئة الاجتماعية من توقيع العقوبة².

ومفهوم " كانت " للعدالة المطلقة كأساس لتوقيع العقاب يبرزه المثل المعروف الذي يضربه عن " الجزيرة المهجورة " والذي يقول فيه : أفرضوا أن جماعة من الناس تعيش في جزيرة ما، وعلى وشك أن تنفص وتهجر هذه الجزيرة. فقبل أن تهجرها ينبغي أن تنفذ آخر حكم بالإعدام صدر فيها، رغم أن هذا التنفيذ عديم الجدوى بالنسبة للجماعة لأنها على وشك أن ينفض شملها. ويجب أن ينفذ حكم الإعدام لأنه قانون خلقي سامي ينبغي العقاب .

وفي الواقع فإنه على المستوى التشريعي، فإن فكرة العدالة هي التي أوجبت ضرورة وجود الركن المعنوي في الجريمة لمحاسبة مرتكب الفعل، كما أنها التي حدت بالقانون إلى تقرير عدم خضوع عديهي الأهلية الجنائية للعقوبة، مثل المجانين وكذلك ناقصي الأهلية مثل الأحداث³.

ثالثاً: تقدير العدالة كهدف من التنقيذ العقابي :

ذهب البعض أن وضع العدالة كغرض تستهدفه العقوبة من شأنه أن يعيد العقوبة إلى صورتها الأولى المبنية على الانتقام من الجاني والتشفي فيه، ويطلق رغبة الجمهور في عقاب لا تحده قيود . ومن ناحية أخرى، قيل إن " الضمير الاجتماعي " الذي يتطلب العدالة بصورة غريزية، لا يصلح كأساس للمعاملة العقابية السليمة : فهو متغير متقلب لا تحكمه قواعد ثابتة .

ولكن القانون الجنائي ينبغي ألا يبني على مثل هذا النوع من الاعتبارات، بل يجب أن يستند إلى معطيات علمية ثابتة⁴، ويرى رأي أن هذا النقد في غير موضعه، فالعدالة من أسوأ القيم الاجتماعية وهي تختلف عن الانتقام، كما إن الاستجابة إلى الأفكار التي تسود لدى الرأي العام ليست عيباً، إذ لا تؤدي العقوبة وظيفتها في المجتمع إلا إذا التأمت مع قيمه، إذ بغير ذلك تعتبر ظلاماً وتثير شعور العطف على من توقع عليه، وتكون بذلك عاملاً إجرامياً، بل إن السياسة الجنائية السليمة تقتضي استغلال القيم الاجتماعية لتوجيه العقوبة إلى وظيفتها⁵.

والانتقادات السابقة لا تقوى على هدم تحقيق العدالة كغرض من أغراض العقوبة: فالعدالة من أسوأ القيم الاجتماعية، وهذا ينطوي بذاته على قيد لما يتطلبه الشعور العام من مقابلة الشر بالشر، ويتكفل بوضع الحدود اللازمة لحدوث مقاصد " معقولة " بين شر الجريمة من ناحية وشر العقوبة من ناحية أخرى، وبالإضافة إلى ذلك، فإنه من حسن السياسة الجنائية أن يجيء القانون غير

¹ - يتكيد ضحايا الجريمة العديد من الخسائر المادية و المعنوية تتمثل في الأموال المسلوقة و الممتلكات المحطمة، ونفقات العلاج والنقص في الإنتاجية و الأجر أو العائدات الضائعة، إضافة إلى الخسائر المعنوية نتيجة الإحساس بالألم و المعاناة.

انظر للمزيد بانتسي كلاوس، خسائر ضحايا الجريمة، ترجمة د. محمد أحمد عبدالرحمن، مركز البحوث و الدراسات، شرطة دبي، العدد (48) ديسمبر 1995م.

² - د. محمد أبو العلاء عقيدة، مرجع سابق، ص 230.

³ - للمزيد راجع في ذلك :

J. S. Smith, Brian Hagan, Criminal Law, Fifth Edition, Butterworth & Co (Publishers) Ltd., London, 1983, P. 8-16.

د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 681، د. عوض محمد، د. محمد زكي أبو عامر، مبادئ علم الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 443، د. أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، مرجع سابق، ص 219-223، د. حسام الدين محمد أحمد، النظرية العامة للعقوبة و التدابير الاحترازية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1977، ص 12-13.

⁴ - د. أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972م، ص 203.

⁵ - د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، مرجع سابق، ص 93.

منفصل عن المشاعر العامة، التي ساءها وقوع الجريمة، ويتطلب الإحساس الغريزي بالعدالة رفع تلك الإساءة، وسبيل ذلك هو توقيع العقوبة، وأياً كان الأمر.

ويجب ألا يكون تحقيق العدالة هو الغرض الوحيد للعقوبة بل يجب أن توافقه الأهداف الأخرى وهي الردع الخاص والعامة.¹ ويرى الباحث أن هذه الأهداف التي تنصب نحو تحقيق العدالة للعقوبة سالبة الحرية قصيرة المدى لا تؤدي الغرض المرجو منها بصورة كاملة، ذلك أن النتائج التي انتهت إليها الدراسات الميدانية التي أجريت على المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدى وأسرتة، أظهرت أن الآثار السلبية العديدة التي تترتب عليها لا يقتصر مداها على المحكوم عليه بها، بل يمتد ليطول أفراد أسرتة وعائلته ومن يرتبط معهم برابطة اجتماعية أياً كان نمطها فالعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدى تصيب الروابط الاجتماعية بأضرار جسيمة، وهي لا تحقق للعدالة أي احترام مطلوب، حيث إنها تضر بالإنسان المحكوم عليه وبأسرتة ويجمع مع يرتبطون معه بأضرار تفوق ما ارتكبه والذي يفترض أن يكون جرماً بسيطاً لأنه حصل على مدة قصيرة من عقوبة سالبة الحرية²، ولقد حاولت التدابير الاحترازية حل العديد من المشكلات الجنائية، ومنها مشكلة الحبس قصير المدى، ونادى بعض الفقهاء بعرض بدائل لتحل محله، ومنها الاختبار القضائي، وإيقاف تنفيذ العقوبة، أو الحكم بعقوبة تبعية أو تكميلية بصفة أصلية، أو تدبير احترازي³.

كما يرى الباحث أنه مادام للعقوبة دور كبير في درء خطر الجريمة بشق صورها، التقليدية والحديثة التي تبدو في تطور أساليبها وأشكالها وأشخاص مرتكبها. فإنها وهذا الحد تحقق العدالة للمجتمع بصورة عامة لحماية الأرواح والأعراض والأموال، والحفاظ على الحريات، وسلامة العلاقة بين أجهزة الدولة ومواطنيها، وصيانة الحقوق، وتحقيق المساواة.

المطلب الثالث : الأهداف النفعيّة للعقوبة في دولة الإمارات

تهدف العقوبة في دولة الإمارات إلى وقاية المجتمع من الخطر وذلك بتحقيق الردع سواء كان عاماً أو خاصاً، وذلك على ما سوف يتضح فيما يلي :

أولاً الردع العام :

يتحقق الردع العام عن طريق التخويف الجماعي أو تهديد الناس كافة بتوقيع العقوبة على من يخالف منهم أوامر القانون ونواهي.

ولكي يتحقق للعقوبة دورها التهديدي، فلا بد أن تكون مهددة بضرر يلحق بالفرد يفوق النفع الذي ينبغي تحقيقه من الجريمة، وهذا يشكل التهديد بتوقيع العقوبة الباعث المانع من ارتكاب الجريمة.⁴

وعلى ذلك يجب أن تتناسب جسامه العقوبة مع مدى أهمية الحق المعتدى عليه، وأن يشعر الأفراد جميعاً بأنه لا مفر من خضوعهم للعقاب إذا ارتكبوا الجريمة، وهو ما يمثل اليقين من توقيع العقوبة عند مخالفة القانون.

وقد ركز فقهاء المدرسة التقليدية على وظيفة العقوبة في تحقيق الردع العام.

فيرى "بكاريا" أن هدف العقوبة هو منع المجرم من ارتكاب جرائم جديدة مستقبلاً، ومنع الآخرين من أن يسلكوا سبيله. أما "بنتام" فيرى أن العقوبة - حسب منطق النفعي الذي جعله محور كتاباته - تعد شراً يجب أن يقابله خير أو منفعة للمجتمع يتمثل في الردع العام.

ويرى أنه لتحقيق هذه الوظيفة التهديدية للعقوبة يجب أن تكون العقوبة معروفة مقدماً للأفراد، وأن تكون متجاوزة في ضررها المنفعة المتوقعة من الجريمة، وبالتالي تحدث أثرها في منعها.⁵

¹ - للمزيد راجع في ذلك: د. أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، مرجع سابق، ص 115.

² - للمزيد حول هذا الموضوع انظر: د. أيمن رمضان محي الدين، العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدى وبدائلها، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في علوم الشرطة، أكاديمية الشرطة كلية الدراسات العليا، القاهرة، مقدمة (ج).

³ - د. عبدالرؤوف مهدي، السجج كجزاء جنائي في ضوء العدالة الجنائية الحديثة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 48، العدد الأول والثاني، جامعة القاهرة، ص 231.

⁴ - يتجه انسلم فويرباخ (فقيه ألماني يعتبر أحد أقطاب المدرسة التقليدية الأولى) إلى القول بضرورة تشديد العقوبة، حتى الحد الذي تكون فيه الألام التي تترتب على توقيعها أكبر من المنفعة أو الفائدة التي يتوقعها الفرد من ارتكاب الجريمة.

د. مصطفى فهد الجوهري: النظرية العامة للجرائم الجنائي، مرجع سابق، ص 88.

⁵ - للمزيد حول تحقيق العقوبة للردع انظر: د. عمر الفاروق الحسيني، أصول علم الإجماع والعقاب، مرجع سابق، ص 323.

ثانياً : تقدير الردع العام :

تعرض الردع العام لانتقادات عديدة، فقيل بأن الاعتداد به يميل بالعقوبات إلى القسوة، إذ تزداد فاعلية التهديد كلما ازداد شدتها. وقيل باصطدامه مع المنطق، إذ لا يجوز إيلاء إنسان من أجل التأثير على غيره، وهو لا شأن له به، وأثير الشك في النهاية حول جدواه، واستشهد في الدلالة على ذلك بأن التهديد بالإعدام لم ينجح في الإقلال من الجرائم التي يعاقب عليها بها¹. وقيل لإثبات عدم جدواه بأنه غيرمتصور بالنسبة لهم، فمنهم مصابون بعقدة الذنب يسعون إلى إيلاء العقوبة، فيكون التعديد بها دافعاً لهم إلى الإجرام، ومنهم ضعاف العقول وشواذ الناس الذين لا يهتمون بهذا التهديد على نخوه المقصود، ومنهم أشخاص يقدمون على الجريمة في ثورة انفعال تجعل افتراض تفكيرهم في تهديد العقوبة وتأثرهم به غير متصور ومنهم في النهاية أشخاص ينتمون إلى مجتمعات صغيرة تفرض عليهم قواعد سلوك تناقض قواعد القانون وترجح عليها في اعتقادهم.

أما الجرائم التي لا يتصور الردع العام في أنها فهي التي لا تناقض القيم الأخلاقية ولكن تستند إلى سياسة معينة في تنظيم المجتمع كجرائم النقد والضرائب والمرور، ذلك أن النصوص الخاصة بها والتهديد بالعقاب المرتبط بها مجهول للشخص المعتاد، وغنى عن البيان أن هذه الجرائم قد تكاثرت في المجتمعات الحالية على نحو ملحوظ².

ويرى البعض بأن الردع العام لا يرتبط بمجرد التهديد بالعقاب، ولكن بالتنفيذ المحقق السريع لهذا التهديد، وهو ما صار في المجتمع الحديث - بالنظر إلى تعقد إجراءات التحقيق والمحاكمة - أمراً مشكوكاً فيه³.

ويمكن الرد على هذه الانتقادات بما يلي :

أولاً : لأن هناك ثمة farkاً كبيراً بين الانتقام وهو شهوة مدمرة وبين العدالة وهي قيمة اجتماعية سامية، وتجلى أهمية تحقيق العدالة في أنها ترضي شعور المجني عليه وتبعده بالتالي عن فكرة الانتقام والثأر من الجاني، كما أنها ترضي مشاعر وأحاسيس الأفراد والتي أثارها الجريمة، فتعيد الطمأنينة إلى النفوس، وتولد لديهم الاستعداد لتقبل المجرم كعنصر جديد في المجتمع عندما تنقضي عقوبته فيتحقق بذلك تأهيله⁴.

ثانياً : إن طوائف الناس الذين لا يتصور الردع العام بالنسبة لهم هي طوائف تتصف بالشذوذ ولا تمثل النوع الغالب منهم، ويعني ذلك أنه لا محل لإنكار الردع العام بالنسبة للشخص العادي، ولا جدال في أن الجرائم التي لا يتصور الردع العام بالنسبة لها ليست أخطر الجرائم أو أكثرها عدداً، فيعني ذلك أن للردع العام أهميته بالنسبة لأخطر الجرائم وأغلبها، ويقود رفض هذه الانتقادات إلى الاعتداد بالردع العام غرضاً تستهدفه العقوبة⁵.

ثالثاً : الردع الخاص :

أ- تحقيق الردع الخاص⁶.

¹- راجع في تقييم فكرة الردع العام، وعلى وجه الخصوص بشأن عقوبة الإعدام:

- J. Andenges, General Prevention revisited: Research and Policy Implications, Journal of Criminal Law and Criminology, 1975, pp. 342 et ss.

- E. Van den Haug, The Ultimate Punishment: A Defense, Harvard Law Review, 1986, pp. 162 et ss.

- L.R. Powell, Capital Punishment, Harvard Law Review, 1989, pp. 1035 et ss.

نقلاً عن د. أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، مرجع سابق، ص 234.

²- للمزيد راجع في ذلك: د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، مرجع سابق، ص 96-95.

³- انظر:

Jahannes Andenaes, Determinism and Criminal Law, Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, 74, 1956. pp. 406-413.

⁴- د. حسن محمد ربيع، مبادئ علم الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 416.

⁵- للمزيد راجع في ذلك: د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، مرجع سابق، ص 96-95، د. محمد أبو العلا عقيدة، أصول علم العقاب، مرجع سابق، ص 224-226، د. شريف سيد كامل، علم العقاب، مرجع سابق، ص 168-175، د. أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، مرجع سابق، ص 232-236.

⁶- راجع حول تحقيق العقوبة للردع الخاص: د. رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، مرجع سابق، ص 765-770.

و انظر:

J. Murphy, Retibution: Justice and Therapy, D. Rediel Publishing Company, Holland, 1979, pp. 147 et ss.

يقصد بالردع الخاص: اختيار العقوبة التي تناسب ظروف الجاني وتتفق مع جسامته جرمته، وتنفيذها باستخدام أحدث أساليب المعاملة العقابية التي تعمل على استئصال نوازع الشر لديه والقضاء على الخطورة الإجرامية التي قد تدفعه مستقبلاً لإرتكاب الجرائم .

وثمرة الردع الخاص هي تأهيل المحكوم عليه، ويعني التأهيل وضع المحكوم عليه في مركز اجتماعي يقره القانون، ويقتضي ذلك توفير عناصر هذا المركز له بإمداده بالإمكانات التي تتيح له شغله والوسائل التي تتيح له البقاء فيه .
ويعني التأهيل في صياغة أخرى أن يخلق لدى المحكوم عليه اعتياد سلوك الطريق المطابق للقانون. وهذه الصلة بين الردع الخاص والتأهيل تسمح باستعمالها كمترادين .
هذا ويمكن تحقيق الردع الخاص وفقاً لإحدى الصور الثلاث الآتية :

1- تخويف :

فالعقوبة هي التي تقوم بهذا الدور لما تتضمنه من إيلام مقصود يترتب بالمجرم بالإيلام الذي تحدته العقوبة بالمحكوم عليه، لا سيما إذا تم تنفيذها بالفعل، من شأنه أن يدفعه إلى سلوك الطريق السليم .
أي يمنعه من ارتكاب الجريمة في المستقبل خشية التعرض للعقوبة مرة أخرى .
بل إن هذا التخويف الفردي يتحقق بالنسبة لبعض المجرمين بمجرد التهديد بتوقيع العقوبة. ويتضح ذلك بصفة خاصة في حالة الحكم بها مع وقف التنفيذ، فخوف المحكوم عليه من إلغاء وقف التنفيذ يحول بينه وبين العودة إلى الجريمة .
وكذلك بالنسبة للمحكوم عليه الذي أفرج عنه إفرجاً شرطياً، فالخشية من إلغاء الإفرج الشرطي والعودة إلى السجن مرة أخرى تمنعه - بغير شك- من الإقدام على ارتكاب الجريمة في المستقبل.

2- إصلاح المحكوم عليه وتأهيله اجتماعياً¹ :

إن أهم الوسائل التي يتخذها الجزاء الجنائي لتحقيق الردع الخاص هو إصلاح المحكوم عليه حتى يعود إلى المجتمع مواطناً صالحاً لا يفكر في العودة إلى الجريمة مرة أخرى. والإصلاح أو التأهيل يتحقق في مرحلة تنفيذ العقوبات السالبة للحرية².
وقد يقتضي مساعدة المفرج عنه على التكيف مع المجتمع بتوفير نوع من الرعاية اللاحقة له، كما يتحقق الإصلاح أيضاً عن طريق التدابير الاحترازية التي تتضمن أساليب علاجية أو تهييبية تهدف إلى إزالة العوامل الإجرامية المتوافرة لدى المجرم³.

3- استبعاد المجرم :

في حالة ارتكاب بعض الجرائم شديدة الخطورة، فإن وسيلة الجزاء الجنائي في تحقيق الردع الخاص قد تتخذ صورة استبعاد المجرم من المجتمع، خاصة عندما يثبت أنه مجرم خطير وأنه غير قابل للإصلاح .
والاستبعاد يكون باستئصال المجرم من المجتمع عن طريق الحكم عليه بالإعدام، وذلك في القوانين التي تأخذ بعقوبة الإعدام ومنها القانون المصري. أو الحكم عليه بالأشغال الشاقة المؤبدة أو السجن المؤبد كما تسميه بعض التشريعات التي ألغت عقوبة الأشغال الشاقة. وإن كان الملاحظ أن العقوبة السالبة للحرية لم تعد تقوم بدور إبعاد المجرم عن المجتمع من الناحية العلمية، خاصة مع الأخذ بنظام الإفرج الشرطي عن المحكوم عليه. وهناك أيضاً بعض التدابير الاحترازية التي تتسم بطابع الاستبعاد، كما هو الحال بالنسبة لإيداع المجرم المجنون في إحدى المصحات المخصصة لذلك على الأقل إلى أن يتم شفاؤه، وإبعاد الأجنبي الذي يرتكب جريمة معينة من إقليم الدولة .

¹ - للمزيد حول تأهيل المحكوم عليه وإصلاحه انظر: د. عبدالفتاح الصفي، الأحكام العامة للنظام الجنائي، مرجع سابق، ص 492-493، د. رؤوف عبيد، أصول علمي الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 560-563.

² - وهذا الإصلاح والتأهيل للمحكوم عليهم لإعادتهم للحياة الطبيعية في المجتمع لا يمكن أن يتحقق إذا كان أسلوب تنفيذ العقوبة مناقضاً للكرامة البشرية. راجع في ذلك: د. محمود نجيب حسني، حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية (مرحلة ما بعد المحاكمة)، القاهرة، 1989م.

³ - ويرى د. محمود نجيب حسني ترجيح الردع الخاص على إرضاء العدالة " لأن له دور نوعي ملموس حيث يقتصر إرضاء العدالة على كونه مجرد توقيع لقيمة معنوية" انظر في ذلك د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 682، والجدير بالذكر إن إصلاح الجاني عن طريق العقوبة لم يكن غائباً عن الفكر الإنساني منذ العصور القديمة، فقد وجد في أفكار سقراط وأفلاطون، وقد تطورت بشكل ملحوظ الوسائل المعدة لتحقيق الإصلاح وذلك حسب تطور الفكر القانوني والمعطيات العلمية المختلفة، انظر د. أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، مرجع سابق، ص 240.

وقد اعترض جانب من الفقه على دور العقوبة في استبعاد المجرم من المجتمع، على أساس أنه يفترض اليأس في تأهيله اجتماعياً، وهو ما لا يجوز التسليم به إزاء تقدم أساليب المعاملة العقابية التي أصبحت تستند إلى قواعد علمية متطورة¹.

ب- تقدير الردع الخاص².

وعلى الرغم مما يتميز به الردع الخاص في صورته الثانية من طابع إنساني واضح وما يستهدفه من تحويل العقوبة إلى أداة نفعية لا تقصد الإيلام لذاته، وإنما تسعى إلى إصلاح المتهم وإعادة تكيفه مع المجتمع، إلا أنه قد تعرض للهجوم من عدة نواح فمن ناحية أولى:

قيل بأن وضع الردع الخاص بالمعنى السابق كغرض للعقوبة من شأنه القضاء على وظيفة العقوبة في الردع العام، على الرغم من أهمية تلك الوظيفة في مكافحة الجريمة وتعلق الرأي العام بها.

ومن ناحية ثانية:

قيل بأن فكرة الردع الخاص تصطدم بقواعد العدالة التي تقضي بأن ينال كل مخطئ جزاؤه. وبيان ذلك أن العقوبة إذا استهدفت منها فقط تحقيق الردع الخاص، فمعنى ذلك أن المجتمع لن يهتم "بالعلاج العادل" قدر اهتمامه بفكرة العلاج في ذاتها، وأنه لن يستهدف "الردع العادل" قدر سعيه نحو تحقيق الردع في ذاته، وهكذا يخرج المجرم عن دائرة العدالة كلية:

فقبل الجريمة كان لدينا شخص طبيعي أهل للتمتع بالحقوق، وبعدها تحول الشخص إلى مجرد "شيء" أو "مريض" أو "حالة".

ومن ناحية ثالثة:

تشير الدراسات التي أجريت في هذا الصدد إلى أن السجون والعقوبات قد فشلت في تأهيل من ساقهم مصيرهم إليها. والواقع أن هذه الانتقادات مبالغ فيها.

فالنقد الأول يهدر من قيمته أن الردع العام لا يرتبط بقسوة العقوبة أو الشدة في نظام تنفيذها بعلاقة طردية، فقد ثبت بالتجربة أن ما يحقق الردع العام ليس هو قسوة العقوبة بقدر ما هي السرعة واليقين في تطبيقها... والنقد الثاني ليس صحيحاً على إطلاقه: فالردع الخاص لا يضيح باعتبار العدالة.

لأن المعاملة العقابية - مهما غلب عليها من طابع إنساني- سوف تتضمن نوعاً من الإيلام والمعاناة يجعل الحياة الخاضعة للمعاملة العقابية في السجن أقل راحة من الحياة خارجه، وفي هذا ما يكفل تحقيق العدالة بالمقدر المطلوب.

ويضاف إلى ذلك أن الإيلام لم يعد مقصوداً لذاته، بل هو وسيلة لتحقيق غرض أسمى، وأن العدالة تتأذى من فشل السياسة العقابية في الهبوط بنسبة الإجمام، وهو فشل لن يلبث أن يحدث إذا لم تستهدف العقوبة غير تحقيق مجازاة المخطئ دون سعي لإصلاحه ونزع الخطورة الإجرامية عنه.

والنقد الثالث يرد عليه بأنه لا توجد أية إحصاءات أو دراسات تجريبية ذات قيمة مؤكدة تثبت أن معدلات العودة إلى الجريمة ترتفع عقب المعاملة العقابية التي تستهدف التأهيل، بينما تهبط تلك المعدلات إذا كانت المعاملة لا ترمي إلى نفس الغرض.

وقد يرجع الخلاف المتعلق بهذه المنطقة الأخيرة إلى أن المجرم قبل إصلاحه وتأهيله، ينبغي أن يشعر بما تتضمنه الحياة داخل السجن من قيود لا تعرفها الحياة الحرة، فينبغي إذن أن يعاقب قبل إصلاحه.

يتضح مما تقدم أن أهداف الجزاء الجنائي هي:

تحقيق العدالة والردع العام والخاص:

¹ - د. أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، مرجع سابق، ص 237، د. أحمد عوض بلال، محاضرات الجزاء الجنائي، مرجع سابق، ص 242، د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، مرجع سابق، ص 97، د. عمر الفاروق الحسيني، أصول علمي الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 337.

² - راجع حول تقدير الردع الخاص: د. رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، مرجع سابق، ص 770 وما بعدها، د. محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص 379 وما بعدها، د. حسام الدين محمد، النظرية العامة للجزاء الجنائي، مرجع سابق، ص 16 وما بعدها.

يرى الباحث أن أفضل نظام عقابي هو الذي يجمع بين هذه الأغراض الثلاثة، وينسق بينها حتى يتحقق الهدف من العقاب، وهو حماية المجتمع من الجريمة. وقد يقتضي تحقيق هذا الهدف ترجيح أحد هذه الأغراض على ما سواه، والتركيز على غرض منها ليس معناه إهمال الأغراض الأخرى، إذ أنها متكاملة متداخلة يصعب تحديد مجال خاص لكل منه .

من أجل ذلك وجب إعطاء كل غرض منها نصيبه من الأهمية عند تحديد السياسة العقابية لأي مجتمع . فالردع العام الذي يواجه إجراماً كامناً مجاله نصوص التجريم والعقاب، وكذلك العدالة في شقة المتعلق بتحديد العقوبة المناسبة لجسامة ماديات الجريمة. وللعادلة مجال آخر هو اختيار القاضي لنوع العقوبة ومقدارها من بين العقوبات التي يقرها القانون .

أما الردع الخاص فمجال ترجيحه هو مرحلة تنفيذ العقوبات الماسة بالحرية، إذ إن تنظيم المعاملة العقابية أثناء تنفيذ العقوبة السالبة للحرية هو الذي يضمن تحقيق العقوبة لهدف الإصلاح والتأهيل .

وتركز التشريعات الحديثة على غرض الردع الخاص الذي ترجحه على ما عداه من أغراض العقوبة، كما تؤكد المواثيق الدولية على أهمية الردع الخاص وتفوقه على سائر الأغراض التي يمكن تصورها للعقوبات السالبة للحرية .
فبالنسبة لاتجاهات الدفاع الاجتماعي المختلفة، خاصة مدرسة الدفاع الاجتماعي الجديد، التي أنشأها المستشار الفرنسي " مارك آنسل"، فإنها تذهب - جميعاً - إلى أنه في حالة تنازع أو تعارض أغراض العقوبة فيما بينها، فإن الأهمية يجب أن تعطى للردع الخاص، أي للتأهيل الاجتماعي للجاني¹.

المبحث الثاني : نظم المؤسسات الإصلاحية والعقابية وأساليب التنفيذ

يراد بنظام المؤسسات الإصلاحية والعقابية وأساليب التنفيذ: هو مدى ما يسمح به من اتصال بين المحكوم عليهم في المؤسسة العقابية من ناحية، وكذلك علاقة المحكوم عليهم بالعالم الخارجي من ناحية أخرى².
ويهدف من خلال هذا البحث بيان نظام التنفيذ الجنائي لوضع الأساس الأول في نطاق التنفيذ الذي سيعقبه دراسة النشاط الإداري في توجيه التنفيذ الجنائي إلى أغراضه، وبيان الإشراف القضائي الذي أصبح في إطار الفكر العقابي الحديث هو الدعامة الرئيسية للحفاظ على حقوق الإنسان المحكوم عليه بذهه الفترة العقابية .
ويمكن التمييز في هذا الصدد بين أربعة نظم هي: النظام الجمعي، والنظام الانفرادي، والنظام المختلط، والنظام التدريجي، ثم نوضح نظام دولة الإمارات العربية المتحدة في هذه الجزئية، وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا البحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول: النظام الجمعي

المطلب الثاني: النظام الانفرادي

المطلب الثالث: النظام المختلط

المطلب الرابع: النظام التدريجي

المطلب الخامس: نظام المؤسسات العقابية بدولة الإمارات العربية المتحدة.

المطلب الأول : النظام الجماعي أو الجمعي

ماهية النظام الجمعي :

يقوم هذا النظام على أساس الجمع أو الاختلاط بين المحكوم عليه بفترة تنفيذ عقابي في مكان واحد، سواء أثناء النهار أو الليل. أي أنه يفترض الاختلاط التام بين جميع نزلاء المؤسسة العقابية في أماكن العمل والطعام والرياضة والثقافة والنوم، وغير ذلك من الأنشطة الأخرى التي يمارسونها داخل المؤسسة العقابية، ويسمح لهم بالحديث فيما بينهم في هذه الأماكن وأثناء تلك الأنشطة³. ومع ذلك فإن طبيعة هذا النظام تسمح بتقسيم المحكوم عليهم إلى طوائف بحسب السن، بحيث يفضل البالغون ويودعون معاً في

¹ - د. مصطفى فهد الجوهري، النظرية العامة للجزاء الجنائي، مرجع سابق، ص 99.

² - د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، مرجع سابق، ص 158، د. عمر الفاروق الحسيني، أصول علمي الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 387، د. محمد علي جعفر، السجون وسياسة تطوير وظائفها الإصلاحية، مرجع سابق، ص 62 وما بعدها.

³ - د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، مرجع سابق، ص 158، د. عمر الفاروق الحسيني، أصول علمي الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 387، د. محمد علي جعفر، السجون وسياسة تطوير وظائفها الإصلاحية، مرجع سابق، ص 62 وما بعدها.

المؤسسات المخصصة لهم، ويودع الأحداث معاً في إحدى المؤسسات الخاصة بهم وبحسب الجنس فيفصل بين الرجال والنساء مع اجتماع أفراد كل طائفة في جميع الأوقات¹.

تقدير النظام الجمعي :

يتميز هذا النظام بالبساطة، ومن أبرز مزاياه أنه لا يكلف الدولة نفقات باهظة. فإنشاء السجون التي يطبق فيها هذا النظام لا يثير أية صعوبة. ومن ناحية أخرى، قيل أنه يتيح تنظيم العمل العقابي على نحو يجعله أقرب إلى ظروف مزاوله العمل خارج المؤسسة العقابية، وبالتالي يساعد على تأهيل المحكوم عليه². وأخيراً، فإن هذا النظام هو أقرب الأنظمة إلى طبيعة الإنسان باعتباره كائناً اجتماعياً يرفض العزلة ويميل إلى الحياة في جماعة، ومن ثم يؤدي إلى الحفاظ على الصحة النفسية والعقلية والبدنية للمحكوم عليه³.

ولكن أخذ على هذا النظام أن الاختلاط لا يساعد حقيقة في إصلاح المحكوم عليه، بل على العكس يكون مصدر خطر عظيم عليه⁴. فعنابة المجرمين سوف يلقتون الأقل منهم خطورة كيفية ارتكاب الجريمة. الأمر الذي يجعل السجن "مدرسة للجريمة". وكذلك، فإن اجتماع المحكوم عليهم في مكان واحد طوال فترة سلب الحرية يمكن أن يؤدي إلى تشكيل عصابات إجرامية داخل المؤسسة العقابية للتمرد ومحاولة الهرب، بل والتخطيط للجرائم التي سوف يرتكبوها سوياً عقب الإفراج عنهم. ولذا قيل بحق إن النظام الجمعي يحيل المؤسسة العقابية إلى "مدرسة للجريمة"⁵.

وعلى الرغم من هذه الانتقادات، فإن جانباً من الفقه يرى أنه ليس من المستحيل الحد من مساوئ هذا النظام، خاصة إذا تم تطبيقه على عدد محدود من المحكوم عليهم تتقارب درجة خطورتهم وتشابه ظروفهم عن طريق الاستعانة بمبادئ التصنيف، وجعل الإشراف عليهم بيد أشخاص متخصصين أكفاء، ولا شك أن هذا الأسلوب من المعاملة يحد من المساوئ السابقة للنظام الجمعي، ويستفيد التزليل، بل والدولة من مزاياه التي قد لا تحققها نظم أخرى، وبصفة خاصة ميزة التوازن البدني والنفسي للمحكوم عليه، وهذا النظام معمول به في أغلب الدول العربية⁶.

المطلب الثاني : النظام الانفرادي (أو النظام البنسلطاني أو الفيلاذيفي)

ماهية النظام الانفرادي

يعتبر هذا النظام على العكس تماماً من النظام الجمعي، بحيث لا تقوم أية صلة بين كل محكوم عليه وغيره من المحكوم عليهم الآخرين. فيستقل كل محكوم في زنزانه خاصة به ولا يتصل بغيره من المحكوم عليهم. وتؤسس كل زنزانه وتجهز بكل ما يلزم المحكوم عليه أثناء إقامته الدائمة فيها: فهو ينام ويتناول الطعام بها ويقوم بالعمل الذي يختاره أو يفرض عليه داخلها، كما يقرأ فيها ويستقبل واعظيه ومعلميه ومهذبيه. وتحتوي المؤسسة العقابية القائمة على هذا النظام على عدد من الزنانات بعدد المحكوم عليهم فيها⁷.

¹ - ويعتبر النظام الجمعي أقدم نظم السجون، وقد استمر تطبيقه حتى نهاية القرن الثامن عشر، حيث كان السجن حتى ذلك التاريخ مجرد مكان للتحفظ على التزلاء أو لمجرد إبعادهم عن المجتمع. انظر في ذلك: د. أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، مرجع سابق، ص 276.

² - تدعو كثير من الدراسات إلى ضرورة الربط بين العمل الإصلاحي وعملية التنمية في المجتمع، لأن العمل على تطوير العمل الإصلاحي لن يأتي بثماره إلا إذا تم في إطار التنمية الشاملة للمجتمع. انظر في ذلك د. أحمد حويبي، أسلوب تطوير العمل الإصلاحي والتدريبي في الدول العربية، مجلة الفكر الشرطي، شرطة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الرابع، العدد الثاني، سبتمبر 1995، ص 122.

³ - د. شريف سيد كامل، المعاملة العقابية، مرجع سابق، ص 83. د. أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، مرجع سابق، ص 277، د. عمر الفاروق الحسيني، أصول علمي الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 338.

⁴ - ولا يفوت في هذا المجال أن يؤكد على أن عقوبة السجن كما أنها تحقق ردع الجاني أحياناً؛ إلا أنها أحياناً أخرى قد تؤدي إلى العودة للجريمة بالنسبة لبعض الجناة، حيث أصبحت تدار عمليات تهريب المخدرات من داخل المؤسسة. راجع تفصيلاً لذلك: د. أحمد حبيب السماك، عن ظاهرة العودة إلى الجريمة في الشريعة الإسلامية والفقه الجنائي الوضعي، مطبوعات جامعة الكويت، 1985، ص 15.

⁵ - د. عمر الفاروق الحسيني، مرجع سابق، ص 389. د. فتوح عبدالله الشاذلي، علم الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 218.

⁶ - راجع في ذلك: د. محمد صبيح نجم، أصول علمي الإجرام والعقاب، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2002، ص 104.

⁷ - ويصل الأمر في النظام الانفرادي إلى أنه عند اضطراب المسجون للخروج من زنزانه يفرض عليه وضع قناع على وجهه حتى لا يكون هناك مجال لأي اختلاط يذكر بينه وبين زملائه، مما يعرضه لأمراض خطيرة كالجنون. انظر في ذلك د. فتوح عبدالله الشاذلي، مرجع سابق، ص 220 وما بعدها.

وقد طبق هذا النظام في بداية نشأته - كما سبق أن ذكرنا- في السجون الكنسية، حيث اعتبره رجال الكنيسة أفضل النظم لإصلاح المجرم عن طريق " التوبة الدينية". ثم أخذ به في كثير من السجون المدنية في القرنين السادس عشر والسابع عشر في هولندا وإيطاليا. ولكن التاريخ الحديث لإنشاء أول سجن طبق فيه نظام الحبس الانفرادي يرجع إلى نهاية القرن الثامن عشر في ولاية بنسلفانيا بالولايات المتحدة الأمريكية، وبالتحديد سنة 1790، ولذلك يطلق على هذا النظام حتى اليوم اسم " النظام البنسلفاني "System Pensylvaiein" وقد فشلت التجربة الأولى لهذا السجن بسبب ازدحامه الشديد بالزلاء وصعوبة تنظيم العمل العقابي بالنسبة لهم جميعاً. وفي عام 1829 أنشئ فلادلفيا بولاية بنسلفانيا سجن جديد أطلق عليه اسم "السجن الشرقي"، وفقاً للخطة التي وضعها "بتنام" للمؤسسة العقابية النموذجية.

وقد اعتبر هذا السجن من أهم المؤسسات العقابية التي طبق فيها النظام الفردي¹.

تقدير النظام الانفرادي :

يتميز هذا النظام بأنه يتفادى مساوئ الاختلاط الناتجة عن النظام الجمعي ويساعد على تأهيل المحكوم عليه، لأن عزل هذا الأخير تماماً عن غيره من الزلاء يتيح له فرصة التأمل والتفكير فيما فعل، والندم على ارتكاب الجريمة. كما أنه يعد الأكثر فاعلية في ردع المجرمين الخطرين لما ينطوي عليه من قسوة تزيد من إيلام سلب الحرية . ويتضح ذلك بصفة خاصة بالنسبة للمجرمين المحترفين ومعتادي الإجرام. وهم في الغالب لا يستطيعون تحمل حياة العزلة². وأخيراً، فإن هذا النظام يكفل تحقيق التفريد التنفيذي للعقوبة، لأنه يتيح تطبيق أسلوب المعاملة العقابية الملائم لظروف كل محكوم عليه على حدة .

وعلى الرغم من ذلك، فإن هذا النظام يعاب عليه ما يلي :

أولاً : أنه يكلف الدولة نفقات باهظة : إذ يفترض أن يتضمن السجن عدداً كبيراً من الزنانات بقدر عدد المحكوم عليهم، وأن تعد الزنانة على نحو يسمح للمحكوم عليه أن يباشر فيها جميع الأنشطة اليومية، فضلاً عن توافر عدد كبير من الحراس والموظفين والفنيين لإدارة السجن وتطبيق أساليب المعاملة العقابية على المسجونين. ولذا فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن هذا النظام يمكن أن يطبق بفاعلية في الدول الغنية فقد، والتي تكون نسبة الإجرام فيها منخفضة .
ثانياً : إنه يصعب مع الأخذ بهذا النظام تنظيم العمل العقابي وفقاً للأساليب الآلية الحديثة، أي بالطريقة التي يستطيع المحكوم عليه أن يباشر العمل بمقتضاها بعد الإفراج عنه³.

ثالثاً : أن هذا النظام يحدث بالمحكوم عليه أضراراً بالغة، سواء من الناحية النفسية أو العقلية أو البدنية، مما يحول دون تأهيله اجتماعياً. فالدراسات الحديثة في علم النفس أكدت أن الفرد قد يحتاج إلى العزلة لبعض الوقت، ولكنه لا يستطيع أن يتحمل العزلة المستمرة، كما أن قدرات الأفراد على تحمل العزلة متفاوتة، فهناك أشخاص كثيرون لا يتحملون العزلة على الإطلاق . ولوحظ أن تطبيق هذا النظام حتى في سجن بنسلفانيا وهو السجن النموذجي الذي طبق فيه قد أدى إلى نتائج مؤسفة، فكثير من الزلاء لم يستطيعوا تحمل قسوة العزلة التي يفرضها هذا النظام، وأقدم بعضهم على الانتحار، وأصيب البعض الآخر بالجنون⁴.

وبسبب هذه المساوئ التي ينطوي عليها النظام الفردي فقد عدلت عن الأخذ به أغلب الدول كنظام يطبق بصفة رئيسية في مؤسساتها العقابية. ومع ذلك، فإنه ليس من الملائم، كما ذهب البعض. التخلي عن هذا النظام كلية، لأنه يكون ضرورياً في بعض الأحوال منها : إذا كان اختلاط المسجون بغيره من نزلاء المؤسسة العقابية ينطوي على إضرار بهم، لإصابته بمرض معد مثلاً أو كونه شاذاً جنسياً أو لخطورته الإجرامية الكبيرة⁵. وهنا يكون عزل المسجون بمثابة تدبير أمر داخلي أو عقوبة تأديبية . كذلك أوصت لجنة

¹ - راجع في ذلك: د. شريف سيد كامل، المعاملة العقابية، مرجع سابق، ص 85، د. عمر الفاروق الحسيني، أصول علمي الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 390.

² - ويكون النظام الانفرادي ملائماً كذلك بالنسبة للمسجونين احتياطياً (التوقيف الاحتياطي) وفي حالات أخرى يكون هذا النظام ملائماً، وأهمها العقوبات ذات المدة القصيرة. انظر د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، مرجع سابق، ص 166 وما بعدها. وأيضاً موقع الانترنت التالي:

www.innocentuntilproven guilty.com

³ - د. شريف سيد كامل، المعاملة العقابية، مرجع سابق، ص 86.

⁴ - د. مصطفى فهمي الجوهري، أصول علمي الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 600.

⁵ - د. شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص 86، 87، د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، ص 162.

الإصلاح العقابي في فرنسا سنة 1945 بتطبيق هذا النظام على المتهمين المحبوسين احتياطياً، لتجنب التأثير الضار لاختلاط هؤلاء المتهمين الذين قد تثبت براءتهم فيما بعد بالمجرمين الخطرين المحكوم عليهم. كما أن يكون ملائماً للمحكوم عليهم بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة، لإشعارهم برهبة العقوبة من ناحية وتفادي الاختلاط الضار بينهم وبين المسجونين الآخرين الأشد منهم خطورة من ناحية أخرى¹.

وفي جميع الأحوال فإن مرحلة الانفراد باتت تشكل في الأنظمة الحديثة الخطورة الأولى في النظام التدريجي، لأنها تأتي في إطار دراسة شخصية المحكوم عليه بصورة متكاملة حتى يتم اختيار أساليب التنفيذ العقابي المناسب لها، والتي من شأنها المحافظة على حقوق الإنسان المحكوم عليه بفترة تنفيذ عقابي².

المطلب الثالث : النظام المختلط

المقصود بالنظام المختلط :

يقوم هذا النظام على أساس التوفيق بين النظامين السابقين فيؤخذ بالنظام الجمعي نهائياً، وبالتالي يجتمع المحكوم عليهم أثناء تناول الطعام أو مزاولة العمل العقابي أو تلقي دروس العلم والتهديب والراحة أو غير ذلك من الأنشطة اليومية، ويطبق النظام الانفرادي ليلاً بحيث يقضي كل مسجون ليله في زنزانه خاصة به³.

ففي النهار يختلط الزلاء أثناء العمل، وتناول الطعام، وتلقي البرامج الدينية والتهديبية وكذلك في أوقات الفراغ والترفيه، ولتفادي مساوئ الاختلاط كان يفرض في هذا النظام على الزلاء التزام الصمت طوال فترة الاختلاط حتى يمنع الاتصال بينهم وتأثير السيئ منهم على الصالح. أما في الليل فينصرف كل منهم إلى زنزانه حيث لا اختلاط ولا اتصال⁴.

تقدير النظام المختلط :

يتميز النظام المختلط بأنه أقل تكلفة من النظام الانفرادي، لأن الزنانات فيه لا تحتوي على التجهيزات التي يلزم توافرها في زنانات النظام الانفرادي . فالزنزانه في النظام المختلط بين الزلاء ميزة كبيرة لهم إذ يتفق وطبيعتهم البشرية، مما يحفظ لهم توازنهم النفسي والبدني، ويمهد لتأهيلهم⁵. ومع ذلك، فقد انتقد هذا النظام لأنه يفرض على المحكوم عليهم قاعدة الصمت المطلق أثناء اجتماعهم نهائياً، ولوحظ أن تطبيق هذه القاعدة ليس بالأمر اليسير، لكونها متناقضة مع الطبيعة البشرية. فالإنسان بطبيعته يكون دائماً في حاجة إلى الحديث مع المحيطين به، ومنعه عن ذلك كما ذهب البعض يعرض صحته للخطر أكثر مما لو تم عزله عن الآخرين، ولأن وجود هذه القاعدة لن يحول دون محاولة اتصال بعض الزلاء ببعض الآخر، كذلك سوف تؤدي هذه القاعدة إلى تشديد قسوة نظام الحبس لأن المسجون الذي يخالفها يتعرض لجزاءات تأديبية معينة مثل عزله في زنزانه خاصة أو خفض وجباته الغذائية أو ضربه بالسياط . ومن شأن هذه الجزاءات أن تدفع المحكوم عليه إلى التمرد ومعاداة القائمين على إدارة المؤسسة العقابية. وعلى أية حال، فقد تراجعت أهمية النظام المختلط وأصبح يعد من مراحل النظام التدريجي⁶.

المطلب الرابع : النظام التدريجي

ماهية النظام التدريجي :

¹ - د. فتوح عبدالله الشاذلي، مرجع سابق، ص 223، د. شريف سيد كامل، علم العقاب، مرجع سابق، ص 87، د. مصطفى فهد الجوهري، مرجع سابق، ص 601.

² - د. علي محمد جعفر، السجون وسياسة تطوير وظائفها الإصلاحية، دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 63.

³ - د. شريف سيد كامل، علم العقاب، مرجع سابق، ص 87.

⁴ - لقد طبق هذا النظام عام 1821 حيث قرر الشارع في ولاية نيويورك تطبيق نظام تصنيف جديد في سجن مدينة أوبرن Auburn يقوم على تقسيم المحكوم عليهم إلى طوائف ثلاث لكل منها نظام تتميز به: أخطر المجرمين، وأوسطهم خطراً، أما الطائفة الثالثة فتفرض على أفرادها العزلة في الليل دون النهار. انظر في ذلك: د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، مرجع سابق، ص 168 وما بعدها.

⁵ - د. فتوح عبدالله الشاذلي، مرجع سابق، ص 223، د. عمر الفاروق الحسيني، أصول علم الاجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 391.

⁶ - د. شريف سيد كامل، علم العقاب، مرجع سابق، ص 89.

يقوم هذا النظام على تقسيم مدة العقوبة إلى فترات وتطبيق نظام خاص في كل فترة منها وفق ترتيب معين. تتميز الأولى فيه بنظام صارم، ثم تخف وطأته في الفترة التالية تدريجياً تبعاً لاستجابة المحكوم عليه لبرنامج التأهيل حتى يصل إلى النهاية. وهكذا يتميز هذا النظام بأنه أقل الأنظمة مشقة¹.

ووفقاً لهذا النظام فإن سلب الحرية ليس غاية في ذاته، وإنما وسيلة لمعاملة المحكوم عليه على نحو يكفل مساعدته على التكيف مع المجتمع. وهذه المعاملة ينبغي أن تكون على نحو يكفل مساعدته على التكيف مع المجتمع وهذه المعاملة ينبغي أن تكون متدرجة بمعنى أن تقسم مدة العقوبة السالبة للحرية إلى مراحل، بحيث يخضع المحكوم عليه في كل مرحلة منها لنظام مختلف، يبدأ بالشدّة والصرامة (النظام الانفرادي) ثم يميل إلى التخفيف تدريجياً تبعاً لاستجابة المحكوم عليه لبرنامج التأهيل حتى يصل إلى الحرية الكاملة.

ومؤدى ذلك، أن هذا النظام يفترض أن تكون العقوبة السالبة للحرية للمحكوم بها طويلة المدة، أو على الأقل متوسطة المدة حتى يمكن أن يطبق خلال مدتها تدريجياً برنامج المعاملة العقابية الذي يهدف إلى إصلاح المحكوم عليه ومساعدته على الاندماج في المجتمع بعد الإفراج عنه².

وفي نهاية القرن التاسع عشر انتشر هذا النظام في العديد من الدول، كالدينمارك وفنلندا والنرويج واليابان وإيطاليا والمجر، وكذلك أخذ به قانون العقوبات السويسري (المادتان 37 و38) وقانون العقوبات الألباني (المادة 111). وطبق في فرنسا عام 1945 بناء على توصية لجنة الإصلاح العقابي الفرنسية، ثم نص عليه القانون الفرنسي صراحة بالنسبة للعقوبات السالبة للحرية طويلة المدة. فقسم مدة العقوبة إلى خمس مراحل، بحيث يطبق في المرحلة الأولى نظام الحبس الانفرادي، ويطبق في المرحلة الثانية النظام المختلط، والمرحلة الثالثة هي مرحلة التحسن، ويمنح خلالها المحكوم عليه بعض المزايا. والرابعة هي مرحلة الثقة في المحكوم عليه، وقد تصل إلى نظام شبه الحرية، والمرحلة الأخيرة هي الإفراج الشرطي ولكن في 23 مايو سنة 1975 أصدر القانون الفرنسي مرسوماً عدل به المادتين (70 م) و(97 م) من قانون الإجراءات الجنائية، وتخلي بمقتضاه عن النظام التدريجي، ومع ذلك يرى الفقه الفرنسي أن التدرج في معاملة المحكوم عليهم مازال مطبقاً في السجون الفرنسية من الناحية العملية، وليس أدل على ذلك من الأخذ بنظام شبه الحرية ونظام الإفراج الشرطي³.

لذلك يتعين فهم النظام التدريجي على أنه برنامج للتأهيل، لا مجرد مراحل جامدة ينتقل إليها المحكوم عليه بالتدرج والترتيب، ففي حالات قد يكون الترتيب والتدرج ملائماً، وفي حالات أخرى قد تختفي بعض المراحل، كل هذا تبعاً لظروف كل محكوم عليه ودرجة تجاوبه مع كل مرحلة ومدى استعداده للتجاوب مع المراحل التالية⁴.

المطلب الخامس: نظام المؤسسات العقابية في دولة الإمارات العربية المتحدة اتجاه القانون الإماراتي نحو الأخذ بالنظام التدريجي:

يتضح من القانون الاتحادي رقم 43 لسنة 1992 في شأن تنظيم المنشآت العقابية الإماراتية يتجه نحو الأخذ بالنظام التدريجي حيث نصت المادة 27 من هذا القانون على أنه إذا زادت مدة بقاء المحكوم عليه في المنشأة على أربع سنوات وجب قبل الإفراج عنه أن يمر بفترة انتقال، على أن يراعى خلالها التدرج في تخفيف القيود ومنح المزايا وفقاً للشروط التي تنص عليها اللائحة التنفيذية⁵. وقد بينت اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه الصادر سنة 1995 في المادة (37) منها المزايا التي تمنح للمحكوم عليه خلال فترة الانتقال وهي تمتعه بنفس المزايا الممنوحة للفئة (أ) من فئات المسجونين⁶. ومن أمثلتها ارتداء الملابس الخاصة داخل المنشأة العقابية، استحضار الطعام من الخارج على حسابه الخاص بواسطة إدارة المنشأة، مقابلة الزائرين مرة في الأسبوع بالإضافة إلى

¹ - د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، مرجع سابق، ص 171، د. عمر الفاروق الحسيني، أصول علي الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 391.

² - انظر د. شريف سيد كامل، علم العقاب، مرجع سابق، ص 90 وما بعدها.

³ - راجع كل من د. شريف سيد كامل، علم العقاب، مرجع سابق، ص 92، د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، مرجع سابق، ص 173، د. أحمد عوض بلال، مرجع سابق، ص 290.

⁴ - د. أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، مرجع سابق، ص 291.

⁵ - كما جاءت المادة 18 من القانون المصري رقم 396 والخاص بتنظيم السجون لسنة 1956، مطابقة لذلك. راجع في مظاهر تطبيق النظام التدريجي في مصدر. عمر الفاروق الحسيني، أصول علي الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 393 وما بعدها.

⁶ - راجع المادة (35) من اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم (43) لسنة 1992م في شأن تنظيم المنشآت العقابية.

الزيارة المسموح بها، والسماح له بممارسة من يشاء بمعدل ست رسائل أسبوعية واستلام الرسائل الواردة إليه بمعدل مرتين في الأسبوع، فضلاً عن السماح له بشراء الكتب والمجلات والجرائد المسموح بقراءتها والاحتفاظ بها...
 وحددت المادة (38) من اللائحة التنفيذية أيضاً تمتع المحكوم عليه في فترة الانتقال بالمزايا السابقة، وتتلخص هذه الشروط في ثلاثة هي:

1. ألا تزيد المدة المتبقية من مدة عقوبته على سنة واحدة .
2. أن يكون حسن السلوك .
3. ألا تكون هناك خطورة أمنية من ذلك .

ومن ناحية أخرى، فإن القانون الاتحادي في شأن تنظيم المنشآت العقابية يأخذ بنظام الإفراج الشرطي (المادة 44)، وهو يعد مرحلة مهمة من مراحل النظام التدريجي، لما يتضمنه من نقل المفرج عنه تحت شرط من سلب الحرية المطلقة إلى الحرية المقيدة، لإعداده للحرية الكاملة في المجتمع الحر، الأمر الذي يساعد في تأهيل المحكوم عليه وتكيفه مع المجتمع¹.

اعتراف القانون بنظام الحبس الانفرادي في حالات معينة :

نصت الفقرة السادسة من المادة (35) من اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم (43) لسنة 1992 في شأن تنظيم المنشآت العقابية علي أنه يحق للمحبوس احتياطياً الإقامة المنفردة داخل المنشأة العقابية متى تقدم المحبوس بطلب خطي لمدير المنشأة العقابية وتوافرت الغرف المطلوبة بعد التحقق من :

1. أن يكون حسن السلوك .
2. ألا تكون هناك خطورة أمنية من بقاءه منفرداً حسبما يراه مدير المنشأة العقابية .

والواقع من هذه الفقرة أنه يقصر نظام الإقامة المنفردة أو الحبس الانفرادي علي المحبوسين احتياطياً، ويتطلب لذلك ضرورة توافر أربعة شروط :

الأول : أن يتقدم المحبوس احتياطياً بطلب كتابي إلى مدير المنشأة العقابية معبراً عن رغبته في أن يخضع لهذا النظام من نظم الحبس .

الثاني : أن تتوافر الغرف المطلوبة داخل المنشأة .

الثالث : أن يكون المحبوس حسن السلوك .

الرابع : هو ألا تكون هناك خطورة علي الأمن من حبس المتهم حسباً انفرادياً.

وتقدير ذلك من سلطة مدير المنشأة العقابية. ويتضح كذلك من هذا النص أنه يعتبر الحبس الانفرادي ميزة، لأن المادة 35 المشار إليها تحدد المزايا التي للفتة (أ) من المسجونين التمتع بها .

وبالإضافة إلي ذلك فإن القانون يجعل "الحجز الانفرادي" أحد الجزاءات التأديبية التي يجوز أن توقع علي المسجونين، ووضع حد أقصى لمدة هذا الحجز بحيث لا تزيد علي سبعة أيام (المادة 38 من القانون الاتحادي في شأن تنظيم المنشآت العقابية) .

ولعله من المألئم أن يراعي القانون الإماراتي في نظام الحبس الانفرادي أكثر من ذلك، بحيث يجعله مرحلة ضرورية للمحكوم عليهم بعقوبة سالبة للحرية طويلة المدة أو متوسطة، ويقرره في حالات أخرى تقتضيها أصول المعاملة العقابية السليمة لبعض المسجونين، كأن يكون المسجون علي درجة معينة من الخطورة بحيث يكون اختلاطه بغيره من النزلاء ضاراً بهم أو أن يكون المسجون شاذاً جنسياً، ولبعض المحكوم عليهم بعقوبة الحبس قصيرة المدة إذا تبين أن شخصياتهم تتطلب خضوعهم لهذا النظام لإشعارهم برهبة العقوبة².

ويري الباحث :

أن خطة القانون الإماراتي بشأن نظام التنفيذ العقابي داخل المؤسسات العقابية علي الرغم من حفاظها في الوقت الحاضر على نسبة كبيرة من حقوق المحكوم عليهم خلال فترة التنفيذ العقابي، إلا أنها بحاجة إلي المزيد من التطوير لأن النصوص الواردة في

¹ - كذلك جاء القانون المصري لتنظيم السجون لينص في مواد (52-64) على نظام الإفراج الشرطي والذي يعد من أبرز مظاهر النظام التدريجي في القانون المصري.

² - د. شريف سيد كامل، المعاملة، العقابية، مرجع سابق، ص 96.

القانون الاتحادي الخاص بتنظيم المنشآت العقابية ولائحته التنفيذية التي سبق أن أشرنا إليها لم تتضمن جميع خصائص النظام التدريجي.

فمثلاً ذكرنا فيما تقدم أن هذا النظام يفترض أن يمر المحكوم عليه في البداية بمرحلة يخضع فيها لنظام الحبس الانفرادي ولم ينص القانون الإماراتي علي هذه المرحلة، وإذا كانت اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي الخاص بتنظيم المنشآت العقابية قد نصت في المادة (35/6) علي حق المحبوس احتياطياً في طلب الإقامة المنفردة داخل المشأة العقابية، فإنه لا يمكن القول بأن هذا النص يقرر النظام الانفرادي كمرحلة في النظام التدريجي، لأن الإقامة المنردة في مفهوم هذا النص هي ميزة مقررة لبعض المحبوسين احتياطياً وليس للمحكوم عليهم .

وبالإضافة إلي ذلك، فإن النظام التدريجي يفترض كما قدما انتقال المحكوم عليهم من نظام العزلة الكاملة إلي مرحلة النظام المختلط التي تقوم علي أساس الاجتماع نهاراً، والعزل ليلاً، ولم ينص القانون الإماراتي أيضاً علي هذه المرحلة رغم أنها تعتبر مرحلة مهمة في النظام التدريجي.

والواقع أنه إذا سلمنا بأن التدرج في المعاملة العقابية للمحكوم عليه أمر أساسي لتحقيق تأهيله وإصلاحه، فإن ذلك يقتضي ضرورة وضع تنظيم متكامل لهذا التدرج الذي تراعي فيه الخصائص الأساسية للنظام التدريجي التي سبق الإشارة إليها .

مسؤولية الغير في النقل الجوي

د/ نجاة الحافضي

أستاذة محاضرة بكلية الحقوق بسطات

إن الأضرار التي تحصل للركاب أو البضائع لا تكون دائما مرجعها إخلال الناقل بتنفيذ التزاماته، بل قد يكون مردها لأسباب أجنبية عنه وخارجة عن نطاق نشاطه وتدخل في المجرى العادي للأمر، والتي لولاها لما تم تنفيذ عملية النقل دون حصول أية أضرار.

وقد أشارت اتفاقية وارسو ومرسوم الملاحة الجوية المغربي بشكل صريح لبعض الأسباب المباشرة لإعفاء الناقل الجوي من المسؤولية كخطأ المضرور والعيب الذاتي للبضاعة.

في حين أن الأسباب الأجنبية التي تعفي الناقل من المسؤولية لم تتناولها تلك القوانين بشكل صريح، وإنما يمكن استخلاصها من خلال العبارة الواردة بأخر الفقرة الأولى من المادة 20 اتفاقية وارسو والمادة 19 من اتفاقية مونتريال والفصل 193 من مرسوم الملاحة الجوية المغربي، والتي تفيد استحالة إمكانية اتخاذ التدابير الضرورية لتفادي الضرر، وتدخل ضمن هذه الاستحالة باقي الأسباب الأجنبية التي تمكن الناقل من دفع المسؤولية عنه والتي جاءت على ذكرها القوانين المدنية والتجارية.

فالسبب الذي سنتولى دراستها هي العيب الذاتي للطائرة وخطأ الغير باعتبارهما أسبابا جوهرية تساهم في إثارة مسؤولية أطراف أخرى لها دور مباشر أو غير مباشر في إنجاز عملية النقل خاصة ما يتعلق بإنجاز وسيلة النقل وجعلها في كامل الصلاحية لإنجاح الرحلة.

وسنتولى دراسة هذا الموضوع من خلال مبحثين، يخص الأول لدراسة المسؤولية عن العيب الذاتي للطائرة ويخصص الثاني للحديث عن الأجهزة المكلفة بالمطارات باعتبارها غيرا.

المبحث الأول: المسؤولية عن العيب الذاتي للطائرة

يعتبر العيب الذاتي للطائرة إحدى الأسباب الأجنبية التي تدفع مسؤولية الناقل الجوي. لكن الآثار الوخيمة التي تترتب عن وجود مثل هذا السبب تستدعي بالضرورة البحث عن المسؤول عن وجود مثل هذا العيب وطبيعة المسؤولية التي ستلقى على عاتقه، هل ستكون مسؤولية محدودة؟ أم أن طبيعة الأخطار التي تنجم عنها ستجعلها مسؤولية غير محدودة؟ وقيل ذلك يمكن التساؤل عما إذا كان العيب الذاتي للطائرة قوة قاهرة أم حادث فجائي؟ ثم كيف تعاملت القوانين الوطنية والدولية مع العيب الذاتي للطائرة. وبالطبع فإن الحديث عن العيب الذاتي للطائرة سيقضي الحديث عن الأجهزة المكلفة بالفحص ولما لا الحديث عن الجهة التي صنعت الطائرة. ومن ثمة، سوف يتم التعريف بالعيب الذاتي للطائرة في المطلب الأول. وفي المطلب الثاني سنتعرف عن المسؤول عن العيب الذاتي للطائرة.

المطلب الأول: المقصود بالعيب الذاتي للطائرة

يلتزم الناقل الجوي ببذل درجة معينة من الحيطة والحذر، لكي يتأكد قبل بدء الرحلة من إعداد الطائرة وصلاحيها للقيام بالرحلة الجوية في أحسن الظروف. فإذا التزم الناقل بالوفاء بهذا الالتزام وأخل به أو بالأحرى استعمل طائرة غير صالحة للملاحة الجوية فمن يسأل عن الأضرار التي تنتج عن هذا الإخلال؟

فإذا أراد الناقل التخلص من مسؤوليته، فعليه أن يثبت بأنه بذل بالغ الحيطة والحذر وأنه تأكد قبل الرحلة من إعداد طائرة صالحة للطيران. إلا أن هذا الالتزام لا يرقى إلى حالة العيب الذاتي في الطائرة، لأن هذه الحالة غالبا ما تبدو

بشكل فجائي ولا يعتد بها إلا إذا توافرت فيها عناصر الحادث الفجائي، بينما يعد إعداد الطائرة التزاما قانونيا والإخلال به يرتب المسؤولية على الناقل الجوي⁽¹⁾. ولم يتناول مرسوم الملاحة الجوية المغربي العيب الذاتي في الطائرة كسبب لإعفاء الناقل من المسؤولية، نفس الموقف كانت قد أخذت به كل من اتفاقية وارسو وبروتوكول لاهاي وتبنته اتفاقية مونريال. لكن وبالرجوع إلى المشروع التمهيدي لاتفاقية وارسو نجد نص في الفقرة الأولى من المادة 22 على أن "الناقل(..) لا يسأل إذا أثبت أنه وتابعه قد اتخذوا التدابير المعقولة لتفادي الضرر أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها، ما لم يكن الضرر راجعا إلى عيب ذاتي في الطائرة"⁽²⁾.

كأن النص يستثني حالة العيب الذاتي في الطائرة، فيلحق تبعية الضرر الذي ينشأ عنه على كاهل الناقل بحجة أن له حق الرجوع على الصانع.

إلا أن المندوب الفرنسي في مؤتمر وارسو مساندا من المندوب البريطاني تقدم باقتراح حذف العبارة الأخيرة "ما لم يكن راجعا إلى عيب ذاتي في الطائرة"، وقد اعترض المندوب السويسري على ذلك معللا اعتراضه بأن الأمر فيه تضحية بمصالح مستعمل النقل ومحاباة للناقل إذ ليس من العدالة إلقاء تبعية العيب الذاتي في الطائرة على الراكب أو الشاحن في الوقت الذي يتوفر فيه الناقل على حق الرجوع على البائع أو الصانع إذا تحمل هذا العيب⁽³⁾.

باعتبار أن العيب الذاتي في الطائرة يعد أحد صور الحادث الفجائي، فيجب أن تتوافر فيه عنصر عدم إمكان التوقع أو الدفع، أما عنصر الخارجية فلا يتوفر فيه لكونه يدخل ضمن دائرة نشاط الناقل.

يشترط في العيب الذاتي في الطائرة أن يكون خفيا، لا يمكن كشفه إلا ببذل عناية الناقل الحريص ولم يسبق ظهوره من قبل، وأن الفحص التقني الذي يقوم به التقنيون للطائرة لم يشر لهذا العيب، وأن شهادة صلاحية الطائرة للملاحة تثبت أنها كانت موضوع فحص دقيق ومنظم أو أنه على الرغم من ذلك لم يكن بالإمكان كشفه⁽⁴⁾.

إذا تحقق في العيب الذاتي للطائرة عنصر استحالة التوقع فيجب أيضا أن يتوافر فيه عنصر استحالة التلافي أو الدفع، بحيث لم يكن في إمكان الناقل تفادي وقوع الضرر عند ظهور عيب في الطائرة، فلو أن قائد الطائرة كان بإمكانه تجنب وقوع الحادث فور اكتشافه عيب ما في أجهزة الطائرة كتعطيل المحرك فجأة، وكان بإمكان الطيار أن يقوم بالهبوط الاضطراري ولم يفعل، فلاشك أن الخطأ سيقع على عاتقه ولا يكون بإمكانه دفع المسؤولية عن طريق التشبث باتخاذ التدابير الضرورية⁽⁵⁾.

هل يمكن القول أن موقف اتفاقية وارسو، والذي ظل إلى حد ما هو موقف اتفاقية مونريال لسنة 1999، وموقف القانون المغربي يعتبران تفضيلا حقيقيا وتغليبا لطرف على حساب الآخر في العلاقة؟ خاصة وأن المضرور لا يمكنه الحصول عما يثبت حقوقه لكونه بعيدا عن مؤسسة النقل، في حين أن الناقل وباعتباره صاحب المشروع، فمن السهل عليه الحصول على حقوقه وإثبات العيب الخفي حتى يتسنى له الرجوع بالضمان على بائع الطائرة أو المعمل الصانع. إن واقع الأمر يفيد أن اتفاقية وارسو في ديباجتها الأصلية التي أصبحت الآن متضمنة باتفاقية مونريال قد أعطت تكافؤا في الفرص بعد أن حذفت استثناء العيب الذاتي من حالات الإعفاء التي دونها المشروع التمهيدي. فلم تحاب أيا منهما بل ظل الناقل مسؤولا تجاه مستعمل النقل في حالة حصول حادث ما بسبب عيب ذاتي في الطائرة ما لم يثبت أنه كان يستحيل عليه توقعه ودفعه⁽⁶⁾.

¹ - المادة 128 من قانون النقل العراقي لسنة 1983.

² - نقلا عن ثروت أنيس الأسيوطي، مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن، دكتوراه، المطبعة العالمية، القاهرة، 1960، هامش (3)، ص.493.

³ - ثروت أنيس الأسيوطي، المرجع السابق، ص.493.

⁴ - سعيد بنحمان، مسؤولية الناقل الجوي، دراسة مقارنة في اتفاقية فارسوفيا المعدلة والقانون المغربي والعراقي، رسالة، بغداد، 1989، ص.81.

⁵ - ثروت أنيس الأسيوطي، المرجع السابق، ص.495.

⁶ - سعيد بنحمان، رسالة المرجع السابق، ص.82.

إن إثبات العيب الذاتي للطائرة يجعل الناقل في حل من المسؤولية، ويترتب عن هذا متابعة الطرف المسؤول عن إحداث العيب الذاتي للطائرة أو المسؤول عن عملية الفحص. وبعبارة أخرى، فإن ثبوت العيب الذاتي يثير إما مسؤولية صانع أو بائع الطائرة وإما مسؤولية الأجهزة المكلفة بإصدار شهادة صلاحية الطائرة للملاحة. فمتى تثار مسؤولية هذا الطرف أو ذلك؟ وما طبيعتها؟ هذا ما سنتعرف عليه من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثاني: الأطراف المسؤولة عن صنع الطائرة وفحصها

نصت المادة 31 من اتفاقية شيكاغو لسنة 1944⁽¹⁾ على أنه: "يجب أن يكون لدى كل طائرة تعمل في الملاحة الجوية الدولية شهادة بصلاحيتها للطيران صادرة أو معتمدة من الدولة المسجلة فيها الطائرة". حيث تعتبر هذه الشهادة وثيقة أساسية يلتزم المستثمرون في ميدان الطيران بالاحتفاظ بها دائما على متن الطائرة للتأكد من صلاحية الطائرة عند بدء نشاطها، بل يتعين الوقوف باستمرار على هذه الصلاحية مادامت الطائرة مستغلة في النقل الجوي مما يتعين معه صيانة الطائرة بصورة منتظمة من جانب وإشراف الدولة ورقابتها لهذه الصلاحية من جانب آخر.⁽²⁾

تتولى الدولة الإشراف على هذه الصلاحية ورقابتها إما بواسطة أجهزة رسمية أو بواسطة مؤسسة مكتب التصنيف فيريتاس Veritas. غير أن هذه الأجهزة أثناء أدائها لمهامها الرسمية تصدر عنها بعض الأخطاء تجعلها موضع مساءلة، تحاول الإفلات منها عن طريق اشتراط عدم المسؤولية. لكن هل يظل لهذا الشرط تأثير إذا ثبت وجود خطأ جسيم في جانبها؟ قبل أن تسأل الأجهزة المكلفة بالفحص، هناك طرف آخر يسأل منذ البداية ويتعلق الأمر بصانع الطائرة. فما هي طبيعة مسؤولية صانع الطائرة؟ ومتى يمكنه أن يلقي المسؤولية على الأطراف المكلفة بإصدار شهادة صلاحية الطائرة للملاحة أو الأطراف المكلفة بالفحص عموما؟ هذا ما سنتعرف عليه خلال الفقرة الأولى، على أن نخصص الحديث عن الأجهزة المكلفة بالفحص عموما ومكتب التصنيف على الخصوص في الفقرات الموالية.

الفقرة الأولى: مسؤولية صانع الطائرة

ظهر مصطلح "صانع الطائرة" le constructeur مع القرار الصادر سنة 1936⁽³⁾، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 6 بأن كل الحوادث التي تقع بعد إتمام عمليات فحص الآلات، يتحمل الصانع فيها كامل المسؤولية عن كل الأضرار التي قد تنجم عن ذلك. حيث اعتبر أصحاب هذا القرار أن الغاية من التجارب التي يتم القيام بها هي الحصول على شهادة الصلاحية للطيران certificat de navigabilité، من ثم تقع المسؤولية على عاتق الصانع، غير أن إلقاء المسؤولية على هذا الأخير أثار بعض الإشكاليات القانونية خاصة عندما تخضع الآلة المصنوعة للبيع أو يفقد الصانع ملكيته لها بشكل آخر غير البيع. وقد وضع قرار 21 مارس 1962 حدا لهذا الإشكال، فعندما يكون الصانع هو المالك للآلة المصنوعة فالأمر واضح، أما إذا انتقلت منه الملكية لشخص آخر فالمسؤولية بدورها تنتقل لهذا الشخص وبذلك يكون قرار 1962 قد استبعد المسؤولية عن الصانع وحصرها على المالك وحده، وهذا يؤكد ما جاء به قرار 8 أبريل 1955.

¹ - جاءت اتفاقية شيكاغو محصلة لاعتبارات عدة يمكن ردها إلى عجز الاتفاقية الدولية التي وضعت بعد الحرب العالمية الأولى عن التوفيق بين مبادئ "الجو الحر" و "الجو المنظم" من ناحية، ومن ناحية أخرى إلى ما برهنت عليه الحرب العالمية الثانية من قدرة هذه المركبات على أن تصبح وسيلة لتحقيق التضامن بين الشعوب.

² - أنظر: فريد العربي، القانون الجوي الداخلي والدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص.25.

³ - هاني محمد دويدار، قانون الطيران التجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1994، ص.46.

³ - أنظر:

تعتبر مسؤولية صانع الطائرة *constructeur* حسب القانون البلجيكي مسؤولية تعاقدية تخضع للمبادئ الأساسية للعقد الذي أبرمه والذي قد يكون عقد بيع أو عقد إيجار. غير أن هذه المسؤولية قد تظل قائمة ولو بعد انتقال ملكية الشيء المصنوع إلى طرف آخر، خاصة إذا ثبت وجود الخطأ خلال الفترة التي كانت فيها الطائرة تحت سيطرته. باستثناء القواعد المنصوص عليها بالمادة 20 وما يلها من القرار الملكي الصادر في 15 مارس 1954 ببلجيكا، تشكل صناعة الطيران وإصلاح وصيانة الطائرات موضوع قانون يعطي الصلاحية لإدارة الطيران المدني للترخيص بمثل هذه الأنشطة.

ظلت بذلك مسؤولية صانع الطائرة تخضع لقوانين متباينة، مما يستدعي تحديد القانون الواجب التطبيق والذي يمكنه أن يختلف باختلاف الأساس الذي ارتكز عليه الضرور للمطالبة بالتعويض. فإذا تعلق الأمر بالدعوى القائمة على أساس المسؤولية التعاقدية، فإن تشديد المسؤولية يكون استثناء يشترط لتحقيقه توافر سوء النية، ولا يتحقق هذا إلا بإثبات العيب الخفي. إذ أنه يعي كل الشروط التي تحدد مسؤولية الصانع، وتجعلها مسؤولية غير محدودة ولا يمكن التخفيف منها بإدراج شرط محدد للمسؤولية في العقد المبرم.

أما إذا تعلق الأمر بدعوى المسؤولية التقصيرية، فإن مجرد إثبات مسؤولية الصانع يفضي إلى التشديد. وكل شرط محدد للمسؤولية يكون باطلا، إذ أن التعويض الكامل يكون أصلا وليس استثناء.

ولعل رغبة المحاكم في ضمان تعويض واسع للمتضررين هي التي دفعها إلى عدم التمييز بين الأضرار الواضحة والأضرار الخفية، بحيث تخضعها لمبدأ موحد لقواعد التعويض عن الضرر. فالصانع إذن تقع على عاتقه مسؤولية تقصيرية إذا ثبت صدور خطأ من جانبه، كأن يخل بالتزامه بالإعلام أو وضع الشيء المصنوع تحت الحراسة، أو بيع الشيء وهو يعلم بوجود عيب خفي فيه.

قد يرفع دعوى المسؤولية الراكب أو المسافر ضد الصانع أو يرفعها ضد حارس الشيء المعيب⁽¹⁾. كما يمكنه الرجوع على المنتج شريطة إقامة الدليل على وجود خطأ إما بنقص في المعلومات الممنوحة لمستعمل الطائرة المصنوعة أو خطأ في تصميمها أو إنتاجها، أو العمل على تشغيل آلة خطيرة أو معيبة.

الفقرة الثانية: مسؤولية الأجهزة الرسمية للفحص وأخطائها

تتضمن الأجهزة الرسمية المكلفة بالفحص جهازين رئيسيين هما المصلحة التقنية الخاصة بمراقبة تصاميم الآلة المصنوعة والمصلحة التقنية الخاصة بالصنع *fabrication* والتي تقوم بفحص التصاميم المقترحة ومدى تطابقها بالإنجاز المادي للآلة أي الطائرة.

يقوم هذين الجهازين بعملية فحص سابقة على الإنجاز النهائي للآلة موضوع الفحص، ولاشك أنه أثناء إنجاز عملهما تصدر عنهما أخطاء تجعلهما محط مساءلة، فكيف تتم هذه المساءلة؟

إن الحديث عن أخطاء هذين الجهازين لا يكون منتجا إلا في ظل الحديث عن أنشطتهما. وتختلف أنشطة المصلحة التقنية اختلافا جذريا عن أنشطة المصلحة الخاصة بالصنع، مما يترتب عنه الاختلاف في الأخطاء الصادرة عن كل جهاز على حدة. لكن هل الاختلاف في نوع الأخطاء يليه الاختلاف في نوع المسؤولية المنوطة بكل منهما؟

بالرجوع إلى القضاء الفرنسي، لا يوجد أي قرار يتحدث عن الأخطاء التي قد تصدر عن المصلحة المكلفة بفحص تصاميم الطائرة أو الأخطاء في التصاميم. إلا أن القضاء الأمريكي لم يخل من مثل هذه القرارات خاصة تلك التي تنتقد تصاميم الطائرة.

¹ - أنظر

ففي قضية *Empire Air Lines ضد Beech Air Craft* استنتجت *l'Empire Air Lines* بأن الطائرات المذكورة لم تكن مجهزة ولا مصممة لتطير وتدور في المنخفضات الحرارية الموجودة بولاية نيويورك (...). وأن الأخطاء (...) كانت نتيجة خطأ في تصاميم الطائرات المذكورة وليس في استعمال مواد غير صالحة...⁽¹⁾

في قرار آخر لـ *North West Air Lines* ضد شركة *Glenn Martin* كان السبب المباشر للحادث هو تمزق رابط الجناح الأيسر في النقطة التي وصله بالجزء الآخر من الجناح. حيث أكدت المحكمة على أن الضرر كان نتيجة التمزق الناتج عن التآكل التدريجي لرابط أجنحة الطائرة وأنه ليس هناك أي دليل يؤكد تسبب *North West* في إحداث التمزق الناتج عن التآكل التدريجي أو مساهمته فيه. وأن *North West* لم يشارك في وضع تصميم الرابط (...). والمحكمة لم يكن لها أي مبرر للشك في القدرة المهنية لـ *Glenn Martin*.

يلاحظ أن القرارين المشار إليهما أعلاه يستعملان مصطلحات صريحة وواضحة، تنصب بالدرجة الأولى على الانتقادات الموجهة ضد التصاميم وليس على مصطلح التصميم وليس بناء الطائرة *réalisation*. وإذا لم يتم التوصل في القضية الأولى إلى إيجاد حل نهائي، فإن قرار محكمة الاستئناف في القضية الثانية أقرب بأن ضياع الطائرة كان في نفس الوقت مرده لكل من التصميم وكذا التصنيع المعيب لروابط الأجنحة *les jointes*.

لعل غياب أي إشارة لتدخل مصلحة الفحص في القرارين السابقين يرجع إلى كون الولايات المتحدة الأمريكية لا يخضع فيها صنع الطائرة لفحص الصلاحية للطيران إلا إذا كانت الطائرات موجهة للطيران الدولي، ومن خلال ما جاء في القرارين السابقين يتبين أن الأمر يتعلق بطائرات موجهة لاستعمال داخلي⁽²⁾. وعلى اعتبار أن فرنسا تعتمد على الفحص العام والمعمق، فلا يمكن للجهات الرسمية الموكول لها عملية الفحص التحلل من المسؤولية إذا صدر عنها خطأ ما حيث أنه على حد تعبير *LE GOFF* فإن كل فحص جدي يستلزم قيام المسؤولية، وإلا كان ذا طبيعة لا تبعث على الثقة، وبالتالي يحق للصانع الشك في فحص لا يؤثر في قيام المسؤولية أو عدمها.⁽³⁾

بالنظر للتقدم التكنولوجي لصناعة الطيران والذي عرف تطورا هاما فمن الصعب تحديد الخطأ التقني بالنظر لسرعة تطور هذه التقنية. غير أن هذا الاعتراض ليس ذا أهمية، إذا علمنا أن دور التدابير الوقائية يكمن في منع استعمال تقنيات غير مجربة بشكل كافي، ولاشك، أن الخطأ في وضع تصميم للطائرة، مسألة نادرة الوقوع، لكن أهميتها مع ذلك كبيرة جدا بالنظر إلى ثباتها واستمرارها.

لا يتعلق الأمر بالخطأ في التصميم الذي يظهر خلال إجراء تجارب على الطائرات الحديثة الصنع، إن الأخطاء التي تظهر في التصاميم خلال إجراء تجارب على الطائرات الحديثة الصنع يتم تصحيحها من أجل أن تحصل الطائرة على شهادة الصنف *certificat de type*⁽⁴⁾. لذلك فإن المراد بالخطأ في التصميم ليس هو الخطأ الذي لم يظهر أثناء القيام بالتجارب ولا حتى بعد الحصول على شهادة الصنف لكنه ظهر بعد الحصول على شهادة الصلاحية للملاحة⁽⁵⁾. وهنا تظهر أهمية تمييز الخطأ في التصميم بخصوصية الدوام التي يستلزم انطباقها على المسؤولية المترتب عن مثل هذا الخطأ، وبالتالي

¹ - أنظر:

- Meyer Alauzen COLETTE, op.cit, p.106.

² - أنظر:

p.103, - Meyer Alauzen COLETTE, op.cit

³ - أنظر:

- LE GOFF, art. Précité, n° 337.

- Meyer Alauzen COLETTE, op.cit, p.111.

⁴ - شهادة الصنف تضمن للطائرات خصوصيتها وتحميها من الوقوع للتقليد.

⁵ - أي الحصول على شهادة السلسلة *Série*.

فإن مسؤولية المصلحة التقنية للطيران تظل قائمة كذلك بالنسبة للطائرات التي حصلت على شهادة الصلاحية للطيران المسماة *certificat de navigabilité de série* الصادرة عن مكتب التصنيف فريتاس.

أما الأخطاء التي يمكن أن تصدر عن المصلحة المكلفة بالإنتاج أو الصنع فتربط بعدم تنفيذ الصانع للتصاميم والتعليمات المراجعة من طرف المصلحة التقنية للتصميم حيث يندرج هذا النوع من الأخطاء في إطار الإنجاز المادي للطائرة الصنف *type*. وبمقارنة الخطأ في التصميم بالخطأ في التصنيع، نجد أن هذا الأخير يفتقر لخاصية الدوام والاستمرارية التي يتميز بها الخطأ في التصميم، أو مع الخطأ الذي يقع خلال فترة تجريب الشيء المصنوع. لعل الغرض الأساسي من إدراج الخطأ في التصنيع هو تحديد المقصود بالخطأ في التصميم لا الوقوف على الآثار القانونية للخطأ الذي يصدر عن مصلحة التصنيع.

لمعرفة مدى مسؤولية كل من مصلحة مراقبة التصميم ومصلحة مراقبة الصنع عن الأخطاء التي تم ارتكابها خلال عملية الفحص، نجد أن القرار الصادر سنة 1936 السابق الإشارة إليه جعل المسؤولية على عاتق الصانع، وأعطى منها هذه الأجهزة ضمناً. وسار في نفس اتجاه القرار الصادر في مارس 1962، والذي أُلقي هو الآخر المسؤولية على المالك وأعطى منها الصانع كما هو الشأن بالنسبة للقرار الصادر في 8 أبريل 1955. ومن ثم أعطى الصانع والأجهزة الرسمية للفحص من المسؤولية على حد سواء. ولعل الغاية من ذلك هو إسناد عبء تحمل الأضرار للطرف الذي لن يجادل فيها، بمعنى آخر، فإن قرينة المسؤولية تقع على عاتق المالك الذي حصل بطرق منتظمة على شهادة الصلاحية للملاحة *C.D.N.*

الواقع، إن الفقرة 2 من المادة 42 من قانون 1924، ربطت الشواهد القانونية بقرينة بسيطة وهي الحالة الجيدة للملاحة. ويبدو أن هناك قرينتين متناقضتين، قرينة على المسؤولية يتحملها المالك طبقاً للفقرة الثانية من المادة 15 من القرار الصادر بـ 8 أبريل 1955 وقرينة على الصلاحية للملاحة الجوية التي نص عليها قانون 1924، غير أن القرينة الأخيرة قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

إلا أنه وبالرجوع لقانون 2 مارس 1957، لم يعد ممكناً معارضة قرينة المسؤولية التي نصت عليها الفقرة الثانية من الفصل 15 بقرينة قانونية، فقد أحالت المادة 41 من نفس القانون على نصوص اتفاقية وارسو التي لم تصرح بالقيمة القانونية لشواهد الصلاحية للملاحة وباقي الشواهد. والمادة 42 تهتم فقط بالتعريف بالخطأ الجسيم وغش الناقل أو تدليسه، فلا تتضمن النصوص القانونية أية معارضة لقرار 21 مارس 1962. ويبدو من الصعب أن تكون لقرار وزاري قيمة قانونية كافية لأن يعارض مقتضيات نص قانوني كالمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي. وبالتالي ليس من المستحيل التسليم بعدم مسؤولية الأجهزة الرئيسية البتة⁽¹⁾.

الفقرة الثالثة: مكتب التصنيف *Véritas* وأخطاؤه

تعتبر مجموعة مكتب التصنيف فريتاس *Véritas* باعتباره إحدى المؤسسات المكلفة بالتصنيف، مؤسسة متعددة الاختصاص، تتشكل من شركة مجهولة الاسم تتكون من وحداتها الخمس ووحداتها الوظيفية وفروعها المتخصصة. وتعمل هذه المؤسسة بفروعها الخمس على تسهيل الحوار وتبادل الخبرات. ويعتبر الفرع الخاص بالمجال البحري أقدم فروعها، فمنذ 1828 يعمل مكتب فريتاس *Véritas* على إعطاء الأولوية لسلامة السفن، ويتولى تصنيف أكثر من 7000 سفينة، ويسلم الشواهد الوطنية والدولية لسلامة لفائدة الدول والإدارات. أما الفرع الخاص بالمجال الجوي فيقوم بالمهام التالية:

— التفتيش والحراسة وإصدار الشواهد وتصنيف أكثر من 11.000 طائرة لفائدة العديد من الدول التي أوكلت له سلطة الفحص أو المراقبة.

¹ - أنظر:

— الفحوص والمساعدة التقنية، المعونة الفنية والخبرة، وتقسيم الصفقات التي تفوتها الإدارات العمومية أو الشركات الخاصة.

— المساعدة التقنية في المجال الجوي للوكالات.

يسعى مكتب التصنيف فريتاس *Véritas* من خلال هذه المهام، إلى تحسين السلامة، وجودة المواد والأجهزة الجوية. هناك فرع خاص بكل أنواع فحص ومراقبة الجودة وسلامة البناء والأعمال الفنية والبيئية، وفرع خاص بتفتيش المؤسسات والتجهيزات الصناعية، وفرع خاص بالحد من الأخطار التي قد تنجم عن عمليات اقتصادية دولية كالمواد البترولية والبتروكيمياوية ومواد الصيدلة والمواد الفلاحية والاستهلاكية.

سنكتفي بالحديث عن اختصاصات مكتب التصنيف فريتاس *Véritas* في المجال الجوي والأخطاء التي يمكن أن يرتكبها أثناء إنجازه لأعماله. حيث تندرج الأخطاء الصادرة عن مكتب التصنيف فريتاس *Véritas* في منظور مختلف، وينحصر دوره في فحص الأدوات المستعملة وفحص انتظام عمليات التركيب وتطابق الآلة قيد الصنع مع الآلة النموذج *prototype*. وتمتاز الفحوصات التي يقوم بها خبراء مكتب التصنيف فريتاس *Véritas* بدرجة عالية من الموضوعية، حيث يقوم الخبراء بعملية التقييم وفق جداول ورموز وتعليمات محددة مسبقا، ويقدر وفق معايير خاصة القيمة الواجب توافرها والتي تكفي لقبول الأجهزة موضوع الدراسة.

من ضمن الأخطاء التي يمكن أن يقع فيها مكتب التصنيف فريتاس *Véritas* أثناء قيامه بالمهام المنوطة به، غالبا ما تكون عبارة عن امتناع جسيم كالذي ينتج عنه غياب أي فحص للآلات أو لإحدى مراحل تركيب الآلة، أو الخطأ في تطبيق المعايير وبالتالي فإن هذا النوع من الأخطاء نادر الوقوع.

الجدير بالذكر، أن خطأ مكتب التصنيف فريتاس لا تتوفر فيه خاصية الدوام والاستمرارية التي يمتاز بها خطأ مصلحة التصاميم، إذ ينحصر في مستوى الإنجاز المادي للطائرة. وفي هذا الصدد أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية قرارا مهما، رغم أنه لا يشير بشكل مباشر لمسؤولية أجهزة الفحص، فلعله يقربنا من معرفة إجراءات إثبات الخطأ سواء كان في الصنع أو الفحص.

حيث قضى القرار بإثبات الإهمال في الصنع بالنسبة لكل طائرة على حدى فلا يقوم الدليل على الإهمال لسلسلة من الطائرات بناء على حالة واحدة، ويشترط لقلب قرينة عدم المسؤولية القانونية أو التعاقدية توفر الخطأ على قدر كاف من الجسامه لأن يكون خطأ جسيما⁽¹⁾.

عندما ينجز مكتب التصنيف فريتاس *Véritas* عملية الفحص المنوطة به، يستبعد مسؤوليته ومسؤولية طاقمه عن طريق إدراج شرط يتضمنه سجل الطيران المدني⁽²⁾. وقد أثارت مشروعية هذا الشرط آراء قضائية مختلفة، لكن تم تبني الاتجاه المؤيد لمشروعية شرط عدم مسؤولية مؤسسات التصنيف بشكل عام، ففي الحكم الذي صدر عن محكمة التمييز لأول مرة تم قبول صحة هذا الشرط بكل نتائجه إلا في حالة التدليس أو الخطأ الجسيم الذي تم إثبات وقوعه في قضية *le Gaules de Mézaurah*⁽³⁾.

غير أن البعض رفض تطبيق هذا القرار على صناعة الطيران، سيما وأن تعدد اختصاصات مكتب التصنيف فريتاس *Véritas* تستدعي بالضرورة عدم قبول حل واحد لهذا المشكل لأن الأخذ بعدم مسؤولية مكتب التصنيف فريتاس *Véritas*

¹ - أنظر:

Meyer Alauzen COLETTE, op.cit, p.105.

² - هذا ما أقرت به صراحة إدارة مكتب التصنيف فريتاس عن أثناء زيارتنا الميدانية لها مستعبدة بذلك كل مسؤولية تلقى على عاتقها.

³ - أنظر:

-Meyer Alauzen COLETTE, op.cit, p.100.

يستبعد إلقاء المسؤولية على "الصانع" الثاني constructeur والمستثمر في مجال الطيران لذا فلا بد من إبطال هذا الشرط بطلانا مطلقاً.⁽¹⁾

إذا ثبت بأن الحادث لم يكن نتيجة خطأ في قيادة الطائرة، أو بسبب أخطار الجو، أو بصدور خطأ من الناقل أو أحد تابعيه ولا ناتج عن حادث فجائي أو قوة قاهرة. فيمكن أنذاك للمضروور أو ذوي الحقوق إثبات عدم دقة الفحص الذي أنجزه مكتب التصنيف فريتاس Veritas. وعليه، فإنه بقيام هذا الدليل يصبح مكتب التصنيف مسؤولاً مهما كانت درجة الخطأ. إلا أنه لا يمكن قبول هذا في الحالة التي لا يوجد فيها أي مسؤول. وبما أن القانون خول للناقل إمكانية استبعاد مسؤوليته في حالة صدور خطأ عن الريان أو في حالة مخاطر الجو فلا يمكن لمكتب التصنيف فريتاس Veritas التحلل من مسؤوليته في كل الحالات التي تثار فيها المسؤولية.

بعد ذلك لم يعد لهذا الرأي وجود بعدما تلاشى الأساس الذي أقامه عليه واضعوه، فمنذ قانون 2 مارس 1957 لم يعد من الممكن للناقل الجوي التحلل من مسؤوليته التعاقدية إذا تسبب في حدوث الضرر خطأ الريان أو مخاطر الجو. حيث وضع القانون مسؤولية محدودة راعى فيها حقوق المضروور.

تختلف طبيعة شرط عدم مسؤولية مكتب التصنيف فريتاس باختلاف طبيعة عمله، فإذا كان عمله إلزامياً يكون شرط عدم المسؤولية باطلاً بطلانا مطلقاً، وإذا كان عمله تطوعياً وليس مجانياً يظل هذا الشرط مشروعاً إلا إذا صدر عنه خطأ جسيماً كما هو الحال بالنسبة للأفعال التي تمس بسلامة الشيء محل المراقبة أو الحراسة.

إذ أن خطورة الخطأ الجسيم تتحدد بحسب النتيجة التي يسفر عنها هذا الخطأ، وهي "المس بسلامة الشيء الواقع تحت الحراسة". إلا أن تكييف خطورة الخطأ بالنظر للنتائج المترتبة عنه أمر لم يستسيغه القضاء الفرنسي⁽²⁾، سيما وأنه في حالة وقوع حادث للطائرة، فيصبح أمر المس بسلامة الشيء المراقب وارد ومحقق لا محالة. قد اعتبر البعض الآخر، بأن التمييز بين خطأ جسيم - قادر وحده على إثارة مسؤولية مكتب التصنيف فريتاس Veritas -، وخطأ بسيط - léger - لا يثير مسؤولية هذه المؤسسة شيء وهي⁽³⁾، حيث استند أصحاب هذا الرأي إلى أن الفرق الموجود بين شرط باطل بطلانا مطلقاً وشرط قابل للإلغاء بمجرد حصول خطأ ليست له أية أهمية.

بالنظر للتغيرات التي عرفها مجال مسؤولية الناقل الجوي، والتعريف الخاص الذي حظي به الخطأ الجسيم، ليس هناك ما يستدعي ضرورة إبطال شرط عدم المسؤولية بطلانا مطلقاً في حالة مراقبة صلاحية الطائرة للطيران. حيث يكون الشرط مشروعاً في غياب تدليس أو خطأ جسيم لصاحب الشرط أو تابعيه.

لكن متى تصبح مسؤولية أجهزة الفحص الرسمية ومكتب التصنيف فريتاس Veritas مسؤولية مشددة هذا ما سنجيب عنه من خلال الفقرة الموالية.

الفقرة الرابعة: المسؤولية المشددة لأجهزة الفحص

تنقسم المصالح المكلفة بالفحص إلى مصالح إدارية ومؤسسات خاصة، وعلى اعتبار أن شهادة الصلاحية للملاحة تعتبر بمثابة إجراء أمني، فيجب تحديد مسؤولية الأجهزة المكلفة بتطبيق هذا النوع من الإجراءات الأمنية وفقاً للمعيار المتبع في تحديد مسؤولية الأجهزة الأمنية. وبعبارة أخرى فإن مسؤولية السلطة العمومية لا تثار إلا في حالة ارتكابها خطأ

¹ - أنظر:

- Yvette SAUNIERE : Le bureau Veritas société internationale de classification de navire et d'aéronefs et sa responsabilité, thèse, 1932, p.323.

² - وقد أخذت المحاكم البلجيكية بنفس الرأي وسارت نحو تحويل المسؤولية المشددة للناقل الجوي عن الاستثناء إلى هامش رقم 266 الوارد ذكره بمرجع Meyer Alauzen COLETTE السابق الإشارة إليه، ص.101.

³ - يعود هذا الرأي لـ

جسيم بغض النظر عن كون الجهة التي صدر عنها الخطأ مصلحة إدارية أو مؤسسة خاصة. وبالنظر للرأي الذي استقر عليه القضاء، فمسؤولية مكتب التصنيف فريتاس *Veritas* تثار بغض النظر عن كل شرط معفي من المسؤولية كلما ثبت في حقه وجود خطأ جسيم مشابه للتدليس فيكون إذن من الضروري تعريف الخطأ الجسيم للأجهزة المكلفة بالفحص أو المراقبة دون تمييز بين المؤسسة الخاصة والمصالح الإدارية.

إن عبارة "*Culpa lata*" كانت تعني دائما بأنه يجب تشبيه الخطأ الجسيم بالتدليس بالنظر للآثار القانونية المترتبة على كل منهما في مجال المسؤولية التعاقدية من أجل إلغاء كل الشروط المعفية من المسؤولية أو المحدد لها. وقد وقع خلاف حول قيام التشابه بين الخطأ الجسيم والغش، حيث ذهب روديير إلى القول بوجود قيام تشابه بينهما، في حين ارتأى كل من "جوسرون" و "جامي مارتان" عدم وجوب قيام هذا التشابه، إلا في حالات خاصة. وقد أيدت محكمة التمييز الفرنسية هذا الرأي الأخير في قرارها الصادر بتاريخ 14 نونبر 1956.⁽¹⁾

لكن لم يسبق لأحد التشكيك في الفرق الأساسي الذي يوجد بين مفهوم الخطأ الجسيم والغش *dol* المتمثل في تقرير السلوك النفسي لمرتكبهما، إذ أن الغش هو الخطأ العمدي المصحوب بالرغبة في إلحاق الضرر. في حين أن الخطأ الجسيم لا تتوافر فيه هذه النية، ويتم تقديره بغض النظر عن الحالة النفسية لمرتكبيه، غير أن بعض المتخصصين يزعمون أن الخطأ المعادل للغش المنصوص عليه بالمادة الخامسة والعشرون من اتفاقية وارسو لا يشكل مع هذا الأخير سوى معنى واحد.

رفضت محكمة باريس هذا الرأي بقولها: "أنه بالرجوع لنص الاتفاقية، وكذا مناقشات المؤتمر التمهيدي لوارسو استنتج القضاة أن شروط تحديد مسؤولية الناقل الجوي لا يجب استبعادها فقط في حالة الخطأ العمدي للناقل أو تابعيه بل كذلك في حالة الخطأ الجسيم"⁽²⁾. وعليه يجب اعتبار الخطأ الجسيم مستقل عن الغش *dol* سواء في القانون الجوي أو في باقي المجالات الأخرى.

يبدو أن الخطأ الجسيم هنا قد اعتبر بمثابة الخطأ الغير العمدي، فما هي المظاهر الإيجابية لهذا المفهوم في مجال النقل الجوي وعلى الخصوص بالنسبة للأخطاء الصادرة عن الأجهزة المكلفة بمراقبة صلاحية الطيران؟ لم يتناول القضاء هذه المسألة لا في فرنسا ولا في الولايات المتحدة الأمريكية، مما يستدعي القيام بمقاربات متتالية. حيث يتوفر القانون الجوي على اجتهادات قضائية وآراء فقهية هامة تنصب على الخصوص على مفهوم الخطأ الجسيم في المادة الخامسة والعشرين من اتفاقية وارسو، كما توجد مواقف قضائية خاصة بالخطأ الجسيم لصانع أجزاء الطائرة *Avionneur*. ومن تم أصبح بالإمكان ومن خلال هذه المعطيات تعريف الخطأ الجسيم في النقل الجوي وبالتالي تعريف خطأ الأجهزة المكلفة بالمراقبة أو الفحص.

فالاتجاه القضائي الخاص بالخطأ الجسيم للناقل الجوي مدني بالدرجة الأولى، أما الاجتهاد الذي يتعلق بخطأ صانع أجزاء الطائرة فإنه إداري. فما هو إذن المفهوم المدني والمفهوم الإداري للخطأ الجسيم في النقل الجوي؟ منذ 1929، كان مفهوم الخطأ الجسيم في النقل الجوي ينطبق في إطار مقتضيات المادة 25 من اتفاقية وارسو بفرنسا، وبعد التأكيد على أن الخطأ الجسيم والتدليس يشكلان مفهومين مختلفين، عملت المحاكم الفرنسية على تعريف الخطأ الجسيم في الملاحة الجوية بأن: الخطأ الجسيم والذي يعتبر مشابها للتدليس في القانون الفرنسي لا يرجع لا للخطأ المهني ولا للمخالفة ولكن ميدانه هو الفداحة التي تعبر عن التقصير والأمبالاة.

إذ كيف يعقل تطبيق المعايير الكلاسيكية لتعريف الخطأ الجسيم المعادل للغش على تصرفات العاملين في المجال الجوي، مع العلم أنها بطبيعتها مختلفة وبعيدة عن الوسط الذي تمت فيه صياغة هذا التعريف.

¹ - ورد هذين الرأيين بمرجع Meyer Alauzen COLETTE، السابق الإشارة إليه، ص.105.

² - قرار صادر عن محكمة باريس بتاريخ 25 فبراير 1954 م.ف.ق.ج لسنة 1954، ص.45.

بالنسبة لأجهزة فحص الصلاحية للملاحة، لا بد من الأخذ بعين الاعتبار طبيعة مهام هذه الأجهزة سواء كانت رسمية أو خاصة. ذلك أن السهر على السلامة الذاتية للطائرة مهمة لا تقل قيمتها وخطورتها عن السهر على سلامة إحدى رحلاتها. كما أن النتائج المترتبة عن عيب في الطائرة لم ينتبه له المراقب تكتسي نفس الجسامة التي قد تترتب على الغلط في موضوعة الطائرة بدقة في مسارها الصحيح أو عن الغلط في اتخاذ إحدى القرارات الحاسمة أثناء الطيران. إن استلزم توافر التهور والغباء والإهمال في الخطأ الصادر عن المراقبين لكي يكون جسيماً، لا يعدو أن يكون مجرد إفراغ لمفهوم الخطأ الجسيم من كل مضمون بناءً. لأن مزايا المراقبين العاملين في المصالح الرسمية أو في مكتب التصنيف معترف بها عالمياً. ولذلك وجب تعريف الخطأ في المراقبة أو الفحص مع مراعاة خصوصية المجال الجوي والعاملين فيه، وأن يتم التعامل مع هذا النوع من الأخطاء بنفس الأسلوب ونفس الخصوصية التي تميز بها الخطأ الملاحي.

لكن ومنذ 1957، تزايدت الصعوبات المترتبة عن تفسير المادة 25 من اتفاقية وارسو، نتيجة غياب مفهوم الخطأ الجسيم في القانون الفرنسي وظهور الخطأ غير المغتفر كما سبق ورأينا. قد ذهبت المادة 42 من قانون 2 مارس 1957 إلى تعريف الخطأ الذي يعتبره بمثابة مشابه للتدليس بقولها بأنه "لتطبيق المادة الخامسة والعشرين من الاتفاقية، فإن الخطأ الذي يعتبر بمثابة مشابه للتدليس هو الخطأ غير المغتفر...". وقد حذر العميد ريبير من النتائج السلبية التي قد تترتب عن ظهور هذا النوع من الأخطار سيفتح المجال للقضاء الوطني ليقول كلمته الشيء الذي سيؤثر سلباً على الهدف الأساسي لاتفاقية وارسو.

على اعتبار أن قانون 2 ماي 1957 يهم فقط مسؤولية الناقل الجوي فقط، فليس هناك أي سبب لتطبيق المفهوم الذي جاء به هذا القانون على الأخطاء المرتكبة من قبل أجهزة أو مصالح المراقبة. مما يستدعي البحث عن مفهوم لطبيعة الأخطاء الصادرة عن هذه الأجهزة خارج إطار القانون العام ولهذا الهدف تجند القضاء الإداري.

من أجل الوقوف على مفهوم الخطأ الجسيم في معناه الإداري، لا بد من إعطاء تحديد ثلاثي لخطورة الفعل المرتكب من خلال القرار الفرنسي الصادر بتاريخ 16 يونيو 1944 بخصوص شرط عدم المسؤولية الذي يعفي الإدارة التي نظمت سباق السيارات من كل مسؤولية في حالة وقوع حادث ما. فقد قرر مجلس الدولة، أنه من أجل إلغاء الشرط المعفي من المسؤولية، لا يكفي فقط وجود خطأ جسيم بل لا بد أن يكون هذا الخطأ جسيماً معادلاً للغش، وبهذا يكون المجلس قد تبني موقفاً مخالفاً لما ذهبت إليه المحاكم المدنية. إذ أن هذه الأخيرة لم تفرق سوى بين نوعين من الأخطاء، خطأ بسيط *legere* لا تأثير له على شرط عدم المسؤولية وخطأ جسيم يبطل كل اتفاقات الإعفاء من المسؤولية. في حين أن المجلس ميز بين ثلاث درجات من الخطأ: خطأ بسيط وخطأ جسيم ولا تأثير لهما على شرط الإعفاء الاتفاقي وخطأ جسيم معادلاً للغش يلغي شرط عدم المسؤولية. وتجدر الإشارة إلى أن المجلس لم يكن واضحاً في تحديد الفرق بين الخطأ الجسيم والخطأ الجسيم المعادل للغش ومع ذلك فقد تبنت المحكمة الإدارية بباريس هذا الرأي في إحدى القضايا المتعلقة بمسؤولية صانع الطائرة *Avionneur* تجاه الدولة.

ذلك أن صانع الطائرة أبرم اتفاقاً يعفيه من المسؤولية جاء فيه بأنه: "بالنسبة للأضرار التي تلحق موظفي الدولة وموظفي مصلحة الصنع يتحمل كل من الفريقين الأضرار التي تلحق موظفيه، حتى في الحالة التي تكون فيها المسؤولية ملزمة للآخر" وقضت المحكمة بأن الخطأ الجسيم المعادل للغش وحده الكفيل بإلغاء هذا الاتفاق. وبالتالي، فإن صانع الطائرة لا يتحمل مسؤولية الأضرار التي تلحق موظفي الدولة⁽¹⁾. غير أن مجلس الدولة تراجع عن التمييز بين الخطأ

¹ - أنظر:

الجسيم والخطأ المعادل للغش في قراره الصادر بتاريخ 3 يونيو 1960، حيث قرر أن مجرد وقوع خطأ جسيم يجعل اتفاق الإعفاء من المسؤولية لاغياً.⁽¹⁾

مع العلم أن الطائرة المستعملة تفتقر إلى جهاز للاتصال اللاسلكي وجهاز تحديد اتجاه الطائرة radio phare وجهاز سير الارتفاعات (...). ولا تخفى جسامه هذا الخطأ وما فيه من التهور واللامبالاة المشروطين في تعريف القضاء المدني للخطأ الجسيم.

غير أن مجلس الدولة لم يتردد في اعتبار أفعال أقل بكثير من فعل الريان السابق الذكر بأنها خطأ جسيم. كالخلل في إحكام إقفال مخروط المروحة في القرار الصادر في 18 ماي 1956. وكعدم القيام بالفحص والتأكد من أحكام إقفال إحدى عجلات الهبوط والاكتفاء بالمراقبة العينية رغم أنه تم تسجيل صعوبات في عملية الإقفال في رحلة سابقة (قرار 11 ماي 1956).

قد اعتبر مجلس الدولة في قرار 15 يوليوز 1953 الخطأ البسيط خطأ جسيماً بالنظر للظروف التي وقع فيها⁽²⁾، وتوضح هذه العبارة بأن مجلس الدولة يميز الخطأ بالنظر لخصوصية المجال الجوي.⁽³⁾

فمن خلال القرارات السابقة يتبين أن الخطأ لم يكن في حد ذاته جسيماً في كل الأحيان، بل كان السبب يرجع غالباً للظروف المحيطة بهذا الخطأ. وبالتالي فإننا أمام مفهومين متعارضين للخطأ الجسيم، فالقضاء المدني يرى أنه ليس هناك أي خطأ جسيم بالنظر للظروف التي يفترضها فيه. أما بالنسبة للقضاء الإداري، فيرى أن مجرد وقوع الخطأ مهما كانت درجته يعتبر في حد ذاته خطأ جسيماً.

فالمفهوم المدني للخطأ الجسيم لا يلائم خصوصية القانون الجوي ولا يستجيب لاتفاقية وارسو، في حين أن المفهوم الإداري للخطأ الجسيم هو الأقرب إلى روح القانون الجوي وخصوصيات العمل في المجال الجوي، إذ أن أي خطأ في صناعة الطائرة يفضي إلى حوادث كارثية. كما أن الطاقم المكلف بالصناعة يتميز بكفاءة عالية تقتضي سلوكاً على درجة عالية من الدقة ويتحملون مسؤولية سلامة الأرواح والأمتعة، وعليه فإن خطأ صادراً عن هذا الطاقم يستدعي تقييمه بشيء من الصرامة بالنظر للنتائج الخطيرة المترتبة عنه.

إن انشغال ذمة مصالح الفحص أو المراقبة الرسمية والخاصة بالمسؤولية بمجرد وقوع الخطأ ليس فيه إنباط لكاهل هذه المصالح، إذ أن إثبات خطأ أجهزة الفحص أو المراقبة مسألة صعبة، كما أن كفاءة أطر هذه الأجهزة رسمية كانت أو خاصة (مكتب التصنيف) تجعل وقوع الخطأ مسألة نادرة جداً وبالتالي فإن تبعاتها المادية لا تبلغ درجة يصعب على هذه الأجهزة تحملها.

المبحث الثاني : مسؤولية الأجهزة المكلفة بالمطارات

إذا كانت العلاقة التي تربط الناقل الجوي بمستعملي الطائرة علاقة تعاقدية تنظمها عقد النقل وتحملها قوة القانون، فإن عملية النقل لا تقتصر على هذين الطرفين بل تمتد لتشمل هيئات ومصالح ومؤسسات خارجة عن هذه العلاقة. ذلك أن الملاحة الجوية تعتمد أساساً على منشآت أرضية تسهل وتؤمن عمليات إقلاع وهبوط الطائرات ويطلق عليها اسم الموانئ الجوية أو المطارات، مزودة بأبراج للمراقبة تسهر على سلامة الممرات الجوية وتنظم حركة الطائرات المتواجدة في مجالها الجوي لتفادي التصادم كما تقدم تقارير دورية عن الحالة الجوية لتأمين أحسن الظروف للرحلة عبر الطائرة.

¹ - وقد صدر هذا القرار في حق الريان التابع لـ "S.N.C.A.N" الذي قام برحلة بالطائرة في ظروف غير مناسبة بتاتا:
- Meyer Alauzen COLETTE: op.cit, note 287, p.109.

² - ورد هذا القرار بمرجع :

توفر هذه المطارات كل الأجهزة والمعدات والمباني اللازمة لكل مراحل الرحلة الجوية، بما في ذلك شبكات الطرق والممرات الأرضية وأجهزة التوجيه من إنارة وأضواء وأجهزة لاسلكية ورادارات وكذا مراب الطائرات ومحطة الركاب. وذلك لتسهيل عملية التأكد من مشروعية خروج الأفراد ودخولهم إقليم الدولة وسلامتهم من بعض الأمراض لمنع انتشار العدوى، كما أنها تسهل القيام بالعمليات الجمركية والإشراف على حركة البضائع وكافة الإجراءات القانونية والأمنية.

إذا علمنا مدى مساهمة هذه الأطراف ودورها الفعال في ضمان سلامة وأمن الطائرة ومستعملها، فإن التسليم بأن كل الحوادث الجوية مردها وسببها الوحيد هو الناقل أمر يفتقر إلى البينة. إذ أن طبيعة المهام المنوطة بهذه الأطراف ودقتها وارتباط الناقل بتوجيهاتها والمعلومات التي تمددها، يطرح إمكانية وقوع خطأ من طرف الطاقم المشرف عليها أو تعطيل الأجهزة التي تستعملها لأداء مهامها. وفي هذه الحالة ولا بد من أن يتحمل كل مخطئ مسؤولية خطئه بدل إتهام الناقل بتحمل الضرر الذي لحقه وتبعات خطأ غيره بتعويض المتضررين من مسافرين وشاحنين، خاصة إذا علمنا أن مستعمل الطائرة غالباً ما يعود على الناقل للمطالبة بتعويض عن الأضرار التي لحقت بموجب العلاقة التعاقدية التي تربطهما، وبسبب جهله بالأطراف التي قد تكون متورطة في الحادث المنتج للضرر. فكيف تعاملت اتفاقية وارسو مع هذه الحالة؟ وما هي الأطراف التي تثار مسؤوليتها مع الناقل أو دونه؟ كيف يتم التمييز بين الناقل ومن يقع تحت سلطته، وبين باقي الأطراف الساهرة على الرحلات الجوية؟ ثم من هي الجهة المسؤولة عن الأضرار الناجمة عن أخطاء أطر المطار وبرج المراقبة؟ هل هي نفس الجهة؟ أم أن كل مؤسسة لها جهازها الخاص وتتحمل مسؤولية طاقمها فقط؟ وكيف يمكن حل النزاعات التي تتداخل فيها مسؤولية الناقل وإدارة المطار وبرج المراقبة؟ وما هي الصعوبات الإجرائية والإدارية التي تعترض مثل هذه الحالات؟ ومن هي الجهة التي تتولى البث في هذه النزاعات؟

للإجابة عن هذه التساؤلات سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، يخص المطلب الأول للحديث عن مفهوم الغير ويخصص المطلب الثاني للحديث عن إدارة المطار ومسؤوليتها.

المطلب الأول: مفهوم الغير

أقرت اتفاقية مونتريال ما قامت به اتفاقية وارسو بتعديلاتها في تحديد الأطراف المباشرة في العلاقة التعاقدية لعقد النقل الجوي، وتحديد مستعمل الطائرة من جهة والناقل من جهة ثانية. ينبع هذا التحديد من وعي واضعاً بأن العمل في المجال الجوي لا يقتصر على هذين الطرفين بل يتجاوزهما إلى أطراف أخرى. وأن النزاعات الناتجة عن حوادث الجو قد تتجاوز طرفي عقد النقل. من هنا يبرز مصطلح الغير كمفهوم مميز للأطراف الخارجة عن عقد النقل، حيث يضم هذا المفهوم قسمين أساسيين: قسم يتخذ فيه الغير موقع المضرور العائد بالدعوى على الناقل، وقسم يتخذ فيه موقع المسؤول أو المشارك في المسؤولية مع الناقل في مواجهة مستعمل النقل كطرف متضرر، وهذا القسم الأخير هو الذي سيكون محط اهتمامنا لاعتبارات ندرجها في حينها.

ففي الحالة الأولى قد يؤدي سقوط الطائرة مثلاً إلى هلاك بعض الأرواح والأموال، وهذا ما تولت تنظيمه اتفاقية روما الصادرة في 9 شتنبر 1952. حيث نصت في الفقرة الأولى من مادتها الأولى على أن لكل شخص أصابه ضرر على السطح الحق في التعويض وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية. يكفيه في ذلك أن يثبت أن الضرر نتج عن الطائرة في حالة الطيران أو عن شخص أو شيء سقط منها. من هنا يتضح أن المسؤولية عن الضرر الذي يلحق بالغير على سطح الأرض هي مسؤولية تقصيرية نظراً لغياب توافر علاقة تعاقدية بين الغير ومستغل الطائرة.

مهما كانت الصعوبات التي واجهتها اتفاقية روما من أجل حل النزاعات التي تثار بين الناقل ومستغل الطائرة كمسؤول عن الأضرار التي تصيب الغير على السطح، فإنها تظل غير معضلة مهما تعدد وتنوع هذا الغير مادام الطرف المسؤول محددًا وواضحًا.

غير أن الأمر يكاد يكون مستحيلا حين يصيب مستعملي الطائرة ضرر نتيجة فعل يصدر عن شخص أجنبي عن الناقل لا تربطه به أية علاقة تعاقدية أو تبعية أو إشراف لتنفيذ عملية النقل الجوي كما هو الحال في الحالة الثانية. إذ لا يعتبر من الغير بالنسبة للناقل أفراد طاقم الطائرة وكل من يستخدمهم الناقل في تسيير مؤسسته، في حين يعتبر من الغير بالنسبة للناقل الجوي الموظفون الإداريون التابعون لسلطات المطار والجمارك والأمن أو تابعوا ناقل آخر ولا يشترط أن يكون هذا الغير معروفا على وجه التحديد، بل تنفذ الأحكام المتعلقة به ولو ظل هذا الغير مجهولا⁽¹⁾.

يبقى تأطير النزاعات بين مستعملي النقل وهذا الغير الذي تثار مسؤوليته في إطار قانوني موحد كما هو الأمر بالنسبة لاتفاقية روما أمرا غير ممكن بسبب اتساع مفهوم الغير وصعوبة تحديد الأطراف التي تدخل تحت هذا الوصف، عكس الحالة التي يكون فيها الغير متضررا مهما تنوع وتعدد يبقى المسؤول واحدا متمثلا في الناقل. إذ أن تعدد الأطراف الممثلة للغير في الحالة الثانية يؤدي إلى تعدد الجهات المسؤولة، مما ينتج عنه استحالة تطبيق نفس القانون على جهات ومؤسسات تختلف أنشطتها ونظمها بشكل جذري. وكذا استحالة تحديد أساس موحد للمسؤولية ومعايير تناسب كل هذه الأطراف مهما تعددت وتنوعت.

وإذا كان سكوت اتفاقية مونتريال عن إثارة فعل الغير مبررا لكونه ليس طرفا في عقد النقل، فإن الأمر يصبح مختلفا، إذا علمنا أن فعل الغير قد يؤثر على مسؤولية الناقل الجوي بأن يشترك معه في المسؤولية أو يتحمل هذا الغير وحده المسؤولية دون الناقل. ورغم أن اتفاقية مونتريال لم تنص صراحة على فعل الغير كوسيلة لدفع مسؤولية الناقل الجوي، إلا أنه يمكن استخلاصه من العبارة الواردة في المادة 19. إذ أن عدم النص بشكل صريح على فعل الغير لا يعني استثناءه من حالات الإعفاء بل يرجع الحكم فيه إلى عبارة "... أو أنه استحالة عليه أو علمهم اتخاذ مثل هذه التدابير...". ويشترط في فعل الغير أن تتوفر فيه عدة شروط لكي يتمكن الناقل من دفع المسؤولية عنه، إذ يجب ألا يكون هذا الغير من الأشخاص الذين يسأل عنهم الناقل أو من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته، كما يشترط أن تتوافر في هذا الفعل عناصر السبب الأجنبي المتمثلة في عدم إمكانية التوقع بحيث يكون الفعل المرتكب غير ممكن التوقع فعلا وفقا للمعايير الموضوعية، وكذا عدم إمكانية التلافي، أي لا يكون في إمكان الناقل دفع وقوعه ولا تلافي نتائجه ولا التغلب عليه. وبالتالي فإن فعل الغير يعفي الناقل من المسؤولية كلما أثبت توافر عناصره ويستوي في ذلك نقل الركاب أو نقل البضائع.

إفراد مطلب خاص للحدث عن مفهوم الغير لا يقتصر على دراسته كوسيلة من وسائل دفع المسؤولية عن الناقل الجوي، بل نتخذ مدخلا لإثارة إشكالية تداخل مسؤولية الناقل الجوي مع أحد الأطراف التي ينطبق عليها هذا المفهوم وتشارك في عملية النقل الجوي بصفة فعالة ونخص بالذكر المؤسسة المكلفة بإدارة المطارات ممثلة في مصلحة برج مراقبة الملاحة الجوية، ذلك لأن مساهمة هذه المصالح في وقوع حوادث جوية يطال الناقل ومستعملي الطائرة في أن واحد ويطرح إشكالية إثبات العلاقة بين فعل هذه المصالح والضرر الناتج ومعرفة الجهة التي يجب الاحتكام إليها من جهة أخرى.

المطلب الثاني : إدارة المطار ومسؤوليتها

يختلف النظام القانوني لإدارة المطارات من دولة إلى أخرى، فقد تتولى الدولة إدارة المطار بنفسها، وذلك في الحالة التي تكون مالكة له، وقد تمنح هذه الإدارة لأحد الأشخاص وتحفظ بحق الرقابة والإشراف⁽²⁾. وعندما تتولى الدولة إدارة المطار وهذا هو الغالب، فإنها تسند هذه المهمة إلى مؤسسة عمومية تابعة لها تشرف على حركة الطيران وتراقبها من أجل

¹ - سعيد بنحمان، مرجع سابق، هامش رقم 4، ص 82.

² - والواقع أن هذا الحكم محدود القيمة، لأنه خاص بالمطارات التي يستعملها أحد الأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة، ولا يسمح بفتح مطار للحركة الجوية إلا إذا كان المطار في ملك الدولة أو أحد الأشخاص العامة باعتباره من المرافق العامة.

ضمان أمن وسلامة هذا المرفق الجوي. حيث تتخذ الإدارة كافة الإجراءات اللازمة لتأمين سلامة الركاب في حالة صعودهم أو نزولهم من الطائرة، وضمان عدم دخولهم أو تجوالهم في المناطق الخطرة، والحيلولة دون تزويد الطائرة بالوقود أو تفريغها منها في حالة وجود الركاب إلا بوجود سلم بجوار الطائرة يستعمله الركاب وأن يكون الباب مفتوحاً وأن تتم العملية بوجود أحد أفراد هيئة قيادة الطائرة.

إلا أن إخلال الإدارة بإحدى واجباتها أو صدور خطأ عنها أو عن أحد تابعيها، يترتب عنه إثارة مسؤوليتها، فتصبح المسؤولية المباشرة أمام الغير على ما لحق به من ضرر نتيجة لذلك فما هو أساس هذه المسؤولية؟ وما هي طبيعتها؟ على اعتبار أن الأخطاء التي تصدر عن مصالح المراقبة تعتبر ضمن الأخطاء التي تسأل عنها إدارة المطار، فسيتم الحديث عن هذه المؤسسة، والتعرف على الأخطاء التي يمكن أن تصدر عنها أو عن أحد أطرافها، وعن الجهة التي تتحمل مسؤولية هذه الأخطاء. والحديث كذلك عن الحالة التي تتداخل فيها مسؤولية الإدارة مع مسؤولية أشخاص آخرين كالناقل الجوي ومستغل الطائرة وذلك من خلال فقرتين.

الفقرة الأولى: مصالحي الملاحة الجوية ومسؤوليتها

تتولى الدولة إنشاء مصالح مراقبة الملاحة الجوية في شخص الوزارة المكلفة بالطيران المدني كما هو الحال في فرنسا والمغرب، مما يجعل منها مؤسسة عمومية تثار مسؤوليتها إذا ترتب الضرر عن عطب أصاب إحدى أجهزتها أو بسبب سوء أداء مهامها.

لكن يمكن استبعاد هذه المسؤولية في حالة عدم وجود مصالح للمراقبة الجوية أو عدم كفاية أجهزتها، ولا يؤخذ بالدفع بعدم وجود هذه الأجهزة إلا بالنسبة للمطارات الغير مفتوحة للحركة الجوية العامة⁽¹⁾. أما القول بعدم كفايتها، فيدعو للتساؤل إلى أي حد يمكن القول أن علم مستغل المطار أو تابعيه بهذه المسألة يترتب عنه استبعاد مسؤولية مصالح مراقبة الملاحة الجوية؟ الحال أن المسؤولية تثار في الحالة التي ينتج خلالها الضرر عن عطب أصاب إحدى أجهزة المراقبة أو نجم عن خطأ أحد مراقبي الجو، فمن الجهة التي تتعرض للمساءلة في هاتين الحالتين؟ وما هي طبيعة هذه المسؤولية؟

للإجابة عن هذا الإشكال المطروح لابد من التمييز بين الحالة التي ينجم فيها الضرر عن خطأ في تشغيل أجهزة مراقبة الملاحة الجوية، والحالة التي ينجم خلالها الضرر عن خطأ ضابط المراقبة. فإذا نتج الضرر عن خطأ في تشغيل أجهزة مراقبة الملاحة الجوية، وكان هذا الخطأ مجهولاً، فتكون الدولة المسؤولة الوحيدة عن الضرر الذي وقع. أما إذا كان الذي ارتكب الخطأ هو ضابط المراقبة الجوية كأن يكون قد أذن للطائرة بالهبوط فوق ممر أرضي أو عبر دهليز جوي مشغول بطائرة أخرى، فتنثار مسؤولية الدولة إلى جانب مسؤولية الشخص مرتكب الخطأ حيث تطبق في هذه الحالة قواعد المسؤولية المنصوص عليها في القانون الإداري، إلا أنه يمكن للدولة بعد أدائها للتعويض المستحق للمتضرر الرجوع على المرتكب الحقيقي للخطأ.

غير أن هذا النوع من الأخطاء يطرح مسألتين:

المسألة الأولى: وتتعلق بمعرفة ما إذا كان من الضروري أن يكون الخطأ الذي استدعى الزجر على درجة معينة من الجسامه؟

إذا كان مبدأ مسؤولية الدولة عن أفعال موظفيها لا يستلزم درجة معينة من الجسامه، فالأمر يختلف بالنسبة لوظيفة صعبة وشاقة كمراقبة الملاحة الجوية، وتقدير مدى صعوبة المهمة المنوطة بضابط المراقبة ليست مسألة

¹ - للمزيد من المعلومات الرجوع إلى :

- Christian LARROUMET: La responsabilité du fait des services de contrôle de navigation aérien en droit français, R.F.D.A, 1977, p.422.

ضرورية. إذ يرى البعض أن توفر نسبة معينة من الجسامة يرتبط فقط ببعض المهام المسندة لمراقب الجو دون أخرى⁽¹⁾. واستعمال الآليات ذات التحكم الذاتي في إنجاز عملية مراقبة الملاحة الجوية، قد يفتح المجال للقول بأن هذه المهمة ليست صعبة بالنسبة لذوي الخبرة. لكن مهما بلغت الآليات الحديثة من تطور يجعلها مستقلة في أداء مهامها عن التدخل البشري، تظل مع ذلك في حاجة دائمة لمراقبة مستمرة وحراسة دقيقة من طرف العاملين عليها مما يتطلب جهدا نفسيا وذهنيا كبيرا.

وبالرجوع لإحدى القرارات الصادرة عن القضاء الإداري الفرنسي، نجد أنها استلزمت ضرورة ارتكاب مصالح الشرطة لخطأ جسيم أثناء قيامهم بمهمة مراقبة المرور. وإذا أردنا تطبيق مثل هذا القرار على الأخطاء التي تصدر عن مصالح مراقبة الملاحة الجوية، فلا بد من وجود نوع من التشابه المطلق بين الظروف التي أدى خلالها شرطي المرور وظيفته وتلك التي يؤدي خلالها ضابط مراقبة الملاحة وظيفته⁽²⁾.

المسألة الثانية: وهي التي ينجم خلالها الضرر عن إضراب مراقبي الجو.

صدر في فرنسا في 2 يوليو 1964 قانون يمنع إضراب مراقبي الملاحة الجوية، إلا أن هذا القانون لم يمنع المراقبين الجويين من خوض سلسلة من الإضرابات. فالإضراب حق لا يمكن منع ممارسته، لكن يمكن طرح السؤال التالي: هل يمكن اتخاذ بعض التدابير الوقائية لتفادي الاضطرابات التي تنجم عن ممارسة مراقبي الجو لهذا الحق؟ من له حق اتخاذها؟ ومن يتحمل مسؤولية الأضرار الناتجة عن إضراب مراقبي الجو؟

تظل الدولة الملزم الوحيد باتخاذ الإجراءات الضرورية من أجل استمرارية عمل مصالح مراقبة الملاحة الجوية، وإذا تعذر عليها ذلك فيمكنها أن تمنع التحليق فوق إقليمها أو تمنع استعمال مطاراتها. لكن يمكنها أن تحافظ على استمرار عمل هذه المطارات بإسناد مهمة المراقبة للقوات الجوية، وتظل الدولة هي المسؤولة عن الأضرار الناتجة عن إضراب مراقبي الجو.

وقد سبق لفرنسا سنة 1973، على إثر إضراب خاضه مراقبو الملاحة الجوية، أن أسندت مهمة المراقبة للقوات الجوية، فنتج عن ذلك اصطدام طائرتين إسبانيتين فوق مدينة نانت Nante إلا أنه لم يصدر عن القضاء أي قرار بهذا الشأن، وتولت لجنة للتحقيق إصدار قرار سنة 1975 تؤكد فيه أن الحادث نتج عن ارتكاب خطأ من طرف أحد أفراد طاقم قيادة إحدى الطائرتين وخطأ عن أحد أطر مصالح المراقبة الذين أوكلت لهم هذه المهمة آنذاك. إلا أن انعدام وجود علاقة سببية بين إضراب مصالح المراقبة والحادث الذي نتج عنه تصادم الطائرتين يمنع من القول بمسؤولية الأطر المضربة أو المؤسسة المسؤولة عن الإضراب، ولا يبقى أمام الدولة سوى تفادي الأضرار التي يمكن أن تقع خلال فترة الإضراب.

لكن إذا اضطرت الناقل الجوي إلى إلغاء رحلاته بسبب إضراب مراقبي الجو ونتج عن ذلك خسائر مادية، فهل تسأل الأطر التي خاضت الإضراب عن الأضرار التي تنجم عن ذلك أم أن نقابة مراقبي الجو هي من يتحمل النتيجة؟ لا يوجد هناك قانون يمنع من القيام بالإضراب، لكن يمكن أن يعتبر القيام به أمر غير مبرر، وللقول بوجود مسؤولية لا بد من توافر علاقة سببية بين فعل الإضراب والأضرار التي ترتبت عن ذلك. ومن ثمة، فإذا كان من الممكن الشك في وجود هذه العلاقة بين إضراب المراقبين والأضرار التي نتجت عن عدم تنفيذ الدولة لالتزاماتها المرتبطة بضمان

¹- أنظر:

- Gilbert GUILLAUME: La responsabilité des services de la circulation aérienne en France, ANNALS de droit aérien et spatial, université du Montréal, vol.III, 1978

²- أنظر:

- Christian LARROUMLET, art précité, p.425.

استمرارية عمل مصالح المراقبة الجوية، فلا يسري نفس الحكم في الحالة التي يسبب فيها هذا الإضراب خسائر مادية للناقل الجوي.

لابد في البداية من التأكد من أن مسؤولية الدولة، بخصوص مصالح مراقبة الملاحة الجوية، محدودة في ضمان سلامة الملاحة الجوية. فإذا كان الأمر كذلك، فليس هناك ما يتعارض مع قبول مسؤولية المراقبين المضربين أو نقابهم عن الأضرار المادية التي تصيب الناقل، مادام أن الإضراب هو السبب المباشر في تعليق الرحلات الجوية أو عدم القيام بها. يسري نفس الحكم في الحالة التي تتولى الدولة أمر تعليق الرحلات الجوية لأنه تعذر عليها ضمان سلامة الملاحة الجوية، دون ضرورة للبحث عن وجود علاقة سببية بين إضراب المراقبين والأضرار المادية التي أصابت الناقل الجوي. لكن إذا اعتبرنا أن الدولة ملزمة بتأمين استمرارية أداء مصالح المراقبة لمهامها، فإن التزاما كهذا يدعو لضرورة وجود علاقة سببية بين الإضراب الذي خاضته مصالح المراقبة والأضرار المادية التي ترتبت عن ذلك. ومن ثمة، فإذا كانت الدولة هي من ألغى الرحلات الجوية المزمع القيام بها، فتعتبر مخرجة بأداء التزاماتها المتمثلة في ضمان استمرار أداء مصالح المراقبة لمهامها وتعتبر هي المسؤولة إلا في حالة القوة القاهرة التي يشكل الإضراب إحدى صورها.

ففي هذه الحالة تستبعد مسؤولية المراقبين الجويين وكذا مسؤولية الدولة شريطة أن تتخذ هذه الأخيرة الإجراءات الكفيلة بتفادي الأضرار التي يمكن أن تنجم عن ذلك كما سبق القول.⁽¹⁾ بعد دراسة المسؤولية عن الأخطاء الصادرة عن مصالح مراقبة الملاحة الجوية سواء في الحالة التي تكون خلالها هذه الأخطاء مجهولة، أو الحالة التي ترتكب خلالها الأخطاء عند خوض مراقبي الجو للإضراب فلا بد من دراسة المسؤولية عن الأضرار التي تنتج عن وجود عيب في الأجهزة المستعملة في إنجاز عملية المراقبة أو عدم صيانتها. فما هي طبيعة هذه المسؤولية؟ هل تظل الدولة دائما هي المسؤولة عن الأضرار التي تنتج في هذه الحالة؟ أم يمكن أن تثار مسؤولية أطراف أخرى إلى جانبها؟

الفقرة الثانية: المسؤولية عن أخطاء أجهزة مراقبة الملاحة الجوية

تظل الدولة المسؤولة عن الأضرار التي تتسبب فيها المصالح المكلفة بالمراقبة الجوية، إلا أن هذه المسؤولية لا تثار فقط في حالة غياب خطأ المراقب الجوي، بل تسري كذلك في الحالة التي يرتكب فيها المراقب الجوي الخطأ لكن المتسبب الحقيقي في الضرر هو أحد الأجهزة المستعملة في إنجاز عملية المراقبة مما يستدعي التمييز بين الحالة التي يكون فيها المتضرر من الغير والحالة التي يكون خلالها المتضرر من مستعملي أجهزة مراقبة الملاحة الجوية. فإذا كان الشخص الذي وقع عليه الضرر من الغير⁽²⁾ الذي لا يرتبط بالناقل الجوي بعلاقة تعاقدية، فيجب التمييز بين الغير الذي يوجد على سطح الأرض والغير الذي يكون قد شارك بفعله في حصول التصادم بين طائرتين مثلا. فالنسبة للغير الذي يوجد على سطح الأرض، فيعتبر مستغل الطائرة مسؤولا عن الأضرار التي تلحق به طبقا للفقرة الأولى من المادة الثانية من اتفاقية روما لسنة 1952 إلا إذا ثبت أن الضرر يعود لخطأ الضحية، فخطأ الغير لا يعتبر سببا معقيا من المسؤولية، ويظل للمتضرر كامل الحرية في اختيار الطرف الذي يود متابعته أي الدولة أو مستغل الطائرة. لكن إذا وجهت الدعوى ضد هذا الأخير، فيجب أن يخول له حق الرجوع على الدولة على أساس أن الضرر كان نتيجة وجود عيب في إحدى أجهزة مراقبة الملاحة الجوية أو خلل في صيانتها أو أن الضرر كان نتيجة خطأ مراقب الجو.

¹ - أنظر:

- Christian LARROUMET, art. Précité, p.427.

² - أنظر:

- Christian LARROUMET, art. Précité, p.430.

أما إذا كان الغير ممن شارك في وقوع التصادم كما هو الحال بالنسبة لمصالح مراقبة الملاحة الجوية، فتعفي الأطراف المتسببة في الحادث من تحمل أي مسؤولية تجاه الآخر، ويظل مستغل الطائرة الحق في مقاضاة الدولة إما بسبب الخطأ الصادر عن مصالح المراقبة أو باعتباره مستعملا لمؤسسة عمومية (برج المراقبة). مع العلم أن التعويض الذي يمكن للمتضرر الحصول عليه لا يجوز أن يتجاوز الحدود القصوى المقررة للطائرتين المساهمتين في وقوع الضرر.⁽¹⁾ إذ يلاحظ أنه في كلتا الحالتين يظل مستغل الطائرة المسؤول عن الضرر الذي أصاب الغير الموجود على سطح الأرض أوالمشارك في حصول الضرر، لكن له حق الرجوع على الدولة بالتضامن في شأن التعويضات التي منحها للمتضررين.

أما إذا كان المتضرر ليس غيرا لكنه من مستعملي جهاز مراقبة الملاحة الجوية، فلا تثار مسؤولية الدولة إلا إذا كان بهذا الجهاز عيب في الصنع أو الصيانة، فهل من الضروري إثبات وجود هذا العيب؟ أم أن غيابه قد يكون سببا لإعفاء الإدارة من المسؤولية؟ فتلزم هذه الأخيرة بضرورة الإثبات مما يترتب عنه إعفاء الدولة من المسؤولية إذا أثبت وجود هذا العيب.

يعتبر مستغل الطائرة مستعملا لأجهزة مراقبة الملاحة الجوية لكن هل يعتبر الركاب والمرسل والمرسل إليه كذلك؟ قد يكون من مصلحة هؤلاء اعتبارهم من الغير لكيلا تدفع الدولة بعدم مسؤوليتها في حالة عدم وجود عيب في الصنع أو في الصيانة العادية لهذه الأجهزة.

إذ أنه بالنسبة لبروتوكول جواتيمالا سيتي لسنة 1971 الخاص بالركاب وبروتوكول مونتريال 1975 الخاص بالبضائع، لا تشكل هذه المسألة أهمية كبرى، لأن فعل الغير الذي يتمثل في الفعل الذي قامت به مصالح المراقبة الجوية ليس سببا لإعفاء الناقل الجوي من المسؤولية، لكن بالنسبة لنظام المسؤولية في اتفاقية وارسو، فإن الناقل الجوي لا يعتبر مسؤولا في مواجهة الركاب، إذا أثبت أنه اتخذ التدابير اللازمة لتفادي وقوع الضرر، وهذه مسألة قريبة من حالة غياب الخطأ من جانبه.

إذا تعذر اعتبار الركاب والشاحنين من مستعملي أجهزة المراقبة الجوية، أفلا يمكن اعتبارهم مستعملين غير مباشرين لوجودهم على متن الطائرة؟

إن الأخذ بهذا القول مسألة ملحة ذلك لأن كل مستعمل للنقل الجوي يعتبر في الآن ذاته مستعملا للأجهزة الضرورية لحركة الطائرة. فالطائرة وطاقمها والركاب والبضائع يشكلون كلاً لا يتجزأ. والضرر الذي قد يلحق الطائرة من جراء وجود عيب بأجهزة المراقبة أو عيب في صيانتها يلحق في نفس الوقت كل من يوجد على متن تلك الطائرة.

لكن، ألا يمكن أن تتداخل مسؤولية كل من الدولة ومستغل الطائرة أو الناقل الجوي فيما بينهم فتقع عليهم المسؤولية في نفس الوقت؟ وإذا تحقق هذا الأمر ما هي الإشكاليات التي يمكن أن تطرح آنذاك؟

لعل من أهم الإشكاليات التي يطرحها تداخل مسؤولية كل من الدولة والناقل ومستغل الطائرة هي أن دعوى التعويض ستطرح أمام هيئتين مختلفتين من حيث الاختصاص. فالدعوى المرفوعة ضد الدولة تعرض أمام القضاء الإداري، في حين ترفع الدعوى ضد الناقل الجوي أو مستغل الطائرة أمام القضاء العادي مما قد يترتب عنه صدور حكمين مختلفين من أجل نفس الموضوع، إلا أنه يمكن تفادي مثل هذا الإشكال برفع إحدى الدعويين والرجوع على الطرف الذي لم ترفع ضده الدعوى. وفي كل الحالات، لا يمكن تصور صدور حكم مشترك بالتعويض عن الضرر لأنه لا يمكن للقاضي أن يدين الدولة والناقل الجوي أو مستغل الطائرة في الآن ذاته.

فعلى مستوى الواقع، إما أن يعفى أحدهما بسبب ما صدر عن الآخر أو يسأل أحدهما عن مجموع الضرر. وفي هذه الحالة يمكن القيام بتحريك دعوى فرعية ضد الطرف الآخر.

¹ - الفقرة الثانية من المادة الثالثة عشر من اتفاقية روما.

إلا أن هذه المسألة ليست لها خصوصية معينة لكونها تطرح كلما تداخلت مسؤولية السلطة العمومية ومسؤولية شخص عادي. خاصة، وأن هذا الأمر يقتصر فقط على القانون الجوي، إذ أنه ليس من الأكيد أن تثار المسؤوليتين في كل الحالات من أجل كل التعويض أو جزء منه. بالطبع لاشك أن هناك حالات لا تثير صعوبة في التطبيق، كما هو الحال، عندما تكون مسؤولية الناقل الجوي أو مستغل الطائرة مسؤولية موضوعية، في حين أنه لم يرتكب أي خطأ، في هذه الحالة يمكن الرجوع على الدولة لمطالبتها بتعويض عن الضرر الناتج عن خطأ مراقب الجو أو الناتج عن وجود عيب في إحدى أجهزة المراقبة أو وجود عيب في صيانتها.

قد يحدث في بعض الحالات أن يتداخل خطأ أحد أطر المراقبة الجوية وخطأ أحد تابعي الناقل أو مستغل الطائرة⁽¹⁾. إلا أن هناك حالات يصعب خلالها استبعاد مسؤولية الدولة والأخذ بمسؤولية الناقل أو مستغل الطائرة كما هو الحال عندما يترتب الضرر عن صدور أوامر خاطئة عن مراقب الجو أو بسبب عدم كفاية الأجهزة المستعملة في إنجاز عملية المراقبة.

فبالنسبة للحالة الأولى: يجب معرفة القوة الإلزامية للتعليمات التي يوجهها مراقبو الجو لقائد الطائرة. تجدر الإشارة إلى أن هذه الأوامر لا تتوفر على نفس القوة الإلزامية، هذا من جهة ومن جهة أخرى تختلف وضعية قائد الطائرة بخصوص هذه الأوامر حسبما إذا كان يعتمد على الرؤية في قيادة طائرته أم على أجهزة المراقبة الجوية. إذ أن الاعتماد على الأجهزة في قيادة الطائرة، يترتب عنه إلقاء مسؤولية الأضرار التي تنجم عن ذلك على عاتق المشرفين على هذه الأجهزة. أما إذا اعتمد قائد الطائرة على الرؤية فقط، فهو من يتحمل مسؤولية الأضرار التي قد تلحق بالطائرة أو الركاب أو الغير.

والتمييز بين عملية القيادة التي يعتمد فيها الربان على الآلة وتلك التي يعتمد فيها على الرؤية، يعتبر وسيلة فعالة لمعرفة الحالة التي يكون خلالها المسؤول فردا واحدا والحالة التي يتعدد فيها المسؤولون.

إلا أن الاعتماد على الأجهزة في إنجاز عملية الطيران وتنفيذ أوامر مراقب الجو خلال المرحلة التي تكون فيها الطائرة قريبة من الأرض، لا يضمن باستمرار تنفيذ هذه الأوامر من قبل قائد الطائرة، إذ أن رفض تنفيذ هذه الأوامر يكون في حالات قليلة جد⁽²⁾، بمعنى آخر أن قائد الطائرة يتعامل بحرص مع هذه الأوامر ولا يلتزم بها في كل الحالات، وبالتالي فمن الصعب القول أن إعطاء أوامر خاطئة أو الاعتماد على أجهزة معيبة يخول استبعاد مسؤولية الناقل الجوي أو مستغل الطائرة، لأن الأمر يظل رهينا بحالة خاصة وكذلك وبظروف الرحلة.

الحالة الثانية: وتتعلق بعدم كفاية أجهزة مراقبة الملاحة الجوية خلال المرحلة الأخيرة للتخليق قبل هبوط الطائرة. وقد أثير مثل هذا الإشكال في العديد من النزاعات القضائية بين الناقل والمتعاقدين معه⁽³⁾ ويبدو أنه من الصعب دائما الدفع بعدم كفاية أجهزة المراقبة باعتبارها السبب الوحيد أو أحد أسباب الحادث، لأنه غالبا ما يكون قائد الطائرة على علم بالأمر ويتصرف على هذا الأساس وبالتالي يمكن لخطأ الناقل أن يقدم على كفاية أجهزة المراقبة، لكن هذا الأمر لن يطبق باعتباره قاعدة عامة، لأن ذلك يختلف باختلاف الحالات.

من خلال ما سبق، يلاحظ أن الدولة تعتبر في بعض الحالات مسؤولة عن الأخطاء التي ترتكبها المؤسسة العمومية التي تتولى مراقبة الملاحة الجوية بإدارة المطار. وتختلف درجة مسؤوليتها حسبما إذا كانت هذه الأخطاء صادرة عن أحد

¹ - وغالبا ما تحقق هذه الحالة عند وقوع تصادم بين طائرتين حسب ما سبقت الإشارة إليه في التقرير الذي صدر بشأن اصطدام طائرتين إسبانيتين
² - أنظر:

- Louis CARTON , Droit aérien ;Presses universitaires de France ;Paris,1936 , p.242 et suite.

³ - أنظر:

- Christian LARROUMET, art.Précité, p.431.

أطرمؤسسة برج المراقبة أو عن أجهزة المراقبة في حد ذاتها. إلا أن هذه المسؤولية قد تتداخل في بعض الأحيان بمسؤولية الناقل الجوي أو مستغل الطائرة، فتبدو أكثر وضوحا في الحالة التي ينجم خلالها الضرر عن عيب في أجهزة المراقبة أو عيب في صيانتها. والإشكال الأساسي الذي يترتب عن تداخل المسؤوليات هو أن المتضرر يجد نفسه أمام جهازين للقضاء عليه الاختيار بينهما والبحث عن سبب أكثر إنصافا له، خاصة في الحالة التي يكون له فيها حق الخيار. فإما أن يطالب الدولة بتعويض عن الأضرار التي لحقت له أمام القضاء الإداري أو أن يتابع الناقل أو مستغل الطائرة أمام القضاء العادي. ولعل الحالات التي توجد فيها الدولة كطرف في النزاع تدعو لمزيد من التفكير والاستفهام حول إمكانية إنصاف المتضرر وتمكينه من وسيلة أنجح لضمان حقوقه حتى لا يضيق حقه بسبب غياب قضاء متخصص في كل ماله علاقة بالنقل الجوي سواء في المرحلة التي يكون خلالها طرفا النزاع تحكمهما علاقة تعاقدية ينظمها عقد النقل أو الحالة التي يكون خلالها أحد الأطراف خارج هذه العلاقة.

الجرائم الماسة بالنظم المعلوماتية في التشريع المغربي

سعاد حميدي

أستاذة القانون الجنائي

كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية بطنجة

لقد حقق العقل البشري طفرات واسعة في مضمار الإنسانية، وبلغ هذا العقل أوج تفتحه وعطائه في القرن العشرين ثم القرن الحادي والعشرين -الذي نعاصره-، حيث بلغت إنجازاته أضعاف ما تحقق على مدى القرون التي خلت. ولعل أهم ما حققه العقل البشري؛ ذلك الحاسوب الآلي الذي كان وسيلة الإنسان ومبراسه في حل كثير من الصعاب، إذ لا أحد منا يستطيع أن ينكر ولو لوهلة ذلك التقدم العلمي والتكنولوجي الذي حققه العلم في تلك السنوات ولا زال يحققه ويفرزه اليوم تلو اليوم، بل الساعة تلو الساعة.

لكن مادامت الجريمة ظاهرة اجتماعية تتأثر طبيعتها وحجمها بالتحولات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، إن على الصعيد الوطني أو الدولي، فقد ظهر للوجود نمط جديد من الإجرام، تجسد في انتشار الجرائم المعلوماتية أو الإلكترونية، والتي تعتر بحق أكبر السلبات الوليدة عن الثورة المعلوماتية اعتبارا لكون هذه الجرائم تستهدف في اعتداءاتها قيما جوهرية تخص الأفراد والمؤسسات، بل حتى الدول في كافة نواحي الحياة، من غير أن ننسى مسألة أساسية ألا وهي أن هذه الجرائم تركت في النفوس شعورا بعدم الثقة بخصوص التعامل والاستفادة من ثمار هذه الثورة الجديدة. وكما هو الحال في كل دول العالم؛ استفحل أمر الجريمة المعلوماتية في المملكة المغربية خلال العقود القليلة الماضية، الأمر الذي ألقى بظلال الشك حول مواجهة السيل الجارف الذي أفرزته هذه الجرائم، مما فرض على المشرع المغربي تجريمها والمعاقبة عليها، حتى يسهل على القضاء التعامل معها وقطع دابرها، وهو ما وضع هذا الجهاز الحساس في محك حقيقي.

والمأمل في المنظومة القانونية المغربية بعين الجرائم المعلوماتية؛ يلاحظ ملاحظتين: تتمثل إحداهما في أن الجرائم الماسة بالنظم المعلوماتية لا يمكن للقضاء التعامل معها بمعزل عن نصوص القانون الجنائي التقليدية (المبحث الأول)، بينما تتمثل الأخرى في وجود مقتضيات بل وقوانين خاصة همت بالتنظيم هذا النوع من الجرائم (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تكييف نصوص القانون الجنائي على الجرائم المعلوماتية

بداية تعرف الجريمة المعلوماتية بأنها جريمة الارتكاب المتعمد لفعل ضار من الناحية الاجتماعية أو فعل خطير محذور يعاقب عليه القانون.

أو إن شئت فقل بأنها هي ذلك النوع من الجرائم التي تتطلب الإلمام الخاص بتقنيات الحاسوب الآلي ونظم المعلومات لارتكابها أو التحقيق فيها ومقاضاة فاعلها.¹

وهي أيضا كل فعل يخالف النظام العام ومن ثمة يخلق حالة من اللاتوازن الاجتماعي مما يتطلب معه اتخاذ تدابير جزية تهدف في مجملها إلى تطبيق القانون من جهة؛ والحفاظ على الاستقرار والطمأنينة الاجتماعية من جهة أخرى.² ويلاحظ أن هذا النوع من الجرائم لا يخلو من نصب واحتيال وسرقة لأموال الغير وممتلكاته، وهو ما دفع بالقضاء إلى تكييف عض نصوص القانون الجنائي التقليدية على الجرائم الماسة بالممال المعلوماتية.

¹ - عبد الفتاح مراد، شرح جرائم الكمبيوتر والأترنت، 38.

² - العباس الوردي، الجريمة الإلكترونية، مقال منشور بجريدة هسبريس الإلكترونية تاريخ 12 فبراير 2013.

بناء على ما سبق: نعالج جريمة السرقة المعلوماتية (المطلب الأول)، ثم جريمة التحويل الالكتروني غير المشروع للأموال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أحكام الجريمة المعلوماتية من خلال نصوص جريمة السرقة

ينص الفصل 505 من القانون الجنائي بصريح العبارة على أنه: «من اختلس عمدا مالا مملوكا للغير يعد سارقا، ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائة وعشرين إلى خمسمائة درهم». ولا بأس من تطرقنا ولو بشكل مقتضب للأركان العامة لجريمة السرقة حتى تفيدنا في تحليلنا، هذه الأركان تتوزع إلى ثلاث:

ركن قانوني: يظهر من خلال التنصيص الصريح على جريمة السرقة والعقاب عليها، تجسيدا لمبدأ الشرعية الجنائية (الفصول من 505 إلى 539 ق ج).

ركن مادي: يتمثل في فعل الاختلاس، ومعناه انتزاع أو إخراج المال من حيازة صاحبه دون رضاه. ركن معنوي: يقوم على أساس إرادة الجاني إلى ارتكاب الأفعال المكونة لجريمة السرقة، مع علمه حقيقة هذه الأفعال.

والسؤال المطروح في هذا الباب هو الآتي: إلى أي حد يمكن تطبيق أحكام جريمة السرقة على سرقة البرامج والمعلومات؟

في الحقيقة لا بد من التمييز بين الشق المادي للمعلومات (الكمبيوتر والأجهزة التابعة له)؛ والشق المعنوي (التمثل في البيانات والبرامج والمعلومات التي يحتويها الحاسوب أو الكمبيوتر).

فبالنسبة للشق الأول: لا يثور أي خلاف على اعتبار أن إمكانية وقوع فعل الاختلاس (باعتباره الركن المادي أو المظهر الخارجي لجريمة السرقة) متوفرة، كسائر الأموال المنقولة المادية، ذلك أن اختلاس جهاز تابع لحاسوب يكيف على أساس أنه جريمة سرقة، فلا يكون هناك أدنى إشكال، وبالتالي لا يثور أي نقاش. بيد أن الفقه انقسم حول الشق الثاني - الشق المعنوي - إلى اتجاهين:

اتجاه أقر بأن الاعتداء على البرامج والمعلومات التي توجد بداخل الحاسوب يشكل جريمة سرقة، فإذا قام شخص بالدخول على جهاز الحاسوب الآلي واطلع على البرامج أو المعلومات الموجودة بداخله أو قام بعملية نسخ لهذه البرامج أو المعلومات؛ فإن هذا الفعل يشكل جريمة سرقة لأنه يمثل الاعتداء على حق الملكية¹. وقد استند هذا الاتجاه في تأكيد رأيه على دلائل جمة، أبرزها أن البرامج والمعلومات الموجودة داخل جهاز الحاسوب لها كيان مادي، كونها يمكن رؤيتها على الشاشة مترجمة إلى أفكار.

أما الاتجاه الثاني؛ فيميز بين حالات عديدة من السرقة الواقعة على المعلومات، أهمها: حالة "اختلاس" CD أو Disque يحتوي على برامج ومعلومات (وفي هذه الحالة تتحقق جريمة السرقة). حالة "نسخ" CD أو Disque يضم معلومات وبرامج (هنا نكون أمام جريمة سرقة بقدر ما نكون أمام جريمة التقليد غير المشروع).

فهذا الاتجاه في نفيه إسقاط جريمة السرقة على سرقة المعلومات الالكترونية؛ يستند على حجج كثيرة من بينها أن فعل الاختلاس اللازم لوقوع السرقة بمعناه المعروف غير متحقق والحالة هذه، لأنه لا يقوم على تبديل الحيازة، وإنما ينحصر في الحصول على منفعة الشيء فقط، بمعنى أن تجريد الشخص من حيازته للشيء غير موجود في حالة النسخ، والقول بالتالي أن جريمة السرقة قائمة لعدم توافر شرط الاختلاس الذي يعتمد أولا وأخيرا على التجريد من الحيازة.

¹ - محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار المطبوعات الجامعية، 2003.

وفي ختام هذا المطالب لا يسعنا إلا التأكيد على أن جريمة السرقة لا يمكن إسقاطها على سرقة المعلومات والبرامج الموجودة بداخل جهاز الحاسوب؛ إلا في حالات محدودة جدا تتمثل في الجانب المادي للمعلومات (اختلاس قرص مدمج يحتوي على معلومات مثلا). وذلك لأن تنظيم جريمة السرقة في القانون الجنائي إنما جاء ليحفي الأموال التي تتخذ مظهرها خارجيا.

المطلب الثاني: أحكام الجريمة المعلوماتية من خلال نصوص جرمية النصب وخيانة الأمانة

أدى انتشار استعمال الأجهزة الإلكترونية بكل مكوناتها في جل الإدارات والمؤسسات العامة والخاصة، وكذا جل القطاعات وعلى رأسها القطاع البنكي، فضلا عن قطاع المقاولات والشركات، وإلى بروز ما يسمى بجريمة التحويل الإلكتروني غير المشروع للأموال، وذلك عن طريق استخدام جهاز الحاسوب حيث يقوم الجاني بتحويل أرصدة الغير أو فوائدها إلى حسابه الخاص أو إلى حساب شخص آخر، عبر التلاعب بالمعلومات وإدخال بيانات مغلوطة إلى الجهاز كالادعاء كذبا بوجود فواتير حان ميعادها (أي حان وقت سدادها). وهذه الجريمة تتأرجح بين جريمة النصب وجريمة خيانة الأمانة¹.

الفقرة الأولى: جريمة النصب

بالعودة إلى الفصل 540 من القانون الجنائي؛ نجده يحدد أركان جريمة النصب في فعل الاحتيال على مال مملوك للغير والاستيلاء عليه مع وجود علاقة سببية بينهما وهذا هو الركن المادي.

أما الركن المعنوي؛ فيقوم على أساس علم الجاني بأنه يستعمل وسائل احتيالية لإيقاع ضحيته في الغلط، واتجاه نيته إلى تحقيق منفعة مالية له أو لغيره.

من هنا نطرح السؤال الآتي: إلى أي حد يمكن إسقاط جريمة النصب على جريمة التحويل الإلكتروني غير المشروع للأموال باعتبارها جريمة معلوماتية؟

في هذا الإطار انقسم الفقه إلى ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى أن جريمة النصب لا تقوم إلا إذا خدع الجاني شخصا مثله، وأن يكون الشخص المخدوع مكلفا بمراقبة البيانات، وعلى ذلك لا يتصور خداع الحاسب الآلي بوصفه آلة، ومن ثم لا يطبق النص الجنائي الخاص بالنصب والاحتيال لافتقاده أحد العناصر اللازمة لتطبيقه²، المتمثلة في وجوب أن يكون الضحية شخصا مكلفا بمراقبة بيانات ومعلومات.

أما الاتجاه الثاني: فقد وسع من النصوص المتعلقة بالعقاب على جرمية النصب، وقال بإمكانية تطبيق هذه النصوص على النصب المعلوماتي، حيث اعتبرت بعض التشريعات المتأثرة بهذا الاتجاه (التشريع الانجليزي نموذجاً) خداع الآلة بهدف ارتكاب غش مالي، من قبيل الاحتيال الذي يجب العقاب عليه جنائيا بمقتضى نصوص جريمة النصب، وأما الاتجاه الثالث: فقد رأى إمكانية تطبيق نصوص جريمة النصب على النصب المعلوماتي بشروط محددة، وهو اتجاه تمثله الولايات المتحدة الأمريكية التي قالت بتطبيق النصوص المتعلقة بالغش في مجال البنوك والبريد والتلغراف على حالات النصب المعلوماتي.

والمتمثل بعين المقارنة بين الاتجاهات الثلاث وبين نص المادة 540 من القانون الجنائي يسجل أن جريمة النصب يمكن أن يكون الجانب المعلوماتي محلا لها، خصوصا وأن النصب بات يستعمل في إتيان مجموعة من العمليات التعاقدية الإلكترونية، لاسيما في مجال التحويلات المالية، فأى تحاليل يقع عن طريق المعلومات يدان مقترفه وفقا

¹ - محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 64.

² - محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 132.

لفصول متابعة مرتكب جريمة النصب. ما لم يكن التحويل قد وقع من شخص مؤتمن على المال، وإلا كنا أمام جريمة خيانة الأمانة.

الفقرة الثانية: جريمة خيانة الأمانة

باستقراء نص الفصل 547 ق ج نجد أن أركان جريمة خيانة الأمانة تتوزع إلى ركنين: ركن معنوي يستوجب ضرورة توفر القصد الجنائي، وركن مادي يقوم على أساس تسليم المال إلى الجاني على سبيل الأمانة، يقابله اختلاس أو تبديد لهذا المال يترتب عليه ضرر.

وعليه يشترط لتطبيق جريمة خيانة الأمانة على جريمة التحويل الالكتروني غير المشروع للأموال، ضرورة أن يكون تسليم المال قد تم على أساس الإرجاع أو الاستعمال لفرض محدد، فإذا وقع الاستيلاء على غير هذا الأساس وتم الاستيلاء على المال المسلم؛ فالأمر إذ ذلك لا يشكل جريمة خيانة للأمانة.

كما يشترط كذلك أن يتم الاستيلاء من الجهة المسلم إليها المال، فإذا تم الاستيلاء من الغير عبر تحويله إلكترونيا للأموال لحسابه الخاص؛ فإن ذلك لا يعدو أن يكون جريمة سرقة أو نصب حسب ظروف الحال، دون أن يشكل جريمة خيانة الأمانة.

وحتى تطبق نصوص جريمة خيانة الأمانة على جريمة التحويل الالكتروني غير المشروع للأموال لابد أيضا من وجود فعل الاختلاس المتمثل في كل فعل يعبر به الأمين عن إضافة الشيء إلى ملكه دون أن يخرج من حيازته، ويتحقق ذلك في جريمة التحويل الالكتروني غير المشروع للأموال بإضافة شخص معين الرصيد البنكي المملوك لشخص آخر إلى رصيده الخاص.

هذا وقد دأب القضاء المغربي على تكييف نصوص جريمة الخيانة الأمانة على جريمة التحويل الالكتروني غير المشروع للأموال، حيث أدانت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في حكمها الصادر في 5 يناير 1990 حائز بطاقة الائتمان والأداء الذي استعملها بصورة تعسفية، إذ تمت إدانته بثلاث سنوات حبسا.

وإذا كان القضاء الاستئنائي قد برأ ساحته بحجة أن العناصر التكوينية لهذه الجرائم غير متوفرة في النازلة المعروضة.

خلاصة القول أن إمكانية حماية تكييف نصوص القانون الجنائي على الجرائم المعلوماتية أفرزت ردود فعل ثلاثة:

الأول: يتجه نحو القول بإمكانية حماية برامج الحاسوب عن طريق القواعد الجنائية العامة.

الثاني: يرى أن القانون الجنائي المغربي لا يتوفر إلا على قواعد تقليدية بالية لا تتناسب مع خصوصيات الجريمة المعلوماتية، مما يستوجب تدخلا تشريعا سريعا.

أما الثالث: فيعطي للقضاء الصلاحية في تأويل نصوص القانون الجنائي المغربي، على أن يكون القاضي عارفا بالمبادئ الأولية للمعلوماتيات.

أما هذه الردود التي أثارت نقاشا واسعا، كان من اللازم أن يتدخل المشرع المغربي من خلال سن مقتضيات وقوانين خاصة بالجريمة المعلوماتية، وهو ما حقق =====، أولهما العقاب الأنسب، وثانيهما تسهيل عملية التكييف على القضاة.

هذه القوانين والمقتضيات الخاصة هي ما سيكون محور نقاشنا على ضوء المبحث الثاني.

المبحث الثاني: الجرائم المعلوماتية من منظور المقتضيات والقوانين الخاصة

اضطر المشرع المغربي في ظل وجود فراغ تشريعي في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية إلى سن تشريعات حديثة وإضافة مقتضيات جديدة لمجموعة القانون الجنائي المغربي تتلاءم وخصوصية الجريمة المعلوماتية.

وحتى نعالج بشكل شمولي التجربة التشريعية المغربية في هذا المجال: ارتأينا أن نعرض أولا لمسألة مواجهة الجريمة المعلوماتية في ضوء المقتضيات الخاصة (المطلب الأول)، ثم لموضوع مواجهة هذه الجرائم في ظل قوانين وتشريعات خاصة قائمة بذاتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الجرائم المعلوماتية والمقتضيات الخاصة

نقتصر في هذا الإطار على القانون 07.03 (الفقرة الأولى) والقانون 03.03 (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى. القانون رقم 07.03 المتعلق بالمس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات

مما لا جدال فيه كون الجريمة المعلوماتية اتخذت في المملكة المغربية خلال العقود الأخيرة صورا متعددة، مما دفع المشرع إلى إضافة مقتضيات جديدة متممة لمجموعة القانون الجنائي، يتعلق الأمر بالقانون رقم 07.03 المتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات الصادر في 11 نونبر 2003. هذا القانون يحتوي على تسعة فصول أحقها المشرع بالفصل 607 من القانون الجنائي (من الفصل 3-607 إلى الفصل 11-607).

وأول ما يلاحظ في إطار هذه الفصول هو عدم قيام المشرع المغربي بوضع تعريف محدد لنظام المعالجة الآلية للمعطيات، ليس سهوا منه؛ وإنما من باب ترك ذلك للفقهاء والقضاء، وأيضا لأن المجال المعلوماتي مجال حديث ومتجدد، وبالتالي فأى تعريف يتم وصفه قد يصبح متجاوزا فيما بعد. مما يجعلنا ننوه بما فعله المشرع المغربي حينما تفادى وضع تعريف خاص لهذا النظام.

ومن جهة أخرى تمكننا القراءة الشمولية لمقتضيات القانون 07.03 من تصنيف الجرائم الواردة فيه إلى جريمتين أساسيتين.

أولاً: جريمة الدخول إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال

الملاحظ أن هذه الجريمة تعد من الجرائم الشكلية، وهذا يعني أن المشرع لا يأخذ بعين الاعتبار ما قد ينجم عنها من أضرار فعلية، بقدر ما ينظر إلى الأخطار المحتملة التي قد ترتب عنها والتي تعرض مصالح أساسية في المجتمع إلى الخطر.¹ ومن الملاحظات التي نبديها في سياق الحديث عن هذه الجريمة أن المشرع المغربي كرس فيها مبدأ الشرعية الجنائية، فنص في الفصل 3-607 على أنه: «يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبالغرامة من 2000 إلى 1000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من دخل إلى مجموع أو بعض نظام للمعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال». ومن هنا يبدو استحضر المشرع المغربي للركن القانون في هذه الجريمة، أما الركن المادي فيتحقق بالدخول إلى مجموعة أو بعض نظام للمعالجة الآلية للمعطيات عبر الاحتيال، حسب صياغة الفصل 3-607 من القانون الجنائي. وهذا الدخول قد تكون له عدة صور منها على سبيل المثال: الدخول بواسطة التقلص، أي استغلال ضعف الرقابة الداخلية إلى الجهاز.²

وبالإضافة إلى الركن القانوني والمادي؛ نجد أن هذه الجريمة لا تقوم إلا إذا توافر فيها الركن المعنوي، أي القصد الجنائي، والقصد هنا هو القصد العام وليس الخاص، بمعنى أنه طالما توافر عنصر علم الجاني بأنه يدخل نظاما للمعالجة الآلية للمعلومات الخاصة بالغير دون وجه حق؛ وطالما توافر عنصر الإرادة أي دخول الجاني لذلك النظام بإرادته وليس بمحض الصدفة.

فإن الركن المعنوي يكون متوافرا والحالة هذه بصرف النظر عن النية الإجرامية.

وعلاوة على أركان جريمة الدخول إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال، نلفت الانتباه إلى أنه فضلا عن العقوبة المقررة لمرتكبي هذه الجريمة بمقتضى الفصل 3-607 في فقرته الأولى، وهي الحبس الذي لا يتجاوز ثلاثة

¹ - عبد الواحد العلمي، المبادئ العامة للقانون الجنائي المغربي، طبعة 1998، مطبعة النجاح الجديدة، ص 276

² - محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 102.

أشهر، والغرامة التي لا تتعدى عشرة آلاف درهم، فإن هناك حالات كثيرة شدد فيها المشرع العقاب نقتصر فيها على الحالات الآتية:

أ- الحالة التي ينتج فيها عن الدخول إلى نظام المعالجة عن طريق الاحتيال حذف أو تغيير للمعطيات المدرجة في هذا النظام، أو اضطراب في سيره، ففي هاته الحالة تضاعف العقوبة، عملا بمقتضيات الفقرة 3 من الفصل 3-607 ق ج.

ب- الحالة التي يتم فيها الدخول إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات المتضمن لمعلومات سرية تخص أمن الدولة الداخلي أو الخارجي أو أسرارهم الاقتصادي الوطني.

فهنا شددت الفقرة 1 من الفصل 4-607 العقوبة الجسدية ورفعها إلى سنتين، كما شددت العقوبة المالية فرفعت الغرامة إلى 100.000 درهم.

ج- الحالة التي ترتكب فيها الأفعال المشار إليها من طرف موظف أو مستخدم أثناء مزاوله مهامه أو بسببها، أو في حالة ما إذا سهل للغير القيام بها، ونتج عن هذه الأفعال تغيير المعطيات المدرجة في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات، أو حذفها أو اضطراب في سير النظام.

فهنا تشدد المشرع إلى أبعد حد، حيث رفع العقوبة الجسدية إلى خمس سنوات والمالية إلى 200.000 درهم (الفقرة 2 من الفصل 4-607).

وبالإضافة إلى هاته الحالات؛ نرصد مظهرا آخر من مظاهر تشدد المشرع المغربي في عقاب مرتكبي هذه الجريمة، يتمثل في أنه عاقب على محاولة ارتكاب الجرح المنصوص عليها في الفصول 3-607 إلى 7-607 والفصل 10-607 من القانون الجنائي، بالعقوبة المطبقة على الجريمة التامة.

ثانيا: جريمة البقاء غير المشروع في النظم المعلوماتية

على غرار الجريمة السابقة؛ تعد هذه الجريمة من الجرائم الشكلية، أي يلزم لقيامها تحقق نتيجة ما¹، غير أن ما يميزها عن سابقتها هو أنها تعتبر من الجرائم المستمرة لا الوقوتية، حيث تبقى الجريمة قائمة مادام الجاني على اتصال بالنظام.

حيث نصت الفقرة 2 من الفصل 3-607 ق ج على أنه يعاقب بنفس عقوبة الفقرة 1، (أي الحبس من شهر إلى 3 أشهر وغرامة من 2000 إلى 10000 درهم) من يبقى في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو في جزء منه، كان قد دخله عن طريق الخطأ، وهو غير مغول له حق دخوله.

والقول بالتالي أن الركن القانوني في هذه الجريمة متوافر، أما الركن المادي فيتحقق منذ اللحظة التي يقرر فيها الجاني الإبقاء على الاتصال مع النظام والامتناع عن قطعه. وأما الركن المعنوي فيتحقق متى علم الجاني أن يقتحم نظاما آليا لمعالجة المعطيات دون وجه حق، وأن يمتنع بإرادته عن قطع الاتصال مع هذا النظام والخروج منه.

هذا فيما يخص أركان الجريمة؛ أما فيما يخص ظروف التشديد؛ فهي نفسها الظروف الخاصة بجريمة الدخول إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال، نفس الأمر بالنسبة للمحاولة التي عاقب عليها المشرع بعقوبة الجريمة التامة.

الفقرة الثانية: القانون رقم 03.03 المتعلق بمكافحة الإرهاب (الفصول من 1-218 إلى 9-218 من القانون الجنائي)

فطن المشرع المغربي لخطورة انتشار الإجرام المعلوماتي وأثر ذلك على أمن واستقرار المجتمع المغربي، وقد ظهر ذلك مع عرض مشروع القانون المتعلق بالإرهاب على مجلس الوزراء بتاريخ 16 يناير 2003.²

¹ - المصطفى صفر، الجريمة المعلوماتية في القانون المغربي والمقارن، مقال منشور بجريدة الصباح الإلكترونية بتاريخ 12 يناير 2011.

² - محمد جوهر، خصوصيات زجر الإجرام المعلوماتي، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتدبير، العدد 52، 2006، ص 84.

وما يلفت النظر في إطار هذا القانون أنه هذا الأخير يعد أول تشريع مغربي يشير بشكل صريح للإجرام المعلوماتي كوسيلة للقيام بأفعال إرهابية لها علاقة عمدية بمشروع فردي أو جماعي يهدف إلى المس الخطير بالنظام العام بواسطة التخويف أو التهيب أو العنف.

فالفصل 1-281 ق ج حدد بعض الأفعال المجرمة على سبيل الحصر، من بينها الجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات، وذلك في الفقرة السابعة منه، لكن الإشارة في هاته الفقرة إلى هذه الجرائم كنمط من أنماط الجريمة الإرهابية طرح تساؤلا حول أساسها القانوني، ذلك أن القانون الجنائي المغربي لم يكن يحتوي على تكييفات خاصة بهذا النوع من الجرائم، لذلك بادر المشرع على وجه السرعة إلى تبني قانون خاص بهذا النمط الإجرامي الجديد، يتعلق الأمر بالقانون 07.03 الذي استفضنا في دراسته آنفا.

هذا القانون أصبح مرجعا قانونيا للفصل 1-218 من قانون الإرهاب الملحق بالمجموعة الجنائية المغربية، بحيث راعى خصوصية الإجرام المعلوماتي.

ومما تجدر الإشارة إليه في سياق الحديث عن القانون 03.03 المتعلق بمكافحة الإرهاب؛ أن الفصل 2-218 منه عاقب على استعمال وسائل الإعلام ومنها الالكترونية في الإشادة بالأعمال الإرهابية، وقد حدد الفصل المذكور العقوبة في الحبس من سنتين إلى ست سنوات وبغرامة تتراوح قيمتها ما بين 10 آلاف و200 ألف درهم.¹ كما أنه وبالرجوع إلى الفصل 1-218 الفقرة 8: نجد المشرع يعاقب على كل تزوير أو تزيف للشيكات أو أي وسيلة أداء أخرى تمت الإشارة إليها المادتين 316 و331 من مدونة التجارة الجديدة. ومعلوم أنه يدخل ضمن وسائل الأداء المشار إليها في هاتين المادتين وسائل الأداء الحديثة مثل بطاقات الدفع الالكترونية.

وختاما؛ نحيل على قانون آخر تم به المشرع المغربي المجموعة الجنائية؛ ويتعلق الأمر بالقانون 03.24 الخاص بتعزيز الحماية الجنائية للطفل والمرأة من الاعتداءات الجنسية التي تطالهم إلكترونيا، وهو قانون ارتأينا عدم التطرق لمضامينه تجنبا للإطالة وتفضيلا للاختصار.

المطلب الثاني: الجرائم المعلوماتية والقوانين الخاصة

نظرا لحجم القيمة أو المصلحة التي استهدف المشرع حمايتها؛ لم يقتصر على إلحاق مقتضيات جديدة بنصوص القانون الجنائي المغربي، بل عمد إلى سن قوانين خاصة مستقلة وقائمة بذاتها، حماية منه لنظم المعالجة الآلية للمعطيات.

وسوف نقتصر في هذا المضمار على قانونين أساسيين؛ ويتعلق أحدهما بالقانون 02.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة المتمم هو الآخر بالقانون 05.34 (الفقرة الأولى)، ويتعلق الثاني بالقانون 08.09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات الشخصية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: القانون 02.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة

أثر تطور قطاع المعلومات والاتصالات بشكل فعال على مختلف قواعد النظام القانوني وأسسها وبدا أثرها واضحا في حقل الملكية الفكرية، وتحديدًا فيما يخص توفير الحماية للمصنفات الجديدة التي أفرزتها ثورة المعلومات، مما فرض على المشرع إصدار القانون 02.00 حماية منه للمصنفات الرقمية.

ولعل من أهم صور الاعتداء على هاته المصنفات "جريمة تقليد برامج الحاسوب"، هذه الجريمة تبقى من أهم صور الاعتداء على حقوق مؤلفي هذه البرامج، وقد عاقب عليها المشرع -في صورتها العادية- بالغرامة من 129 إلى 10000

¹ - بحث منشور بموقع droitpp.blogspot.com

درهم تطبيقا للمادتين 575 و576 ق ج، سواء تم نشر المؤلفات المقلدة داخل المغرب أو خارجه، وسواء تم عرضها للبيع أو استيرادها أو تصديرها، وتطبق نفس العقوبات في حالة إنتاج عرض أو إذاعة مؤلف أدبي محمي قانونا. والملاحظ هنا أن القانون 02.00 وإن كان قانونا خاما مستقلا؛ إلا أن ما يعاقب عليه هو أنه يحيل في كثير من الأحيان على مقتضيات القانون الجنائي مما أضفى نوعا من الحماية الجنائية على حقوق المؤلفين. غير أن هذا الوضع لم يستمر طويلا؛ إذ سرعان ما تدخل المشرع من خلال القانون 34.05 في 14 فبراير 2006 الذي غير وتمم من خلاله القانون 02.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، حيث تم وضع مقتضيات جنائية خاصة في هذا القانون الأخير (القانون 02.00) من بينها ما جاءت به المادة 64 التي عاقبت بالحبس من شهرين إلى 6 أشهر وغرامة من 10000 إلى 100000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من قام بطريقة غير مشروعة بقصد الاستغلال التجاري، بخرق متعمد.

كما تطبق نفس العقوبة على أفعال استيراد وتصدير نسخ منجزة خرقا للقانون وكذا على أعمال ينص عليها القانون خصوصا ما له علاقة بالتكنولوجيا الحديثة.

غير أن هاته العقوبة تضاعف في حالة الاعتياد كما ترفع في حالة العود إلى أربع سنوات بالنسبة للعقوبة الحبسية، وإلى 600000 درهم بالنسبة للعقوبة المالية (الغرامة).

كما جاء التعديل الجديد بتدابير وقائية وعقوبات إضافية من بينها:

حجز النسخ والأدوات وكذا الوثائق والحسابات والأوراق الإدارية المتعلقة بهذه النسخ.

مصادرة جميع الأصول متى ثبت علاقتها بالنشاط غير القانوني.

الإغلاق النهائي أو المؤقت للمؤسسة التي يستغلها مرتكب المخالفة أو شركاؤه فيها... الخ.

الفقرة الثانية: القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع

الشخصي

سار المشرع المغربي مع التوجه التشريعي في العديد من دول العالم التي تهدف إلى تحقيق حماية فعالة للبيانات الشخصية فأصدر بتاريخ 18 فبراير 2009 القانون 09.08 الذي اشتمل على 51 مادة موزعة على ثمانية أبواب.

وتظهر أهمية هذا القانون في كونه يساهم في تقوية ثقة المستهلك المغربي في المعاملات الالكترونية والاستفادة من مزايا التجارة الالكترونية. كما يشكل هذا القانون أداة حمائية مهمة لحياة المواطن المغربي الخاصة.

وعلى أن ما يهمن نحن في إطار هذا القانون هو الباب السابع منه الخاص بالعقوبات.

وفي هذا السياق؛ عاقبت المادة 53 من القانون المشار إليه بالغرامة من 20000 إلى 200000 درهم المسؤول عن المعالجة الذي يرفض حقوق الولوج أو التصريح أو التعرض المنصوص عليها في المواد 7 و8 و9 من هذا القانون.

كما عاقبت المادة 61 كل من يقوم باستعمال المعطيات المعالجة بشكل تعسفي أو تدليسي أو من يقوم بإيصالها للأغيار غير مؤهلين، بعقوبة حبسية تتراوح ما بين 6 أشهر وسنة، وبغرامة من 1000 إلى 300000 درهم.

هذا بالإضافة إلى المادة 63 التي عاقبت كل مسؤول عن المعالجة في حالة رفضه تطبيق قرارات اللجنة الوطنية المحدثة بموجب القانون رقم 09.08.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه وفقا للتشريع المذكور؛ تضاعف عقوبات الغرامة الواردة في نصوصه، إذا كان مرتكب إحدى المخالفات شخصا معنويا، دون المساس بالعقوبات التي قد تطبق على المسيرين، هذا مع إمكانية معاقبة الشخص المعنوي بالمصادرة والإغلاق، وهذا ما أورده المادة 64 من القانون المذكور.

هذه إذن مساهمة بسيطة في تسليط الضوء على هذا النوع الإجرامي المستحدث (الجرائم المعلوماتية) والتي لا نقول أننا وفيناها حقا، على اعتبار أنها جزء من جرائم متعددة تناولناها بالدرس والتحليل.

الأسباب التي ترفع العقوبة في التشريع المغربي

مقتوفي زكيّة

طالبة باحثة

كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية

جامعة محمد الأول وجدة

مقدمة

تعاني المجتمعات على اختلاف نظمها وقوانينها قوة وضعفا من ظاهرة الجريمة، وتمثل هذه الظاهرة الخطيرة عبئا ثقيلا يواجه استقرار المجتمع وأمنه، ويهدد الكيان الإنساني في مختلف مكوناته.

ولقد اختلف التعامل مع هذه الظاهرة على مستوى السياسة الجنائية لكل تشريع انطلاقا من مجموعة من الخلفيات التي تحكم المجتمع، والتي بدأت تتطور بفضل جهود المختصين في مجال تضيق الجريمة، وتبسيط العقوبة إلى أقصى الحدود الممكنة انسجاما مع توجهات وتطلعات السياسة العقابية الحديثة بما يخدم ثلاثية المجرم الضحية المجتمع. إلا أن تبسيط العقوبة وتخفيفها قد يفقد أثره ويتجرد من معناه في الحالات التي ترتفع فيها العقوبة عن الحد القانوني المرسوم لها، نتيجة اقتران الجريمة بمجموعة من الأسباب والملابسات التي تؤدي إلى رفعها، سواء أكانت هذه الأسباب شخصية أو مادية، كحالات العود وظروف التشديد وحالات التعدد بنوعيه الصوري والحقيقي، مما فرض على المشرع إزاء هذه الحالات معاملة خاصة في التعامل مع الخارجين عن القوانين وذلك لزرهم بعقوبات تتجاوز الحدود المعمول بها في الحالات العادية بغية تحقيق الجانب الردعي المتوخى من وراء تطبيق العقوبة، إذ أنه على الرغم من الأصوات المنادية بتكسير الحواجز العقابية وتفادي العقوبات السالبة للحرية، تظل الملابسات التي ترافق ارتكاب الجريمة وكذا حالات العود والتعدد، والتي تنم عن الخطورة الإجرامية في جانب شخصية الجاني أقوى الأسباب التي تبرر اللجوء إلى رفع العقوبة وتشديدها.

والتشريع المغربي من منطلق اهتمامه بفئة الخارجين عن النظام ومحاولة تأهيلهم وإدماجهم في المجتمع رسم ضمن سياسته العقابية مسارا يحدد معاملتهم وفق سلم عقابي يتناسب مع خطورتهم الإجرامية. إذن فما هي ملابسات وأسباب رفع العقوبة في التشريع المغربي؟ وماهي الحدود القانونية التي يصل إليها هذا الإرتفاع؟ هذا ما سوف نتعرض له في الدراسة التالية.

المحور الأول: العود

تعتبر ظاهرة العود أبرز المقاييس التي تحكم (بضم الميم) على نجاعة وقوة السياسة الجنائية المتبعة، من أجل القضاء على الجريمة واجتثاثها من الأصل وكذا على مفعولية البرامج الإصلاحية التي أصبحت قوام وهدف كل سياسة عقابية حديثة للنهوض بالجانب الشخصي والنفسي للمجرم، فمن خلال التطلع على الأرقام المتعلقة بحالات العود يمكن تشخيص المنظومة العقابية لكل تشريع قوة وضعفا.

والتشريع المغربي كغيره من التشريعات المعاصرة، طبع سياسته العقابية بأهداف الإصلاح والتقويم والتأهيل الذاتي للجاني وقطع الأواصر بينه وبين الجريمة، إلا أنه واجه ومازال يواجه ظاهرة العود إلى الجريمة، هذا العود الذي تتحكم فيه مجموعة من المؤثرات والعوامل التي تطغى على الجوانب النفسية والشخصية للمجرم للرجوع به إلى برائن الجريمة.

ويكتسب العود مضمونه القانوني من معاودة ارتكاب الجاني لجريمة أو أكثر بعد أن يكون قد حكم عليه بحكم حائز لقوة الشيء المقضي به من أجل جريمة سابقة⁽¹⁾ فمثلا الذي يرتكب نصبا ویدان من أجله ثم يرتكب جريمة سرقة أو خيانة الأمانة فإنه يعتبر في حالة عود.

أما مضمونه من الناحية الشرعية، فيستنبط من عدم التوبة وتوغل الأفكار الإجرامية في بواطن الجاني إذ أن من سمات التوبة الندم على ما وقع والعزم ألا تقع مرة أخرى وبالعودة إلى الجريمة مرة أخرى تنتفي نية التوبة والندم⁽²⁾ وهذا هو تفسیر الفقيه محمد أبو زهرة.

أما الفقيه عبد القادر عودة فقد فسره بأنه حالة الشخص الذي يرتكب جريمة بعد أخرى ويحكم فيها عليه نهائيا⁽³⁾. ولقد اعتبر المشرع الجنائي ظاهرة العود ظرفا من الظروف التي تؤدي إلى رفع العقوبة عن الحدود المألوفة للجريمة إزاء شخص الجاني الذي يستهين بمخالفة القانون ولمرتين أو أكثر، والتي لم تفلح في ردعه أو إصلاحه العقوبة الأولى سواء التي نفذت بالفعل أو الموقوفة بالتنفيذ، وذلك لمواجهة وتفادي خطورته الإجرامية. وباعتبار العود ظرفا من الظروف الشخصية التي تتعلق بالجاني فإنه لا يرفع العقاب إلا في من توافرت فيه دون باقي المشاركين أو المساهمين في الفعل الإجرامي.

ولتأطير هته الظاهرة التي أصبحت تخلق راحة المجتمع وأمنه وتثقل كاهل المؤسسات العقابية وتنم عن تدهور السياسة الجنائية المتبعة كان لابد علينا أن نتطرق لشروطها وأنواعها أثارها .

الفقرة الأولى: أنواع العود

ينقسم العود إلى عدة أقسام⁽⁴⁾ عود عام وعود خاص، عود دائم وعود مؤقت، عود بسيط وعود متكرر. العود العام: هو الذي لا يشترط فيه القانون المماثلة في الجريمة أي أن تكون الجريمة اللاحقة من نفس نوع الجريمة السابقة، وإنما ما يشترط هو فقط عودة الجاني إلى ارتكاب أية جريمة جديدة ويتم الحكم عليه بمقتضاها بحكم حائز لقوة الشيء المقضي به، ليكون في حالة عود ويتم بمقتضى ذلك رفع العقوبة في حقه طبقا للمادة 155/156 من ق.ج. ويعتبر العود العام من صور العود الأكثر تشددا وذلك لعدم حصر مجاله في نطاق محدد ولقد طبقه المشرع المغربي في مادة الجنائيات.

العود الخاص: هو الذي يشترط فيه أن تكون الجريمة الجديدة مماثلة للجريمة السابقة والتماثل قد يكون حقيقي كعودة ارتكاب الجاني لنفس الجريمة الأولى أو أن يكون التماثل حكمي أي يحكم القانون وذلك وفق ما نصت عليه المادة 157 ق.ج.

العود الدائم: هو الذي لا يشترط فيه القانون مدة معينة تكون بمثابة الفاصل بين صدور الحكم السابق أو انقضاء العقوبة بسبب من أسباب الإنقضاء وبين ارتكاب الجاني الجريمة وهو تمت معالجته من طرف المشرع المغربي في المادة 155 ق.ج.

العود المؤقت: هو الذي يشترط فيه القانون مدة معينة مابين الحكم السابق أو بعد تنفيذ العقوبة وبين وقوع الجريمة الثانية فإذا وقعت بعد انقضاء هذه المدة فلا يتحقق العود وهو ما أخذ به المشرع المغربي في نص المواد 156 157 ق.ج.

العود البسيط: وهو حالة وجود حكم سابق تلاه ارتكاب الجاني لجريمة جديدة

¹ - عبد الواحد العلي: شرح القانون الجنائي المغربي القسم العام، طبعة 2002، ص 354.

² - محمد أبو زهرة: العقوبة والجريمة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، بدون طبعة، الجزء الأول، ص 251.

³ - عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي، مؤسسة رسالة الناشرون، الطبعة الأولى 2005، ص 448.

⁴ - عبد الواحد العلي: شرح القانون الجنائي المغربي القسم العام، مرجع السابق، ص 355.

العود المتكرر: يتحقق العود المتكرر بارتكاب جريمة جديدة بعد حكمين سابقين أو أكثر.

الفقرة الثانية: شروط العود

لقيام حالة العود كسبب من أسباب رفع العقوبة لا بد من توافر الشروط الضرورية لتطبيقه والتي تأطره من الناحية الموضوعية والإجرائية.

الشرط الأول: صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي به بمؤاخذة وعقاب شخص معين، إذ أنه من أجل اكتمال الإطار القانوني لقيام حالة العود ضرورة صدور حكم سابق بالإدانة على الجاني بحيث يرتكب جريمة تالية لصدور الحكم القاضي بإدانته وعقابه وهذا ما يتطلب:

صدور حكم جنائي غير قابل للطعن فيه بأي وجه من وجوه الطعن العادية وغير العادية.

ضرورة أن يكون الحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم به قاضيا بالعقوبة.

الشرط الثاني: ارتكاب الشخص لجريمة بعد صدور حكم سابق حائز لقوة الشيء المحكوم به من أجل جريمة سابقة، ويقصد به ارتكاب نفس الجاني لجريمة لاحقة بعد الحكم الأول على أن تكون الجريمة الثانية مستقلة عن الجريمة الأولى المحكوم فيها.

وباستقراءنا للمادة 154 ق ج يبدو أنها غير واضحة الدلالة فيما يخص مضمون الحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم به، أيقصد منه الحكم القاضي بالعقوبة أم يقتصر فقط وبصفة عامة على كل حكم صادر بالإدانة⁽¹⁾ مما يفضي إلى اعتبار الأحكام الصادرة بالتدابير الوقائية واقعة في تحقق العود، إن هذا الطرح يكاد يكون له محل لو أن الفصول المنظمة لمؤسسة العود 159/ 157/ 156/ 155 ق ج لم تشترط صراحة أن تكون الأحكام صادرة بالعقوبة، لذا نرى وعلى الرغم من هذا الغموض الذي يعتري المادة 154 ق ج فإن الأحكام التي تحتسب في تحقق العود أن تكون قاضية بالعقوبة سواء المنفذة أو الموقوفة التنفيذ⁽²⁾.

الفقرة الثالثة: آثار العود على الجرائم

تعرض المشرع المغربي لحالات العود وأفرد له مجموعة من النصوص التي تأطره وتنظم الأحكام العامة لرفع العقوبة من خلاله وفق النصوص التالية، 155/ 156/ 157/ 159 وهذا ما سوف نتعرض له من خلال تحليل هذه النصوص.

الحالة الأولى: المنصوص عليها في المادة 155 ق ج وهي الحالة التي تنظم الحكم بعقوبة جنائية بحيث أنه كل من سبق الحكم عليه في جريمة تكتسب الصفة الجنائية بحكم حائز لقوة الشيء المحكوم فيه ثم ارتكب جنائية ثانية من أي نوع آخر يعاقب كالتالي:

بالإقامة الإجبارية مدة لا تتجاوز عشر سنوات إذا كانت العقوبة المقررة قانونا للجنائية الثانية هي التجريد من الحقوق الوطنية.

¹ - أبوالمعاطي حافظ أبو الفتوح: شرح القانون الجنائي المغربي القسم العام، ص 310.

² - وهذا عكس ما نجد في التشريع الليبي، حيث قضت استئنافية بنغازي المدينة دائرة الجنايات جلسة 16 ديسمبر 1980 على أنه لكي يكون للحكم أثر في تحقيق حالة العود فإنه يتعين أن يكون الحكم الأول قاضيا بالنفاذ بالإضافة إلى تواجده الشروط الأخرى، أما إذا كان صادرا بعقوبة موقوفة التنفيذ فلا يصح معه اعتبار المتهم في جريمة لاحقة عند الحكم عليه عائدا وإنما يقضى فقط بإلغاء إيقاف تنفيذ عقوبة ذلك الحكم عملا لحكم المادة 114 من قانون العقوبات، لأن الأمر بإيقاف التنفيذ يترتب عليه كما جاء بالمادة 113 عقوبات وجوب وقف تنفيذ جميع العقوبات الأصلية والتبعية وسائر الآثار الجنائية إلا إذا نص في الحكم على عدم وقفها، والأمر بإلغاء إيقاف التنفيذ إذا توفرت حالته يترتب عليه تنفيذ جميع العقوبات والآثار الجنائية التي كانت قد أوقفت وذلك من وقت النطق به، فإذا أعمل العود في الحكم الأخير والحالة هذه فإن أمر الإلغاء يكون قد عمل بأثر رجعي حيث زيدت العقوبة بموجبه بالإضافة إلى هذا فإن أعمل حكم العود يعتبر تشديدا في العقاب، وأمر إلغاء العقوبة يعني تنفيذها هي والعقوبة التي بموجبها الغي الإيقاف وذلك يتضمن نوعا من التشديد على المتهم نظرا لثبوت خطورته وعدم رده بالحكم الأول مما يستوجب تنفيذ عقوبتين عليه السابقة واللاحقة وهذا يعتبر في نظر الشارع كافيا ويغني عن فرض زيادة العقوبة مرة أخرى بالعود. أورد د احمد محمد بونه دور القاضي في تخفيف العقوبة دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات مصر ص 241.

بالسجن من خمس إلى عشر سنوات إذا كانت العقوبة المقررة قانونا للجناية الثانية هي الإقامة الإجبارية.
بالسجن من عشر إلى عشرين سنة إذا كانت العقوبة المقررة قانونا للجناية الثانية هي السجن من خمس إلى عشر سنوات.

بالسجن من عشرين إلى ثلاثين سنة إذا كان الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجناية الثانية هو عشرون سنة.
بالسجن المؤبد إذا كان الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجناية الثانية هو ثلاثون سنة.
بالإعدام إذا كانت الجناية الأولى قد عوقب عليها بالسجن المؤبد وكانت العقوبة المقررة قانونا للجناية الثانية هي أيضا السجن المؤبد.

الحالة الثانية : منصوص عليها في المادة 156 ق.ج وتعلق بالجنايات التي طالتها ظروف التخفيف سواء الأعدار القانونية أو الظروف القضائية وأصبحت مدة عقوبتها لا تزيد عن سنة، بحيث انه من سبق الحكم عليه بهذه العقوبة بحكم نهائي ثم ارتكب قبل مضي خمسة سنوات من تمام تنفيذ العقوبة أو تقادمها جناية أو جنحة يعاقب عليها القانون بالحبس فانه يحكم عليه وجوبا بالحد الأقصى لتلك العقوبة، كما يجوز أن تبلغ العقوبة إلى ضعف هذا الحد ويجوز الحكم عليه بالمنع من الإقامة من خمسة سنوات إلى عشر، ولكي تتحقق حالة العود في هذه الحالة يجب أن ترتكب الجريمة الثانية خلال الفترة التي حددها القانون في خمسة سنوات على تنفيذ عقوبة الجناية الأولى أو تقادمها كما يشترط القانون أن تكون الجريمة الثانية جناية أو يتم معاقبتها بالحبس مما يعني عن طريق المخالفة أن العقوبة إذا كانت صادرة بالغرامة فقط لا يكون للعود محل.

الحالة الثالثة: منصوص عليها في المادة 157 ق.ج وتعلق بالعقوبات الجنحية، إذ بمقتضاها يكون من سبق عليه الحكم من أجل جنحة بعقوبة الحبس بحكم حائز لقوة الشيء المحكوم فيه ثم ارتكب جنحة مماثلة قبل مضي خمس سنوات من تمام تنفيذ تلك العقوبة أو تقادمها يحكم بعقوبة حبسية لا تتجاوز مدتها ضعف الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجنحة الثانية.⁽¹⁾

الحالة الرابعة : منصوص عليها في المادة 159 ق.ج والمتعلقة بالمخالفات وتقضي بأنه من سبق وحكم عليه من أجل مخالفة ثم ارتكب نفس المخالفة خلال اثنتي عشر شهرا ابتداء من النطق بالحكم الصادر بالإدانة والحائز لقوة الشيء المحكوم فيه وبموجب المادة 611 ق.ج المحال عليها بالفصل 159 ق.ج فان الذي يوجد في حالة عود يعاقب كالآتي :
بالنسبة للمخالفات المعاقب عليها بموجب الفصل 608 ق.م.ج يجوز أن ترفع عقوبة الإعتقال والغرامة إلى الضعف
بالنسبة للمخالفات المعاقب عليها بموجب الفصل 609 ق.م.ج يجوز أن ترفع عقوبة الغرامة إلى 200 درهم ويجوز أن يضاف إليها عقوبة الإعتقال مدة لا تتجاوز ستة أيام.

المحور الثاني: ظروف التشديد

تسعى كل التشريعات الجنائية على اختلاف مشاربها من خلال القوانين العقابية إلى حفظ كيان المجتمع وإقرار النظام فيه بالموازنة بين حماية المصلحة العامة من جهة وصون حريات الأفراد ومصالحهم من جهة أخرى، حيث يعتبر مبدأ الشرعية من أنجع الضمانات التي تسطر هذه الأهداف على أرض الواقع وتكرس دولة الحق والقانون.
ويعد تقدير العقوبة وتفردتها حسب الخطورة الإجرامية والحالة الشخصية للجاني من طرف المشرع والقاضي في الحدود القانونية من المقتضيات المهمة التي تضع المجتمع في الصورة وتعرفه مسبقا بحجم العقوبات ووقعها عليه.
وتندرج ظروف التشديد ضمن هذه المقتضيات التي زجر بها المشرع مجموعة من الجرائم التي رافقتها بعض الملابس سواء ملابس مادية المتعلقة بجسم الجريمة أو الملابس الشخصية المتعلقة بشخص الجاني والتي تجعل العقوبة ترتفع عن الحدود العادية في سلم العقوبات، ولقد وردت هذه الظروف في القانون على سبيل الحصر بشكل محدد

¹ - عبد الواحد العلي: شرح القانون الجنائي المغربي القسم العام، مرجع سابق، ص 359.

ومعين من جنایات وجنح بحيث يؤدي توافرها إلى تشديد العقوبة ورفعها عن الحد الأقصى المقرر لها قانونا، وهي عبارة عن ملابس رافقت ارتكاب الجريمة وصفة الجاني أو المجني عليه.

ولقد عالج المشرع المغربي ظروف التشديد في الكتاب الثالث من المجموعة الجنائية والتي عالج فيها مختلف الجرائم وحدد لها عقوباتها في الحالة العادية والحالة الغير العادية، والظروف المشددة على نوعين ظروف شخصية وظروف عينية.

الفقرة الأولى: الظروف العينية

الظروف العينية: هي ملابس عائدة للجانب المادي أو العيني للجريمة ككيفية ارتكابها، أو مكان أو زمان اقترافها، بحيث لا يمكن أن يساوي المشرع بين من يرتكب جريمة السرقة بالنشل وبين من يرتكبها باستعمال السلاح أو الكسر أو التسلق أو يتم ارتكابها ليلا، إذ يعتبر حمل السلاح والكسر والتسلق والليل من الظروف المشددة، وبما أن هذه الظروف هي ظروف مادية متعلقة بالجانب المادي للجريمة بشكل منفصل عن شخصية الجاني أو المجني عليه فإنها تسري على الفاعلين الأصليين وكذا المساهمين والمشاركين حتى ولو كانوا مجهولتها ويجهلون توافرها في النازلة، ويعد مثلا التردد⁽¹⁾ في القتل من الظروف العينية المشددة لأنه يتعلق بالكيفية ارتكاب الجريمة أي بالركن المادي فيها.

الفقرة الثانية: الظروف الشخصية

تتعلق الظروف الشخصية بملابس عائدة للجانب الشخصي أو الذاتي للمجرم وتتصل هذه الحالة بالجانب المعنوي للجريمة، وتعني ازدياد خطورة الإرادة الأثمة الكامنة في شخص المجرم سواء من جانبه أو في ما يخص علاقته بالمجني عليه مما فرض على المشرع معاملة هؤلاء الفئة من المجرمين بمعاملة خاصة، وذلك برفع العقاب وتشديده في حقهم فمثلا عاقب المشرع على جريمة القتل العمد بالسجن المؤبد تبعا للفصل 392 ق ج لكنه شدد العقاب في الفصل 396 ق.ج فجعله إعداما إذا كان القاتل فرعا للمقتول، وعقوبة جنحة هتك العرض في القانون المغربي حسب الفصل 484 ق.ج هي الحبس من سنتين إلى خمس سنوات لكنه شدد العقاب في الفصل 487 ق ج فجعله من خمس إلى عشر سنوات إذا توافرت في الجاني أحد الصفات التي شدد به المشرع الإغتصاب⁽²⁾.

هذا وإذا كانت ظروف التشديد من الأسباب التي تؤثر على حجم العقوبة ومقدارها ووقعها على الجاني فإن المشرع لم يتركها بدون تأطير بل أحاطها بمجموعة من الضمانات سواء في الجانب الموضوعي أو الجانب الإجرائي. فمن الناحية الموضوعية نلاحظ استفراد المشرع وحده بتحديد ظرف التشديد ونطاقها العقابي بما لا يسمح للقضاء التدخل في تقريرها عن طريق القياس أو التفسير، وهكذا لا يجوز القياس واعتبار رابطة الأخوة أو البنوة مثلا ظرفا من ظروف تشديد الإغتصاب، فالأخ الذي يغتصب أخته والإبن الذي يغتصب أمه لا يشدد عليهما العقاب رغم بشاعة جرائمهما وذلك لإنعدام النص⁽³⁾.

¹ - عرف المشرع التردد في الفصل 395 ق ج وهو. التردد فترة طويلة أو قصيرة في مكان واحد أو أمكنة مختلفة بشخص قصد قتله أو ارتكاب العنف ضده. وظرف التردد هو من الظروف العينية التي تتعلق بكيفية تنفيذ الجريمة وبالتالي فإن أثره يسري على كافة المساهمين والمشاركين حتى ولو كانوا مجهولونه، ويكون قابلا للإثبات بكافة الوسائل ولذلك يجوز للنيابة العامة إثباته بكافة الوسائل من كتابة وشهادة وقرائن أو اعتراف، إلا أن قضاء الموضوع وهم بصدده استخلاصه أو نفيه مراقبون من طرف المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا على اعتبار أن التردد من المسائل القانونية التي يحق لقضاء النقض مراقبة قضاء الموضوع فيها والتأكد من سلامة تطبيق القانون. انظر عبد الواحد العلي شرح القانون الجنائي المغربي القسم الخاص بالطبعة الثانية سنة 2009 ص251.

² - انظر دليل القانون الجنائي المادة 486/487/488

³ - عبد الواحد العلي: شرح القانون الجنائي المغربي القسم العام مرجع سابق ص352

أما من الناحية الإجرائية فإن المشرع ألزم محكمة الجنايات في الفقرة الثانية من المادة 432 ق.م.ج أنه إذا تبين لها وجود ظرف أو عدة ظروف مشددة لم تضمن في القرار بالإحالة فلا يجوز لغرفة الجنايات أن تأخذ بها إلا بعد الإستماع إلى المطالب النيابة العامة ولإيضاحات الدفاع.

المحور الثالث: التعدد

ينصرف مفهوم التعدد إلى ارتكاب شخص واحد جريمة تحتل عدة أوصاف وتطبق عليها عدة نصوص قانونية أو ارتكابه لعدة جرائم دون أن يفصل بينهم حكم قضائي نهائي⁽¹⁾ مما يقتضي إمكانية تعدد العقوبات والتدابير بتعدد الجرائم. إلا أنه وحسب الإتجاه الذي تسلكه مختلف التشريعات الجنائية المعاصرة المسائرة لتطورات السياسة العقابية الحديثة في رؤية شمولية هدفها الإدماج والإصلاح والمصاحبة والتتبع تم الاستقرار على مبدأ التوجه القاضي بالتقليل من العقوبات السالبة للحرية إلى أقصى الحدود الممكنة حتى في الحالات التي تتعدد فيها الجرائم، والمشرع المغربي ومن منطلق اهتمامه بتحسين ترسانته العقابية عمد أثناء تنظيمه لمؤسسة التعدد كسبب من أسباب رفع العقاب إلى مساية هذا التوجه جزئيا من خلال النص على قاعدة عدم ضم العقوبات السالبة للحرية، عندما تنتج عن تعدد الجرائم لأنه بالإمكان إصلاح الإنسان بعقوبة واحدة ولا داعي لتعدد العقوبات بتعدد الجرائم، لكن في ما يخص العقوبات المالية والإضافية وكذا التدابير الوقائية والمخالفات استقر على القاعدة الأم والتي يقتضها المنطق وهي ضم جميع هذه العقوبات والتدابير لأنها لا تنصب إلا على الجزء المالي أو الوقائي للجاني.

الفقرة الأولى: أنواع التعدد

ينقسم تعدد الجرائم إلى قسمين تعدد صوري وتعدد حقيقي

-التعدد الصوري

يتحقق التعدد الصوري بارتكاب الجاني فعلا واحدا وترتب عليه نتيجة مادية واحدة إلا أن الفعل الجرمي يمكن يوصف بأكثر من وصف قانوني وانطبق أكثر من نص قانوني عليه، ونحو ذلك كمن يستعمل تهديدا أو وعيدا كي يحصل على القيام بشيء أو الإمتناع عن شيء من موظف حيث يوصف فعله بأنه يشكل جرائم الإرشاء واهانة موظف عمومي وكذا جريمة التهديد⁽²⁾.

وحكم التعدد الصوري في القانون أن الفعل الواحد الذي يحتل عدة أوصاف يجب أن يوصف بأشدها أي انطبق العقوبة الأشد عليه، وهكذا تعتبر جريمة الرشوة في المثال السابق هي الجريمة الأشد بالمقارنة مع جريمة اهانة موظف عمومي وجريمة التهديد.

ولقد حاول المشرع المغربي وانسجاما مع مفهوم السياسة العقابية الحديثة وتضامنا مع الأصوات المنادية بالتقليل من العقوبات السالبة للحرية العمل على الموازنة بين عقاب الجاني وتحقيق الردع المتوخى من العقوبة وبين التخفيف عليه من حيث عدم مسألته عن عدة جرائم نظرا لتعدد الأوصاف القانونية مادام لم يرتكب سوى فعلا واحدا والتشديد عليه حين قرر مسألته عن أشد الأفعال.

-التعدد الحقيقي

ينطبق مفهوم التعدد الحقيقي في الحالة التي يرتكب فيها الشخص مجموعة من الأفعال الجرمية في آن واحد دون أن يفصل بينها حكم غير قابل للطعن، مما يفرض منطقيًا ضم جميع العقوبات أو التدابير الاحترازية المقررة لكل

¹ - جاء في قرار المجلس الأعلى عدد 1/912 الصادر في بتاريخ 7 أكتوبر 2009 في الملف عدد 2009/10271 أن تطبيق العقوبات السالبة للحرية عند التنفيذ بتطبيق العقوبة الأشد رهين بارتكاب الجاني جرائم متعددة دون أن يفصل بينها حكم غير قابل للطعن، وعلى المحكمة التي تبنت في طلب الإدماج أن تثبت في تعليلها تاريخ ارتكاب الأفعال سواء السابقة أو اللاحقة لتمكين المجلس الأعلى من بسط رقابته . منشور في نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة الغرفة الجنائية للسلسلة الأولى الجزء الثاني دجنبر 2009.

² - عبد الواحد العلي: شرح القانون الجنائي المغربي القسم العام مرجع سابق ص 361

جريمة. إلا أننا برجعنا إلى المواد المنظمة التي أطربها المشرع هذا النوع من التعدد وكذا الكيفية التي عالجه بها، تبين لنا أنه أخذ بقاعدة الضم في مادة المخالفات والعقوبات المالية والإضافية وكذا التدابير الإحترازية، أما العقوبات السالبة للحرية في مادة الجنح والجنائيات فإنه أخذ بقاعدة عدم الضم، وذلك كما أسلفت الذكر أن هذا السياق الذي سار عليه المشرع المغربي يتماشى مع أهداف السياسة العقابية المعاصرة فيما يخص التقليل من العقوبات السالبة للحرية، لأن في الواقع نرى أن ضم العقوبات السالبة للحرية ليست فيه أية فائدة ترجى على المستوى الواقعي بقدر ما تحدثه من كلفة اجتماعية واقتصادية.

الفقرة الثانية: موقف المشرع المغربي من تعدد الجرائم

تطرق المشرع المغربي لمؤسسة تعدد الجرائم في الباب الثالث من الكتاب الثاني من القانون الجنائي وفق مقارنة متكاملة وتوافقية تتأرجح بين قاعدة إدماج العقوبات في العقوبات المالية والإضافية والتدابير الوقائية وكذا المخالفات، وقاعدة عدم الإدماج أو الضم في العقوبات السالبة للحرية وهو ما سوف نبينه في الأتي ذكره.

أ- حالات إدماج العقوبات⁽¹⁾

العقوبات المالية: ينفذ المحكوم عليه بعقوبات مالية سواء كانت إضافية أو أصلية جميع ما حكم عليه به إلا إذا قررت المحكمة خلاف ذلك وهو ما قضت به المادة 121 ق ج من أن تضم العقوبات المالية سواء كانت أصلية أو مضافة إلى عقوبة سالبة للحرية إلا إذا قرر الحكم خلاف ذلك بعبارة صريحة. ونرى في قاعدة ضم العقوبات المالية نوع من المفعولية لتحقيق نوع من الزجر المادي على مستوى الذمة المالية للشخص، إلا أن الإشكالية التي يطرحها هذا النوع من العقوبات يكمن في طرق استخلاصها والتي غالبا ما تستبدل بالإكراه البدني وهو ما يجعل تطلعات السياسة العقابية تدور في حلقة مغلقة يطبعها الجمود وهذا ما يستدعي من المشرع إعادة النظر في كيفية استخلاص العقوبات المالية واستبعاد الإكراه البدني من دائرة حلول تنفيذ هذه العقوبات.

العقوبات الإضافية وتدابير الوقاية: تعدد العقوبات الإضافية وكذا لتدابير الوقائية من المخارج القانونية على قاعدة عدم ضم العقوبات، وهو ما استقيناه من المادة 122 ق.ج حيث أنه في حالة تعدد الجنح والجنائيات تضم العقوبات الإضافية وتدابير الوقاية ما لم ترى المحكمة خلاف ذلك بموجب نص معلن، إلا أنه فيما يخص التدابير الوقائية والتي لا تقبل طبيعتها التنفيذ في الوقت ذاته يوجب على المحكمة التي أصدرت آخر تدبير أن تحدد الترتيب الذي يتبع في التنفيذ إلا أن التدابير التي أوجدت من أجل حماية الأفراد بالمعالجة أولا وتبوقي الخطورة على المجتمع ثانيا ينفذان معا قبل غيرهما.

العقوبات الصادرة في المخالفات: نظرا لتدني الخطورة الإجرامية في جرائم المخالفات وبالتالي تريعها في آخر السلم العقابي قرر المشرع في المادة 123 ق.ج ضم العقوبات الصادرة فيها بشكل لزومي سواء كانت هذه العقوبات قاضية بالإعتقال أو الغرامة، وهو ما يضعنا أمام مشكل العقوبات القصيرة المدة التي تقف حجر عثرة أمام كل تقدم لسياسة

¹ - قرر المجلس الأعلى نقض حكم محكمة الموضوع التي اعتبرت أن عنصر الخطورة الإجرامية من الأسباب التي تبرر ضم العقوبات، حيث جاء في هذا القرار أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بعد أن أثبتت في قرارها أن حالة تعدد الجرائم المنصوص عليها في الفصل 119 من مجموعة القانون الجنائي قائمة في القضية لكون الجنائي ارتكب جرائم متعددة في أن واحد دون أن يفصل بينهما حكم غير قابل للطعن وهو ما كان يقتضي تنفيذ العقوبة الأشد، إلا أنها أخطأت بقرارها ضم العقوبات علما أن الأفعال الجرمية المرتكبة تكتسي طابع الخطورة الإجرامية في حين أن مقتضيات الفصل 120 ق ج من القانون المذكور التي تجيز ضم العقوبات في مرحلة التنفيذ لا تتضمن عنصر الخطورة الإجرامية في الفعل الإجرامي، وحيث أن عنصري نوعية العقوبة وخطورة الجرائم الذين اعتمدهما المحكمة لا تنص عليهما مقتضيات القانون المنقول أعلاه الواجبة التطبيق في مرحلة تنفيذ العقوبات وإنما يعتد في ذلك بالإعتبارات التي نص عليها القانون وحدها الأمر الذي أساءت معه المحكمة تطبيق القانون وعرضت بالتالي قرارها للنقض والإبطال. نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة الغرفة الجنائية العدد الثامن 2011 قرار عدد 638 الصادر بتاريخ 9 يونيو 2010 في عدد 2010/1/6/5987.

العقاب، لذا نرى من المشرع ضرورة مراجعة هذه المادة وبالتالي إلحاق المخالفات بالجناح والجنايات فيما يخص عدم إدماج أو ضم العقاب في العقوبات الصادرة بالإعتقال والتي وان كانت قصيرة إلا أنها تطرح العديد من المشاكل على غرار العقوبات السالبة للحرية بالنسبة للفرد أو المجتمع.

ب- حالات عدم إدماج العقوبات

تطرق المشرع لحالات عدم ضم العقوبات أو إدماجها في المادة 120 ق.ج من مجموعة القانون الجنائي والتي تقضي بأنه في حالة تعدد جنايات أو جنح إذا نضرت في وقت واحد أمام محكمة واحدة يحكم بعقوبة سالبة للحرية لا تتجاوز مدتها الحد الأقصى المقرر قانونا لمعاقبة الجريمة الأشد، أما إذا صدر بشأنها عدة أحكام سالبة للحرية بسبب تعدد المتابعات فان العقوبة الأشد هي التي تنفذ

غير أن العقوبات المحكوم بها إذا كانت من نوع واحد جاز للقاضي بقرار معلل أن يأمر بضمها كلها أو بعضها بشرط ألا تتجاوز الحد الأقصى المقرر في القانون للجريمة الأشد، إذ يعد خيار استفراد المحكمة بضم العقوبات الصادرة في الجنايات والجناح من المخارج التي تعرقل سياسة العقاب في نظرتها المستقبلية مما ندعو معه المشرع إلى التراجع عن هذه المكنة الخطيرة خصوصا وانه منحها بصفة جوازية تخضع لسلطة القاضي.

خاتمة

إن الأهداف المتوخاة اليوم من إنزال العقاب هو فهم الجريمة بحقيقتها وبمكوناتها الظاهرة والخفية، إذ ليس من الأهمية إنزال العقاب بل الأهم من ذلك بالنسبة لعلماء الإجرام هو إعادة تربية المخالفين وإدماجهم من جديد في المجتمع وتأهيلهم لممارسة أنماط العيش المألوفة، وهو ما يستلزم بالطبع إقصاء الجزاءات التقليدية كلا أو بعضا وعلى الخصوص العقوبات السالبة للحرية أو السالبة للحياة وهذا هو شعار السياسة العقابية الحديثة في نظرتها المستقبلية لفلسفة الحق في العقاب، لكن إذا كان هذا هو تطلع وأمل المختصين والمهتمين بعلم الإجرام والجريمة فان الواقع التشريعي ولضرورات قدرها المشرع يفرض في أحيان كثيرة رفع العقاب عن الحدود المألوفة في السلم العقابي لأسباب إما شخصية عائد للمجرم أو مادية عائدة للجريمة، من مثل ظروف التشديد والعود والتعدد إذ كلها أسباب وملابسات يؤدي توافرها إلى رفع العقاب وتشديده، ولا نرى في هذا أي تعارض مع اتجاهات السياسة العقابية الحديثة بقدر ما هو تطويق للظاهرة الإجرامية بشكل محكم في وجه المجرمين الذين يتسمون بالخطورة الإجرامية والتي لم تنفع فيهم برامج التأهيل والتقويم فعادوا إلى برائن الإجرام. حيث يعد الإرتفاع بالسلم العقابي عن القواعد الجزرية المعتادة من مستلزمات العدالة الجنائية والتصدي لظاهرة الإجرام، لكن إذا ما استعمل بالكيفية العلمية والمدروسة وفي الحدود التي تحقق الإصلاح والإندماج، لكي لا يتم الإبتعاد عن المسار العقابي الحديث الذي يصبو إلى التقليل من العقوبات السالبة للحرية إلى أبعد الحدود الممكنة والذي أصبح قوام أي سياسة عقابية معاصرة.

اختصاص رجال السلطة في تدبير أراضي الجماعات السلالية

سعيد الستاتي

طالب باحث في سلك الدكتوراة

كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية سلا

جامعة محمد الخامس الرباط

مقدمة

الأراضي الجماعية¹ أنواع، هناك أراضي النائية²، وأراضي الجيش³. وأراضي الجماعات السلالية، هذه الأخيرة التي شهدت في الآونة الأخيرة نقاشا وحوارا وطنيا حول مستقبل هذه الأراضي ضمن نسيج الأنظمة العقارية بالمغرب لفتحها عدة تطورات وتحولات هيكلية عميقة جعلت سلطات الوصاية أمام تحدي كبير لإصلاح النظام القانوني والمؤسسي لهذا النظام العقاري العتيق. ومسيرة لحجم السياق العام من الإصلاحات التي يعرفها المغرب، لاسيما الإصلاحات الدستورية ل2011، أضى إصلاح نظام أراضي الجماعات السلالية يحتل مكانة مهمة، ويستقطب عدة تيارات حقوقية وقانونية واجتماعية واقتصادية... لدى الباحثين والسياسيين والحقوقيين وغيرهم لإدخال إصلاحات هيكلية عليها وإدماجها في الاختيارات الاستراتيجية والسياسات العمومية للبلاد. لكن، وقبل المحاولة في سبر الجوانب القانونية والعملية للإشكالات المتعلقة بتدبير أراضي الجماعات السلالية على المستوى الترابي. ما المقصود بأراضي الجماعات السلالية؟

¹ يقصد بالأراضي الجماعية تلك الأراضي التي تشغل وتستغل بطريقة مشتركة وجماعية من طرف مجموعة من الأفراد أو القبيلة على وجه الانتفاع فيما يظل حق رقيتها بيد الدولة، وهي ذات مصدر تاريخي موغل في القدم. انظر عبد الرحمان بن عمرو، القوانين المنظمة لأراضي الجماعات والكيش والأوقاف، مجلة المحاماة، العدد 14، السنة 12، يناير. مارس 1979، ص 71.

-Voir Paul Decroux, Droit Foncier Marocain, Tome 3, Edition la Porte, Rabat, 1972, p 438.

² يقصد بأراضي النائية الأراضي التي تشغل جماعيا من طرف أفراد أو قبيلة معينة، سلمها السلطان لأفراد الجماعة قصد التصرف فيها وتبقى ملكيتها للدولة و يؤدي مستغلوها ضريبة جماعية لبيت المال، ونظرا لتقاعس مستغلي أراضي النائية عن أداء تلك الضرائب أو الخراج فإن هذا الشكل من الاستغلال اندثر بشكل تدريجي وتحول لأراضي سلالية.

انظر عبد الوهاب رافع، أراضي الجموع بين التنظيم والوصاية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 1999، ص 8.

حسن القصاب، تكييف الحق في أراضي الجموع، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة أملاك الدولة، العدد 2، 2013، ص 146.

³ الكيش أو الجيش مصطلح يطلق عادة في المغرب على القوات المسلحة للسلطان، حيث لم يكن سلاطين المغرب يتوفرون على جيش نظامي بل كانت هناك قبائل محاربة يستعين بها السلطان مقابل منحهم امتيازاً على بعض الأراضي بمعنى أنه كان يعطي لهذه القبائل حق المنفعة بينما يحتفظ السلطان بحق الرقبة، لذا الجيش لم يكن يعنى مجرد قوة عسكرية للسلطان بل أيضا شكلا من أشكال استغلال الأرض، وبالتالي فهي أراضي يقطعها السلطان لإحدى القبائل أو العشائر مقابل خدماتها العسكرية، وذلك بقصد استغلالها و الانتفاع بها على وجه الشياح بدون مقابل أو أداء الضرائب، غير أنه إذا انقطعت هذه القبائل أو العشائر عن الخدمة العسكرية فإنها تتمتع بحق الانتفاع والاستغلال بمقابل مالي، وتدخل آنذاك في عداد أراضي النائية.

انظر محمد مومن، أملاك الجماعات السلالية و أراضي الجيش، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، الإصدار 2014، ص 165.

محمد معترف، نظام الجيش بالمغرب، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة أملاك الدولة، العدد 2، 2013، ص 128.

تكاد جميع الدراسات والبحوث¹ تجمع على كونها أراضي ملكت تملكا جماعيا من عهد موغل في القدم من قبل جماعات سلالية قد تتخذ شكل قبائل أو فصائل القبائل وغيرها من العشائر التي تنتفع بها وفق أعراف وتقاليدها. وبذلك فهي أراضي ترجع ملكية رقبته للدولة بينما يؤول حق الانتفاع بها للقبيلة وليس للفرد، يتم استغلالها واستعمالها عن طريق تنظيم "اجماعة" كأداة تنظيمية مؤطرة للقبيلة أو العشيرة لفائدة العائلات المكونة لها، وفقا لقانون مكون من تقاليد وأعراف خاصة بها تختلف من جهة لأخرى.

تاريخيا، لازم تديير وتسيير أراضي الجماعات السلالية سلطة المخزن في شخص القواد والباشوات على المستوى الترابي طوال الفترة التي سبقت خضوع المغرب للحماية بشكل روجي، إذ كانت الجماعة السلالية كمؤسسة قائمة ومستقلة تدبر هذه الأراضي، غير أنه يمكن القول أنه تديير اتسم بنوع من البدائية والعفوية والتقليدية في ظل عدم وجود أي تآطير قانوني وتنظيمي لهذا النوع من الملكية. وفيض من الأعراف والتقاليد المحلية والجهوية التي تعنى بتنظيم استعمال واستغلال هذه الأراضي وتؤطر الحياة العامة للجماعة. وقد أكدت هذه الحقائق دورية الصدر الأعظم الموجهة إلى العمال والقواد والقضاة والتي جاء فيها "إن الأراضي التي تشغلها بكيةفية جماعية القبائل تبقى على الحال التي كانت عليه، وتستمر في الخضوع للأعراف القديمة دون أن تفوت وتقسّم"².

ومع خضوع المغرب للحماية شكلت هذه الفترة نقلة نوعية في تطور الملكية الجماعية، من خلال وضع تنظيم قانوني ومؤسسي لها ساهم في استنزاف خيراتهما والسيطرة عليهما، غير أن الملاحظ أنه منذ فترة الحماية. جميع القرارات والإجراءات والقوانين التي تم اتخاذها لازالت تلعب دورا مهما إلى يومنا هذا في تديير الملكية الجماعية³. بالرغم من مبادرة المشرع بعد الاستقلال إلى إدخال عدة تعديلات على تنظيمها القانوني، لكن جل هذه التعديلات لم تمس جوهر وفلسفة التنظيم القانوني الذي أقرته سلطات الحماية⁴. لكن شهدت هذه الفترة تحولا نوعيا من حيث تخويل المسؤوليات للمستوى الترابي في تسيير الممتلكات والحياة العامة للجماعات السلالية لما يتسم به من خاصيات القرب والنجاعة وفعالية التدخل، من خلال سهر وحرص رجال السلطة على ضبط العنصر المادي والبشري وتصفية وحماية الممتلكات العقارية للجماعات السلالية وتميمها ومواكبتها في إنجاز وبرمجة المشاريع التنموية.

إن تديير هذا الرصيد العقاري المهم قد يبدو لأول وهلة لا يطرح أية إشكالات تذكر، خاصة لدى رجال السلطة باعتبارهم ممثلي سلطة الوصاية على المستوى الترابي كلما تعلق الأمر باتخاذ تدابير تهم الحياة العامة للجماعات السلالية في جانبها التنظيمي أو التسييري كاختيار نواب الجماعات، وتديير النزاعات الناتجة عن الانتفاع بالأرض، وعمليات التثمين. وعكس ما يبدو، فتديير أراضي الجماعات السلالية يعاني من إكراهات وإشكالات جد معقدة تتمثل في النزاعات والصراعات المتعلقة باستغلالها والحفاظة عليها وتثمينها، الأمر الذي يقتضي رسم معالم اختصاص رجال السلطة؟ ففي غالب الأحيان، تلعب التقاليد والأعراف دورا حاسما وفاصلا في فض هذه النزاعات في ظل جمود القانون وعجز رجال

¹ أنظر مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري و الحقوق العينية التبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الأول، مطبعة شركة الهلال العربية، الطبعة الثانية، الرباط 1987، ص 136.

Albert Guillaume, la Propriété Collective au Maroc, Edition la Porte, Rabat, 1960, p 4.

-Louis Milliot, les Terres collectives : étude de législation marocaine, édition le Roux, Paris, 1922, P 310.

-Paul Decroux, op.cite, p 463.

²Circulaire du Grand-vizir aux Gouverneurs, Caid et Cadis, Bulletin Officiel, Edition Francaise, Première Année N° 1, du 1 November 1912, p 6.

³Négib Bouderbala, Les Terres Collectives du Maroc dans la Première Période du Protectorat (1912-1930), in Revue du monde musulman et de la méditerranée, N° 79-80, 1996, p 144.

⁴ يوسف القسطامي، المشكل القانوني لأراضي الجموع وأثره على البنية الاجتماعية في المغرب، مرجع سابق، ص 150.

السلطة عن إيجاد الصيغ التوافقية لحلها، إذ تبرز الصعوبات والتعقيدات التي يواجهها رجال السلطة في التوفيق بين ضرورة تطبيق النصوص القانونية والتنظيمية المعقدة والمتهالكة لهذه الأراضي والحفاظ عليها، وعدم زعزعت التوازنات القائمة في المجتمع القروي وإقرار السلم الاجتماعي.

ومهما يكن من أمر، فإن اختصاص رجال السلطة في تدبير أراضي الجماعات السلالية إلى جانب متدخلين آخرين على الصعيد المحلي كنواب الجماعات السلالية لا بد وأن تظهر مظاهره على مستوى الإشراف والمراقبة والعمل على المحافظة على الممتلكات الجماعية (الفرع الأول)، لذلك سيكون نطاق حدوده محصوراً في حدود ما رسمته له النصوص القانونية والتنظيمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مظاهر اختصاص رجال السلطة في تدبير أراضي الجماعات السلالية

يمارس رجال السلطة مهام وصاية القرب على الجماعات السلالية باسم سلطة الوصاية من خلال منظور يتوخى النهوض بمستوى التنمية البشرية لذوي الحقوق أعضاء الجماعات السلالية. لكن تعرف هذه المهام نوعاً من التداخل والتنازع بالنظر إلى كم ونوع الاختصاصات الموكولة لرجال السلطة على المستوى الترابي، الشيء الذي جعل من سلطات الوصاية على المستوى المركزي تبادر إلى إصدار ميثاق لتمرکز تدبير الأراضي الجماعية قصد تدعيم المهام والاختصاصات المخولة للسادة العمال في ممارسة وصاية القرب (الفقرة الأولى)، والسادة القواد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مظاهر ممارسة وصاية القرب على الجماعات السلالية بالنسبة للعمال

تنحصر اختصاصات ممارسة وصاية القرب للعمال في مجالات تسيير واستغلال وتثمين أراضي الجماعات السلالية (أولاً)، ثم أعمال التصفية والمحافظة على هذه الأراضي (ثانياً).

أولاً: أعمال تسيير وتثمين أراضي الجماعات السلالية

تتم اختصاصات تسيير وتثمين أراضي الجماعات السلالية المخولة للسادة العمال باعتبارهم ممثلي سلطة الوصاية على الصعيد المحلي عدة مجالات مهمة، تتمثل في ضبط العنصر البشري للجماعات السلالية وضبط العناصر المادية للأراضي الجماعية، وتثمينها وإنجاز المشاريع لفائدة الجماعات السلالية، ويتركز تدبير وضبط العنصر البشري بالتوفر على قاعدة المعطيات وإحصاءات شاملة ومحينة للجماعات السلالية ولذوي الحقوق ونواب الجماعات السلالية الموجودة بالنفوذ الترابي لكل عامل، بحيث على هذا الأخير إعداد وضبط لائحة الجماعات السلالية وممتلكاتها، بالإضافة لضبط وإعداد لائحة نواب الجماعات السلالية، بمسك ملفات للنواب وضبط المعلومات الشخصية الخاصة بكل نائب وبأسماء الجماعات السلالية التي يمثلونها كل حسب دائرته الترابية، والقيام بصفة أنية منتظمة بتعيين وإقالة وتتبع ومراقبة عمل نواب الجماعات السلالية وفق دليل نائب الأراضي الجماعية¹، وإيفاء مصالح سلطة الوصاية بالإجراءات المتخذة في هذا الشأن، من قبيل موافاتها بنتائج التحريات والبحوث المجراة بخصوص الملتزمات والشكايات التي يكون محطها نائب الجماعة السلالية من طرف ذوي الحقوق أو من جهات أخرى جراء ما يعتبرونه تجاوزات وخروقات صادرة عن نائب أو بخصوص اختياره².

وأيضاً الإجراءات المتخذة في شأن تفعيل مقتضيات دليل النائب³ قصد استكمال المعلومات المتوصل بها التي تتم ملفات اختيار النواب، وذلك بالإسراع بمباشرة مسطرة اختيار النواب خلفاً لحالات الوفاة، أو العزل أو الاستقالة، وموافاة مصالح الوصاية بالقرارات العمالية الخاصة بتعيين النواب في هذا الشأن⁴، والقيام بحملات تحسيسية للنواب وذوي الحقوق قصد التقيد والامتثال التام للضوابط المعمول بها قانونياً وتنظيمياً في توزيع حق الانتفاع وإعداد لوائح

¹ دورية عدد 4910 الصادرة عن وزير الداخلية، بتاريخ 7 ديسمبر 2009، حول تعيين ملفات نواب الجماعات الأصلية.

² دورية عدد 70 الصادرة عن وزير الداخلية، بتاريخ 28 نونبر 2012، بشأن مؤسسة نائب الجماعة السلالية.

³ دورية عدد 23 الصادرة عن وزير الداخلية، بتاريخ 25 مارس 2008، حول دليل نائب الجماعة السلالية.

⁴ دورية عدد 70، مرجع سابق.

ذوي الحقوق وتوزيع المدخرات وغيرها من الاختصاصات المخولة لنواب الجماعات السلالية¹، و تتبع إعداد لوائح ذوي الحقوق بتنسيق مع نواب الجماعات السلالية والإشراف على العملية في جل مراحلها طبقا لمضامين الدورية الوزارية رقم 51 بتاريخ 14 ماي 2007 بشأن مسطرة وضع لوائح ذوي الحقوق التابعين للجماعات السلالية.

أما فيما يخص تثمين أراضي الجماعات السلالية، تقوم مصالح وصاية القرب، وبموافقة نواب الجماعات السلالية المعنية بتعبئة أراضي الجماعات السلالية ووضعها رهن إشارة المستثمرين من القطاع العام والخاص لدعم الاستثمار في إطار تفعيل السياسات والبرامج التنموية المعتمدة من طرف الحكومة في مختلف الميادين، مع ضمان مصالح الجماعات السلالية وأعضائها، وتتم تعبئة هذا الرصيد العقاري إما عن طريق الكراء أو التفويت، طبقا للمساطر القانونية والإدارية المعمول بها في هذا الصدد. فبالنسبة لكراء هذه الأراضي، يعمل السادة العمال بتنسيق مع نواب الجماعات السلالية وسلطة الوصاية على تعبئة رصيدها العقاري عن طريق الكراء أو الشراكة، وذلك وفق دليل كراء الأراضي الجماعية الذي يحدد الشروط والمساطر الإدارية والتقنية لعملية الكراء.

لذا تقوم مصالح وصاية القرب بتتبع مراحل عمليات الكراء، وتدليل المشاكل وحل النزاعات في هذا الشأن، من خلال ترأس السادة العمال للجان الإقليمية المكلفة بدراسة ملفات الكراء وإبداء رأيها حول عملية الكراء، مع إيفاء مصالح سلطة الوصاية بجميع الإجراء والمشاكل والصعوبات المتعلقة بملفات الأكرية حتى يتسنى لها اتخاذ القرارات الملائمة في ذلك². أيضا يسهر السادة العمال على التتبع والمراقبة التقنية للاستغلالات موضوع الكراء، من خلال تتبع الإنجازات المرتقب تحقيقها وصيانتها من طرف المستثمرين، في إطار لجنة إقليمية يترأسها تختص بذلك³، مع إيفاء مصالح الوصاية بنتائج اللجنة بشكل دوري.

أما بالنسبة لتفويت أراضي الجماعات السلالية، فهي تتم طبقا للمقتضيات القانونية والإدارية المعمول بها لفائدة الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية. وتبدأ عملية التفويت بدراسة جدوى المشاريع المقترحة وتطبيقها مع السياسات والبرامج الحكومية، وتمر عبر موافقة النواب ورأي السلطات المحلية والإقليمية المعنية، دون إغفال مرحلة تحديد الثمن من طرف اللجان الإقليمية المختصة⁴، إلى غاية المصادقة على عملية التفويت من طرف مجلس الوصاية، وإبرام عقد البيع بين وزير الداخلية الوصي على الجماعات السلالية والمقتني. ولأجل ذلك، يعمل السادة العمال على تتبع جميع المراحل الخاصة بعمليات التفويت، والإشراف على اللجان الإدارية للتقييم، وبتسيء التقارير حول التتبع والمراقبة وإيفاء مصالح الوصاية بها⁵.

أما بالنسبة لإنجاز المشاريع لفائدة الجماعات السلالية، فيجب إعطاء الأولوية لتوظيف أروسة الجماعات السلالية في خلق مشاريع لفائدتهم، بدل توزيعها على ذوي الحقوق. لذا يسهر السادة العمال على تشجيع إنجاز هذه المشاريع، من خلال الإشراف على إعداد وتتبع إنجاز مختلف المشاريع التي تتوخى تحسين ظروف عيش أعضاء الجماعات السلالية وتنمية موارد دخلهم. وبإعداد تقارير حول تتبع ومراقبة إنجاز هذه المشاريع، وموافاة سلطة الوصاية بنتائجها⁶.

¹ دورية عدد 30 الصادرة عن وزير الداخلية، بتاريخ 27 يونيو 2011، بشأن مؤسسة نائب الجماعة السلالية.

² دليل كراء الأراضي الجماعية، وزارة الداخلية، مديرية الشؤون القروية، شتنبر 2012، ص 10.

³ نفس المرجع أعلاه، ص 18.

⁴ منشور رقم 4475 الصادر عن وزير الداخلية، بتاريخ 13 يوليوز 2004. حول العمليات العقارية المراد إنجازها فوق وعاء عقاري تابع للجماعات السلالية.

⁵ دورية رقم 42 الصادر عن وزير الداخلية، بتاريخ 24 غشت 2010، حول تفويت الأراضي التابعة للجماعات السلالية.

⁶ دورية رقم 359 الصادرة عن وزير الداخلية، بتاريخ 28 يناير 2011، حول تعزيز مسلسل إنجاز المشاريع لفائدة الجماعات السلالية.

ثانياً: أعمال التصفيّة والمحافظة على أراضي الجماعات السلالية

بالإضافة لاختصاصات السادة العمال في تسيير وتثمين أراضي الجماعات السلالية، يختصون بتدبير أعمال التصفيّة والمحافظة على هذه الأراضي، وذلك من خلال السهر على عمليات التحديد الإداري وتحفيظ الأراضي، وتسليم الشواهد التي تنفي الصبغة الجماعية على العقارات حفاظاً على أراضي الجماعات السلالية، وتدبير النزاعات والمنازعات القضائية للجماعات السلالية.

لقد جعلت مصالح وصاية القرب من التصفيّة القانونية لعقارات الجماعات السلالية إحدى أولويتها واهتماماتها، وذلك نظراً لما لها من دور رئيسي في الدفع بكل عمليات تثمين الأراضي الجماعية، وكذا الحفاظ عليها من التزاي والاستغلال غير القانوني، وتجهيز جزء من هذا الرصيد لإيواء مشاريع استثمارية. وفي هذا الإطار يعمل السادة العمال على تتبع عمليات التحديد الإداري والتحفيظ العقاري حسب كل مرحلة من مراحله، وعقد اجتماعات على المستوى الإقليمي من أجل التحسيس بأهمية عمليات التحديد الإداري والتحفيظ العقاري، بغية إنجاح العمليات التقنية لمساطر التصفيّة القانونية لعقارات الجماعات السلالية، وإيجاد حلول توافقية لحل النزاعات القائمة بين الجماعات السلالية، أو بينها وبين الغير. وأيضاً التعاقد مع عدد من المحامين في إطار اتفاقية الدعم القضائي للدفاع عن مصالح الجماعات السلالية في النزاعات العقارية الراجعة أمام المحاكم المختصة¹، كما التعاقد مع عدد من المهندسين الطبوغرافيين للقيام بالأشغال الطبوغرافية اللازمة للرفع من وثيرة الإنجازات.

هذا، ويسهر السادة العمال على تتبع ومعالجة التعرضات المودعة من طرف الأغيار على مطالب التحفيظ² والتحديدات الإدارية³ لأراضي الجماعات السلالية، وإعداد جداول وضبط الحالة المادية للعقارات الجماعية في هذا الشأن، وموافاة سلطة الوصاية بتقارير في ذلك.

وفي إطار حماية حقوق الجماعات السلالية، وصيانة أراضيها من ترامي بعض الأشخاص وتفويتها بواسطة الشهادات الليفية، يقوم السادة العمال بتسليم الشواهد الإدارية التي تنفي الصبغة الجماعية على العقارات⁴، منعا لتفويت أراضي الجماعات السلالية وإلزام طالبي شهادات التمليك بأن يقدموا للسادة القضاة والعدول أو الموثقين الشهادة المذكورة أعلاه تثبت أن الأرض المطلوب الإشهاد بتملكها ليست أرضاً سلالية⁵.

أما فيما يخص تدبير ملفات النزاعات والمنازعات القضائية للجماعات السلالية، تعتبر إشكالية فض النزاعات بين ذوي الحقوق أو بين الجماعات السلالية فيما بينها أو بين الأغيار إحدى الورشات التي تحظى باهتمام وانشغال السادة العمال، بهدف معالجة أنجع لهذه الملفات وإيجاد حلول واقعية وتوفير مزيد من الضمانات والحقوق لأطراف النزاع. ولأجل ذلك يقوم السادة العمال بالسهر على تتبع ملفات النزاعات والمنازعات القضائية واتخاذ التدابير اللازمة من أجل تحسين وثيرة البت فيها، بحيث أصبح اليوم السادة العمال مدعوون للانخراط أكثر في إيجاد الحلول الودية للنزاعات، طبقاً لمضامين الدورتين الوزاريين رقم 23 بتاريخ 3 مارس 2007 و35 بتاريخ 14 يوليوز 2010، التي تنص على ضرورة القيام بجدد شامل لكل حالات النزاعات خاصة العقارية بين الجماعات السلالية داخل الإقليم أو تلك التي تتداخل فيها

¹ دورية رقم 81 الصادرة عن وزير الداخلية، بتاريخ 17 شتنبر 2008، حول اتفاقية الدعم القضائي لفائدة الجماعات السلالية.

² دورية رقم 6 الصادرة عن وزير الداخلية، بتاريخ 4 فبراير 2011، المتعلقة بإحصاء وتعيين مطالب التحفيظ الجماعية.

³ دورية رقم 2729، الصادر عن وزير الداخلية، بتاريخ 7 غشت 2007، حول عمليات تحديد مطالب جماعية.

⁴ دورية رقم 123 الصادرة عن وزير الداخلية، بتاريخ 10 نونبر 2006، حول إعداد مسطرة الشواهد الإدارية التي تنفي الصبغة الجماعية على العقارات.

⁵ نور الدين الصبار، منح شهادة عدم الصبغة الجماعية ذات الصبغة الجماعية ذات الصلة بأراضي الجموع، دراسة لطبيعة القرار الإداري وحدود سلطات قاضي الإلغاء في ضوء حكم للمحكمة الإدارية بأكادير، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة أملاك الدولة، العدد 2، 2013، ص 67.

جماعات سلالية تابعة للأقاليم المجاورة¹. وينبغي التركيز في هذا الصدد على الدور التنسيقي الذي يتعين على السادة ولاة الجهات لعبه في مجال تدبير النزاعات القائمة بين الجماعات السلالية المتواجدة بعدة أقاليم.

كما يختص السادة العمال في هذا الشأن، بالإشراف المباشر على دراسة ملفات النزاعات والبت في جميع الوثائق المكونة لها، وعقد اجتماعات تحسيسية لتقريب وجهات نظر الأطراف المتنازعة مع ضرورة التوصل إلى حلول توافقية فيما بينها، وذلك في إطار مسطرة الصلح التي تعد من بين أهم الاختصاصات التي يطالع بها السادة العمال، مع اتخاذ جميع الإجراءات المناسبة واللائمة لفض هذه النزاعات، وإيفاء مصالح الوصاية بتقارير شاملة والإجراءات المتخذة في هذا الخصوص².

بالإضافة إلى ذلك يسهر السادة العمال على تتبع جميع ملفات المنازعات القضائية للجماعات السلالية الراجعة أمام القضاء، واتخاذ كل إجراء من شأنه الدفاع عن حقوق الجماعات السلالية وصيانة ممتلكاتها أمام القضاء وتعيين الأساندة المحامين للدفاع عن مصالح هذه الجماعات، مع موافاة مصالح الوصاية بمال الملفات الراجعة أمام القضاء، وما اتخذ في شأنها من إجراءات تضمن المحافظة على مصالح الجماعات السلالية.

الفقرة الثانية: مظاهر ممارسة وصاية القرب على الجماعات السلالية بالنسبة للقواد

خولت النصوص القانونية الجاري به العمل في تدبير شؤون الجماعات السلالية وممتلكاتها للقواد اختصاصات ممارسة وصاية القرب، بصفتها ممثلة وزير الداخلية الوصي على الجماعات السلالية في ربوع المملكة التي تنتشر فيها أراضي الجماعات السلالية، وذلك من خلال التأطير والإشراف على تدبير شؤون هذه الجماعات (أولاً)، وتنفيذ مقررات جماعة النواب وسلطة الوصاية (ثانياً).

أولاً: الإشراف على تدبير شؤون الجماعات السلالية

أصبح دور السلطة المحلية المتمثلة في السادة القواد يشكل أهمية مهمة في تدبير شؤون الجماعات السلالية وصيانة رصيدها العقاري وتثمينه وجعله قاطرة للتنمية، بتنسيق مع المصالح الإقليمية للسادة العمال والمصالح المركزية للوصاية، بالإضافة للدور الفعال في تدبير ملفات النزاعات القائمة بين ذوي الحقوق، وإبرام مساطر الصلح في القضايا المتعلقة بأمالك الجماعات السلالية³.

وفي هذا الإطار، تقوم السلطة المحلية بمباشرة وتتبع عدة أوراوش أطلقتها سلطة الوصاية، تصب كلها في تحقيق الانتقال من وصاية إدارية محضة إلى وصاية تجعل من تنمية العنصر البشري مقصدها وغايتها. لذا تعتبر السلطة المحلية جوهر كل تدبير مهم الجماعات السلالية وأملاكها، نظرا لمعرفتها بما يقع ويجري على مستوى الواقع، ولقربها من مؤسسة جماعة النواب، مما يجعل من اختصاصات رجل السلطة المحلية ذات حساسية شديدة.

إن اختصاصات السلطة المحلية في تدبير شؤون الجماعات السلالية وممتلكاتها نابع من النصوص القانونية والتنظيمية المؤطرة لأراضي الجماعات السلالية، بحيث يتجلى هذا الاختصاص في الإشراف على ضبط العنصر البشري لهذه الجماعات وتأطيره، وذلك من خلال الإشراف على عمليات اختيار النواب باتخاذ جميع الترتيبات الضرورية لعمليات التصويت في حالة نهج أسلوب الانتخابات في الاختيار، أو منح التزكية للنواب الذين يتم اختيارهم وفق أسلوب التعيين، وإعداد المحاضر في هذا الشأن، كما تقدم الطعون ضد نتائج الانتخابات لدى السلطة المحلية التي تبت فيها داخل أجل شهر ابتداء من تاريخ التوصل بها، وإصدار قرارات في شأنها بالإضافة إلى إعداد ملفات النواب الذين تم اختيارهم،

¹ دورية رقم 35 الصادرة عن وزير الداخلية، بتاريخ 14 يوليوز 2010، بشأن النزاعات العقارية بين الجماعات السلالية.

² نفس المرجع أعلاه.

³ عبد الحميد المودن، الوضعية القانونية لأراضي الجماعات السلالية بالمغرب، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2011. 2012، ص 30.

وإحالتها للمصالح الإقليمية التابعة للسادة العمال¹، ومباشر مسطرة العزل في حق النواب الذين تتوفر فيهم أسباب العزل المضمنة بدليل نائب الأراضي الجماعية، وتأطير نواب الجماعات السلالية الذين تم اختيارهم بالتوجيه والإرشاد². ويسهر رجال السلطة المحلية على حماية أراضي الجماعات السلالية من كل بناء عشوائي أو ترام وتمليك غير مشروع³، وصيانتها واثميتها وتشجيع الاستثمار فيها عبر الإشراف وتأطير عمليات التصفية القانونية لعقارات الجماعات السلالية، باقتراح تحديد الأراضي المفترض أنها جماعية على سلطة الوصاية والسادة العمال⁴، وترأس عمليات التحديد الإداري والتحفيز العقاري سواء في المرحلة الإدارية أو القضائية، وحل المشاكل المتعلقة بالنزاعات والتعرضات أثناء عمليات التصفية القانونية للعقارات الجماعية بكل موضوعية وحزم⁵، وإيفاء مصالح الوصاية الإقليمية والمركزية بتقرير مفصل في هذا الخصوص⁶.

هذا، ويشرف السادة القواد على عمليات كراء الأراضي الجماعية، وتمثيل سلطة الوصاية في السمسرات العمومية الخاصة بالأكرية وفق الشروط والإجراءات المنصوص عليها في دليل كراء الأراضي الجماعية⁷، بترأس لجنة السمسرة وتحرير المحاضر التي يجب أن تتضمن كل المعلومات المتعلقة بمراحل العملية، وإيفاء مصالح الوصاية عن طريق المصالح الإقليمية داخل أجل لا يتعدى 15 يوماً من تاريخ إجراء عملية السمسرة، ثم إشرافه على عمليات التحصيل، والتتبع والمراقبة للاستغلالات موضوع الأكرية⁸.

كما يسهر على تأطير عمليات توزيع الانتفاع والتقسيمات الموسمية، وتوزيع المدخرات، وإعداد لوائح ذوي الحقوق⁹. فضلا عن تدير ملفات النزاعات بين ذوي الحقوق وبين هذه الأخيرة والأغيار، من خلال إسهامه في إيجاد حلول واقعية توفر المزيد من الضمانات لأطراف النزاع، وإجراء مسطرة الصلح في ذلك.

كما تودع طلبات الطعن بالاستئناف أمام مجلس الوصاية في قرارات الهيآت النيابية، لدى السلطة المحلية مقابل وصل إيداع، بحيث يتعين على السلطة المحلية توجيه ملف الاستئناف كاملا لمصالح الوصاية مرفوقا بتقرير للسلطة المحلية، يتضمن بحثا دقيقا وشاملا عن النزاع مع الإدلاء برأيها حول ما ورد في دفوعات الأطراف المتنازعة، وإبداء رأيها حول القرار المتخذ من طرف نواب الجماعة دون الاكتفاء بالموافقة عليه أو عدمه، مع اقتراح الحلول المناسبة لفض النزاع، كما يقوم بتبليغ قرارات الهيآت النيابية ومجلس الوصاية إلى الأطراف المتنازعة، وإثبات ذلك بواسطة محضر¹⁰، وتتبع القضايا الراجعة أمام المحاكم، وحث الهيآت النيابية على حضور الجلسات والإدلاء بما يفيد الصبغة الجماعية للعقارات موضوع النزاع، لتعزير موقفها أمام المحاكم المختصة.

¹ دليل نائب الأراضي الجماعية، وزارة الداخلية، مديرية الشؤون القروية، مارس 2008، ص 4 وما بعدها.

² عبد الوهاب رافع، أراضي الجموع بين التنظيم والوصاية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 1999، ص 26.

³ دورية رقم 16 الصادرة عن وزير الداخلية بتاريخ 16 مارس 2012، حول حماية الأراضي التابعة للجماعات السلالية من ظاهرة الترامي و تنامي البناء العشوائي.

⁴ عبد الحميد المودن، مرجع سابق، ص 31.

⁵ دورية رقم 667 الصادر عن وزير الداخلية، بتاريخ 24 مارس 1971، بشأن التحفيز العقاري.

⁶ منشور رقم 937 الصادر عن وزير الداخلية، بتاريخ 15 أبريل 1953، بشأن النزاعات المتعلقة بالتحديدات الإدارية وتحفيز الأراضي الجماعية.

⁷ زهير كريمة، خصوصيات المنازعات العقارية المتعلقة بأراضي الجموع وانعكاساتها على الاستثمار، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2013/2014، ص 44.

⁸ دليل كراء الأراضي الجماعية، مرجع سابق، ص 14 وما بعدها.

⁹ محمد الحضراتي، منازعات أراضي الجموع بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ظهري المبرز فاس، السنة الجامعية 2007/2008، ص 28.

¹⁰ دورية رقم 23 الصادرة عن وزير الداخلية، بتاريخ 8 مارس 2007، حول إعداد وتهيئ الملفات المتعلقة بالقضايا المعروضة على أنظار الهيآت النيابية أو مجلس الوصاية.

وبالإضافة إلى ذلك تقوم السلطة المحلية بالإشراف على تدبير ملفات طلبات الحصول على الشواهد التي تنفي الصبغة الجماعية على عقار ما، بحيث تودع ملفات الطلبات لدى السلطة المحلية المتواجدة بدائرتها الترابية العقار موضوع الشهادة، ويتعين في هذا الصدد على السلطة المحلية بمعية نواب الجماعات السلاية دراسة محتويات الملف موضوع الشهادة، ومعاينة العقار وتحريه محضر بذلك، يرفق بتصريح كتابي من لدن نواب الجماعة يوضح موقفهم حول طبيعة العقار، وإحالة الملف بكامله على اللجنة الإقليمية المكلفة بدراسة طلبات الحصول على هذه الشواهد الإدارية داخل أجل لا يتعدى 30 يوما ابتداء من تاريخ التوصل¹.

ثانياً: تنفيذ مقررات الهيئات النيابية ومجلس الوصاية

بالإضافة إلى اختصاص السلطة المحلية أي السادة القواد في تأطير والإشراف على تدبير شؤون الجماعات السلاية من قبل نوابها كما تم التطرق إليه، تختص كذلك بالإشراف وتقديم المساعدة للهيئات النيابية، فهي تقوم بالتدخل لتنفيذ القرارات المتخذة من طرف مجلس الوصاية والهيئات النيابية، لتوفرها على سلطة الإجماع في التنفيذ بواسطة القوة العمومية، ولكن هذا التنفيذ لا يمكن أن يباشره السلطة المحلية إلا بطلب من الجهة الأصلية المكلفة بالتنفيذ وهي الهيئات النيابية².

وفي هذا الإطار، يتعين على السلطة المحلية تبليغ قرارات الهيئات النيابية إلى الأطراف المعنية بواسطة شهادة التبليغ وذلك في أجل لا يتجاوز عشرة أيام، وتسليم نسخة من قرار مجلس الوصاية مصادق عليها إلى الأطراف المتنازعة وإلى الهيئات النيابية داخل أجل لا يتعدى 30 يوماً من توصلها به وإثبات ذلك بواسطة محضر التبليغ، حتى يتسنى لهذه الهيئات تنفيذ القرارات التي تتخذها بنفسها، وكذلك تنفيذ القرارات التي يتخذها مجلس الوصاية³.

إن تدخل السلطة المحلية في تنفيذ قرارات الهيئات النيابية، ومجلس الوصاية يبقى مشروطاً بطلب من هذه الأخيرة بالتدخل لتنفيذ مقرراتها أو مقررات مجلس الوصاية في الحالة التي يستعصي عليها القيام بمهمة التنفيذ، أو في الحالة التي تقتضي اللجوء للقوة العمومية للتنفيذ، والتي تتوفر عليها السلطة المحلية، وهو ما يستفاد من الفقرة الثالثة من الفصل الرابع من الظهير الشريف المؤرخ في 27 أبريل 1919 بشأن تنظيم الوصاية الإدارية على الجماعات وضبط تدبير شؤون الأملاك الجماعية وتفويتها بتنصيبه على "وتكلفة جمعية المندوبين على الخصوص بالسهر على تنفيذ المقررات المتخذة من طرف مجلس الوصاية أو من طرف الجمعية نفسها، ويمكنها أن تأمر في هذا الصدد باتخاذ جميع التدابير اللازمة وأن تطلب -عند الاقتضاء- تدخل السلطة المحلية التي تتوفر على القوة العمومية.

لذا تبقى الهيئات النيابية هي وحدها المؤهلة لتنفيذ قراراتها وقرارات مجلس الوصاية، وتدخل السلطة المحلية في التنفيذ رهين بطلب الهيئات النيابية⁴، وذلك حسب مقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل الرابع من ظهير 27 أبريل 1919 أعلاه.

إلا أنه على مستوى الممارسة نجد في الكثير من الأحيان أن السلطة المحلية هي صاحبة الاختصاص على مستوى تنفيذ قرارات الهيئات النيابية ومجلس الوصاية، مستغلة بذلك عدم إلمام نواب الجماعات بالقوانين والأنظمة المؤطرة لأراضي الجماعات السلاية، وجلبهم بالمساطر المتبعة في التنفيذ، بالإضافة إلى تكريس النصوص التنظيمية والدوريات والمناشير منح اختصاص التنفيذ للسلطة المحلية، وذلك من خلال ترأس السلطة المحلية للاجتماعات واللجن التي تقوم

¹ دورية رقم 123 الصادر عن وزير الداخلية، بتاريخ 10 نونبر 2006، حول إعداد مسطرة الشواهد الإدارية التي تنفي الصبغة الجماعية على العقارات.

² محمد الحضراتي، مرجع سابق، ص 28.

³ دورية رقم 23، مرجع سابق.

⁴ محمد الشافعي، أراضي الجموع والكيش في الاجتهاد القضائي والعمل الإداري، المطبعة والوراقة الوطنية، سلسلة البحوث القانونية، عدد 23، الطبعة الأولى، مراكش، 2013، ص 35.

بتنفيذ القرارات، وتحرير محضر في هذا الشأن يوقع عليه نواب الجماعة والأطراف المعنية، في حين أن دور السلطة المحلية يكون في حدود الإشراف على الاجتماع وتقريب وجهات النظر وتذليل الصعوبات في مسطرة التنفيذ وإغناء نواب الجماعة برأيها وتنوير الطريق لهم في هذا الخصوص والحرص على احترام والتزام النواب بالمقتضيات القانونية المؤطرة للأراضي الجماعية. لكن بدل أن توضح النصوص التنظيمية والدوريات والمناشير الاختصاص في التنفيذ وشروطه وضوابطه عملت على مخالفة روح القانون المؤطر لهذه الأراضي بمنح اختصاص التنفيذ المخول لنواب الجماعات السلالية للسلطة المحلية.

كما أن السلطة المحلية في بعض الأحيان قد تمتنع عن تنفيذ قرارات الهيئات النيابية عندما تطلب منها ذلك صراحة هذه الأخيرة، وأحيانا أخرى قد تحل محلها وتصدر قرارات بسحب مقرراتها بحجج واهية، وهو أمر غير مستساغ ومتسم بعيب الاختصاص ومخالفة القانون، إذ يجب على السلطة المحلية أن تسلك الطرق القانونية في ذلك، وهي الطعن في قرارات الهيئات النيابية أمام مجلس الوصاية. وهو ما يستفاد من الفقرة الثانية من الفصل الرابع من الظهير الشريف المؤرخ في 27 أبريل 1919، الذي ينص على "وإن مقررات جمعية المندوبين الخاصة بتقسيم الانتفاع لا يمكن الطعن فيها إلا أمام مجلس الوصاية الذي ترجع إليه القسمة من طرف المعنيين بالأمر أنفسهم أو من لدن السلطة المحلية، وينظر المجلس كذلك في جميع الصعوبات المتعلقة بالتقسيم".

الفرع الثاني: حدود اختصاص رجال السلطة في تدبير أراضي الجماعات السلالية

تقتضي التحولات التي تشهدها أراضي الجماعات السلالية اليوم، على مستويات مختلفة، ومتطلبات الاستعمالات المتنوعة لهذه الأراضي، ملاءمة تدخلات مختلف الفاعلين في تدبير شؤون الجماعات السلالية خاصة مؤسسة رجل السلطة مع الواقع الذي يعرف عدة اختلالات وتجاوزات، حماية لمصالح الجماعات السلالية واثمينا لمواردها العقارية، وتسيير وثيرة التنمية البشرية لذوي الحقوق، فضلا عن المساهمة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد. الأمر الذي يقتضي توضيح طبيعة الاختصاصات المخولة لكل من العمال (الفقرة الأولى)، والقواد (الفقرة الثانية) في تدبير أراضي الجماعات السلالية، ثم تبيان حدود هذه الاختصاصات تفاديا لتنازع الاختصاص وغموضه في بعض الحالات.

الفقرة الأولى: محدودية اختصاصات العمال في تدبير أراضي الجماعات السلالية

إن مسؤولية تدبير أراضي الجماعات السلالية تنقسمها الجماعات السلالية، مع سلطة الوصاية إلى جانب السلطة المحلية على المستوى المحلي، غير أن هذه الأخيرة تعرف تقليصا نوعيا للاختصاص في تدبير أراضي الجماعات السلالية بالمقارنة مع الاختصاص المخول لسلطة الوصاية (أولا)، الأمر الذي يجب تجاوزه من خلال دعم لا تركز هذه الأراضي عبر تعزيز سياسة القرب التي تنهجها وزارة الداخلية والرامية إلى تخويل مزيدا من المسؤولية للمستوى الترابي (ثانيا).

أولا: تقليص صلاحيات العمال مقابل هيمنة سلطة الوصاية

تشكل أراضي الجماعات السلالية رهانات اقتصادية واجتماعية وقانونية وإدارية نظرا لامتدادها، وموقعها الجغرافي، وطبيعة استغلالها، وكذا إطارها القانوني. كما تعتبر احتياطا عقاريا يساهم في تفعيل السياسات القطاعية الحكومية وتشجيع الاستثمار، وتكون كذلك أداة لخلق فرص شغل لذوي الحقوق وضمن دخل قار لفائدتهم وإدماجهم في مسلسل التنمية البشرية.

إن التدبير الحالي لأراضي الجماعات السلالية من طرف الصالح المركزية للوصاية يتسم بنوع من الهيمنة وتمركز التدبير في مقابل تقليص اختصاص السادة العمال في هذا الشأن، الأمر الذي جعل من المصالح الإقليمية التابعة للسادة العمال لا تقوم بدور فعال على مستوى تدبير هذه الأراضي بالنظر لاختصاصها المحدود في ذلك، بحيث تكفي بالقيام بالإجراءات المصاحبة والتدابير اللازمة لعمليات التصفية القانونية واثمين وتسيير أراضي الجماعات السلالية، وموافاة مصالح سلطة الوصاية بالتقارير والوثائق المكونة للملفات لاتخاذ القرارات الملائمة في ذلك.

كما أن النصوص القانونية التي تتسم بالمحدودية تارة والغموض تارة أخرى في ضبط كل الجوانب المتعلقة بتدبير واستغلال أراضي الجماعات السلالية¹، ساهمت في تعميق ضبابية وغموض اختصاص السادة العمال في تدبير هذه الأراضي. وقد عملت سلطات الوصاية من أجل معالجة هذه الإشكالية، على إصدار العديد من الدوريات والمناشير والدلائل تتعلق بوضع مساطر واختصاصات مضبوطة تهم تنظيم وتسيير شؤون الجماعات السلالية، إلا أن هذه الدوريات والمناشير والدلائل لم تشكل مرجعية كافية لتدخلات مختلف الفاعلين بما فهم السادة العمال، ولم تواكب بما فيه الكفاية التطورات الاجتماعية والاقتصادية الحالية والإكراهات الخارجية التي تجعل من اختصاص السادة العمال في هذا الشأن جد محدود وضيق بالمقارنة مع الاختصاص المخول لمؤسسة قانونية سماها المشرع مجلس الوصاية، وهي مؤسسة مشار لمكوناتها وصلاحياتها بمقتضى ظهير شريف²، وليس بمقتضى دوريات ومناشير ودلائل.

ثانيا: دعم لا تركز تدبير شؤون الجماعات السلالية

في إطار التوجه الذي تسعى إليه الحكومة المغربية في تقريب الإدارة من المواطن لاستكمال مسلسل اللاتمرکز الإداري، وتحسين جودة عمل الإدارة المغربية، الأمر الذي حدى بوزارة الداخلية إلى تعزيز دور المصالح الإقليمية التابعة للسادة العمال في تدبير شؤون الجماعات السلالية، ومن تنسيق شامل لجميع الإجراءات المتعلقة بتدبير وتنظيم الوصاية على هذه الجماعات.

إن نهج التدبير اللاتمرکز لأراضي الجماعات السلالية، من شأنه أن يساهم في تكريس وتحسين تحقيق أهداف وصاية القرب، والنجاعة وتحويل المسؤوليات للمستوى الترابي والرفع من جودة الخدمات المقدمة من جهة، ومن جهة أخرى لتعزيز انخراطه في التوجهات الحكومية الرامية إلى لاتمرکز المرافق العمومية، ودعم سياسات اللاتركيز والجهوية المتقدمة³.

وفي هذا الإطار أصبح دور السادة العمال أكثر أهمية في تدبير ممتلكات الجماعات السلالية وتثمينها وجعلها قاطرة للتنمية البشرية والمحلية، لذا فدعم لاتمرکز تدبير شؤون الجماعات السلالية على المستوى الإقليمي يعد توجها استراتيجيا لوزارة الداخلية سيتم تفعيله تدريجيا على امتداد ثلاث سنوات من تاريخ المصادقة عليه. وبهم في المرحلة الأولى بالأساس نقل الاختصاصات في مجالات التصفية القانونية والقضائية لأراضي الجماعات السلالية، وتثمينها، حيث تتكفل المصالح الإقليمية للسادة العمال بإعداد وتفعيل برامج العمل التي ستحظى في برمجتها العامة بموافقة مصالح الوصاية على الصعيد المركزي، باستثناء التدخلات المخولة لهذه الأخيرة على المستوى القانوني والتنظيمي، وكذا تلك المتعلقة بمجلس الوصاية والتي تتعلق بإجراءات التدبير التالية⁴:

- التصفية القانونية وحماية الرصيد العقاري الجماعي؛
- النزاعات والمنازعات المتعلقة بالإجراءات المتخذة على الصعيد الإقليمي؛
- تثمين الأراضي الجماعية باستثناء بعض الإجراءات المتعلقة بعمليات التفويت؛
- إنجاز المشاريع لفائدة الجماعة السلالية؛
- ضبط العنصر البشري.

¹ عبد الوهاب رافع، أراضي الجموع بين التنظيم والوصاية، مرجع سابق، ص 80.

² الحسين بن عبد السلام الملكي، أراضي الجماعات السلالية وجماعات القبائل بين الأنظمة القانونية والأحكام العرفية، الجزء الأول، مطبعة بروموب (ش.م.م)، الرباط، 2011، ص 275.

³ ميثاق لاتمرکز تدبير الأراضي الجماعية، وزارة الداخلية، مديرية الشؤون القروية، غشت 2012، ص 10.

⁴ ميثاق لاتمرکز تدبير الأراضي الجماعية، مرجع سابق، ص 10.

- بينما ستتكلف المصالح المركزية للوصاية بمهام التوجيه والتنظيم والتأطير من خلال المصادقة على البرمجة والتكوين المستمر والتتبع والتقييم والمراقبة وصلة الوصل مع مجلس الوصاية، والتي تتمثل فيما يلي¹:
- توزيع حق الانتفاع في أراضي الجماعات السلالية؛
 - دراسة الطعون المقدمة ضد القرارات الصادرة عن الهيئات النيابية والمتعلقة بالنزاعات القائمة بين أفراد الجماعة السلالية أو بين هذه الأخيرة وجماعات سلالية أخرى، وكذا الانتماء إلى الجماعة السلالية، إضافة إلى الاعتراف بحق الاستغلال.
 - المصادقة على رفع اليد على التعرضات المقدمة من طرف النواب ضد مطالب التحفيظ المودعة من طرف الأغيار والتي كانت قد حصلت على موافقة الوصاية؛
 - المصادقة على عمليات تفويت العقارات الجماعية لفائدة الدولة، والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية والمجموعات السلالية والمصادقة على شروط هذا التفويت؛
 - المصادقة على طلبات توزيع مدخرات الجماعات السلالية العائدة من تفويت أو كراء أراضي جماعية؛
 - المصادقة على لوائح ذوي الحقوق.
- ومن مجمل ما ستقوم به المصالح الإقليمية للسادة العمال في المجالات السابق ذكرها أعلاه، نذكر على سبيل المثال²:
- تتبع استكمال مسلسل التصفية القانونية للرصيد العقاري للجماعات السلالية، بإحصاء وتبويب التصاميم الأولية للعقارات المفترض أنها جماعية، والقيام بعمليات التحديد الإداري وتتبع مسطرتها من إعداد طلبات التحديد إلى غاية تقديم طلب تحفيظ التحديدات الإدارية المصادق عليها، وتحفيظ وتسريع المساطر والقيام بجميع الإجراءات المعتمدة في هذا الميدان.
 - تتبع القضايا الرابحة أمام القضاء، المتعلقة بالنزاعات القائمة بين الجماعات السلالية والأغيار، حفاظا على العقار الجماعي من الضياع، وذلك بمنح الإذن بالترفع أمام القضاء لفائدة نواب الجماعات السلالية والمحامون المنتدبون لهذا الغرض، والتكفل بالمنازعات الإدارية والمالية والعقارية الناجمة عن التدابير المتخذة في هذا الشأن، مع أداء المصاريف والرسوم القضائية المتعلقة بالمنازعات.
 - تتبع وضبط ملفات الجماعات السلالية ونوابها، وذوي الحقوق، وذلك بالتوفر على قاعدة للمعطيات وإحصاءات شاملة في هذا الشأن.
 - تشجيع الاستثمار بأراضي الجماعات السلالية، في إطار يتماشى مع البرامج الحكومية كالمخطط الأخضر مثلا.
 - إدارة الملفات وتصنيفها وخلق قاعدة للمعطيات فيما يخص عمليات الكراء والتفويت، والمنازعات وغيره، وإخطار مصالح الوصاية بعددها وتطورها في إطار برامج العقود التي تربط مديرية الشؤون القروية بالمصالح المركزية للوصاية بالمصالح الإقليمية للسادة العمال لتتبع الملفات بشكل دقيق وتحقيق أهداف تتجلى في تحسين الخدمات المقدمة وتصفية الملفات العالقة.
- ومما سبق، يبدو أن المصالح المركزية للوصاية عملت على تكريس نفس الصلاحيات المخولة للسادة العمال في تدبير شؤون الجماعات السلالية، فميثاق لاتمرکز تدبير الأراضي الجماعية الذي أصدرته وزارة الداخلية، لم ينقل صلاحيات مهمة للسادة العمال على المستوى الإقليمي بقدر ما عمل على توضيح صلاحياتهم التي كان يكتنفها نوع من الضبابية والغموض. لذا فالملاحظ على أن سلطة الوصاية قامت بتحويل جزئي للاختصاص في مجالات التصفية القانونية والتثمين

¹ نفس المرجع أعلاه، ص 18 وما بعدها.

² ميثاق لاتمرکز تدبير الأراضي الجماعية، مرجع سابق، ص 11 وما بعدها.

والمنازعات وضبط العنصر البشري، فيما احتفظت لنفسها بصلاحيات مهمة خاصة فيما يخص المعاملات المالية والمصادقة على التفويضات والأكبرية وتوزيع المدخرات... الشيء الذي يفرغ ميثاق لاتمركز تدير الأراضي الجماعية من محتواه ومضمونه، بحيث يقوم السادة العمال بتفعيل التوجهات وتنفيذ برامج العمل المسطرة فقط.

إن نقل الصلاحيات في الجانب المالي من تدير ممتلكات الجماعات السلالية، يعتبر جد مهم بالنسبة للسادة العمال لمعرفة كيفية برمجة وإنجاز المشاريع لفائدة الجماعات السلالية. لذلك فالتحويل الجزئي للاختصاصات الذي كرسه ميثاق لاتمركز تدير الأراضي الجماعية، ما هو في حقيقة الأمر إلا توضيح للاختصاص بين المصالح المركزية للصوابة والمصالح الإقليمية التابعة للسادة العمال على المستوى الإقليمي في تدير شؤون الجماعات السلالية.

بالإضافة لذلك يجب أن يرافق هذا التحويل الجزئي للاختصاصات، تحديث في وسائل العمل عبر تمكين المصالح التابعة للسادة العمال من الوسائل اللوجستية الكافية للقيام بدورها في متابعة عملية التدير، مع تعزيزها بالموارد البشرية اللازمة، وتقوية قدراتها بالتكوين المستمر وتحسين وسائل وأدوار العمل بدمج عمالات وأقاليم المملكة في النظام المعلوماتي المندمج لأراضي الجماعات السلالية، قصد تسريع وثيرة معالجة الملفات، والرفع من مردودية الأداء الإداري وتحسينه.

الفقرة الثانية: حدود اختصاصات القواد

تطبع أراضي الجماعات السلالية سمة خاصة أنتجها التطور التاريخي لنمط تدير شؤون الجماعات السلالية وممتلكاتها من قبل الفاعلين في هذا التدير على المستوى المحلي لحقبة طويلة من الزمن جعلت مؤسسة القائد وجماعة النواب بين مد وجزر، وهو أمر يدفع للتساؤل حول العلاقة التي تجمع كل من هاتين المؤسستين (أولاً)، قصد رصد ورسم حدود اختصاصات السلطة المحلية في تدير الأملاك الجماعية في علاقتها بالجماعة السلالية (ثانياً).

أولاً: القائد والجماعة السلالية علاقة تكامل أن تنافر؟

إيماناً بضرورة مواصلة عصريته وتحديث آليات التدير والرفع من جودة الخدمات المقدمة للجماعات السلالية ولذوي الحقوق وجميع الشركاء عموماً، شرعت المصالح المركزية للصوابة في ترسيخ سياسة لاتمركز تدير أراضي الجماعات السلالية عبر تحويل المصالح الإقليمية للصوابة اختصاصات مهمة في مجال تدير شؤون الجماعات السلالية وممتلكاتها. قصد تكريس ثقافة القرب والفعالية والنجاعة في مجمل ميادين تدخلاتها. فالصوابة التي يمارسها السادة العمال على الجماعات السلالية على مستوى النصوص القانونية والتنظيمية المؤطرة للأملاك الجماعية، يباشرها السادة القواد بشكل فعلي على مستوى الواقع، بحكم علاقة القرب التي تجمع القائد بجماعة النواب وذوي الحقوق، وبالاحتكاك المباشر الفعلي بما تثيره هذه الأملاك من مشاكل وإشكاليات تستعصي أحياناً عن إيجاد حلول لها، الأمر الذي يجعل من القائد والجماعة السلالية يدخلان في علاقة متوترة أقل ما يقال عنها أنها علاقة تنافر.

من الوهلة الأولى، يتبين أن هذا الحكم هو حكم قيمة ولا أساس له من الصحة، بحيث أن اختصاصات القائد في تدير أملاك الجماعة السلالية، ليس هو اختصاصات نواب الجماعة في هذا الشأن، استثناءً للنصوص القانونية المؤطرة لأراضي الجماعات السلالية¹، بحيث عدم وضوح هذه الأخيرة في بعض الأحيان، وقصورها وجمودها في أحيان أخرى، يجعل من علاقة القائد بالجماعة السلالية غير مفهومة وغير واضحة المعالم والحدود، ما يجعل المتتبع لهذه الأراضي في حيرة وأمام ضبابية صورة تتسم بتنازع الاختصاص بين القائد والجماعة السلالية.

لقد أوضحت سابقاً، أن السلطة المحلية هي جوهر كل تدير مهم شؤون الجماعات السلالية وممتلكاتها، نظراً لإمامتها بالنصوص القانونية والتنظيمية المؤطرة لهذا النوع من الرصيد العقاري في المغرب، ولقربها من مؤسسة جماعة النواب ولما يقع على مستوى الممارسة العملية، فهي إذن في قلب كل تدير كيفما كان نوعه، ما يجعل من اختصاصات رجل

¹ عبد الوهاب رافع، أرضي الجموع بين التنظيم والصوابة، مرجع سابق، ص 36.

السلطة المحلية ذات حساسية شديدة تتقاطع في الغالب من الأحيان مع اختصاصات جماعة النواب، الأمر الذي يربك ويختلط على المتتبع لملف أراضي الجماعات السلالية، ما يدفعه لإصدار حكم قيمة بتنازع الاختصاص أو تضاربه، بل يجعل من السلطة المحلية سلطة حلول، تحل محل جماعة النواب في مباشر اختصاصاتها¹.

إن من بين جملة ما يجعل المتتبع لملف أراضي الجماعات السلالية يطلق مثل هذا الحكم، قصور وغموض النصوص القانونية والتنظيمية المؤطرة لهذه الأراضي إلى جانب الوضعية المعقدة التي تتسم بها، والمتمثلة في كونها رصيد عقاري غير متجانس وذو مردودية ضعيفة، بالإضافة إلى النزاعات المتفشية بين ذوي الحقوق أنفسهم، والتي تسجل ارتفاعا مهولا يتسبب في تقسيم العقارات نتيجة إجراء القسمة المنفعية بين الورثة.

لذلك، فهذه من بين الأسباب التي تجعل المتتبع في مفترق الطرق لا يعرف الجهة صاحبة الاختصاص في تدبير شؤون الجماعات السلالية، ولا يدرك جوهر العلاقة التكاملية التي تربط القائد بالجماعة السلالية، فهو تكامل بين النص القانوني والممارسة، بحيث أن القائد له دراية وإلمام بالنصوص القانونية والتنظيمية المؤطرة للجماعات السلالية وأملأها، بينما الهيئات النيابية تملك الخبرة والمعرفة الحقيقية للعقارات وللعادات والأعراف المحلية التي تنظم استعمال واستغلال تلك العقارات التي ليس للقائد علم بها، خاصة وإن كان القائد ليس ابن المنطقة.

والعكس صحيح، فالهيئات النيابية تعوزها في الكثير من الأحيان الإلمام بالجانب القانوني، خاصة وأن هذه الأملاك تنظمها العديد من النصوص القانونية المتنوعة والمختلفة، يصعب على هذه الهيئات الإلمام بها ومعرفتها. ما يجعل من القائد يعتمد على التراكم التجريبي والممارسة الميدانية للهيئات النيابية في التأطير والإشراف على هذه الأخيرة في تدبير شؤونها وفق النص القانوني والمساير المعمول بها. لتصبح الجماعة السلالية مصدرا للقائد في التدبير والعكس صحيح، ما يحتم على المؤسستين الدخول في علاقة تكاملية للدفع بعجلة التنمية البشرية للجماعة السلالية وأعضائها.

وتأسيسا على ما سبق، فكل من المؤسستين مدعوتين إلى انفتاح كل مؤسسة على الأخرى، وعلى المحيط الخارجي لهما من خلال خلق قنوات للحوار بينهما وبين ذوي الحقوق ومؤسسات المجتمع المدني، وتقوية آليات التنسيق بينهما بشكل يضمن حماية الأملاك الجماعية وصيانتها ويسمح بتنمية الجماعة السلالية، بالإضافة إلى إذكاء وترسيخ روح التعاون بين المؤسستين، ومع الشركاء وبشكل أساسي ذوي الحقوق والفاعلين في تدبير الأملاك الجماعية، قصد تفادي إشكالية تنازع الاختصاص، وإجلاء الضبابية التي تسود علاقة القائد بالجماعة السلالية وجعلها أكثر تكاملا.

ثانيا: حدود مساعدة السلطة المحلية للجماعة السلالية في تدبير شؤونها

أمام الغموض والضبابية التي تسود اختصاص السلطة المحلية في تدبير الأملاك الجماعية، وتقاطعها في كثير من الأحيان مع اختصاصات الهيئات النيابية، الأمر الذي يفرض رسم معالم واضحة لحدود اختصاص السلطة المحلية في هذا الخصوص، قصد إنارة الطريق للمتبعين والمهتمين بتدبير أراضي الجماعات السلالية.

وعليه، يعتبر تأطير وإشراف السلطة المحلية على الهيئات النيابية في تدبير شؤون الجماعات السلالية، ومساعدتها في إيجاد الحلول لكل الصعوبات التي تعترضها في هذا الشأن، إضافة إلى تنفيذ مقرراتها عند الاقتضاء وبطلب منها، من التدابير التي تقوم بها السلطة المحلية على هذا المستوى²، وهي تدابير يمكن أن تتسع أو تضيق حسب العرف والعادات السائدة في كل منطقة لغياب نص قانوني واضح يحدد بشكل دقيق اختصاصاتها في ذلك، مما يجعل منها تتخذ بعض القرارات التي تكون محل طعن في ظل تقاطع اختصاصاتها مع اختصاصات الجماعة النيابية، خاصة وأن السلطة

¹ محمد قصري، إشكالات تطبيق الظهير المنظم لأراضي الجموع، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار الأول، الطبعة الثانية، 2012، ص 71.

² زهير كرمات، مرجع سابق، ص 45.

المحلية غير مخول لها اتخاذ أي قرار أو تنفيذه محل الجماعة النيابة خصوصا في الشق المتعلق بفض النزاعات بين ذوي الحقوق غير التدابير المشار إليها سابقا.

إن اختصاص السلطة المحلية في الشق المتعلق بفض المنازعات بين ذوي الحقوق، ينحصر في القيام بمسطرة الصلح وإيجاد صيغ للتصالح بين الأطراف المتنازعة دون اللجوء إلى مجلس الوصاية أو القضاء، بحيث في حالة تسوية النزاع من طرف نواب الجماعة في أية مرحلة من مراحل النزاع وموافقة جميع الأطراف المتنازعة ونواب الجماعة، يجب عليه تحرير محضر في ذلك موقع من طرفهم وتوجيه نسخة منه لمصالح الوصاية قصد الإخبار¹، وهو ما يستفاد من حكم المحكمة الإدارية بأكادير عدد 277² الذي قضى برفض الدعوى موضوعا على اعتبار أن قيام السلطة المحلية "بتحرير محاضر بشأن الشكايات المقدمة إليها من طرف أعضاء الجماعة السلالية ضد المدعي إنما يدخل في صميم اختصاصاتها ولا يمكن اعتبار ذلك خطأ من جانبها طالما أن المدعي لم يثبت أي تجاوز أو خرق من طرفها للمقتضيات القانونية". أما إذا اتخذت السلطة المحلية قرارا من اختصاص الجماعة النيابة في فض النزاعات المتعلقة بالانتفاع أو التقسيم أو غيره، فيعد خارجا عن دائرة اختصاصها وتجاوزا في استعمال السلطة ومشوبا بعيب الاختصاص ومخالفة القانون.

وهو ما يستفاد من الحكم رقم 2006/189³ للمحكمة الإدارية بأكادير حينما ألغت قرار القائد الإداري لأمسمرير بإقليم ورزازات القاضي بإلغاء وسحب قرار الجماعة السلالية لجماعة أمسمرير بمنح استفادة المدعي من استغلال بقع أرضية، وقضت المحكمة في إحدى حيثيات الحكم "وحيث اعتبر القائد الإداري بأن قراره يعد بمثابة سحب للقرار الإداري الصادر عن المجلس النيابي للجماعة السلالية، وذلك بعد أن تبث له عدم مشروعية ذلك القرار.

وحيث أنه لا يجوز سحب القرارات الإدارية إلا من طرف السلطة التي أصدرتها وذلك وفق شكلية وداخل أجل قانوني على أن يثبت لهذه السلطة عدم مشروعية هذا القرار اعتبارا لكون القرارات الإدارية الصحيحة المتفقة مع أحكام القانون والتي ترتب عنها مراكز قانونية لذوي الشأن وتخولهم حقوقا مكتسبة لا يجوز لأي سلطة إدارية المساس بها. وحيث إن القرار الأول صدر عن جهة إدارية أخرى هي المجلس النيابي ويدعي مصدر القرار المطعون فيه أنه بمثابة سحب له دون أن يكون مختصا بذلك، وبالتالي فإن صنيعه هذا يجعل القرار معيبا بعدم الاختصاص ويكون بذلك منحرفا ومشوبا بتجاوز السلطة، مما يؤدي به إلى الإلغاء.

وحيث إن القائد الإداري لأمسمرير بإصداره للقرار موضوع الطعن بدون وجه حق لكونه غير مختص أولا في سحب قرارات صادرة عن جهة أخرى كما أنه إجراء ليس في محله مادام أن بإمكانه الطعن في قرارات المجلس النيابي أمام مجلس الوصاية، وبالتالي فإن قراره كان معيبا ومشوبا بتجاوز السلطة، ويتعين بالتالي التصريح بإلغائه طبقا للمادة 20 من قانون 90/41⁴.

إن ما يلاحظ على مستوى هذا الحكم أن قائد قيادة أمسمرير لم يسلك الطريق القانوني المنتج لكي يقوم بإبطال قرار المجلس النيابي متى تبين له بأنه غير مشروع وفق شكلية محددة وداخل الأجل القانوني المحدد، وإلا سيصبح قرار المجلس النيابي محصنا بقوة القانون، لذا فملاحظة القائد لوجود إخلال أو عيب في القرار الصادر عن المجلس النيابي، لا يعطيها الحق في سحب القرار وإنما له أن يطعن فيه بالاستئناف أمام مجلس الوصاية طبقا لمقتضيات الفقرة الثانية من

¹ دورية 23 الصادرة عن وزير الداخلية، بتاريخ 8 مارس 2007، حول إعداد وتبويب الملفات المتعلقة بالقضايا المعروضة على أنظار الهيئات النيابية أو مجلس الوصاية.

² حكم المحكمة الإدارية بأكادير رقم 2010/277، بتاريخ 2010/04/28، في الملف عدد 2007/755 ش، قضية السيد شريف محمد بن سعيد ضد الجماعة السلالية لتاسيلا ومن معها، غير منشور.

³ حكم المحكمة الإدارية بأكادير رقم 2006/189، بتاريخ 2006/10/19، في الملف عدد 2006/034 غ، قضية السيد محمد الشمسي ضد قائد قيادة أمسمرير، غير منشور.

⁴ نفس المرجع أعلاه.

الفصل الرابع من ظهير 27 أبريل 1919 المتعلق بتنظيم الوصاية الإدارية على الجماعات وضبط تدبير شؤون الأملاك الجماعية وتفويتها، لكونها المعنية والمختصة نوعيا بهذا القرار.

وهو الأمر الذي أكدته نفس المحكمة في حكمها رقم 2008/188¹ حينما أكد على أن "قرار الجماعة النيابية صدر عن جهة إدارية خول لها القانون حق إصدار القرارات لضبط شؤون الأراضي الجماعية ووجود عيب أو اختلال في القرار المذكور يخول للسلطة المحلية إمكانية الطعن في القرار المذكور أمام مجلس الوصاية ولا يحق لها اتخاذ قرار بسحب نفس القرار لأن القانون لم يمنح لها الاختصاص بإلغاء القرارات الصادرة عن الجماعات النيابية".

أما فيما يخص الشق المتعلق بتنفيذ قرارات الهيئات النيابية أو مجلس الوصاية فإن السلطة المحلية مخول لها اختصاص التنفيذ حسب مقتضيات النصوص القانونية والتنظيمية المؤطرة لأراضي الجماعات السلالية، لكن شريطة أن تطلب منها هذه الهيئات ذلك، عند عجزها عن التنفيذ أو عند الاقتضاء لما تتوفر عليه من قوة عمومية تجبر المنفذ عليه من التنفيذ، لذا فإن الخروج عن هذه المقتضيات يعد تجاوزا في استعمال السلطة ومتسما بعيب الاختصاص ومخالفة القانون.

وهو الأمر المستفاد من الحكم رقم 2013/413² للمحكمة الإدارية بأكاير حينما قضت بإلغاء القرار الإداري الصادر عن قائد قيادة سيدي بيبي بإقليم اشتوكة آيت باها بتنفيذ قرار الجماعة النيابية لأيت عميرة سيدي بيبي عدد 07/18 المؤرخ في 2007/07/24 موضوع محضر التنفيذ المؤرخ في 2012/04/10 مع ما يترتب على ذلك قانونا، وذلك عندما "أسس المدعي دعواه على أن قائد قيادة سيدي بيبي لم يقوم بتنفيذ قرار مجلس الوصاية عدد 04 و 2011/03 المطلوب تنفيذه من طرف الطاعنين وقيامه بدلا من ذلك بتنفيذ قرار الجماعة النيابية عدد 07/18 الصادر بتاريخ 2007/07/24، رغم أنه قرار غير نهائي وتم الطعن فيه بالاستئناف ولم يتم البت فيه بعد من طرف مجلس الوصاية.

وحيث إن الثابت من وثائق الملف أن النزاع يتعلق بعدم اتخاذ قائد قيادة سيدي بيبي للإجراءات اللازمة لتنفيذ قرار مجلس الوصاية المشار إليه أعلاه، والذي قضى بإلغاء القرار النيابي الصادر عن المجلس النيابي للجماعة السلالية آيت عميرة سيدي بيبي بتاريخ 2008/05/09 وبإجراء القسمة المنفعية بين جميع ورثة الهالك امارك بن بوجمعة المكيطع ذكورا وإناثا في العقار الجماعي المسعى (الحوش).

وحيث إن قرار قائد سيدي بيبي بعدم تنفيذ قرار مجلس الوصاية عدد 04 و 2011/03 المطلوب تنفيذه وقيامه بتنفيذ قرار الجماعة النيابية لأيت عميرة سيدي بيبي عدد 07/18 الصادر بتاريخ 2007/07/24 رغم كونه قرارا غير نهائي، وتم الطعن فيه بالاستئناف من طرف الطاعنين حسب الثابت من أوراق الملف ولم يتم البت فيه بعد من طرف مجلس الوصاية يعتبر قرارا إداريا مشوبا بعيب مخالفة القانون والاختصاص ومتسما بالتجاوز في استعمال السلطة"³.

يلاحظ من خلال هذا الحكم أن قائد قيادة سيدي بيبي أولا، قام بتنفيذ قرار المجلس النيابي بالرغم من كونه قرار غير نهائي، ومطعون فيه بالاستئناف أمام مجلس الوصاية من قبل الطاعنين، وقضى هذا الأخير بإلغاء قرار المجلس النيابي بإجراء قسمة نفعية بين جميع الورثة. وهو أمر غير مستساغ لكونه متسما بالتجاوز في استعمال السلطة ومشوبا بعيب مخالفة القانون والاختصاص، كما يعتبر تحقيرا لمقرر مجلس الوصاية القاضي بإلغاء قرار المجلس النيابي وبإجراء قسمة نفعية بين جميع الورثة.

¹ حكم المحكمة الإدارية بأكاير رقم 2008/188، بتاريخ 2008/06/19. في الملف عدد 2008/130، قضية السيد محمد الشمسي ضد قائد قيادة أمسمير، غير منشور.

² الحكم رقم 2013/413، في ملف عدد 2013/7112/116، الصادر عن المحكمة الإدارية بأكاير، بتاريخ 2013/04/04، بين السيدة جميعة المكيطع ومن معها ضد السيد قائد قيادة سيدي بيبي، غير منشور.

³ نفس المرجع أعلاه.

ثانيا، إن علاقة القائد بالجماعة النيابية تصطبغ بصبغة الوصاية الإدارية¹، وعلى مقتضى ذلك ليس له الحق أن يحل محلها في القيام بتنفيذ قرار مجلس الوصاية، طالما لم ترخص له الجماعة النيابية بذلك، حيث كان على المجلس النيابي أن ينفذ مضامين قرار مجلس الوصاية، لما له من اختصاص أصيل في تنفيذ قرارات مجلس الوصاية دون غيره، اللهم إذا اقتضى الأمر أن تفوض للقائد ذلك، لكنه لم يحترم قرار الوصاية وسلك مسلكا آخر غير مجدي جعل من قراره بتنفيذ قرار المجلس النيابي غير مرتكز على أساس قانوني سليم وتعين معه الحكم بإلغائه من قبل المحكمة السالفة الذكر.

وتأسيسا على ما سبق، فالضرورة أصبحت تفرض على المشرع التدخل لإجلاء اللبس والغموض الذي يكتنف اختصاص السلطة المحلية في تدبير الأملاك الجماعية، بإصدار نص قانوني صلب وواضح يبين اختصاص كل من النواب والسلطة المحلية حتى لا يكون هناك أي تقاطع أو تداخل بين الاختصاصين.

خاتمة

إن اتسام اختصاص رجال السلطة في تدبير أراضي الجماعات السلالية بالضبابية وعدم الوضوح والتنازع في كثير من الأحيان مع اختصاصات جهات أخرى، مرده أولا إلى كثرة النصوص القانونية والتنظيمية وتشعبها، ثم غموضها وقدمها وعدم دقتها ومسايرتها للتحويلات الاجتماعية والاقتصادية للبلاد. بالإضافة إلى صحوه ذوي الحقوق الذي أصبحوا يطالبون بحقهم في الحصول على المعلومة، والمشاركة في اتخاذ القرار في ما يملكون. وهي تحولات تقتضي مواكبتها على المستوى الترابي بمزيد من الانفتاح والانصات والتفاعل مع قضايا الجماعات السلالية.

وإلى حين تدخل المشرع بوضع إطار قانوني يحكم هذه الأراضي بشكل يساير التحويلات التي عرفتها البلاد ويوازن بين متغيرين أولهما، المحافظة على التوازنات والسلم الاجتماعي القائمين في المجتمع القروي وعدم زعزعت الرابط السيكولوجي لذوي الحقوق مع الأرض، وثانيهما صون هوية وموروث ثقافي يجب إدماجه في مسلسل التنمية، فإنه يتعين الأخذ بالاعتبار ضرورة إجلاء اللبس والغموض الذي يكتنف اختصاص رجال السلطة في تدبير الحياة العامة للجماعات السلالية وممتلكاتها، وتقادي تضخمها ومحاربة تنضيدتها، والعمل على أن تكون فعالة وشاملة بأن يكون هذا الاختصاص مبني على نص قانوني صلب وواضح بدل الاعتماد على الدوريات والمنشآت في إسناد بعض الاختصاصات. إن ضمان تدبير جيد للجماعات السلالية وممتلكاتها بناء على مقومات الحكامة الترابية يعد رافدا أساسيا ومحوريا للاستقرار الاجتماعي والاقتصادي لأعضائها، وهو ما يحتم العمل على تمكين رجال السلطة من اختصاصات واضحة للنهوض بدور هذه الجماعات في التنمية الاجتماعية والاقتصادية للبلاد.

¹القرار عدد 27، الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، بتاريخ 1970/06/12، بين السيد الهواري رمضان ضد السيد وزير الداخلية، منشور بمجلة القضاء والقانون، منشورات وزارة العدل، العدد 118، السنة الثانية عشرة، ص 449.

دراسة حول مظاهر التعارض بين النظام المؤسس للمحكمة الجنائية الدولية وقواعد السيادة الوطنية للدول

لحبيب النعيمي

طالب باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية بوجدة

مازال كثير من الجدل والاختلاف والشد واللغظ يدور بشأن الاتفاقية المنشأة للمحكمة الجنائية الدولية، وذلك للعديد من الأسباب التي تبلور معظمها حول الإشكاليات الخاصة بمسائل السيادة الوطنية، وأحقية القضاء الوطني بالولاية عن الجرائم التي تقع داخل البلد.

كما أن هناك تجاذبا قائما حول الاختصاص الموضوعي للمحكمة، وتناقض الاختصاصات والمواقف بينها وبين مجلس الأمن بالذات، في مواجهة الدول غير الأطراف في نظام روما الأساسي¹. فدول العالم الثالث ترفض دائما السماح للدول الأخرى بالتدخل في المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان، بدعوى تعارض ذلك مع مآلها من سيادة وطنية.

فالسماح بهذا التدخل من شأنه إعطاء الفرصة للدول الكبرى للهيمنة على مقدراتها السياسية والاقتصادية، بعدما استطاعت الحصول على استقلالها السياسي².

لذ، سنفسر من خلال ثلاث مطالب أهم مظاهر التعارض بين النظام المؤسس للمحكمة الجنائية الدولية وقواعد السيادة الوطنية للدول.

المطلب الأول: مبدأ عدم جواز المحاكمة عن ذات الفعل مرتين

إن مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن ذات الفعل مرتين، يعد من المبادئ الدستورية الراسخة، كما أن الدول تسلم بهذا المبدأ باعتباره احد الأسس التي تقوم عليها الدولة القانونية³.

كما أن مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن ذات الفعل مرتين يعد جزءا من الحقوق الأساسية التي يجب صونها من الاعتداء عليها⁴.

إلا أن نظام روما الأساسي وبالرغم من تبني هذا المبدأ بموجب المادة (20)، فقد أورد إستثناءات على عدم جواز محاكمة الشخص عن ذات الفعل مرتين، مما يتيح للمحكمة الجنائية الدولية محاكمة شخص سبق أن حوكم عن ذات الفعل أمام قضاة الوطني.

فماهي إذا الحالات التي يمتنع فيها على المحكمة الجنائية الدولية محاكمة الشخص مرتين، وأين تتجلى الإستثناءات الواردة على ذلك؟

1 : لؤي محمد حسين الناييف، العلاقة التكاملية بين المحكمة الجنائية الدولية القضاء الوطني، (مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27 العدد الثالث، 2011)، ص 527.

2 : محمد الرزق، الشرعية الدولية بين قوة القانون وقانون القوة، أطروحة دكتوراه، (الرباط: جامعة محمد الخامس - السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، تخصص قانون عام، 2002)، ص 115.

3 : علي خلف الشرعة، مبدأ التكامل في المحكمة الجنائية الدولية، (عمان: دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2012)، ص 96.

4 : محمد شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية: نشأتها ونظامها الأساسي مع دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولية والمحاكم الوطنية الدولية السابقة، (القاهرة: مطابع روز اليوسف الجديدة، الطبعة الثالثة، 2002)، ص 172.

الفرع الأول: حالات عدم جواز محاكمة الشخص مرتين عن نفس الفعل

الأصل إن لا يخضع الشخص لمحاكمة ثانية عن ذات الفعل الذي قد سبق إن حوكم به، تطبيقاً لمبدأ عدم جواز المحاكمة عن الجريمة مرتين، وقد تبنى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية هذا المبدأ صراحة، بموجب نص المادة (20) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية¹. وعليه فإنه يمتنع على المحكمة الجنائية الدولية حسب المادة (20) محاكمة الشخص عن ذات الفعل مرتين في الحالات التالية:

- 1- لا يجوز، إلا كما هو منصوص عليه في هذا النظام الأساسي، محاكمة أي شخص أمام المحكمة عن سلوك شكل الأساس لجرائم كانت المحكمة قد أدانت الشخص بها أو برأته منها.
 - 2- لا تجوز محاكمة أي شخص أمام محكمة أخرى عن جريمة من تلك المشار إليها في المادة 5 كان قد سبق لذلك الشخص أن أدانته بها المحكمة أو برأته منها.
 - 3- الشخص الذي يكون قد حوكم أمام محكمة أخرى عن سلوك يكون محظوراً أيضاً بموجب المواد 6 أو 7 أو 8 لا يجوز محاكمته أمام المحكمة فيما يتعلق بنفس السلوك.
- إن مبدأ عدم جواز المحاكمة عن ذات الفعل مرتين، يتماشى مع خاصية مبدأ التكامل الذي يمنع المحكمة الجنائية الدولية من ممارسة اختصاصها، وذلك عندما يمارس القضاء الوطني اختصاصه الفعلي، فمبدأ عدم جواز المحاكمة عن الجريمة مرتين يحفظ حق الأفراد في عدم المثول أمام القضاء، بعدما تمت محاكمتهم سابقاً عن ذات الفعل سواء بالإدانة أو التبرئة.

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم محاكمة الشخص مرة ثانية

لقد أوردت المادة (3/20) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية استثناءات على مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن ذات الفعل مرتين، وذلك عندما تكون إجراءات المحكمة الوطنية قد تمت في إحدى الحالات التالية². أولاً: قد اتخذت لغرض حماية الشخص المعني من المسؤولية الجنائية عن جرائم تدخل في اختصاص المحكمة أو، ثانياً: لم تجر بصورة تتسم بالاستقلال أو النزاهة وفقاً لأصول المحاكمات المعترف بها بموجب القانون الدولي. ثالثاً: أن تكون المحاكمة قد على نحو لا يتسق مع النية إلى تقديم الشخص المعني للعدالة.

إن الاختصاص الوطني ليس متروكاً للدولة تمارسه كيفما شاءت، ووفقاً لإجراءات تختارها بكامل حريتها، فهو ليس حقاً بقدر ما هو التزام على عاتق الدولة، فإذا أخلت به يحق للمحكمة الجنائية أن تحل محلها للقيام بالمهمة التي أنيطت بها، في المقام الأول، بالدولة لتحريك عجلة قمع الجريمة الدولية والتصدي لكل إفلات من العقاب³.

والواقع أن النظر إلى هذه الحالات الاستثنائية التي تقرر المحكمة اختصاصها بمقتضاه بإعادة محاكمة الشخص عن الفعل نفسه، فهي وإن كانت تشكل ضوابط لعدم إفلات المجرمين من العقاب، تكشف عن إمكانية إهدار حجة الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الوطنية، والتشكيك في نزاهة السلطة القضائية واستقلالها، وهذا ينطوي على محاكمة للنيات، إذ يكفي أن تشكيك المحكمة في نزاهة المحاكمة التي جرت أمام القضاء الوطني، الأمر الذي لا يمكن التسليم به، لأنه يتعارض مع منطلق الأشياء ومبادئ العدالة ويفتح باب آخر لتسييس عمل المحكمة⁴.

1: علي يوسف الشكري، القضاء الجنائي الدولي في عالم متغير، (عمان: دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2008)، ص 234.

2: علي خلف الشرعة، مرجع سابق، ص 99.

3: بلخيري حسينة، العدالة الجنائية الدولية ودورها في حماية حقوق الإنسان، (الجزائر: دار هوم، الطبعة الأولى، 2003)، ص 112.

4: عبد الحق ميمونة، الاختصاص التكميلي للمحكمة الجنائية الدولية وعلاقته باختصاص المحاكم الوطنية، مجلة المستقبل العربي، (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 363، مايو 2009)، ص 56.

وما يزي هذا الطرح، أنه لا يمكن القول إن هنالك ضوابط دقيقة للغاية تحدد ما إذا كانت الدولة قد اتخذت ما من شأنه أن ينفي المسؤولية الجنائية الدولية عن الشخص المسؤول، إلا إذا كانت إجراءات المحاكمة صورية، أو ظهر بشكل جلي أن التهم التي أسندت إلى المتهم لا تتفق والسلوك الذي أتاه بما له من قدر من الجسامة، أو إذا كانت العقوبة التي تم توقيعها عليه لا تتناسب مع السلوك الإجرامي، والتي من المفترض، بطبيعة الحال، أن يكون ورد النص عليها في المدونة العقابية الوطنية¹.

المطلب الثاني: مباشرة المدعي العام للتحقيق فوق إقليم دولته

تضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، صلاحيات مهمة لهيئة الإدعاء العام أثناء قيامها بمهامها في التحقيق وتوجيه الإتهام، الأمر الذي قد يرى على أنه يشكل إعتداء على السيادة الوطنية للدول.

الفرع الأول: اختصاصات المدعي العام في التحقيق على إقليم دولته طرف أو دولته أخرى بموجب اتفاق خاص

أكد نظام روما الأساسي على العديد من صلاحيات المدعي العام في التحقيق على إقليم دولة طرف أو دولة أخرى بموجب اتفاق خاص، وذلك من خلال النصوص التالية:

_ الفقرة (2) من المادة (4) منحت المحكمة الجنائية الدولية حق ممارسة وظائفها وسلطاتها في إقليم دولة طرف في النظام الأساسي، أو إقليم دولة أخرى بموجب اتفاق خاص.

_ الفقرة (2) من المادة (54) تسمح للمدعي العام أن يقوم بالتحقيق على إقليم دولة ما، وفق نصوص الباب التاسع أو بإذن من دائرة ما قبل المحكمة.

_ المادة (3/57 د) يصدر الإذن من قبل المحكمة على هيئة أمر ويجوز أن يحدد الأمر الإجراءات الواجب إتباعها في الاضطلاع بجمع الأدلة.

_ الفقرة 4 من المادة (99) تنص على أنه للمدعي العام أن ينفذ طلب المساعدة على إقليم أي دولة طرف مباشرة، كإجراء مقابلة مع أي شخص أو الحصول على أدلة منه على أساس طوعي دون حضور السلطات الوطنية في تلك الدولة، ويمكنه إجراء معاينة لموقع عام أو أي مكان عام آخر.

يجدر بنا أن نذكر إن الدول، إذا قامت بواجبها في إجراء التحقيق أو المحاكمة، فإنه لا ينعقد الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية ابتداء، ويذكر أيضا أن مبررات النص على مبدأ التكامل، حث الدول على ممارسة اختصاصها على الجرائم الأشد خطورة على المجتمع الدولي².

الفرع الثاني: تعارض صلاحيات المدعي العام في التحقيق على إقليم دولته مع أحكام سيادة الدول

لقد تم توسيع دور المدعي العام استنادا إلى المادة 15 من النظام الأساسي، على نحو يشمل مباشرة التحقيق أو الملاحقة القانونية في حالة اقرار الجرائم المنصوص عليها في المادة 5 والتي تهم المجتمع الدولي برمتها بشكل يعزز الاستقلالية والنزاهة، وهذه السلطة تجعله يعمل نيابة عن المجتمع الدولي بدلا من أن ينوب فقط عن دولة متظلمة أو عن مجلس الأمن³.

فإذا كانت الديباجة والمادة (1) قد تضمنت ما معناه أن المحكمة في ممارستها اختصاصها تقوم على احترام مبدأ سيادة الدول وعدم النيل من سيادتها القضائية، من خلال النص على أن تكون المحكمة مكتملة للاختصاصات القضائية الجنائية الوطنية، فإن المادة (17) سمحت للمحكمة أن تنال من هذه السيادة، بأن تقرر أن الدولة المعنية غير قادرة أو

1: عبد الفتاح محمد سراج، مبدأ التكامل في القضاء الجنائي الدولي- دراسة تحليلية تأصيلية، (القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2001)، ص 50.

2: علي خلف الشرعة، مرجع سابق، ص 92.

3: عبد الرزاق أماسي، المحكمة الجنائية الدولية بين الطموحات القضائية وقيود النظام الدولي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، (سلا: جامعة محمد الخامس- السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، تخصص قانون عام، 2007)، ص 60.

راغبة في الاضطلاع بالتحقيق أو المقاضاة، إذ يخشى أن تمارس المحكمة هذه الصلاحية بازدواجية وبأبعاد سياسية لا قانونية، بشكل يعد اعتداء على مبدأ المساواة في السيادة بين الدول¹.

إن المادة 17 تمنح المحكمة سلطة الإشراف على سير التحقيقات والمقاضاة التي يجريها القضاء الجنائي الوطني، والمادة 18 تمنح مدعي عام المحكمة سلطة الاضطلاع على التحقيقات الوطنية ومراقبتها جدياً.

للمدعي العام السلطة فيما يختص بإجراءات التحقيق على إقليم أي دولة طرف في نظام روما الأساسي للمحكمة، حتى وان لم توافق الدولة طالما حصل المدعي العام على إذن من الدائرة التمهيدية، وللمدعي العام في سبيل إجراء التحقيق إن يلتمس تعاون أي دولة أو منظمة حكومية دولية أو أي ترتيب دولي².

ينثار التعارض مع أحكام السيادة الوطنية للدول عند ممارسة المدعي العام لاختصاصاته فوق إقليم دولة ما ومع رعاياها، وبالتغاضي عن سلطات التحقيق الوطنية ودون موافقتها، وحتى دون حضورها، خاصة إذا ما استحضرننا أن تلك الإجراءات تمس باستقلال القضاء الوطني صاحب الولاية القضائية الأصلية.

فبالنسبة للملاءمة التشريع الداخلي مع نظام روما فيما يتعلق بالتعارض مع السيادة، فإن المجلس الدستوري الفرنسي، اعتبر أن مقتضيات ممارسة المدعي العام للمحكمة سلطات البحث والتحقيق والتفتيش داخل فرنسا تمس بشروط ممارسة السيادة الوطنية³.

المطلب الثالث: تأثير مجلس الأمن على استقلالية المحكمة الجنائية الدولية

من المعلوم أنه لا توجد علاقة عضوية بين المحكمة الجنائية الدولية ومجلس الأمن، فبقراءة سريعة لميثاق منظمة الأمم المتحدة نجد بأن المحكمة الجنائية الدولية ليست جزء من مؤسسات الأمم المتحدة، كمحكمة العدل الدولية مثلاً، وعليه فمن البديهي أن لا تكون هناك سلطة لمجلس الأمن على المحكمة الجنائية الدولية بالرغم من السلطات الواسعة التي منحها ميثاق الأمم المتحدة له في سبيل الحفاظ على السلم الأمن الدوليين.

لذا، تكتسي علاقة مجلس الأمن بالمحكمة الجنائية الدولية أهمية حاسمة، إذا ما نظرنا إليها من زاوية تفعيل دور هذه الأخيرة، وكذلك توسيع دائرة المصادقة على نظامها الأساسي، ويعتبر تدخل مجلس الأمن في اختصاص المحكمة الجنائية أثناء التحقيق والمقاضاة، وكذا التأثير على صلاحيات المدعي العام، أهم ما يمس بجوهر استقلالية المحكمة الجنائية الدولية. على اعتبار أن حق الإحالة المخول لمجلس الأمن وفق المادة السادسة عشر من نظام روما الأساسي، يمكن تفهمه ارتباطاً بصلاحيات مجلس الأمن الواسعة في حفظ السلم والأمن الدوليين⁴.

الفرع الأول: سلطة مجلس الأمن في إرجاء التحقيق والمقاضاة

يملك مجلس الأمن سلطة إصدار قرار وفق الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة موجه إلى المحكمة الجنائية الدولية، يتضمن طلب تأجيل التحقيق أو المقاضاة.

1 : ماجد عمران، السيادة في ظل الحماية الدولية لحقوق الإنسان، (مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الأول، 2001)، ص 477.

2 : حامد سيد محمد حامد، سلطة الانهمام والتحقيق بالمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، (القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2010)، ص 132.

3 : محمد عبد النباوي، نظام المحكمة الجنائية الدولية: إشكالية المصادقة والتطبيق، مجلة المحاكم المغربية، عدد 93، مارس/أبريل 2002.

4 : بالرغم من أن المحكمة الجنائية الدولية قد أنشأت بموجب اتفاقية دولية بين الأعضاء الموقعين على نظامها الأساسي، وبالرغم من أن تلك الاتفاقية لا تكون ملزمة إلا للأطراف الموقعين عليها فقط، إلا أن واضعي النظام الأساسي للمحكمة الجنائية قد اوجدوا نصاً يعطى لمجلس الأمن الحق في إحالة الحالات التي يرى فيها مجلس الأمن انتهاكاً للأمن والسلم الدوليين إلى المحكمة الجنائية الدولية بغرض التحقيق فيها ومحاكمة المتهمين إن كان هنالك وجه للاهتمام والمحاكمة.

لذا فقد نصت المادة السادسة عشر من نظام المحكمة الجنائية الدولية على: "إذا رأى أن جريمة أو أكثر من الجرائم الواردة في نظام روما الأساسي قد ارتكبت، فله سلطة أن يطلب من المحكمة، وقف إجراءات التحقيق أو المحاكمة أمامها لمدة 12 شهراً قابلة للتجديد بناء على قرار يتخذه المجلس".

إن مسيرة محكمة العدل الدولية تشكل برهانا ساطعا على التزام مؤسسة القضاء الدولي بالاستقلالية وبعيدة عن التدخل في ألياتها وإجراءاتها القضائية من قبل أجهزة الأمم المتحدة كافة، ولاسيما مجلس الأمن، الذي تقتصر مهمته على المشاركة في انتخاب قضاة محكمة العدل الدولية مع الجمعية العامة بموجب المادة الثامنة من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

فلا يجوز أن تشكل المحكمة الجنائية الدولية استثناء من القاعدة الدولية الآمرة باستقلال القضاء*، إلا أن واقع النظام الأساسي للمحكمة يقود بصورة لا لبس فيها إلى تدخل مؤسسي من مجلس الأمن في إجراءات المحكمة مما ينفي عنها الاستقلالية الواجبة¹.

إن لجوء مجلس الأمن إلى إجراء ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصاتها، قد يؤدي إلى ضياع الأدلة، وإخفاء آثار الجريمة، وهذه الأمور كلها ضرورية من أجل حسن سير التحقيقات في الدعوى. وبالرغم من خطورة هذا النص، إلا أن البعض يرى أنه يمكن أن يخفف من خطورته قيدين يتعين على مجلس الأمن مراعاتهما، عند اللجوء لهذه الصلاحية:

القيود الأول: أن قرار مجلس الأمن المتضمن طلب الإجراء يجب أن يصدر عن المجلس، استنادا إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، مما يعني أنه يجب أن يشكل نظر المحكمة الجنائية الدولية لأحدى تلك الجرائم، مساس بالسلم والأمن الدوليين².

القيود الثاني: أن يكون الإجراء في صورة قرار يتضمن طلب الإجراء بشكل صريح، يصدر عن مجلس الأمن، وفي اشتراط ضرورة إصدار قرار من مجلس الأمن، ما يقلل من احتمالية الإجراء دون مسوغ قوي، أو إلى ما لا نهاية، ذلك إن قرارات مجلس الأمن، يجب أن تصدر بإجماع الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن، مع الأخذ بعين الاعتبار أن عدم موافقة أحد هؤلاء الأعضاء، لا يحول دون إصدار قرار عن مجلس الأمن بسبب (حق الفيتو)³.

إنه من الجدير أن نشير إلى تخوف العديد من الآراء، من أن تغلب التأثيرات السياسية على صلاحية مجلس الأمن في إرجاء التحقيق، لتصبح وسيلة تمكن البعض من الحيلولة دون نظر المحكمة الجنائية الدولية في بعض الدعاوى، من خلال تعطيل اختصاصها بموجب هذه الصلاحية⁴.

فما دام مجلس الأمن أداة سياسية، بينما المحكمة الجنائية الدولية آلية قضائية، فإذا يجب الفصل بين السلطة السياسية ممثلة في مجلس الأمن والسلطة القضائية للمحكمة الجنائية الدولية حتى لا يؤثر ذلك على سير العدالة.

* اعتمدت الأمم المتحدة مجموعة من القواعد الأساسية لاستقلال السلطة القضائية على الصعيد الوطني، ومن أهم الصكوك الدولية عن استقلال السلطة القضائية، مبادئ أساسية بشأن استقلال السلطة القضائية اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد بميلانو (إيطاليا) بين 26 أغسطس إلى 6 سبتمبر 1985، وأقرت بقراري الجمعية العامة رقم 40/32 تاريخ 1985/11/29 و 40/146 تاريخ 1985/12/13.

1: محمود ضاري خليل وباسيل يوسف، المحكمة الجنائية الدولية: هيمنة القانون أم قانون الهيمنة، (بغداد: بيت الحكمة، الطبعة الأولى، 2003)، ص 186.

2: علي خلف الشرعة، مرجع سابق، ص 116.

3: علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2001)، ص 345.

4: نفس المرجع سابق، ص 344 و 345.

أي أن مجلس الأمن يمكن له أن يشل تماما حركة المحكمة في قضية معينة، ضدا على مبادئ المساواة وعدم الإفلات من العقاب التي بني عليها النظام، وضدا حتى على استقلالية المحكمة المعلنة في النظام، وضدا في النهاية على ما تنص عليه المادة 24 من ميثاق هيئة الأمم المتحدة من ضرورة احترام مبادئ العدل والقانون الدولي، ولا يمكن التدرج في هذا الباب بدور مجلس الأمن في المحافظة على السلم والأمن الدوليين، إذ كيف يمكن أن نتصور أن توقيف البحث أو المتابعة أو المساءلة في جرائم المادة 5 يمكن أن يخدم القانون الدولي الإنساني، ويساهم في إرساء السلم والأمن الدوليين؟ وبالنظر إلى مقصد تأسيس نظام قانوني فوق وطني، يعتبر نظام قانوني جنائي دولي فعال جزءا أساسيا منه، تواجه النظرية القانونية حتما معضلة الواقعية السياسية، في مقابل المثالية القانونية¹.

بتعبير آخر، يمكن لأحدى الدول الكبرى، صاحبة العضوية الدائمة، أن تحيل ملفا وأن تجمد غيره، وعليه تختلط السياسة الدولية بالقانون الدولي، وتطغى لغة المصالح الدولية على فكرة العدالة الدولية².

إن ما قد يراه البعض انحرافا من مجلس الأمن في استخدام السلطات التي منحها إياه ميثاق الأمم المتحدة للمحافظة على السلم والأمن الدوليين، قد لا يراه البعض الآخر مشكلا لمثل هذه المخالفة، استنادا على نظرية الاختصاصات الضمنية في تفسير موثيق المنظمات الدولية³.

كما أنه يرى آخرون، أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، قد أعطى هذه الصلاحيات لمجلس الأمن، في إرجاء إجراءات المحكمة الجنائية الدولية، لكي يتمكن من تسوية المسألة المطروحة أمامه بالطرق السلمية، بحيث يكون اللجوء إلى المحكمة كحل أخير، خاصة وأن حل المسائل السياسية يختلف عن الفصل في القضايا ذات الطابع القانوني⁴.

الضلع الثاني: استقلالية الادعاء العام في مباشرة مهامه

يتمتع مكتب المدعي العام بالحرية والاستقلال في العمل، ولقد أكد ذلك نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ونصت المادة (42) على أن: "يعمل مكتب المدعي العام كجهاز مستقل ومنفصل عن المحكمة الجنائية الدولية، ويتأهله المدعي العام ويكون له السلطة الكاملة على الإدارة والإشراف على المكتب...".

فلاحظ أن مكتب المدعي العام مستقل في مواجهة هيئة رئاسة المحكمة، فلا تمتلك هيئة الرئاسة إشرافا أو توجيها أو سلطة على مكتب المدعي العام، وهو مستقل كذلك في مواجهة كل من الشعب الاستئنافية والابتدائية والتمهيدية، وهناك توازن في السلطات فيما بين هذه الشعب ومكتب المدعي العام⁵.

ونشير إلى أن النيابة العامة على مستوى المحكمة الجنائية الدولية، مستقلة بشكل تام عن الدول الأطراف، ففي معظم الأحيان تدمج في نظام السلطة التنفيذية على الصعيد الوطني.

غير أن المحكمة الجنائية الدولية، على المستوى الإجرائي العام، تحظى باستقلالية مهمة عن السلطة التنفيذية، أكثر من عدة أنظمة قضائية محلية، أو أغلبها، فكما لاحظ خصوم مشروع المحكمة الدولية بحق، يعتبر موقع النائب العام في سياق المحكمة الدولية أقوى من باقي المحاكم الأخرى، إذ يعود الفضل في هذه الاستقلالية إلى عدم تدخل أي هيئة سياسية مع إدارة شؤون النيابة العامة، حيث يمكنه أن يباشر أي قضية من تلقاء ذاته⁶.

1 : هانس كوكغر، العدالة الجنائية الدولية في مفترق الطرق: عدالة عالمية أم انتقام شامل؟، (الدار البيضاء: طوب إدبسيون، الطبعة الأولى، 2011)، ص 27.

2 : عدنان السيد حسين، "العدالة الدولية الملتبسة"، المجلة العربية للعلوم السياسية، (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 22، ربيع 2009)، ص 4.

3 : محمد الرزق، مرجع سابق، ص 80 و81.

4 : عبد الفتاح محمد سراج، مرجع سابق، ص 115 و116.

5 : حامد سيد محمد حامد، مرجع سابق، ص 131.

6 : هانس كوكغر، مرجع سابق، ص 32.

ومما يستدعي الانتباه أن اختيار المصدر المناسب للحصول على المعلومات التي تؤكد صحة الشكوى المستلمة، هي إحدى خصائص استقلالية المدعي العام في مرحلة الدراسات الأولية*.

إن المدعي العام غير محصور بين التعامل مع الأفراد العاديين والدول ذات العلاقة فقط، وعليه فقد أفردت بعض المصادر على سبيل الاختيار وهي:

_ أجهزة الأمم المتحدة.

_ المنظمات الحكومية.

_ المنظمات غير الحكومية.

_ التماس معلومات إضافية من الدول.

_ تلقي الشهادات التحريية والشفهية في مقر المحكمة ومصادر أخرى موثوق فيها¹.

لعل ما يثير الانتباه أو ربما يثير الشعور بالتناقض على الأقل بالنسبة للباحث، كون الجهاز مستقل ثم يقيد بعلاقة واسعة النطاق والصلاحيات مع جهاز خارجي ذي اختصاص سياسي خارج هيئة المحكمة أو أجهزتها. قد يكون ذلك مساساً بمبدأ عام في القانون وهو استقلال القضاء².

قد يكون من المقبول أن يقوم مجلس الأمن بإحالة حالة معينة إلى المحكمة الجنائية الدولية بغرض ممارسة اختصاصها القضائي تجاهها، خصوصاً عندما تتضمن إخلالاً أو تهديداً للأمن والسلم الدوليين، غير أن هذه السلطة لا ينبغي أن تتضمن أي سيطرة لمجلس الأمن اتجاه الإجراءات القضائية التي تقوم بها المحكمة بشأن تلك الحالات، أو بشأن أوضاع أخرى يتم إحالتها إلى المحكمة من قبل الدول الأطراف، أو يتم البدء في إجراءاتها من قبل المحكمة من تلقاء نفسها. إن مجمل الإجراءات القضائية في هذا الإطار يجب أن تحترم اعتبارات العدالة الجنائية، وتلتزم بقرارات المحكمة دون أي جهة أخرى، مما يخدم استقلالية المحكمة الجنائية الدولية ويضفي مصداقية أكبر على إجراءاتها وقراراتها القضائية.

* تتحقق مدى واقعية الحالة محل الدراسة الأولية لدى المدعي العام عن طريق الحصول على معلومات من مصادر حددتها المادة (15) على سبيل المثال لا الحصر، وذلك تجنباً للغرض في دعوى كيدية لا أساس لها من الصحة.

1 : سندیانته أحمد بودراعة، صلاحيات المدعي العام في المحكمة الجنائية الدولية والقيود الواردة عليها، (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2011)، ص 116.

2 : نفس المرجع السابق، ص 154.

النظام القانوني لشرطة المياه ودورها في حماية الملك العام المائي

حليمة السعيدية فاكول
طالبة باحثة في سلك الدكتوراه
تخصص علوم قانونية
جامعة محمد الخامس الرباط، كلية
الحقوق سلا

أحدثت الشرطة القضائية بالمغرب سنة 1956 وذلك بمقتضى ظهير رقم 115-56-1، وتنقسم الشرطة إلى قسمين حسب الوظيفة المسندة لها، الشرطة الإدارية والشرطة القضائية. يقصد بالأولى أجهزة الدولة أو السلطة التنفيذية التي تهدف إلى تحقيق الأمن والسكينة والصحة العامة للأفراد أو ما يسعى بالأمن العام، وحماية المجتمع من الاضطرابات سواء بمنع وقوعها أو وقفها أو منع تفاقمها¹. ولضمان ذلك يمكن للسلطة أن تلزم كل نشاط للتقيد ببعض التدابير التي تتخذها.

أما الشرطة القضائية فتبدأ مهمتها مباشرة بعد وقوع الفعل الإجرامي أي عند فشل الشرطة الإدارية في مهمتها وتعتبر هيئة مساعدة للجهاز القضائي²، ودورها يتجلى في التثبت من مخالفات القانون الجنائي والبحث عن مرتكبها مع خلق نوع من التوازن بين حقوق المجتمع وحقوق الأفراد.

وفي هذا الإطار رأى المشرع أن يسند بعض مهام الشرطة القضائية إلى بعض موظفي الإدارات والمصالح العمومية وذلك لما يتوفرون عليه من خبرة في ميدان تخصصاتهم وكذلك تدعيما لمجهودات الشرطة القضائية في ميدان زجر المخالفات للقانون الجنائي بصفة خاصة³، وذلك ما نصت عليه المادة 27 من قانون المسطرة الجنائية التي أشارت إلى أصناف من الموظفين والأعوان المكلفين ببعض مهام الشرطة القضائية.

وبناء على ذلك فإن بعض الموظفين بالإدارات التي تتدخل في تدبير الملك العام المائي، يتم تعيينهم وفق قرار صادر عن كاتب الدولة المكلف بالماء لممارسة شرطة المياه، وهذه الأخيرة تشكل طريقة من طرق المراقبة التي تستهدف بالأساس الأنشطة التي تشكل خطرا على الموارد المائية وذلك من أجل تحقيق تدبير جيد للموارد المائية المتاحة⁴. وتعتبر شرطة المياه جهازا إداريا يتمتع بالصفة الضبطية يتولى ضبط ومعاينة الخروقات والجرائم الماسة بسلامة الملك العام المائي بصفة خاصة والأمن المائي بصفة عامة⁵.

ولهذا فقد عمل المشرع على تنظيم هذه المهمة مبكرا عبر ظهير فاتح غشت 1925 من خلال التنصيب على ضباط للمياه، هذا الظهير الذي حدد الأشخاص الذين يمكنهم معاينة والتثبت من المخالفات التي تمس بالموارد المائية، الأمر الذي أكده القانون 95-10 المتعلق بالماء⁶.

- حسام مرسي: "سلطة الإدارة في مجال الضبط الإداري"، دار النشر الفتح، مصر، 2010، ص 106 و117.¹

- عبد الغاني نافع: "المسطرة الجنائية المغربية في شروح الضابطة القضائية"، الأحمدي للنشر، الطبعة الأولى، 2001، ص 17.²

- العربي أبو أنوار: "النظام القانوني لشرطة الملك العمومي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 20-21 يوليو-جنبر 1997، ص 69.³

⁴ - «Police de l'eau» Rapport d'activité 2008, Ministère de l'Écologie de l'énergie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire, République Française, WWW.developpement-durable.Gouv.fr.

⁵ - علوي طاهري سيدي محمد: "حقوق المياه في التشريع المغربي"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص وحدة القانون المدني المعقق، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكدال، الرباط، 2008-2009، ص 209.

⁶ - ظهير شريف رقم 1.95.154 صادر في 18 ربيع الأول 1416 (1 غشت 1995) بتنفيذ القانون رقم 95-10

المتعلق بالماء، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 4325 بتاريخ 20 شتنبر 1995، ص 2520.

ويحظى موضوع شرطة المياه بأهمية بالغة نظرا لارتباطه بأدوات الضبط الإداري بمدلوله العام، وما يطرحه الموضوع كذلك من إشكالات حول الأمن المائي خصوصا في وضع يتسم بندرة الموارد المائية وما تتعرض له من استنزاف وتديبر غير معقلن، مما يجعل من مسألة ضبط استعمال الموارد المائية أكبر تحدي في الألفية الثالثة. لهذا فالوقوف عند النظام القانوني الخاص بشرطة المياه ودور هذه الأخيرة في حماية الملك العام المائي من شأنه أن يشكل فرصة للفت الانتباه حول موضوع لم يحظى بكثير من الاهتمام من قبل الدارسين للمادة الإدارية. فإلى أي حد كان المشرع المغربي موفقا في ضبط الإطار القانوني المنظم لشرطة المياه بما يسمح بتديبر أمثل للملك العام المائي؟

المبحث الأول: شرطة المياه: قراءة في الإطار القانوني والتنظيمي

سبق القول بأن عمل الشرطة القضائية يتبدى فور وقوع الجريمة وهو ما يضيف عليها طابعا بعديا وزجريا، مقارنة بالشرطة الإدارية الذي ينحصر في اجتناب وقوع الجريمة.

واختصاص شرطة المياه كشرطة قضائية يتطلب إلمام هذه الأخيرة بالتشريع المائي والبيئي الذي يوضح الدور الأساسي لها في تديبر الملك العام المائي، والذي من شأنه تسهيل مهمتها فيما يتعلق بإجراء المعائنات وتوفير الحماية الضرورية لها أثناء ممارستها لاختصاصاتها.

المطلب الأول: النصوص القانونية المنظمة لشرطة المياه

نظرا لتعدد القوانين القطاعية في مجال تجريم المخالفات المتعلقة بالمياه، ارتأينا التركيز على أهمها، والتي يتضح أنها إما نصوص ذات طابع مشترك تهم مجموعة من المجالات، أو أخرى لها طابع خاص تهم مجال البيئة والماء بصفة خاصة. فظهر 25 غشت 1914 الذي يتعلق بالمحلات المضرة بالصحة والمزعجة والخطيرة، والذي تم اعتماده ضمن النصوص القانونية التي تهدف إلى وقاية المياه من كل المخالفات-بالرغم من أنه يهدف أساسا إلى تنظيم ميادين أخرى، كالأمّن، السكنية العامة والملكية- نص في الفصل الأول منه على أن المحلات المضرة بالصحة¹ والفصل 27 من القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية وفق آخر التعديلات المدخلة بموجب القانون رقم 79.03 ينص على أنه "يمارس موظفو وأعوان الإدارات والمرافق العمومية الذين تسند إليهم بعض مهام الشرطة القضائية بموجب نصوص خاصة، هذه المهام حسب الشروط وضمن الحدود المبينة في هذه النصوص" إضافة إلى النصوص السابقة، تمارس شرطة المياه اختصاصاتها بناء على مقتضيات منصوص عليها في عدة قوانين لها ارتباط بالماء والبيئة.

ويعود إنشاء شرطة المياه إلى ظهر فاتح غشت 1925 بمثابة ضباط للمياه، والذي حدد الأشخاص الذين يمكنهم ممارسة هذه المهمة وهم مهندسو الطرق والأشغال العمومية والموظفون والأعوان بإدارة المياه والغابات الذين لهم الصفة الضبطية وكذلك ضباط الشرطة القضائية ودرك وكل شخص مكلف بحراسة المياه وخصوصا المحافظون على المياه². كما أن القانون رقم 11.03 ينص على أنه يكلف بمعاينة المخالفات لأحكام هذا القانون مع مراعاة النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل ونصوصه التطبيقية لضباط الشرطة القضائية والموظفون والأعوان المنتدبون لهذا الغرض من لدن الإدارة المختصة، وموظفو الجماعات المحلية المفوض لهم بذلك من طرف رؤساء المجالس الجماعية وكذا المحلفون وفقا للتشريع الخاص باليمين المفروض أداؤها على المأمورين محرري المحاضر، وكل خبير أو شخص معنوي كلف بهذه المهمة بصفة استثنائية من طرف الإدارة³.

¹ - "الشرطة القضائية في مجال المياه بالمغرب"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، الدار البيضاء، السنة 1998-1999، ص 27.

² - علوي طاهري سيدي محمد، مرجع سابق، ص 209.

³ - المادة 77 من الظهير الشريف رقم 1.03.59 الصادر في 10 ربيع الأول 1424 (12 ماي 2003) بتنفيذ القانون رقم 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 5118، بتاريخ 19 يونيو 2003.

وينص على ذلك أيضا القانون المتعلق بدراسات التأثير على البيئة¹ والقانون المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها²، هذه من بين النصوص الأساسية التي أسندت بعض مهام الضابطة القضائية لموظفي الإدارات العمومية في مجال الملك العام المائي، حيث أسندت مهام إثبات الجرائم والمخالفات إلى مجموعة من الموظفين التابعين للقطاعات المعنية والمتدخلة في تدبير هذا الملك سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

ويشكل القانون رقم 95-10 المتعلق بالماء، القانون المؤطر بشكل واضح لشرطة المياه. ذلك أنه ينص على تركيبة شرطة الماء التي تتكون من ضباط الشرطة القضائية العاملين في أسلاك القضاء والدرك الملكي والأمن الوطني، إضافة إلى الأعوان المحلفين الذين تعينهم بعض الإدارات المعنية بالقطاع ومن بينهم التابعين لوكالات الأحواض المائية³. وينص على مجالات تدخل هؤلاء الموظفين والأعوان والإجراءات التي يقومون بها من أجل حماية الملك العام المائي. يتضح مما سبق أن مجموع هذه النصوص بالإضافة إلى نصوص أخرى هي التي تحدد لشرطة المياه مجالات تدخلها وتقدم ضمانات من أجل ذلك.

المطلب الثاني: الضمانات المتعلقة بممارسة شرطة المياه

تتعلق ضمانات ممارسة شرطة المياه بمقتضيات التي تمكن من تسهيل مهمة المكلفين بشرطة المياه في القيام بالإجراءات المطلوبة في هذا الإطار وكذلك بتوفير الحماية الضرورية لهم أثناء ممارستهم لمهامهم، وهي وسائل تجعل هؤلاء في مأمن من كل تعسف أو تهديد وتجعلهم يؤدون مهامهم بكل راحة وطمأنينة⁴. وهذه الضمانات فيما ضمانات إدارية وأخرى جنائية.

الفقرة الأولى: الضمانات الإدارية

يحق للأعوان والموظفين المكلفون بشرطة المياه الحق في الولوج إلى المنشآت كالأبار والآثقال أو أية منشأة أخرى لالتقاط الماء أو جلبه أو صبه، ويمكن لهم مطالبة كل مالك أو مستغل للمنشأة تشغيل هذه الأخيرة قصد التحقق من خصائصها⁵، كما يحق لهم الحصول على المعلومات التي تساعد في القيام بمهامهم. وفي هذا الإطار جاء قانون الماء ينص في المادة 111 منه على أنه: "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في الفصل 609 من القانون الجنائي السالف الذكر كل من يجعل بأية وسيلة كانت الأعوان المشار إليهم في المادة 104 أعلاه في استحالة القيام بمهامهم".⁶ يتمتع الأعوان المكلفون بشرطة المياه، طبقا لمقتضيات المادة 19 من ظهير 24 فبراير 1958 بمثابة النظام العام للوظيفة العمومية، بحماية من طرف الإدارة التي يعملون بها⁶. فهذه الإدارة ملزمة ببناء على المادة السالفة الذكر، بحماية موظفيها من التهديدات والاعتداءات والسب والفضف الذي يتعرضون له بمناسبة مزاولتهم لمهامهم، وتعويضهم عند الاقتضاء وفقا للتشريع الجاري به العمل عن الأضرار التي قد تصيبهم، كما أن الدولة تحل محل موظفيها للدفاع عن حقوقهم والقيام بالأعمال التي يتطلبها هذا الدفاع⁷.

¹ - المادة 14 من الظهير الشريف رقم 1.03.60، الصادر في 12 ربيع الأول 1424 (12 ماي 2003) بتنفيذ القانون رقم 03-12 المتعلق بدراسات التأثير على البيئة، الصادر في الجريدة الرسمية عدد - 5118، بتاريخ 9 يونيو 2003.

² - المادة 62 من الظهير الشريف رقم 1-06-153 صادر في 22 نونبر 2006 بتنفيذ القانون رقم 06-28 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 5480 بتاريخ 7 دجنبر 2006.

³ - المادة 104 من القانون 95-10 المتعلق بالماء، مرجع سابق الذكر.

⁴ - العربي أبو الأنوار، مرجع سابق الذكر، ص 79.

⁵ - المادة 105 من القانون 95-10 المتعلق بالماء، مرجع سابق الذكر.

⁶ - المادة 19 من ظهير رقم 1.58.008 بمثابة النظام الأساسي للوظيفة العمومية، الصادر بتاريخ 11 فبراير 1958، بالجريدة الرسمية عدد 2372، الصفحة 914.

⁷ - « Manuel de la police de l'eau », Royaume du Maroc, Agence du bassin hydraulique de l'Oum Er-Rbia, targa conseils, jyin 2011.

الفقرة الثانية: الضمانات الجنائية

أقر المشرع عقوبات مالية وأخرى جبرية لحماية وصون كرامة المكلفين بالشرطة من الإهانات التي قد يتعرضون لها أثناء قيامهم بمهامهم. وفي هذا الصدد نصت المادة 263 من القانون الجنائي على معاقبة من يقوم بإهانة رجال القضاء أو الموظفين العموميين بأقوال أو إشارات أو تهديدات وذلك بقصد المساس بشرفهم أو بشعورهم أو الاحترام الواجب لسلطتهم، بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة مالية من 250 درهما إلى 500 درهم.¹

ويعاقب نفس القانون السابق بغرامة تتراوح بين 10 و120 درهم كل من يجعل بأية وسيلة كانت الأعوان المكلفين بالشرطة الماء في استحالة القيام بمهامهم. ونص كذلك على أنه يمكن أن تتضاعف العقوبات في حالة العود أو إذا تمت مقاومة الأعوان في شكل تجمع لعدة أشخاص أو في حالة استعمال العنف ضدهم.² كذلك نص على أنه يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين من ارتكب عنفا أو إداء ضد أحد من رجال القضاء أو الموظفين العموميين أو رؤساء أو رجال القوة العامة أثناء القيام بوظائفهم. وإذا ترتب عن ذلك إراقة دم أو جرح أو مرض أو إذا ارتكب مع سبق الإصرار والترصد، فإن الحبس يكون من سنة إلى خمس سنوات. وإذا ترتب عن ذلك العنف عاهة مستديمة، فإن العقوبة تكون السجن من عشرة إلى عشرين عاما، وإذا ترتب عن العنف موت دون نية إحداثه، فإن العقوبة تكون بالسجن من عشرين إلى ثلاثون سنة. وإذا ترتب عن العنف موت مع توفرية إحداثه، تكون العقوبة بالإعدام.³

في مقابل هذه الضمانات الممنوحة للموظف والعون هناك واجبات مفروضة على كل موظف داخل الإدارة العمومية. وتعد أهم هذه الواجبات، الامتناع عن استغلال النفوذ والرشوة، ذلك أن الموظف يمثل الشخص المعنوي العام ويتمتع بقدر كبير من السلطة تمكنه من تحقيق المصلحة العامة، لذا يمنع القانون هذا الأخير من استغلال هذه السلطة أو إساءة استغلالها لتحقيق المصالح الخاصة أو للإثراء بدون سبب مشروع، ويعاقب القانون على الرشوة بجميع صورها. كما أن المشرع حمل لهؤلاء مسؤولية الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظيفتهم.⁴

بالرغم من وسائل الحماية الموفرة للمكلف بالشرطة المياه التي من شأنها أن تضمن له أداء مهامه في أحسن الظروف، إلا أن هناك عدة إشكالات يعرفها هذا المجال وتحد من فعالية شرطة المياه في الحفاظ على الملك العام المائي.

المبحث الثاني: شرطة المياه بين مطلب النجاعة واكراه محدودية النص القانوني

يعتبر السهر على احترام القانون 10.95 المتعلق بالماء والحفاظ على الموارد المائية وحمايتها هو الدور المحوري لشرطة الماء، ويقوم المكلفون بممارسة شرطة الماء بهذا الدور من خلال اتخاذ مجموعة من الإجراءات أهمها معاينة المخالفات وتحرير بشأنها المحاضر. إلا أن الأعوان المكلفون بممارسة شرطة الماء تواجههم أثناء القيام بمهامهم مجموعة من الإكراهات تستدعي الوقوف عليها لمناقشتها ومحاولة وضع تصور للترقي بممارسة شرطة الماء والوصول إلى الهدف المنشود من أحداثها.

المطلب الأول: شرطة المياه: مجالات الممارسة والوظيفة

إن مجال تدخل شرطة المياه محدد في مكونات الملك العام المائي كما هو منصوص عليه في المادة الثانية من القانون 10-95 المتعلق بالماء، ويشكل استثناء على مجال تدخل شرطة الماء، المياه التي تم الاعتراف بها كحق مكتسب طبقا للباب الثاني من القانون المتعلق بالماء. وأيضا المياه التي تم تجميعها اصطناعيا داخل الملكيات الخاصة بعد الحصول على

¹ المادة 263 من القانون الجنائي المغربي، ظهر 9 رمضان 1913 (12 غشت 2011)، الصيغة المحينة بتاريخ 22 شتنبر 2011، منشور عن وزارة العدل والحريات.

² المادة 609 من القانون الجنائي المغربي، مرجع سابق.

³ - المادة 267 من القانون الجنائي المغربي، مرجع سابق الذكر

⁴ - المادة 80 من القانون الجنائي المغربي، مرجع سابق

الترخيص بذلك من قبل وكالة الحوض المائي طبقا للمرسوم رقم 2.97.224 بتاريخ 24 أكتوبر 1997 المتعلق بشروط التجميع الاصطناعي للمياه.

الفقرة الأولى: الأسس القانونية لمجالات تدخل شرطة المياه

يحدد مجال تدخل شرطة المياه في النصوص القانونية التي سبقت الإشارة إليها في المحور السابق، وسيتم التركيز على المخالفات التي نص عليها القانون 10-95 المتعلق بالماء والنصوص التنظيمية والقرارات والمذكرات المنظمة لهذا المجال. وهذه المخالفات التي يجب على المكلف بشرطة المياه معابقتها، هي مخالفات تتعلق باستعمال الملك العام المائي بدون سند قانوني ومخالفات تهم عدم احترام شروط استعمال الملك العام المائي المنصوص عليها في مقرر الترخيص أو عقد الامتياز، ومخالفات أخرى متمثلة في أعمال تمنعها التنظيمات المتعلقة بالملك العام المائي.

فيما يخص مخالفات تتعلق باستعمال الملك العام المائي بدون سند قانوني هناك حفر أو تعميق أو توسيع بئر إما بهدف البحث والتنقيب عن المياه أو بهدف استغلالها إذا تجاوز العمق 40 مترا، إنجاز أو ثقب أو إما بهدف البحث أو التنقيب أو بهدف استغلالها عن المياه إذا تجاوز العمق 40 مترا، جلب المياه السطحية كيفما كان الصبيب، جلب المياه الجوفية كيفما كانت طبيعتها إذا تجاوز الصبيب 10 متر مكعب بالنسبة للاستعمال المنزلي و200 متر مكعب بالنسبة لتزويد التجمعات السكانية بالماء و40 متر مكعب بالنسبة للاستعمالات الأخرى، وإقامة الممرات فوق المجاري المائية¹. وكذلك إنجاز أو إزالة أغراس أو مزروعات في الملك العام المائي، تعميق أو توسيع أو تقويم أو تنظيم مجاري المياه المؤقتة أو الدائمة، القيام بفضلات أو مآخذ ماء على المنشآت العمومية، استخراج مواد البناء من مجاري المياه أو من الأراضي التي تقع داخل شريط عرضه 10 أمتار بجانب الضفاف الحرة لمجاري المياه أو محرم أنابيب المياه والقناطر المائية² والقنوات.

ونجد من المخالفات أيضا صب مياه في المياه السطحية والتي من شأنها تغيير مميزاتا الفيزيائية بما فيها الحرارية والإشعاعية والكيميائية والبيولوجية أو البكتيريولوجية، وكذلك إيداع النفايات فيها³. وتنص المادة 41 من القانون 95-10 على أنه يمنع تهيئة العيون المعدنية والحارة وكذا استغلال مياه هذه العيون وتهيئة البحيرات والمستنقعات بدون سند قانوني، وكذلك جلب المياه للاستعمال العمومي بهدف إنتاج الطاقة الهيدروكهربائية.

زيادة على ذلك هناك مخالفات تتعلق بعدم احترام شروط الاستغلال المنصوص عليها في الترخيص أو كناش التحملات تحددها وكالة الحوض المائي وتهم استعمال الملك العام المائي، كتغيير هدف ونمط استعمال الماء المنصوص عليها في العقد أو المقرر والاستمرار في استعمال الملك العام المائي بعد انتهاء مدة الرخصة أو الامتياز⁴.

ولحماية الملك العام المائي من التدهور والموارد المائية من التبخير والتلوث منع المشرع من خلال القانون 95-10 المتعلق بالماء منعاً كلياً مزاولة بعض الأنشطة، ومن بين مدارات المنع هذه⁵:

- القيام بأعمال كالبناء والحرق داخل الضفاف الحرة لمجاري المياه والسواقي والبحيرات وكذلك داخل محرم أنابيب المياه قنوات الملاحظة أو الري أو التطهير التابعة للملك العام المائي.
- وضع أي حاجز داخل حدود الملك العام المائي تعرقل سيلان المياه.

¹ - المادة 38 من القانون 10-95 المتعلق بالماء، مرجع سابق.

² - المادة 12 مرجع سابق الذكر.

³ - المادة 52 مرجع سابق الذكر.

⁴ - دليل شرطة المياه، وكالة الحوض المائي لأم الربيع، يوليو، ص 6.

⁵ - المادة 12 و54 من القانون 10-95 مرجع سابق الذكر.

- عبور السواقي أو الأنابيب أو القناطر المائية أو القنوات المكشوفة التابعة للملك العام المائي بواسطة عربات أو حيوانات وذلك خارج الممرات المخصصة لهذا الغرض.

- إفراغ مياه مستعملة أو نفايات صلبة في الوديان الجافة وفي الآبار والمساقى والمغاسل العمومية والثقب والقنوات والدهاليز.

كانت هذه أهم المخالفات التي تمس بالملك العام المائي والتي حددها المشرع وحدد كيفية التعامل معها من قبل المكلفون بشرطة المياه، وهذا ما سيتم التطرق له لاحقاً.

الفقرة الثانية: شروط المياه: اقتراب من المجال الوظيفي

تكتسي أعمال الشرطة القضائية بصفة عامة وشرطة المياه أهمية بالغة لأنها هي التي تمكن النيابة العامة من تقديم متابعة ملائمة، لأن المعلومات التي تسفر عنها لا وزن لها أمام هيئة الحكم، وتتمثل أعمال وصلاحيات شرطة الملك العام المائي في التثبت من وقوع الجرائم في ميدان الملك العام المائي والبحث عن الأدلة المتعلقة به.¹

وقبل أن يقوه المكلف بمهامه إثر وجود مخالفة يجب أن يتوفر شرط العلم بالمخالفة، وذلك يكون إما مباشرة من خلال أعمال المراقبة والتتبع التي يقوم بها المكلف بشرطة الماء في إطار الاختصاصات المسندة لوكالة الحوض المائي، أو من خلال الشكايات أو الملتزمات التي يعينها مستعملوا الملك العام المائي إلى وكالة الحوض المائي، أو بواسطة محرر رسمي موجه من النيابة العامة إلى المكلف بالشرطة قصد إجراء معاينة وتحرير محضر في شأنها.²

أولاً: معاينة المخالفة (البحث التمهيدي)

إن معاينة المخالفة تتم بناء على تعليمات من وكيل الملك وذلك بتلقي شكايات من طرف المواطنين أو بناء على دوريات المراقبة التي تجرئها شرطة الماء. والمعاينة تجرى بالانتقال فور وقوع المخالفة إلى مكان ارتكابها بمجرد العلم بوجودها،³ وعند الضرورة يمكن الاستعانة بإرشادات أعوان السلطة المحلية لتحديد موقع المخالفة والمساعدة على إجراء البحث وجمع المعلومات.⁴ وتستدعي معاينة المخالفة الحضور المستعجل إلى عين المكان لضبط وقائع المخالفة ومعالها قبل أن تختفي، وبذلك يمكن معاينة الوقائع وتسجيلها بمحضر البحث.

وفي هذا الإطار يحق للمكلفين بشرطة المياه أن يمنعوا كل شخص من مغادرة مكان المخالفة إلى أن يتم تحريرهم.⁵ وقبل الشروع في ذلك يجب عليهم التعريف بانفسهم وبصفتهم ثم التحقق من هوية مرتكب المخالفة بكل الوسائل الممكنة، ويمكن الحصول على المعلومات المتعلقة بمرتكب المخالفة من خلال استجواب أي شخص موجود بمكان المخالفة في حالة مالم يتم العثور على المسؤول الحقيقي عن المخالفة. وفي حالة عدم توفر الإمكانيتين يجب الإشارة في محضر المعاينة إلى عدم التعرف على مرتكب المخالفة.

في حالة العثور على المسؤول عن المخالفة يجب على المكلفين بشرطة المياه استجوابه وتسجيل أقواله حول ارتكاب المخالفة، وكذلك تسجيل كل العناصر المادية التي تجسد المخالفة، و الدخول إلى المنشآت المتعلقة بالمخالفة كما يمكنهم الاعتماد على التجهيزات والمعدات المستعملة في ارتكاب المخالفة لجمع كل المعطيات بشأنها والتي يمكن أن تساعدهم في القيام بمهامهم.⁶

¹ - العربي أبو الأنوار: "النظام القانوني لشرطة الملك العمومي"، ص 74، مرجع سابق الذكر.

² - دليل شرطة المياه، مرجع سابق.

³ - المادة 57 من قانون المسطرة الجنائية، مرجع سابق.

⁴ - المادة 109 من قانون المتعلق بالماء، مرجع سابق.

⁵ - العربي أبو الأنوار، مرجع سابق الذكر، ص 76.

⁶ - دليل شرطة المياه، مرجع سابق.

وفي إطار البحث التمهيدي يدخل في اختصاص شرطة المياه وقف الأشغال ومصادرة المعدات والأدوات التي استعملت في ارتكاب المخالفة أو التي كانت معدة لارتكابها وإيداعها لدى النيابة العامة.¹ هذا وتجدر الإشارة إلى أن بعض أعمال الشرطة القضائية أو قاضي التحقيق مثل الحراسة النظرية أو الاعتقال الاحتياطي أو تفتيش المنازل لا تدخل في اختصاص شرطة المياه باعتبارها تدابير استثنائية تمس حقوق الأفراد وحريةهم وتتطلب إجراءات استثنائية أيضا، وأهم ما يتمخض عنه البحث التمهيدي هو تحرير المحاضر بخصوص المخالفات المتعلقة بالملك العام المائي.

ثانيا: تحرير محضر المعاينة

بعد الانتهاء من البحث التمهيدي والقيام بالتحريات اللازمة وجمع المعطيات والمعلومات المتعلقة بالمخالفة وبمركبها ينتقل المكلفون بشرطة الماء إلى المرحلة الموالية والمتعلقة بتحرير محضر المعاينة، ذلك أن جميع أعمال البحث التي سبقت الإشارة إليها والتي تنجزها شرطة الملك العام المائي في ميدان اختصاصها يجب أن تحرر بخصوصها محاضر.² والمحضر يعتبر وسيلة قانونية لإثبات العمليات التي أنجزت خلال البحث التمهيدي، وهناك شروط يجب توفرها لصحة هذا المحضر فيما يخص الشكل وكذلك الموضوع.

بالنسبة للشكل يجب أن يكون المحضر مكتوبا ويتضمن مجموعة من البيانات وهي³:

- الاسم العائلي والشخصي لمحرر المحضر وصفته ومحل إقامته.

- تاريخ تدخله وساعته ومكانه.

- الاسم العائلي والشخصي لمركب المخالفة والأشخاص الذين تم استجوابهم ومهنته، وصفته وموطنه ومحل إقامته.

- توقيع محرر المحضر ومن شاركه في عملية البحث والإشارة إلى هويتهم في المحضر مع توقيع كل واحد منهم.

- توقيع الشخص الذي حرر المحضر في شأنه، وفي حالة الامتناع تتم الإشارة إلى ذلك في المحضر.

إن أهمية توقيع المحضر وتاريخه يسهلان مهمة تحديد المسؤوليات فيما يتعلق بأجال التقادم واختصاص محرر المحضر.⁴

أما بالنسبة للشروط الموضوعية، فيتعين على الضابط أن يذكر في المحاضر ما عاينه، والعمليات التي قام بها، وما تلقاه من تصريحات من مرتكب المخالفة وغيره دون زيادة أو نقصان، وعليه كتابة المحضر بطريقة بسيطة وخالية من كل حشو أو كشط أو حذف من شأنه أن يشوبه بغموض أو لبس عند إرساله إلى النيابة العامة أو القضاء المختص، وعليه عدم تكييف الوقائع قانونيا لأنها لا تدخل في اختصاصه.⁵

ثالثا: توجيه الإنذارات والمتابعة القضائية

تتم إحالة المعلومات المتعلقة بالمخالفة على المصالح المختصة بوكالة الحوض المائي قصد توجيه إنذارات إلى المخالفين وإعداد أوامر بتحصيل الغرامات المقررة لفائدة وكالة الحوض المائي قبل تحرير المحضر. من بين هذه المخالفات استغلال مأخذ للماء بدون ترخيص، احتلال أجزاء من الملك العام المائي بدون ترخيص، إقامة إيداعات أو حطامات أو منشآت تعرقل السير والملاحة والسيان الحر للمياه، عدم احترام شروط استعمال الملك العام المائي المنصوص عليها في مقرر الترخيص أو عقد الامتياز وكناش التحملات.

¹ - المادة 59 من قانون المسطرة الجنائية، مرجع سابق.

² - المادة 27 من قانون المسطرة الجنائية، مرجع سابق الذكر.

³ - المادة 24 من قانون المسطرة الجنائية، مرجع سابق الذكر.

⁴ - العربي أبوأنوار، مرجع سابق الذكر، ص 77.

⁵ - محمد الزردة، "الشرطة القضائية في مجال المياه بالمغرب"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، 1999، ص 64.

وبعدما يتبين لووكالة الحوض المائي أن المخالفين لم يستجيبوا للإنذارات التي وجهتها لهم في ما يخص هذه المخالفات، تطبق في حقهم العقوبات التي يخولها لها القانون المتعلق بالماء، ومن بين هذه العقوبات إغلاق مأخذ الماء غير المرخص، سحب الترخيص أو الامتياز، هدم المنشآت المنجزة بدون ترخيص.

وهناك مخالفات يتم توجيه إنذار مقرون بتطبيق عقوبة إدارية في شأنها، ذلك أن وكالة الحوض المائي تقوم بإرفاق الإنذار بأمر أداء مبلغ الغرامة المحددة. مثال على هذه المخالفات استخراج مواد البناء بدون ترخيص والتي يحدد مبلغ الغرامة بشأنها في 500 درهم عن كل متر مكعب، وبالنسبة للاحتلال المؤقت بدون ترخيص الغرامة محددة في ثلاث مرات مبلغ الإتاوة المستحقة عن الاحتلال المؤقت في جزء معين.

بالإضافة إلى هذه المخالفات هناك مخالفات أخرى و المخالفات التي لم يستجب مرتكبوها للإنذارات والعقوبات الموجهة لهم بعد الانتهاء من تحرير المحضر بشأنها يتم توجيهه إلى وكيل الملك لمتابعتهم أمام القضاء.¹ والجدير بالذكر أخيراً، أنه في إطار البث في محضر المخالفة، يمكن أن يلجأ وكيل الملك أو قاضي التحقيق أو ضباط الشرطة القضائية إلى تعميق البحث أو الاستفسار، ففي حالة استدعاء المكلفين بشرطة المياه لهذا الغرض يجب عليهم الإدلاء بكل التوضيحات والتفسيرات التي تطلبها هذه الهيئات لاستكمال عناصر البحث حول المخالفة.

المطلب الثاني: شرطة المياه إكراهات الممارسة وسبل التجاوز

تواجه شرطة المياه عدة صعوبات وإكراهات وهي تتعلق بالأشخاص المستعملين للملك العام المائي والمناورات التي يقومون بها من أجل الاستغلال الغير القانوني لهذا الملك، وكذلك إكراهات ترتبط بالمكلفين بشرطة الماء، مما يستدعي اتخاذ مجموعة من التدابير والإجراءات من أجل الوصول إلى الأهداف المرجوة والحفاظ على الملك العام المائي.

الفقرة الأولى: المكلفون بشرطة المياه وصعوبات الممارسة

من الإشكاليات التي يعرفها المكلفون بشرطة المياه الانتماء إلى جهات إدارية غير الإدارة التي تسيّر الشأن القضائي، ذلك أن هناك تبعية إدارية لرؤساءهم التسلسليين وللإدارة التي يخضعون لنظامها، ولسلطتها، ولتسييرها اليومي إضافة إلى أنها هي التي توفر لهم الإمكانيات وكل وسائل العمل، في حين أنه في نطاق عمله كضابط الشرطة يخضع لسلطة النيابة العامة أو قاضي التحقيق² فازدواجية هذه السلطة كما نرى تؤدي أحيانا إلى ازدواجية القرار الشيء الذي قد يضع ضابط الشرطة القضائية بين تجاذب سلطتين ترى اختلاف الأولويات ويجعله في وضعية محرجة.

كما أن المكلفون بشرطة المياه تابعين إلى وكيل الملك حيث يعتمدون في جميع تحرياتهم، سواء أثناء البحث التمهيدي وأحوال التلبس على تعليمات النيابة العامة سواء التي يشار إليها دائما في ما يخص البحث أو في محاضر الاستماع، وهذا تكون النيابة العامة هي المسؤولة عن قانونية إجراء اتخذ من طرف الضابط تنفيذاً لتعليماتها وبالتالي يرفع عنه عبء المسؤولية.

بالإضافة إلى ذلك يواجه المكلفون بشرطة المياه إشكال نظرا لعدم توفرهم على الصفة الضبطية بالرغم من كونهم يمارسون جزء من مهام الشرطة القضائية، فهذا يثير بعض الصعوبات أثناء ممارسة مهامهم، خصوصا وأن أغلب الآبار والأثقاب التي يقومون بمراقبتها³ تتواجد بالمنازل والضيعات التي قد يرفض بعض أصحابهم الدخول إليها.

إلى جانب هذه الإشكاليات التي تعرفها شرطة المياه هناك العديد من الصعوبات التي تعثر ممارسة المراقبة على الملك العام المائي، كصعوبة ضبط التلبس فيما يخص حفر الآبار أو جلب الماء بدون ترخيص نظرا لأن العملية تستغرق بضع

¹ - دليل شرطة المياه، مرجع سابق، ص 11

² - المادة 16 من قانون المسطرة الجنائية، مرجع سابق، تنص المادة على: " يمارس مهام الشرطة القضائية والقضاة والضباط والموظفون والأعوان...يسير وكيل الملك أعمال الشرطة القضائية في دائرة نفوذه."

³ - المادة 105 من قانون الماء، مرجع سابق، تنص المادة على: " يسمح للأعوان والموظفون المشار إليهم في المادة 104 أعلاه بالولوج إلى الأثقاب أو أية منشأة أخرى لالتقاط الماء أو جلبه أو صبه وذلك وفق الشروط المحددة في الفصولين 64 و64 من المسطرة الجنائية."

ساعات فقط. وفي حالة التعرف على المخالفة هناك صعوبة الحصول على المعلومات اللازمة لتحرير محضر المخالفة، كما أن مسطرة مصادرة المعدات المستعملة في هذه المخالفة غير واضحة بالإضافة إلى كون الإجراء الإداري الخاص بإغلاق البئر غير كافي.

وفيما يتعلق بمخالفة الترامي على الملك العام المائي توجد كذلك صعوبة ضبط التلبس في حالة رمي الأتربة، وصعوبة تحديد المقاطع موضوع الترامي في المناطق السهلية وفي حالة عدم وجود تحديد قانوني للملك العام المائي. وفي حالة المخالفة التي تهم الاستخراج غير القانوني لمواد البناء، يتوفر المكلفون بشرطة المياه على صلاحيات محدودة في مراقبة حمولة الشاحنات في الطرق العمومية للتأكد من مصدر مواد البناء وضبط المخالفات.¹

بالإضافة إلى ذلك تعرف شرطة المياه كباقي الاختصاصات المتعلقة بالملك العام المائي، كثرة المتدخلين من وكالة الحوض المائي - وزارة الداخلية ووزارة الفلاحة وكذلك قطاع البيئة. وتدخل مجموعة من المتدخلين وغياب التنسيق بينهم من شأنه أن يضعف حماية الملك العام المائي.² كما أن المكلفون بشرطة المياه يزاولون مهامهم إلى جانب مهام إدارية أخرى، مما يحد من فاعليتهم ويعيق الأداء الجيد لمسؤولياتهم الأصلية، هذا فضلا عن عدم توفرهم على وسائل النقل للتنقل بسهولة وبسرعة إلى أماكن المخالفات وكذلك عدم توفرهم على بدلات خاصة تميزهم.

الفقرة الثانية: سبل تفعيل والارتقاء بدور شرطة المياه

رغم أهمية شرطة المياه في الحفاظ على الملك العام المائي إلا أنها تعرف عدة مشاكل كما سبقت الإشارة إلى ذلك، مما يفرض ضرورة اتخاذ مجموعة من الإجراءات التي يمكن من خلالها تفعيل دور شرطة المياه في حماية الملك العام المائي.

من هنا يجب منح وكالات الأحواض المائية الاختصاص الرئيسي في تدير الملك العام المائي، وأداء دور المنسق بين كافة المصالح الإدارية المعنية بالمياه العمومية لتطبيق المخططات الوطنية والجهوية وضمان تنسيق فعال بين كافة المتدخلين. وتوحيد جميع الوحدات الإدارية المكلفة بشرطة المياه في مصلحة واحدة تحت إشراف ووصاية جهاز واحد لأن في كثرة المتدخلين وغياب التنسيق ضياع للأهداف.³

إن محاضر شرطة المياه كوسيلة لإثبات المخالفة تستدعي من المشرع تعزيز قيمتها القانونية وأن يصعب عليها الصفة الرسمية كمحاضر المياه والغابات من أجل تفعيل مهمة شرطة المياه ودورها في حماية الملك العام المائي.⁴ وكذلك توضيح المقتضيات المتعلقة بهذه المهمة وإزالة بعض التناقض مع نصوص قانونية أخرى. ففيما يخص المحاضر تنص المسطرة الجنائية على أن تحريرها يتم من طرف ضباط الشرطة القضائية، في حين أن قانون الماء لم يوضح ذلك حيث أشار في المادة 104 على أن تحرير المحضر يعهد علاوة على ضباط الشرطة القضائية إلى الأعوان ولم يوضح هل ذلك يستدعي وجود ضباط الشرطة القضائية أو وجود شرطة الماء يكفي.

ويستلزم قيام المكلفون بشرطة المياه بمهامهم وحماية الملك العام المائي على الوجه المطلوب، التفرغ التام لهذه المهمة وإجراء تكوينات لهم مع توفير الموارد المادية اللازمة لذلك، بالإضافة إلى التعريف بشرطة المياه ومهامها لدى العموم من خلال تفعيل دور المجتمع المدني، واستعمال أدوات المعلومات لتسهيل مهام شرطة المياه وتعزيز فعاليتها.⁵

¹ - قاسم الحاجي: "دور مراقبة الملك العام المائي في تفعيل استراتيجية عمل وكالة الحوض المائي: الوضعية القانونية مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية تتمتع بشخصية معنوية وباستقلالية مالية"، مداخلة في المائدة المستديرة الثالثة حول قانون الماء ودور القضاء وشرطة الماء في تفعيله، محكمة الإستئناف بالرباط، 2011، ص 30 و31.

² - علوي طاهري سيدي محمد: "حقوق المياه في التشريع المغربي"، مرجع سابق، ص 209.

³ - المرجع السابق الذكر، ص 210.

⁴ - المرجع السابق الذكر، ص 212.

⁵ - «Police de l'eau» Rapport d'activité 2008, op.cit

وفي النهاية لابد من الإشارة إلى أن المشرع كان حريصا على تحديث النصوص القانونية المتعلقة بحماية الملك العام المائي، إلا أنه بالرغم من ذلك لازالت الكثير من المعوقات التي تحد من فعالية هذه النصوص كما وضع في السابق منها غياب الوعي البيئي لذا المواطن وعدم تجريم أفعال الاعتداء على الملك العام المائي.

كما أن نجاح حماية الملك العام المائي وتدييره بشكل عقلائي رهين بالقدرات المؤسسية وفعاليتها ذلك أن النصوص وحدها قاصرة على تنظيم مجال معين من مجالات الشأن العام ما لم يتم تعزيزها بأجهزة ذات فعالية تسهر على التطبيق الأمثل لهذه النصوص.

الاختراق الأمني كآلية لمكافحة الجرائم المنظمة عبر الوطنية

نور الدين الوثاني

دكتور في الحقوق

باحث في القانون الجنائي والعلوم الجنائية

لما كانت الجريمة ظاهرة اجتماعية فهي تتطور من حيث طبيعتها وأشكالها بتطور المجتمعات البشرية والسباق قائم على أشده بين محترفي الإجرام وأجهزة الأمن والعدالة حيث أتاحت تكنولوجيات الاتصال الحديثة التبادل السريع والآلي للمعلومات وأصبح في متناول أي شخص الاتصال بمن يريد في أي نقطة من الكوكب الأرضي مما سهل تعاون المجرمين ومكثرتهم من تكوين شبكات تنشط في كل أرجاء المعمور، كما أن التطور الهائل الذي عرفته وسائل النقل والتجهيزات الخاصة استغله المجرمون بطرق غير مشروعة، فهم لا يتورعون عن استغلال ما تتيحه التكنولوجيات الحديثة من إمكانات لممارسة نشاطهم الإجرامية.

لمواجهة هذا التطور المتسارع لظاهرة الإجرام وأشكاله المستجدة كان لزاما على أجهزة الأمن أن تطور تنظيمها وأساليب عملها وأصبح مفروضاً عليها اعتماد أساليب جديدة في مجال التحري والتحقيقات، ومن ضمن هذه الأساليب نجد ما يعرف بأسلوب الاختراق الأمني للعصابات الإجرامية، وهو ما سنوضحه من خلال الحديث عن تعريفه وأنماطه (الفقرة الأولى)، ثم الحديث عن مسطرة ممارسته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف الاختراق الأمني وصوره

إن الحديث عن آلية الاختراق الأمني ومعرفة الدور الذي تقوم به في مجال رصد وتعقب تنظيمات العصابات الإجرامية الدولية يتطلب بالضرورة تعريفه (أولاً)، وكذا بيان مختلف صورته (ثانياً).

أولاً: تعريف الاختراق الأمني

يعني أسلوب الاختراق الأمني أو التسلل الأمني¹ L'infiltration، كإجراء يفيد البحث والتحقيق وجمع الأدلة عن الجريمة المنظمة عبر الوطنية، تحديد الهدف الأمني المتمثل في منظمة إجرامية معينة وتجنيد عناصر بشرية ذات كفاءة عملية ومهنية كبيرة، بغية التسلل إلى داخل هذه المنظمة والعمل على توفير مختلف المعلومات التي تتعلق بطبيعة الأنشطة الإجرامية التي تحترفها هذه المنظمة الإجرامية، وكذا الأشخاص العاملين في هذا التنظيم الإجرامي². هكذا فالاختراق الأمني هو الممارسة التي تسمح لضابط أو عون الشرطة القضائية المختص تحت إشراف ومراقبة النيابة العامة³، بتتبع ومراقبة الأشخاص المشتبه فيهم من خلال التظاهر أمامهم بأنه فاعل أو مشارك أو مساهم أو مستفيد من الأفعال الإجرامية موضوع البحث، ويمكنه لهذه الغاية استعمال هوية مستعارة، كما يمكنه عند الضرورة

¹ - الاختراق الأمني ممارسة قديمة هي عبارة عن تقنية كانت الولايات المتحدة الأمريكية تلجأ إليها للقضاء على المهربين وكانت تعرف بتسمية "bay and bust" أولاً "sell and bust"، أعدها مكتب مكافحة المخدرات الأمريكي، كما أن هذا النظام كان وسيلة من وسائل الكفاح ضد الجريمة في المجال الاقتصادي التي استعملت في فرنسا خلال الأربعينات والخمسينات، صالح عبد النوري: التسليم المراقب للمخدرات والمؤثرات العقلية. مداخلة في إطار ندوة "التعاون الدولي في مجال مكافحة المخدرات"، من تنظيم جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالتعاون مع وزارة الداخلية والجماعات المحلية الجزائرية، في الفترة الممتدة من 20 إلى 22 يونيو 2005، ص124.

² Michel franchimont, Ann jacobs, Adrien masset : Manuel de procédure pénale. 3eme édition, Larcier, collection de la faculté de droit de l'université de liège, bruxelles, 2009, p337.

³ - جاء في المادة 82-11 من مسودة مشروع تعديل قانون المسطرة الجنائية المغربية أنه: "إذا اقتضت ضرورة البحث القيام بمعاينات لواحدة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في المادة 108 بعده، جاز للنيابة العامة أن تأذن تحت مراقبتها بمباشرة عملية اختراق وفق الشروط المبينة بعده..."

ارتكاب بعض الجرائم¹، ويتم رفع المعلومات المتحصل عليها في شكل تقارير إلى الأجهزة الأمنية المختصة، والتي تتولى تحليل هذه المعلومات وتصنيفها بشكل يسهم في وضع خطط أمنية لضبط واعتقال عناصر التنظيم الإجرامي الذي تم اختراقه ومجاهرتهم بأدلة قاطعة تثبت تورطهم الفعلي في الجرائم موضوع البحث.²

إن طبيعة الجرائم المنظمة عبر الوطنية تجعل أمر معاينة المخالفات في غاية الصعوبة بالنسبة للأجهزة القائمة على المكافحة، لذلك نجد بعض البلدان قد أدرجت نظام الاختراق الأمني ضمن تشريعاتها كما هو الشأن مثلا بالنسبة للمشرع الفرنسي، حيث تنص المادة 81-706 من قانون المسطرة الجنائية³ على أن الاختراق الأمني يعني السماح بزرع عنصر من عناصر الشرطة القضائية (خصوصا ضابط معتمد في الشرطة القضائية *un agent habilité*) في صفوف منظمة إجرامية بحيث يقوم بعدة مهام محددة مسبقا كاستعمال هوية مستعارة أو قيامه بنقل مواد غير مشروعة، قصد تيسير مهمة اكتشاف الجرائم التي يقوم بها هذا التنظيم الإجرامي والعمل على جمع حجج إثبات تلك الجرائم، ويتمتع المتسلسل *L'infiltrateur* بحصانة جنائية⁴ عن تلك الأعمال غير المشروعة التي يتولى القيام بها كمهام شرطية مضافة⁵ كما أنه يحضى بضمانات حمائية له نظرا لخطورة هذا الإجراء حيث يتم إخفاء هويته الحقيقية ومنحه هوية مستعارة⁶.

ثانيا: صور الاختراق الأمني

نقصد بالصور الطرق التي يمارس في ضلها القائم بعملية الاختراق عمله والأفعال التي أذن له القانون القيام بها ويتم ذلك من خلال الصور الثلاث التالية.

¹ - Leslie bordignon : les procédures pénales dérogatoires. mémoire d'obtention du master en droit privé , option sciences criminelles , université pierre mendès, France, année universitaire 2005-2006, p63.

² - محمد يعقوبي: الجريمة المنظمة عبر الوطنية وفق المعالجة الجنائية الدولية السائدة وواقع السياسة الجنائية المغربية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة محمد الأول، وجدة، الموسم الجامعي 2007-2008، ص58.

³ - L'article 706-81 de code de procédure pénale française dispose que : « ... l'infiltration consiste pour un officier ou un agent de police judiciaire spécialement habilité dans des conditions fixées par décret et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire chargé de coordonner l'opération , a surveiller des personnes , comme un de leurs coauteurs complices ou receleurs ... ».

نفس التوجه اعتمده قانون الجمارك الفرنسي حيث نص في المادة 267 مكرر مرتين على أنه :

"L'infiltration consiste, pour un agent des douanes spécialement habilité dans les conditions fixées par décret, agissant sous la responsabilité d'un agent de catégorie A chargé de coordonner l'opération, à surveiller des personnes suspectées de commettre un délit douanier en se faisant passer, auprès de ces personnes, pour un de leurs coauteurs, complices ou intéressés à la fraude. L'agent des douanes est à cette fin autorisé à faire usage d'une identité d'emprunt et à commettre si nécessaire des actes mentionnés spécifiquement. A peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions....» .

- Leslie bordignon : op cit , p63. ⁴

⁵ - Jean pannier : trafic de drogue, provocation des agents de l'autorité et permission de la loi . 1992,chron,p 232.

⁶ - L'article 706-84 de code procédure pénale française dispose que : « L'identité réelle des officiers ou agents de police judiciaire ayant effectué l'infiltration sous une identité d'emprunt ne doit apparaître à aucun stade de la procédure.

La révélation de l'identité de ces officiers ou agents de police judiciaire est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Lorsque cette révélation a causé des violences, coups et blessures à l'encontre de ces personnes ou de leurs conjoints, enfants et ascendants directs, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende.

Lorsque cette révélation a causé la mort de ces personnes ou de leurs conjoints, enfants et ascendants directs, les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 euros d'amende, sans préjudice, le cas échéant, de l'application des dispositions du chapitre Ier du titre II du livre II du code pénal.

1- المتسرب كفاعل

تطرفت مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية المغربي في المادة 11-82 في الفرع الثاني من الباب الثالث المتعلق بتقنيات البحث الخاصة إلى ما سمته بالاختراق وهو - حسب نفس المادة - تدير يمكن بمقتضاه لضابط الشرطة القضائية إذا اقتضت ضرورة البحث القيام بمعاينات لواحدة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية بإذن من النيابة العامة و تحت مراقبتها¹ أن يقوم بتتبع ومراقبة المشتبه فيهم من خلال التظاهر أمامهم بأنه فاعل أو مشارك أو مساهم أو مستفيد من هذه الأفعال الإجرامية ويمكنه لهذه الغاية استعمال هوية مستعارة، كما يمكنه في حالة الضرورة ارتكاب أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 12-82 كالتسبب أو حيازة أو نقل أو تسليم أو استلام ممتلكات أو أموال أو وثائق أو معلومات أو أشياء مجرمة أو متحصلة من جرائم أو معدة لارتكابها، كما يجوز له استعمال أو وضع رهن إشارة الأشخاص المتورطين في هذه الجرائم وسائل قانونية أو مالية أو وسائل نقل أو تخزين أو إيواء أو حفظ أو اتصال².

وعليه يتحدد هذا الإجراء في أن يوهم المتسرب (الفاعل) المشتبه فيهم بأنه فاعل يحتل مركزا مباشرا في تنفيذ العمل الإجرامي، وهنا يجب أن نميز بين من يقوم بإيهاام غيره ومن يحرضهم على القيام بذلك، لأن المقصود بالإيهاام هو مسابرة المشتبه فيه في مسلكه الإجرامي حتى يضبط ويدها في الجرم، وهذا مشروع لأنه لا يبدو فيه تدير من المتسرب أو دفعا له للقيام بالجريمة، وهذا النوع من الإيهاام هو تحريض للحصول على دليل وليس بتحريض على الجريمة نفسها لأنه لا يوجه لأفراد لم يكن لديهم أية فكرة قائمة على الجريمة³.

وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية في نص المادة 65 مكرر 12 منه بإيراد العبارة: "لا يجوز بأي شكل تحت طائلة البطلان اعتباره هذه الأفعال تحريضا على ارتكاب الجرائم". وفي نفس الاتجاه ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن التحريض لا يتوفر إلا إذا كان هو الدافع إلى الجريمة، وأما تدخل رجل السلطة العامة لكشف الجريمة لا يعد تحريضا⁴.

¹ - « aux motifs qu'en vertu des dispositions de l'article 706-32, alinéa 2, du Code de procédure pénale, les officiers ou agents de police judiciaire exerçant sous l'autorité de ceux-ci ne sont pas pénalement responsables lorsque, aux fins de constater les infractions découlant d'un trafic de stupéfiants, ils acquièrent ces produits avec l'autorisation expresse du procureur de la République » Cour de cassation, chambre criminelle, Audience publique du 24 février 1999, N° de pourvoi: 98-83574

² - ونفس هذا المتضى تم النص عليه في المادة 65 مكرر 12 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية رقم: 22/06 المؤرخ في 2006/12/20 حيث جاء فيها: "يقصد بالتسرب قيام ضابط أو عون شرطة قضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جناحة بإيهاامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف ... الخ، والمقصود بالفاعل هو ما جاء بيانه في نص المادة 41 من قانون العقوبات، كل من يساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة الولائية أو التحليل أو التدليس الإجرامي".

³ - وفي هذا الإطار يقول الدكتور فتحي سرور: أنه يجوز لرجال الشرطة تشجيع من يتوفر لديهم الاستعداد لارتكاب الجريمة بقصد ضبطهم وذلك في جرائم محددة من الجرائم الخطيرة إذا اقتضت الضرورة بالإلتجاء إلى هذا التشجيع الذي لا يصل إلى حد التحريض في سبيل ضبط الجناة، أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 129.

⁴ - عبد العال خراشي: ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي . بدون ذكر الطبعة، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 212.

2- المتسرب كشريك

وهي الصورة الثانية التي يتم فيها المتسرب عملياته من أجل كشف مرتكبي الجرائم المنصوص عليه قانونا حيث يقوم المتسرب بإبهامهم بأنه شريك معهم، وبالرجوع إلى نص الفصل 129 من القانون الجنائي المغربي والذي جاء فيه: "يعتبر مشاركا في الجناية أو الجنحة من لم يساهم مباشرة في تنفيذها ولكنه أتى أحد الأفعال الآتية :

1- أمر بارتكاب الفعل أو حرض على ارتكابه، وذلك هبة أو وعد أو تهديد أو إساءة استغلال سلطة أو ولاية أو تحايل أو تدليس إجرامي.

2- قدم أسلحة أو أدوات أو أية وسيلة أخرى استعملت في ارتكاب الفعل مع علمه بأنها ستستعمل لذلك.

3- ساعد أو أعان الفاعل أو الفاعلين للجريمة في الأعمال التحضيرية أو الأعمال المسهلة لارتكابها مع علمه بذلك..."

ونفس المقتضى نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 42 من قانون العقوبات التي تعرف الشريك بأنه: "يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك". كما يدخل في حكم الشريك بحسب نص المادة 43 من قانون العقوبات الجزائري كل من: "يؤخذ حكم الشريك من اعتاد أن يقدم مسكنا أو ملجأ أو مكانا للاجتماع لواحد أو أكثر من الأشرار الذين يمارسون للصوصية أو العنف ضد أمن الدولة أو الأمن العام أو الأشخاص أو الأموال مع علمه بسلوكهم الإجرامي".

وعليه فالمتسرب في صورة الشريك يقوم بإبهام المشتبه فهم من خلال قيامه بالأعمال التحضيرية المستعملة أو المساعدة أو المنفذة لهذه الجرائم أو تقديم مسكن أو ملجأ أو غير ذلك، ومسايرتهم في السلوك الإجرامي إلى حين الإيقاع بهم متلبسين بجرمهم .

3- المتسرب كخاف

وهي الصورة الثالثة التي يقوم فيها المتسرب بمهمته من خلال إيهام مرتكبي الجرائم سالفه الذكر بأنه واحد منهم وذلك من خلال إخفائه للأشياء التي تتم عملية اختلاسها أو تبديدها فيها أو قد تم تحصيلها من خلال ارتكاب هذه الجرائم سواء كلياً أو جزئياً¹.

الفقرة الثانية: أهداف عملية الاختراق الأمني والآثار المترتبة عنها

سنحاول من خلال هذه الفقرة الحديث عن أهمية عملية الاختراق الأمني (أولاً). ثم سنتطرق للحديث عن الآثار المترتبة عن إعمال هذه الآلية (ثانياً).

أولاً: أهداف عملية الاختراق الأمني

تتلخص أهمية عملية الاختراق الأمني من خلال الرجوع إلى مهام القائمين بها وهذا بالرجوع إلى الأصل العام فهي مهام رجال الشرطة القضائية في قانون المسطرة الجنائية، وكذا بالنظر إلى طبيعة الجرائم التي تستهدفها عملية الاختراق والتي تمس الجانب الاقتصادي بوجه خاص، وعليه نبين الأهداف كالآتي :

1- أهداف عملية الاختراق في مكافحة الجريمة

إن مهام عناصر الشرطة القضائية وفي أغلب التشريعات هي معاينة الجرائم وتقصي الأدلة والآثار والقرائن التي تثبت ارتكاب تلك الجريمة، ونسبها لفاعلها والتي تناولها المشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية، والأهداف المراد تحقيقها من خلال عملية الاختراق هو التوصل إلى كشف الجماعات النشيطة في ارتكاب الأفعال الاجرامية وتوقيف

¹ - ويطبق لنص المادة 387 من قانون العقوبات الجزائري التي تعرف فعل الإخفاء كالتالي: "كل من أخفى عمدا أشياء مختلصة أو مبددة أو متحصلة من جنابة أو جنحة أو جزء منها يعاقب عليها ...".

المطورين فيها وذلك عبر مراقبتهم، هذه الأخيرة نعتى بها مراقبة كل شخص مشتبه فيه مراقبة دقيقة حول سلوكه وتصرفاته واتصالاته وعلاقاته مع تسجيل كل ما يصدر منه¹، والتصدي بسرعة و نجاعة لهذه الجرائم التي تغل بالنظام العام وتهدد استقرار المجتمع على اعتبار أنها تمس جوانب شتى في حياة الأفراد والوصول إلى كشف الجناة في هذه الجرائم المتسمة بخطرهما ودقة تنظيم عناصرها والتي تتجاوز شبكاتهما التراب الوطني للدولة، ولا يتم هذا إلا من خلال هذه التقنية لأن الوسائل التي يسمح بها بموجبها كانت غير ممكنة قبل التعديل الجديد الذي جاء به مشروع قانون المسطرة الجنائية والذي من خلاله صار من الممكن استعمال هذه الوسائل نظرا لطبيعة الجرائم وخطورتها بهدف حماية المصلحة العامة التي هي مهددة ومنتهكة في ظل تمكن المجرمين من الإفلات من قبضة العدالة ومواصلتهم المساس بأمن المجتمع.

2- أهداف عملية الاختراق في جانبها الاقتصادي

إن المتمعن في طبيعة الجرائم التي أجازها المشرع إجراء الاختراق لكشف مرتكبها يجدها تندرج ضمن الجرائم التي تتسم بخطورتها وسرعة انتشارها وهي كذلك من الجرائم العابرة للحدود الوطنية والتي يتميز الضالعون فيها بدقة تنظيمهم وأصبح من الضروري وضع حد لها وبالتالي التقليل من الآثار السلبية المتفاقمة لهذه الجرائم على الاقتصاد الوطني، وكل هذا يعطل النمو الاقتصادي بل يساهم في تنامي مظاهر التخلف في ظل التسارع الحاصل بفعل العولمة وصراع التكتلات الاقتصادية.

وبناء على هذه الاعتبارات المتميزة باستشراء هذه الجرائم كان لزاما على المشرع أن يلجأ إلى إيجاد الطريقة المثلى لتكثيف مع هذا الوضع لحد من انتشارها فكانت تقنية الاختراق الأمني وسيلة ناجعة لذلك.

ثانيا: الآثار المترتبة على عملية الاختراق الأمني

إن رجال الشرطة القضائية أثناء قيامهم بمهمة التحري عن الجرائم من خلال الإجراءات القانونية في إطار الشرعية الإجرائية قد تصدر منهم تصرفات غير قانونية ويرتكبون أخطاء تلحق ضررا ماديا أو معنويا بحقوق وحرية الأفراد وترتب عليها مسؤولية تأديبية وجنائية أو مدنية، في إطار عملية الاختراق ونظرا لطبيعتها، والأوساط التي تستهدفها والخطورة التي تنطوي عليها بالنسبة للقائمين بها فقد أحاطهم المشرع بحماية قانونية أسقطت عنهم المسؤولية التأديبية والجنائية والمدنية أثناء تأدية مهامهم كما أتاحت لهم استعمال بعض الوسائل والتقنيات التي يعاقب عليها القانون في غير هذه الحالة المرخص بها، وسنبين هذه الآثار على النحو التالي.

¹ من أجل القيام بعملية الاختراق وإنجاحها فإن المشرع قد أجاز استعمال أساليب وطرق خاصة أتاحت بدورها إمكانية اللجوء إلى استخدام عدد من الوسائل والتقنيات في الأصل غير مسموح بها قانونا لأنها تعتبر مساسا بمبدأ حرمة الحياة الخاصة الذي أقرته الشرائع السماوية والمواثيق العالمية لحقوق الإنسان وتضمنته الدساتير، وقد وردت استثناءات على هذا الأصل نظرا لتدخل المشرع بواسطة القواعد الإجرائية لتقييد هذه الجريمة أحيانا لتغليب المصلحة العامة والمتمثلة في حسن تسيير التحريات والتحقيقات القضائية وهو ما فرضته طبيعة الجرائم الخطيرة التي دفعت المشرع إلى تقرير وتعيين تقنيات وأساليب جديدة تتم في إطار عملية الاختراق بحيث يكون ما يتوصل إليه من خلالها أدلة إثبات قضائية، ومن ضمن هذه الوسائل المسموح باستعمالها نجد:

1- اعتراض المراسلات السلكية واللاسلكية: تم ذكر هذه التقنية في نص المادة 65 مكرر فقرة 03 حيث أجاز المشرع القيام بعملية التصنت إذا دعت مقتضيات التحري والتحقيق في جرائم المتلبس بها والتحقيق الابتدائي إذا تعلق الأمر بالجرائم المنصوص عليها في المادة 47 فقرة 3 من قانون المسطرة الجنائية. والمقصود بالتصنت التسجيل والاستماع للكلمات التي تتم بين المشتبه بهم في التحري والتحقيق.

2- تسجيل الأصوات: وينم من خلال استعمال آلة تسجيل الأصوات، أو أية معدات تقنية تلتقط الأصوات، وهذا بصورة علنية أو سرية وهذا قد يتم في الأماكن العامة أو الخاصة.

3- التقاط الصور: والمراد من ذلك هو استعمال وسائل تقنية أو معدات تمكن من أخذ صور للمتورطين في هذه الجرائم سواء من خلال آلة التصوير أو كاميرا فيديو للحصول على فيلم يسمح بمعاينة الأحداث مرة ثانية من خلال تقنية إعادة البث التي يمكن الوقوف من خلالها على كل ما يهيم في التحري والتحقيق.

1- الحماية القانونية للقائم بعملية الاختراق

أفرد المشرع المغربي في مشروع تعديل قانون المسطرة الجنائية كما هو الحال في أغلب التشريعات ضمانات حمائية للقائم بعملية الاختراق حيث تم النص على عدم مسؤوليته الجنائية عن الأفعال التي يقوم بها وهو بصدد القيام بعملية الاختراق، ولم يقف الأمر عند هذا فحسب، بل نجد أن المشرع يوقع العقاب على كل من اعتدى على المخترق أو أهله، هذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال النقطتين التاليتين.

أ- انعدام المسؤولية الجنائية للمخترق

والمقصود بها أن ضابط الشرطة القضائية أو الذين يتم تسخيرهم في عملية الاختراق لا يكونون مسؤولين جنائيا عن اقتناء، حيازة، نقل، تسليم، أو إعطاء مواد أو أموال أو معلومات متحصل عليها من ارتكاب الجرائم أو المستعملة في ارتكابها وهو ما جاء في نص المادة 82-14 من مسودة مشروع تعديل قانون المسطرة الجنائية حيث نصت على أنه: "يعفى من المسؤولية الجنائية ضباط وأعوان الشرطة القضائية المأذون لهم بتنفيذ عملية اختراق بمناسبة مباشرتهم للعمليات المذكورة أعلاه.

يعفى من المسؤولية الجنائية بالنسبة للأفعال المرتبطة مباشرة بتنفيذ عملية الاختراق، الأشخاص الذين تمت الاستعانة بهم لإتمام عملية الاختراق، المعينين سلفا من طرف ضباط الشرطة القضائية المأذون لهم بمباشرتها إذا كانت النيابة العامة قد أشعرت بذلك".

وعليه فكل الأفعال الواردة في نص المادة المذكورة أنفا يمكن للقائمين بعملية الاختراق القيام بها أثناء أداء مهامهم دون أن يكونوا مسؤولين جنائيا أي أنهم محميين قانونا بحكم الإذن الذي يرخص لهم بذلك شرط احترام الإجراءات الشكلية والموضوعية المنظمة لها¹.

والهدف من هذا الإجراء هو إبعاد الشكوك حول المخترقين وتسهيل عملهم في كسب ثقة المجرمين وبالتالي الحصول على كافة المعلومات المتعلقة بهذه الشبكة الإجرامية من حيث عدد عناصرها وهويتهم وطرق اتصالاتهم وأماكن التقائهم والوسائل المستعملة في ذلك والحيل التي يستخدمونها... الخ.

نظرا للمخاطر الحقيقية التي يكون عرضة لها القائم بالاختراق في حياته والتي قد تتعدى تبعاتها إلى أفراد عائلته كون هذه التقنية تستهدف أوساطا وشبكات غاية في التنظيم والنفوذ والمكر إذ تستخدم لتحقيق أهدافها كل الوسائل غير المشروعة، وعلى ضوء هذه المعطيات، وفر المشرع المغربي حماية خاصة في نص المادة 82 مكرر 11 من قانون المسطرة الجنائية حيث يمكنه أن يلجأ إلى استخدام أو استعمال اسم مستعار يمكنه من عدم إظهار هويته الحقيقية وهي وسيلة تبقى سارية المفعول في أي مرحلة من مراحل التحقيق تجعل المخترق يتمتع بحماية في شخصه.

ب - توقيع العقاب في حالة الاعتداء على المخترق أو أهله

حيث أقر قانون المسطرة الجنائية عقوبة في حق كل من يكشف هويته المخترق أو يعتدي عليه أو على أهله وجاء النص على هذه المقتضيات في المادة 82 مكرر 16 على النحو التالي:

- الكشف على هوية المخترق أو عون الشرطة القضائية منفذ عملية الاختراق هوية مستعارة دون وقوع ضرر له يعاقب عليه بالحبس من سنتين وخمسة سنوات وغرامة مالية تتراوح بين ألفين وخمسة آلاف درهم¹.

¹ نصت المادة من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: "يمكن ضباط وأعوان الشرطة القضائية المرخص لهم بإجراء عملية التسرب والأشخاص الذين يسخروهم لهذا الغرض، دون أن يكونوا مسؤولين جنائيا، القيام بما يأتي:

- اقتناء أو حيازة - نقل أو تسليم .
- إعطاء أموال أو منتوجات أو معلومات متحصل عليها من ارتكاب الجرائم أو المستعملة في ارتكابها.
- استعمال أو وضع تحت تصرف مرتكبي الجرائم.
- وسائل ذات الطابع القانوني أو المالي وكذا وسائل النقل أو التخزين أو الإيواء أو الحفظ أو الاتصال".

- الكشف على هوية لمخترق أو عون الشرطة القضائية منفذ عملية الاختراق بهوية مستعارة المفضي إلى أعمال عنف أو ضرب أو جرح أو إيذاء في حقهم أو زوجه أو أصوله أو فروعه يعاقب عليه بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وغرامة مالية تتراوح بين ألفين وعشرة آلاف درهم².

- إذا نتج عن كشف الهوية فقد عضو أو بتره أو الحرمان من منفعتة أو عى أو عور أو أي عاهة دائمة أخرى في حق ضابط أو عون الشرطة القضائية منفذ عملية الاختراق أو زوجه أو أصوله أو فروعه يعاقب عليه بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة وغرامة تتراوح بين ألفين وعشرة آلاف درهم.

- الكشف المفضي إلى وفاة ضابط أو عون الشرطة القضائية منفذ عملية الاختراق أو زوجه أو أصوله أو فروعه يعاقب عليه بالحبس من عشر سنوات إلى ثلاثين سنة وغرامة تتراوح بين ألفين وخمسين ألف درهم³.

- إذا تم كشف الهوية الحقيقية لضابط الشرطة القضائية منفذ عملية الاختراق بهوية مستعارة من طرف الشخص الذي استعان به لإتمام عملية الاختراق ترفع العقوبة المقررة في الفقرات السابقة إلى الضعف، وإذا تجاوز الحد الأقصى في هذه الحالة ثلاثين سنة فإن العقوبة تكون هي السجن المؤبد.

2- الحماية القانونية للمخترق بعد انتهاء عملية الاختراق

لقد أعطى المشرع في مشروع قانون المسطرة الجنائية في المادة 82 مكرر 15 للجهة مانحة الإذن بالاختراق في أي وقت ترى ذلك مناسباً لتوقيف عملية الاختراق، وهو ما قد يجعل أمن المخترق في خطر. هنا تدخل المشرع ليوفر له ضمانات حمائية في حالتين:

- الحالة الأولى: وذلك عند انتهاء المدة الزمنية المرخص بها وعدم تمديدتها أو وقف العملية من قبل الجهة المانحة للإذن بالاختراق في أي وقت أجاز له مواصلة النشاطات والأفعال المأذون بها دون أن يكون مسؤولاً جنائياً حتى يتمكن من توقيف نشاطه في الظروف الملائمة أمنياً له، وعلى ضابط الشرطة القضائية إخطار الجهة القضائية مصدر الإذن بالاختراق بهذه الوضعية، على ألا تتجاوز هذه المدة أربعة أشهر على الأكثر.

- أما الحالة الثانية: فهي عند انتهاء المدة المأذون بها لإنجاز العملية دون أن يتمكن الضابط منفذ العملية من إنهاء مهامه في ظروف تضمن أمنه وسلامته هنا يمكن للجهة مانحة الإذن تمديد هذه المدة أربعة أشهر إضافية.

¹ - Article 67 bis du Code des douanes française dispose que : « La révélation de l'identité de ces agents est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende. »

² - Article 67 bis V du Code des douanes française dispose que: « ...Lorsque cette révélation a causé des violences, coups et blessures à l'encontre de ces personnes ou de leurs conjoints, enfants et ascendants directs, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende. »

³ - Article 67 bis V du Code des douanes française dispose que : « ... Lorsque cette révélation a causé la mort de ces personnes ou de leur conjoints, enfants et ascendants directs, les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 € d'amende, sans préjudice, le cas échéant, de l'application des dispositions du chapitre 1er du titre II du livre II du code pénal. »

الموانع القانونية لنظام تسليم المجرمين

الغزاري وهاء

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والإقتصادية

والإجتماعية بسلا،

جامعة محمد الخامس الرباط

تقديم

من البديهي أن يكون الأمن والإستقرار من ركائز قيام الدولة، لذلك تشكل الجريمة إحدى القضايا الرئيسية التي تهدد هذا الإستقرار في كثير من دول العالم في ظل زيادة معدلاتها وانتشار ظواهر إجرامية متطورة ومنظمة وعابرة للحدود.

فما عرفته المجتمعات البشرية من تطور في مختلف الميادين الصناعية، الإجتماعية، الإقتصادية والعلمية أثر بشكل مباشر على واقع الجريمة من حيث الدوافع والوسائل المستعملة في تنفيذها، بحيث اضمحلت الجريمة البدائية التي تعتمد في إنجازها على أدوات عنيفة والتي تكون وليدة الصدفة والحاجة، لتترك مكانها إلى جرائم حديثة تتسم بدقة التنظيم وسرعة التنفيذ من قبل عناصر محترفة، تستفيد مما أحرزته التقنية الحديثة من وسائل نقل واتصال.

ويلعب القانون الجنائي في كل دولة دورا فعالا في المحافظة على كيان الدولة وعوامل استقرارها وتقدمها، والقانون الجنائي إقليمي بطبيعته شرعته الدول بما لها من سلطان وسيادة ليطبق على الجرائم المقررة فوق أراضيها، وضمن حدودها، لهذا يمكن القول وبحق أن الدولة ذات سيادة لا تستطيع أن تمارس سلطاتها القضائية وأن تتخذ أي إجراء على إقليم يخضع لسيادة دولة أجنبية، وهذا ما يعرف بقاعدة إقليمية القانون الجنائي، مما يشكل عائقا أمام متابعة الجاني ومعاقبته على ما جنت يده إذا ما فر خارج حدود الدولة التي ارتكب الجرم فوق أراضيها، وهذا ما أثبتته الواقع العملي بحيث أن الدولة بجهودها المنفردة لا تستطيع القضاء على الجريمة العابرة للحدود¹، نتيجة للتطور المذهل في مجال المواصلات، إذ أصبح من السهل لأي مجرم أن يرتكب عدة جرائم في بلدان مختلفة، بحيث يعد الجريمة في بلد وينفذها في بلد آخر ثم يفر لبلد ثالث، كل هذا أدى إلى عدم قدرة الدول منفردة على مواجهة المجرم مهما بلغت قوتها أو درجة تقدمها.

من هنا ظهرت الحاجة الماسة إلى كيان دولي يأخذ على عاتقه مهمة مكافحة الجريمة العابرة للحدود وضمان عدم إفلات الجناة من العقاب وبالتالي تجاوز عائق الحدود وإدخال نوع من المرونة على مبدأ إقليمية القانون الجنائي. وهذا لن يتأتى إلا بتسيخ مبادئ ومظاهر التعاون الدولي في تعقب ومعاقبة واعتقال ومتابعة الأشخاص المذنبين بارتكاب الجرائم الدولية.

ويعرف التعاون الدولي لمكافحة الجريمة على أنه تبادل العون والمساعدة وتظافر الجهود المشتركة بين دولتين أو أكثر لتحقيق نفع أو خدمة مشتركة، سواء عالميا أو إقليميا أو على المستوى الوطني للدولة المشاركة في مجال التصدي لمخاطر وتهديدات الإجرام، وما يرتبط به من مجالات أخرى كمجال العدالة الجنائية ومجال الأمن أو لتخطي مشكلات الحدود والسيادة².

1- وعرفتها المادة 1/2 من إنفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الموقعة بباليرو سنة 2000، على أنها جريمة ترتكب من طرف جماعة محددة البنية، مؤلفة من ثلاث أشخاص أو أكثر، موجودة لفترة من الزمن وتقوم معا بفعل مدبر لهدف ارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم المقررة وفقا لهاته الاتفاقية من أجل الحصول، بشكل مباشر أو غير مباشر، على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى.

2- علاء الدين شحاتة، "التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة"، إيتراب للنشر والتوزيع، القاهرة 2000، الطبعة الأولى ص: 31.

ويترجم هذا التعاون بإبرام مجموعة من الإتفاقيات الدولية بشأن مكافحة الجريمة والوقاية منها، وبمجموع الصكوك والإعلانات والإرشادات التي تأتي خلاصة للتفكير المشترك للمنظمة الدولي في هذا المجال. وتفعيل هذا التعاون يتم عن طريق مجموعة من الآليات منها ما هو متعلق بالتحري عن الجرائم والملاحقة (الشكاية الرسمية وتسليم المجرمين) ومنها ما هو متعلق بمرحلة ما بعد المحاكمة (الإعتراف بتنفيذ الأحكام الأجنبية، نقل المحكوم عليهم). ولا ريب أن تسليم المجرمين يعتبر خير مظاهر تضامن الدول في مضمار مكافحة الجريمة العابرة للحدود، وتلك حقيقة واضحة، فقد أكد الفقيه بكاريا بأنه "من انجح الوسائل لمنع الجريمة الإتيان بعدم وجود مكان يمكن أن يفلت منه المجرم من العقاب".

ونشير إلى أن نظام تسليم المجرمين لم ينشأ حديثاً بل له جذوره الضاربة في التاريخ وعرفته مختلف الحضارات. وقد عرف المشرع المغربي تسليم المجرمين في الفقرة الأولى من المادة 718 من قانون المسطرة الجنائية المغربي، بأنه مسطرة تخول لدولة أجنبية، الحصول من الدولة المغربية على تسليم متهم أو محكوم عليه غير مغربي يوجد في أراضي المملكة ويكون موضوع متابعة جارية باسم الدولة الطالبة أو محكوم عليه بعقوبة صادرة من إحدى محاكمها العادية. وبذلك يكون تفعيل آلية تسليم المجرمين مرهون بتحقق مجموعة من الشروط التي أقرتها القوانين الوطنية والإتفاقيات الدولية المبرمة في إطار التعاون القضائي الجنائي الدولي. ويمكن إجمال هذه الشروط على تنوعها في طائفتين أساسيتين، أولهما تتعلق بالجريمة وثانيتها بالعقوبة.

وقد تتوافر الشروط اللازمة لإعمال آلية تسليم المجرمين إلا أنه يمكن أن يوجد مانع من الموانع التي تحول دون إجرائه. وتعد موانع التسليم إستجابة لإعتبارات عدة، منها ما هو ذاتي يتعلق بشخص المطلوب تسليمه كأن يكون من رعايا الدولة، أو يكون أجنبياً لكن يخشى تسليمه حماية لحقوقه وحرياته الأساسية كإنسان، ومنها ما هو إجرائي يتعلق بمخالفة تسليمه للمبادئ القانونية، سواء تلك المرتبطة بمشروعية ملاحقته الجنائية أو تلك الخاصة بحق الدفاع، ومن هذه الإعتبارات أخيراً ما يفرضه قواعد الإختصاص الجنائي الدولي.

وفي كافة الأحوال فإن موانع التسليم تجد سندها في مبادئ النظام القانوني الداخلي، تلك المبادئ التي تقضي مثلاً بعدم جواز محاكمة الشخص عن ذات الفعل مرتين، أو انقضاء الدعوى العمومية أو الحكم الصادر بالعقوبة بالتقادم واعتبار ذلك من النظام العام.

ولا شك أن موانع التسليم تمثل بذلك حماية قانونية مؤكدة للشخص المطلوب تسليمه سواء يهدف محاكمته لكونه متهماً أو يهدف تنفيذ الحكم الصادر ضده باعتباره مداناً محكوماً عليه.¹

ونعرض لموانع التسليم على ضوء التشريع الوطني والإتفاقيات الدولية في مبحثين: الموانع المتعلقة بالجريمة وبالشخص المطلوب تسليمه (مبحث أول)، والموانع الإجرائية للتسليم (مبحث ثان).

المبحث الأول: الموانع المتعلقة بالجريمة وبالشخص المطلوب تسليمه

يكاد يجمع المنتظم الدولي على استثناء بعض الجرائم والأشخاص من إجراء التسليم، سواء تم إقرار هذا الإستثناء في إتفاقية دولية أو تشريع وطني، أو انتهاجا للعرف الدولي وفي ما يلي سنعرض لزمنة الجرائم والأشخاص التي يتم استثناءها من مجال تسليم المجرمين.

المطلب الأول: الجرائم التي لا يجوز فيها التسليم

درجت الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية على استبعاد بعض الجرائم من نطاق التسليم، وهي جرائم استقرار العرف الدولي والضمير الإنساني على حظر التسليم فيها.

¹ - سليمان عبد المنعم، الجوانب الإشكالية في النظام القانوني لتسليم المجرمين - دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص: 219.

فالجرائم السياسية والعسكرية وأحيانا الجرائم المالية، كانت محل إجماع دولي قانوني وجب رفض التسليم بشأنها.

الفقرة الأولى : الجريمة السياسية

مبدأ عدم التسليم في الجرائم السياسية، مبدأ أقرته الفقرة الثانية من المادة 721 من ق.م.ج، حيث جاء فيها: "لا يوافق على التسليم.....2- إذا كانت الجريمة المطلوب من أجلها التسليم تعتبر جريمة سياسية أو مرتبطة بجريمة سياسية....."

وهذا ما أقرته الإتفاقية المغربية الفرنسية الموقعة بالرباط في 18 أبريل 2008 من خلال مادتها الثالثة¹. وهذا ما أكدته أيضا الفقرة الأولى من المادة السادسة والعشرون من الإتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية ودولة الإمارات العربية المتحدة.

ونشير هنا إلى أن فرنسا كانت في مقدمة الدول التي أخذت بهذا المبدأ فأقرته في دستور سنة 1794، ووضعت تشريعا سنة 1823 يقر نفس المبدأ².

إلا أن إستبعاد الجريمة السياسية من نطاق التسليم يثير مجموعة من الإشكالات، نظرا للغموض الذي يكتسي مفهوم الجريمة إذ نلاحظ غياب تعريف موحد للجريمة السياسية.

أ: مفهوم الجريمة السياسية

جل التشريعات إن لم نقل كلها لم تعرف الجريمة السياسية هذا ما فسح المجال أمام الفقه ليدلو بدلوه في هذا الصدد.

فالاتجاه التقليدي كان يعتبر أن الجرائم السياسية هي الجرائم التي تمس بمكانه الدولة أو تزعزع كيائها، ومنها الخيانة العظمى والتجسس والتخابر مع الدول الأجنبية وإفشاء أسرار الدفاع ومحاولة قلب النظام بالقوة أو تغيير شكل الحكومة وغيرها من الأفعال التي تمس بأركان الدولة. أما الإتجاه الحديث في تفسير الجريمة السياسية فقد اعتمد مفهوما ضيقا وذلك محاولة منه مكافحة جرائم الإرهاب التي ترتكب تحت الغطاء السياسي، وقد اتجه القضاء الإنجليزي إلى تقييد الجرائم السياسية بكون ارتكابها قد تم لهدف سياسي خلال الإضطرابات أو الإنتفاضات السياسية العامة. فالهدف السياسي للجريمة وارتكابها أثناء الإضطراب السياسي هما أمران هامان وضروريان لإعتبار إحدى جرائم الأمن العام كالقهر أو الخطف أو الحرق جريمة سياسية³.

وفي تعريف آخر: الجريمة السياسية هي كل اعتداء يمثل جريمة في قانون العقوبات ينال بالضرر أو خطر الإضرار بمصلحة سياسية للدولة أو يكون الباعث على ارتكابها سياسيا إما دفاعا عن رأي سياسي أو فكري⁴.

ولتمييز الجريمة السياسية عن الجريمة العادية ذهب الفقه الجنائي إلى مذاهب متعددة، نتج عنها انقسام الفقه إلى ثلاثة مذاهب:

1- المذهب الشخصي:

إن معيار التمييز بين الجريمة العادية والسياسية بناء على هذا المذهب هو الباعث أو الغرض من الجريمة، فأى جريمة ترتكب بباعث سياسي ولغرض سياسي تعتبر جريمة سياسية، مثل قتل رئيس دولة بهدف تغيير نظام الحكم، أو قتل أحد رجال المعارضة، أو السطو على مصرف وسرقة لغرض استخدام المال المسروق في تمويل ثروة يقومون بها، أما إذا

¹ لا يمنح التسليم في الحالات التالية: إذا كانت الجريمة المعترة من الطرف المطلوب، جرائم سياسية أو أفعالا مرتبطة بتلك الجرائم،....."

² عبد الغني محمود، "تسليم المجرمين على أساس المعاملة بالمثل"، دار النهضة للطباعة الأولى، 1991، ص: 40.

³ شكري التركي: "تسليم المجرمين الأجانب، مقال منشور في مجلة القضاء والتشريع، العدد 8، أكتوبر 1993.

- عبد القادر البقيرات، "المساعدة الدولية المتبادلة لتسليم المجرمين"، مقال منشور ب المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، عدد 1، 2009، ص: 217.

⁴ سليمان عبد المنعم، م، س، ص: 104.

تمت أي من هذه الجرائم بدافع شخصي فقد اعتبرت الجريمة عادية. غير أنه وجهت إلى هذا المبدأ جملة من الإنتقادات أهمها ما يلي:

- إن الباعث أو الدافع بالرغم من أنه رافق نشوء مفهوم الجريمة السياسية. إلا أن ذلك لا يبرر اعتبار الدافع أو الباعث المعيار الوحيد لهذا النوع من الجرائم. فالباعث مهما كان نبيلاً لا يصلح أن يكون ركناً من الأركان المكونة للجريمة. فكيف يستقيم القول بأن يكون معياراً لتحديد طبيعتها وضابطاً للترقية بينها وبين غيرها من الجرائم.

- إن الأخذ بهذا المذهب أو هذه النظرية يؤدي إلى التوسع فيما يعتبر جرائم سياسية ويكون من السهل أن يدخل في نطاقها جميع الجرائم العادية. فيكفي الجاني أن يتذرع لإرتكاب الجريمة العادية. بأن الباعث علمها كان سياسياً حتى يضيء عليها الطابع السياسي وتصبح من الجرائم السياسية.

- إن هذا المذهب يصطدم عند التطبيق من الناحية الدولية. وذلك من حيث تسليم المجرمين، لأن الدولة المطلوب منها التسليم لا تستطيع استظهار النيات والأهداف من خلال الأوراق والوثائق التي قدمت لها طرف الدولة الطالبة. والتي لا تتعرض إلى الأسباب أو الدوافع التي دفعت المتهم إلى ارتكاب جريمته. فكيف تستطيع دولة الملجأ طبيعة الجريمة بناء على البواعث التي دعت المتهم إلى ارتكاب جريمته.¹

2- المذهب الموضوعي:

بناء على هذا المذهب، فالجريمة السياسية هي التي تهدف إلى المساس بالنظام السياسي للدولة. فلا يعد العمل الإجرامي جريمة سياسية إلا إذا مس أحد الحقوق المقررة للدولة باعتبارها سلطة سيادية عامة. إن معيار التمييز بين الجريمة العادية والجريمة السياسية بناء على هذا المبدأ هو طبيعة الحق المعتدى عليه وموضوعه. فإن كان الحق المعتدى عليه هو الدولة أو إحدى المؤسسات الدستورية فإن الجريمة تعتبر سياسية. وبغض النظر عن الدافع أو الهدف من الجريمة فالعبرة هنا هي بموضوع الجريمة وليس بهدفها. وقد وجهت لهذا المبدأ مجموعة من الإنتقادات منها:

- أن بعضاً من أنصاره يخلطون بين الجريمة السياسية والجريمة الإجتماعية. واعتبار أن الجريمة السياسية هي الإعتداء على نظام الدولة السياسي والإجتماعي.

- أنه ينظر إلى الجريمة من ركنها المادي فقط دون النظر إلى الركن المعنوي. كما أن الأخذ بالمذهب المادي على إطلاقه يؤدي إلى إيذاء الشعور العام وذلك باعتبار العميل الذي باع وطنه بمبلغ من المال مجرماً سياسياً لأن نشاطه الإجرامي هو الإعتداء على كيان الدولة وسلامتها. برغم الإنتقادات التي وجهت إلى هذا المعيار الموضوعي.²

3- المذهب المزدوج:

لقد حاولت أغلب التشريعات التي وضعت تعريف للجريمة السياسية تجنب الأخذ بمذهب واحد على إطلاقه. سواء المذهب الشخصي أو المذهب الموضوعي. بل حاولت الجمع بين مزايا المذهبين وتجنب عيوبهما. فالجريمة السياسية في البداية هي مجرد فكرة أو أدبولوجية معينة يؤمن بها الفاعل. ثم بعد ذلك يحاول أن يبلور هذه الفكرة إلى عمل واقعي. لذا يصعب الفصل فيما بين الباعث والموضوع أو الفعل الذي نتج عن الباعث.³

¹ إلهام محمد عاقل: "مبدأ عدم تسليم المجرمين في الجرائم السياسية". - دراسة مقارنة -. منشورات مركز دراسات العلم الإسلامي. الطبعة الأولى 1993. ص: 92-93.

² إلهام محمد عاقل، م. س، ص: 94-95.

³ إلهام محمد عاقل، م. س، ص: 96.

وعلى أساس ما تقدم يمكن تعريف الجريمة السياسية على أنها: "هي الأفعال والأقوال المقصودة التي يتم فيها الاعتداء على رجال الدولة، أو أصحاب السلك الدبلوماسي، أو قادة الفكر السياسي، أو أفراد أو جماعات، بسبب ما يحملون من آراء سياسية".¹

ب: مبررات عدم التسليم في الجرائم السياسية

يعتبر الإمتناع عن التسليم في الجرائم السياسية أحد أهم المبادئ التي تركزها الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية نظرا لما ينطوي عليه من مبررات ولعل أهمها:

- ينطلق من اعتبارات إنسانية بحيث الشخص المتهم بهذا النوع من الجرائم لا يضمن أن يحصل على محاكمة عادلة بمحاكم الدولة الطالبة.²
- أن المجرم السياسي يدافع عن مبدأ بأكثر مما يغتنم مصلحة ذاتية أو يجسد خطورة إجرامية.
- أنه لا يمثل في الواقع خطورة على الدولة التي لجأ إليها.
- أن عدم جواز تسليم المجرم السياسي، إنما يعكس واقع التطور الإنساني الذي بدأ منذ قرنين من الزمان تقريبا في مجالات الحرية السياسية والفكرية.³

كما أن تعليل عدم تسليم المجرمين السياسيين يرجع إلى أن كل دولة تحرص على ألا تخيب أمل المغلوبين الذين يطلبون حمايتها في أرضها، كما أن الهروب يعتبر حقا إنسانيا أساسيا في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948، الذي جاء في المادة 1/14 ما يلي: "لكل فرد حق التماس الملجأ في بلدان أخرى والتمتع به خلاصا من الإضطهاد".⁴ إلا أن هذا المبدأ وجهت له مجموعة من الإنتقادات، وأهمها أن هناك نوع من المجرمين الخطيرين من محترفي الإجرام الذين يستغلون الفرص التي تعرض لهم من جراء الفوضى وعدم النظام الذي يسود خلال الثورات السياسية، فيتمكنون من ارتكاب جرائمهم في سهولة ويحتمون وراء فكرة الجريمة السياسية.

والدول التي تحمي هؤلاء مندفعة وراء فكرة حماية المجرم السياسي إنما ترتكب خطأ جسيما، إذ أنها تساعد على نشي روح الإجرام والشغب ولا تساعد بذلك على المعاونة في مكافحة الإجرام.⁵

الفقرة الثانية: الجرائم العسكرية والجرائم المتعلقة بالضرائب والجمارك.

أولا: الجرائم العسكرية:

كذلك لا يجوز تسليم الأشخاص بسبب ارتكابهم جرائم عسكرية كالفار من الخدمة العسكرية، وقد قرر معهد القانون الدولي في اجتماعه بأكسفورد سن 1880 أن "التسليم لا ينطبق على فرار رجال العسكرية للجيش البري أو البحري ولا على الجرائم العسكرية البحتة".⁶

وقد جاء التنصيص على هذا، المقتضى ضمينا في الفقرة الأخيرة من المادة 720 من قانون المسطرة الجنائية: "...تطبق المقترضات السابقة على الجرائم التي يرتكبها عسكريون أو بحارة او من في حكمهم إذا كانت الجريمة المطلوب من أجلها التسليم لا تعد إخلال بواجب عسكري وكان القانون المغربي يعاقب عليها كجريمة عادية".

¹ هاني رفيق حامد عوض، الجريمة السياسية ضد الأفراد -دراسة فقهية مقارنة-، رسالة لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، للعام الجامعي 1430هـ-2009م، ص:37.

² robert zimmermann, « la coopération judiciaire internationale en matière pénale, deuxième édition, édition SA berne-2004, p: 424.

³ سليمان عبد المنعم، م.س، ص: 155-150.

⁴ -إلهام محمد عاقل، م.س، ص: 249.

⁵ -إلهام محمد عاقل، م.س، ص: 250.

⁶ - محمود زكي شمس، " موسوعة الاتفاقيات القضائية الدولية وتسليم المجرمين من عام 1926 م -2004م، دون دار الشر، دون سنة النشر

وهذا ما نصت عليه المادة الثامنة من الإتفاقية المغربية الإسبانية، وعبرت عنه بمصطلح يفيد الجوازية لا الإلزام¹..... يمكن رفض التسليم إذا كانت الجرائم المطلوب من أجلها التسليم تعتبر خرقاً لإلتزامات عسكرية¹. ويقصد بالجرائم العسكرية تلك التي تقع من شخص ذي صفة عسكرية بالمخالفة للواجبات العسكرية أو للنظام العسكري عموماً، وتتميز الجرائم العسكرية ببعض الأحكام الخاصة، وهي ليست كثيرة ولا حاسمة، والتي تميزها عن الجرائم العادية.

لكن أهم ما يميز الجرائم العسكرية هو إنعقاد الإختصاص بنظرها لقضاء استثنائي هو القضاء العسكري². إلا أنه يلاحظ تراجع هذا المبدأ بحيث لم تنص عليه الإتفاقيات العربية ما عدا الإتفاقية العربية الموحدة للتعاون القضائي لعام 1987 الموقعة بالرياض من خلال المادة 41³. إضافة إلى أن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية وكذلك اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لم تشر أي مهمة الجرائم العسكرية في معرض الجرائم التي يجوز فيها رفض التسليم.

ثانياً: الجرائم المتعلقة بالضرائب والجمارك.

تنص المادة 722 من ق.م.ج على ما يلي: "لا يقبل التسليم في الجرائم المتعلقة بالضرائب على اختلاف أنواعها أو بحقوق الجمارك أو بنظام العرف، إلا بناء على شرط صريح تتعهد الدولة الطالبة بمقتضاه ضمن طلب التسليم بأن تقبل المعاملة بالمثل في طلبات من نفس النوع" إذن يتضح من خلال قراءتنا لهذه المقضييات بأن التسليم في هذه الحالة هو مشروط بمبدأ المعاملة بالمثل، وهذا ما نصت عليه المادة التاسعة والثلاثون من الإتفاقية المغربية التونسية⁴، ونفس المقتضى أقرته المادة 32 من الإتفاقية المغربية الفرنسية.

غير أن الإتفاقيات الدولية الحديثة لم تعد تستثني الجرائم الاقتصادية من التسليم ودعت إلى التعامل مع الجرائم المالية بذات القواعد والضوابط المتعلقة بتسليم المجرمين التي يتم التعامل بها مع الجرائم الجنائية الأخرى، هذا الإتجاه نصت عليه صراحة اتفاقية باليرمو (اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة) في عدم جواز رفض التسليم على أساس أنه ينطوي على جرائم اقتصادية، فنصت المادة 16 في الفقرة 5 من الإتفاقية على أنه: "... لا يجوز للدول الأطراف أن ترفض طلب التسليم لمجرد أن الجرم يعتبر منطويًا على مسائل مالية"⁵. فدائرة الإستبعاد من التسليم لا تشمل فقط هاته الجرائم، وإنما أيضاً مجموعة من الأشخاص الذين يحظر إجراء التسليم في حقهم.

المطلب الثاني: الأشخاص الذين يمنع تسليمهم

يعتبر الشخص المطلوب محور إجراء التسليم، وترتبط صحة هذا الإجراء أحياناً بشروط تتصل بشخص المجرم، مما قد يؤدي إلى رفض التسليم في بعض الأحيان، بحيث أن هناك فئات مستثناة من التسليم بموجب الإتفاقيات وكذا

¹ - هذا ما أكدته أيضاً الإتفاقية المغربية الفرنسية من خلال المادة 31:

« l'extradition pourra ne pas être accordée si l'infraction pour laquelle elle est demandée est consistée uniquement dans la violation d'obligation militaires ».

² - سليمان عبد المنعم، م.س، هامش الصفحة: 191.

³ - تنص المادة 41 على ما يلي: " لا يجوز التسليم في الحالات الآتية...ب: إذا كانت الجريمة المطلوب من أجلها التسليم تنحصر في الإخلال بواجبات عسكرية".

⁴ - المادة 39: "في الجرائم المتعلقة بالأداءات الجمركية وصرف النقود لا يسمح بالتسليم طبقاً للأحكام المقررة في هذا الباب إلا في الحالات التي يتفق عليها بتبادل الجانبين المتعاقدين لكل جريمة أو نوع معين من هذه الجرائم".

⁵ - عزت محمد العمري، جريمة غسل الأموال، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص: 390.

التشريعات الوطنية المتعلقة بتسليم المجرمين، ومن بين هؤلاء نذكر الرعايا، الأحداث، اللاجئين وكذا الأشخاص ذوي الحصانات الشخصية.

الفقرة الأولى : مبدأ عدم تسليم الرعايا :

تنص الغالبية العظمى من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على أن انتماء الشخص المطلوب تسليمه إلى جنسية الدولة المطلوب منها التسليم يعتبر عائقا يحول دون التسليم، ومثال ذلك التشريع الفرنسي من خلال المادة 696-^{1,2}

والمشروع المغربي هو الآخر تبني هذا المبدأ بحيث تم التنصيص عليه بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 718.² ومجمل الاتفاقيات التي صادق عليها المغرب وأبرمها في إطار التعاون الدولي في مادة تسليم المجرمين تحظر تسليم الرعايا.³

وفيما يلي سنعرض لماهية هذا المبدأ ومبرراته، وكذا كيفية التخفيف من آثاره السلبية على مستوى التعاون الدولي.

أولاً: ماهية مبدأ عدم تسليم الرعايا ومبرراته.

ويعتبر مبدأ عدم تسليم الدولة لرعاياها من أكثر المبادئ المقررة في التسليم. لا شك أن اختصاص الدولة تجاه رعاياها يشكل أحد الحقوق الأساسية المنفردة عن سيادتها وعلى رابطة الولاء الناجمة عن انتمائهم بجنسيتهم إليها.

والقاعدة أن الدولة لا ترغم على تسليم المجرمين لأن ذلك يدخل في إطار سلطتها التقديرية، إلا إذا كانت هناك معاهدة دولية تربطها بها وتلزمها بالتسليم. وتسري القاعدة السابقة على تسليم مواطني الدولة من باب أولى، بل يمكن القول بأن تسليم مواطني الدولة يضع هذه الأخيرة في موقف حرج أمام الرأي العام في بلادها. هذا ما يدفعنا إلى القول بأن القاعدة هي عدم جواز تسليمهم.⁴

وتستند الدول التي أخذت بمبدأ حظر تسليم مواطنيها إلى العديد من الأسانيد منها.⁵

- أنه لا يجوز تطبيق قوانين وإجراءات على الجاني وهو يجلبها.
- ضرورة محاكمة الدولة لمواطنيها عن طريق محاكمها وقضاها الوطنيين، وهو من ضمن اعتبارات السيادة التي تتمسك بها العديد من الدول.

- كما أنه لا توجد قواعد تلزم الدول في القانون الدولي بتسليم مواطنيها. وإذا ما كانت هذه المبررات تمثل ضمانات أساسية للأفراد الوطنيين فإنها وبلا شك تمثل عائقا أمام إجراءات وصول التعاون الدولي لمكافحة الإجرام، بحيث أن هذا المبدأ يضعف من سياسة مكافحة الإجرام ولا سيما في تجلياته الدولية وأنماطها الخطيرة، ويمثل ثغرة قد تضمن إفلات الجناة من العقاب.

¹ «le gouvernement français peut remettre, sur leur demande, aux gouvernement étrangers toute personne n'ayant pas la nationalité française.....»

² "تخول مسطرة تسليم المجرمين لدولة أجنبية الحصول من الدولة المغربية على تسليم متهم أو محكوم عليه غير مغربي..."

³ المادة 35 من الاتفاقية المغربية التونسية، المادة 23 من الاتفاقيات المغربية التركية، المادة 24 من الاتفاقية بين المملكة المغربية ودولة الإمارات العربية المتحدة، المادة 3 من الاتفاقية المبرمة بين المغرب وإسبانيا، المادة 28 من الاتفاقية المبرمة بين المغرب وفرنسا.

⁴ "فريدة ألبشري" تحديد نظام تسليم المجرمين" مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة محمد بركة بومرداس، كلية الحقوق - بوداو - السنة الجامعية 2007-2008، ص 58.

⁵ -محمد لطفي، آليات الملاحقة في نطاق القانون الجنائي الدولي الإنساني، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، بدون ذكر سنة النشر، ص 638.

كما أن مبدأ حظر تسليم الوطنيين ينتقص من حق الدولة التي ارتكبت فيها الجريمة أو التي حدث الإضرار بمصالحها في ملاحقة الجاني وإنزال العقاب به، لاسيما أن هذه الدولة هي الأقدم من الناحية الفعلية على وضع حق العقاب موضوع التنفيذ دون إخلال بحق المتهم في الدفاع، إذ تتوافر لديها أدلة الجريمة والقدرة على تمحيصها¹.
إذا كيف السبيل إلى الحد من الآثار السلبية لمبدأ عدم جواز تسليم الرعايا.

ثانياً: حدود قاعدة عدم جواز تسليم الرعايا.

لحد من الآثار السلبية الناجمة عن إعمال مبدأ حظر تسليم الوطنيين تبلور اتجاه دولي معاصر يهدف إلى الحد من إعمال هذا المبدأ على إطلاقه، وتجلى هذا الاتجاه فيما تأخذ به الكثير من إتفاقيات التسليم الثنائية، الإقليمية والعالمية، ويمكن إجمال مظاهر التخفيف من إطلاق قاعدة الحظر في البدائل التالية:

1- قاعدة إما التسليم أو المحاكمة.

ومؤدى هذه القاعدة أن تقوم الدولة المطلوبة بالتسليم بإحالة الشخص المطلوب على أجهزتها القضائية المختصة لمحاكمته ومعاقبته من أجل الجريمة، وأن تبلغ ذلك إلى الدولة طالبة وهذا ما نصت عليه الإتفاقية القضائية المعقودة بين المغرب وفرنسا²، وذلك من خلال المادة 22 والتي تقضي بأن "التسليم الذي تلتزم به كل من الدولتين لا يشمل رعاياها أنفسهم، وتعتبر لهذه الغاية الجنسية التي يحملها الشخص عند ارتكابه الجريمة موضوع التسليم، كما تلتزم الدولة المطلوبة بملاحقة مواطنها الذي ارتكب في أرض الدولة الأخرى جناية أو جنحة معاقب عليها في تشريع الدولتين".

أما على مستوى الإتفاقيات الدولية فقط تم أيضا إقرار وتبني هذه القاعدة من أجل الحد من الآثار السلبية لمبدأ عدم جواز تسليم الرعايا، ومثال ذلك اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عر الوطنية والتي تنص في فقرتها العاشرة من المادة 16 على أنه "إذا لم تقم الدولة الطرف التي يوجد الجاني المزعوم في إقليمها بتسليم ذلك الشخص فيما يتعلق بجرم تنطبق عليه هذه المادة لسبب وحيد هو كونه من أحد مواطنها، وجب عليها بناء على طلب الدولة الطرف التي تطلب التسليم أن تحيل القضية دون إبطاء لا مسوغ له إلى سلطتها بقصد الملاحقة..."

2- قاعدة التسليم المشروط بإعادة الشخص مرة أخرى إلى دولته "التسليم المؤقت".

وتعتبر هذه القاعدة مظهراً آخر للتخفيف من الغلو في إعمال قاعدة حظر تسليم الوطنيين. وقد وردت هذه القاعدة في قانون التسليم الكندي الصادر سنة 1999 على نحو عام دون أن يقتصر نطاق إعمالها على الوطنيين بالضرورة ووفقاً لهذه القاعدة التي تستخلص من المادتين 29 و66 من قانون التسليم الكندي، فإنه يجوز للدولة أن تقوم بتسليم الشخص الذي ينفذ بحقه في كندا الحكم الصادر بالإدانة بصفة مؤقتة إلى دولة أخرى متى تعهدت هذه الأخيرة بإعادته إلى كندا خلال فترة ثلاثين يوماً أو الفترة التي يحددها القرار الصادر بالتسليم، كما يجوز لكندا أن تشتترط على الدولة الأخرى إعادة هذا الشخص بناء على طلبه أو في الوقت الذي يحدده³.

وقد سبق أن دعى إلى ذلك مؤتمر التعاون القضائي الدولي في المجال الجنائي الذي انعقد في سيراكوزا بإيطاليا في ديسمبر سنة 1993، إذ طالب بإدراج هذه القاعدة ضمن المادة 4 في الفقرة "أ" من الاتفاقية النموذجية للتسليم⁴، والتي تقضي بأنه " كخطوة أولى لخفض معدلات الرفض لعملية التسليم بسبب الجنسية، فإنه ينبغي على الدول مراعاة النصوص القانونية التي قد تتيح الإلتزام بتنفيذ عملية التسليم بالنسبة للجرائم الخطيرة، أو التي قد تسمح بنقل

¹ سليمان عبد المنعم، م.س. ص 261.

² الحسن القادري " العمل القضائي في مجال تسليم المجرمين الأجانب" مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 147، سنة 2003، ص 131-132.

³ سليمان عبد المنعم، م.س. ص 227.

⁴ المادة 4/أ الاتفاقية النموذجية للتسليم تنص على أنه: "إذا كان الشخص المطلوب تسليمه من رعايا الدولة طالبة و في حالة رفض الدولة المطالبة التسليم لهذا السبب، فإنها تقوم إذا التمسّت الدولة الأخرى ذلك بعرض القضية على سلطاتها المختصة لاتخاذ الإجراء الملائم ضد هذا الشخص بشأن الجرم الذي طلب التسليم لأجله".

الشخص المطلوب تسليمه وإرساله بصفة مؤقتة للمحاكمة ثم إعادته بعد ذلك للدولة المطلوب منها التسليم أو لتنفيذ الحكم الصادر ضده.¹

ودائرة الاستبعاد تتسع لتشمل كذلك الأحداث واللاجئين.

الفقرة الثانية: مدى جواز تسليم الأحداث، واللاجئين.

من بين الأشخاص الذين لا يمكن أن يكونوا موضوع مسطرة تسليم المجرمين نذكر الأحداث واللاجئين إذا ما المبررات الكامنة وراء استبعادهم من دائرة التسليم؟

أولاً: مدى جواز تسليم الأحداث

لم يعرف التشريع المغربي ولا الفرنسي ولا الاتفاقيات الثنائية التي أبرمها المغرب في إطار تسليم المجرمين، لحكم تسليم الأحداث.

والحدث بصفة عامة هو من لم يتجاوز سنه القانوني 18 سنة.

ومن التشريعات النادرة التي تطرقت لحكم تسليم الحدث نذكر التشريع الكندي الذي أجاز رفض التسليم في حالة كون الشخص المطلوب تسليمه أقل من ثمانية عشر عاماً. "المادة 37 من قانون التسليم الكندي 1999".

وفي ظل غياب نص تشريعي أو اتفاقي يبين حكم تسليم الأحداث، فإنه ليس للدولة أن تقوم بتسليم حدث إلى دولة أخرى متى كان قانون أي من الدولتين يعتبر هذا الشخص المطلوب تسليمه حدثاً يستفيد بمانع المسؤولية الجنائية المتعلقة بالسن.²

وتكمن مبررات هذه الضمانة في أن التشريعات الوطنية غالباً ما لا تطبق عقوبات مبالغة للحرية على الحدث، حيث تكتفي بتطبيق مجموعة من التدابير ضده، وبالتالي تنشأ صعوبة عملية إجراء التسليم، فقضاء الأحداث لا يهدف بالدرجة الأولى إلى إنزال العقاب على الحدث المنحرف بقدر ما يهدف إلى إعادة تأهيله وإدماجه في المجتمع الذي ألفه وترعرع فيه، هذا الأمر الذي لن يتحقق إذا ما قمنا بتسليم حدث جانح لدولة أجنبية.

أما إذا كان الحدث من رعايا الدولة المطلوبة فهنا مبدأ عدم تسليم الرعايا يشمل الأحداث أيضاً، إذ أن هذه المبررات تسقط كلية إذا وتصير الدولة المطلوب منها التسليم ملزمة بتسليم الحدث.

ونشير هنا إلى أن مبدأ عدم تسليم الأحداث يجد أساسه في قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون قضاء الأحداث (وهو ما يعرف بقواعد بكين)، وذلك من خلال المبادئ التي نصت عليها والتي تركز لحماية الحدث ومراعاة مصلحته الفضلى.

ثانياً: مدى جواز تسليم اللاجئ.

لقد أولت الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية اهتماماً بالغاً للاجئ ومن بين أبرز هذه الاتفاقيات نذكر الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين التي اعتمدها يوم 28 يونيو 1958 مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين بشأن اللاجئين وعديمي الجنسية الذي دعت الجمعية العامة المتحدة إلى الانعقاد بمقتضى قرارها رقم 429 (5-0).

وعرفت المادة الأولى في فقرتها الثانية اللاجئ: "كل شخص يوجد، نتيجة أحداث وقعت قبل 1 كانون الثاني / يناير 1951، وبسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية، خارج بلد جنسيته، ولا يستطيع، أولاً يبريد بسبب ذلك الخوف، أن يعود إلى ذلك البلد..."³
وحظر تسليم اللاجئ تم إقراره بمقتضى المادة 33 من هذه الاتفاقية.³

¹ عبد الفتاح السراج، النظرية العامة لتسليم المجرمين، دراسة تحليلية تأصيلية، رسالة المنصورة، طبعة 1999 ص 215.

² سليمان عبد المنعم، م. س، ص 250-251.

³ تنص هذه المادة على أنه "لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تطرد لاجئاً أو ترده بأية صورة من الصور إلى حدود الأقاليم التي تكون حياته أو حريته مهددتين فيها بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو بسبب آرائه السياسية..."

ونفس التوجه تبناه المشرع المغربي من خلال رفضه لطلب التسليم الذي تكون الغاية منه متابعة أو معاقبة شخص من أجل اعتبارات عنصرية أو دينية أو تتعلق بالجنسية أو بآراء سياسية.

أو أن وضعية هذا الشخص قد تتعرض من جراء إحدى هذه الاعتبارات نحصر التشديد عليه.¹ أما على مستوى الاتفاقيات الثنائية التي أبرمها المغرب فجلبها لم يتطرق إلى حظر تسليم اللاجئ وإنما تم التنصيص فقط على حظر التسليم في حالة اللجوء السياسي في حين أنه يجب تعميم هذا الحظر فاللجوء يمكن أن يكون بسبب اضطهاد عرقي أو خوف من التعذيب أو بسبب العنصرية وليس فقط لأسباب سياسية.

الفقرة الثالثة: أحكام التسليم لذوي الحصانات الشخصية:

الحصانة تعني وجود عائق يحول دون تحريك الدعوى الجنائية ضد أحد الأفراد، وبالتبعية عدم إمكانية توجيه أي اتهام إليه وفقا لأحكام القانون الجنائي الوطني.

أما تعريف الحصانة من الناحية الدولية فهي ميزات تعطى لبعض الأشخاص بقصد إخراجهم من الاختصاص القضائي للدولة المضيفة كليا أو جزئيا حسب نوع وطبيعة الحصانات الممنوحة لهم.² وسوف نبين بعض الفئات التي تهمنا في هذا المجال حيث تتمتع بحصانات عند توافر شروط بحكم مناصبهم أو وظائفهم.

أولا: رؤساء وملوك الدول:

تعتبر حصانات رؤساء وملوك الدول مانعا، يحول دون تسليمهم في الدولة التي يتواجدون فيها أيا كانت طبيعة هذا التواجد سواء كان في إطار زيارة رسمية أم خاصة.³ ترتبنا على ذلك فإذا ما ارتكب أحد رؤساء الدول أو ملوكها جريمة خارج دولته، وتوجه إلى دولة أخرى فإنه لا يجوز لتلك الأخيرة أن تقوم بتسليمه.

غير أنه ما يجب ملاحظته أن هذه الحصانة لا يتمتع بها رؤساء أو ملوك الدول حال ارتكابهم لجريمة دولية تدخل في نطاق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، وهو ما عبرت عنه صراحة المادة 24 من الباب الثالث لمشروع النظام الأساسي للمحكمة حيث نصت أنه:

" يطبق هذا النظام الأساسي على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون أي تمييز بسبب الصفة الرسمية وبوجه خاص فإن الصفة الرسمية للشخص سواء كان رئيسا لدولة أو حكومة أو عضو في حكومة أو برلمان... لا تعفيه بأي حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية بموجب هذا النظام الأساسي."

ثانيا: الحصانة الدبلوماسية

تمثل الحصانات الدبلوماسية أيضا مانعا من موانع التسليم وذلك إعمالا لنص المادة 1/41 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية المبرمة في 18 أبريل سنة 1961 والتي تنص على أن الممثل الدبلوماسي يتمتع بحصانة أمام القضاء الجنائي في الدولة المعتمد لديها، وهي حصانة تلازمه طيلة الفترة التي يمكث خلالها في إقليم هذه الدولة بما في ذلك فترة العطلات، وعن الجرائم التي يرتكبها خارج نطاق وظائف.

فهذه الحصانة تشمل أعضاء البعثات السياسية وأولادهم، وممثلي المنظمات الدولية والإقليمية.⁴

¹ تنص على هذه المقتضيات المادة 721 من ق.م.ج.: "لايوافق على التسليم...، تطبيق هذه القاعدة الخاصة أيضا إذا اعتقدت السلطات المغربية لأسباب جدية أن طلب التسليم المستند إلى جريمة من الجرائم العادية لم يقدم إليها إلا قصد متابعة أو معاقبة شخص من أجل اعتبارات عنصرية أو دينية...".

² محمد لطفي، م. س، ص 302-303.

³ سليمان عبد المنعم، م. س، ص 244.

⁴ محمد لطفي، م. س، ص 304.

وبالنسبة لرجال السلك القنصلي فهم يتمتعون بحصانة محدودة تقتصر على ما يرتكبونه من أفعال تدخل في نطاق أدائهم لوظيفتهم أو بسبب مباشرتهم لها¹

والعلة التي تقررت من أجلها هذه الحصانات الدبلوماسية هي إضفاء الحماية والإستقلالية على الممثل الدبلوماسي المعتمد من مغبة أي تأثير أو تدخل أو تهديد يحد من هذه الحماية والإستقلالية².

المبحث الثاني : الموانع الإجرائية للتسليم.

يقصد بهذه الموانع الأسباب القانونية ذات الطبيعة الإجرائية التي تحول دون التسليم سواء تلك التي تفرضها قواعد الإختصاص أم تلك التي تتعلق بسقوط أو انقضاء الدعوى الجنائية.

ونعرض أولاً الموانع المتعلقة بالإختصاص، قبل أن نتناول ثانياً تلك الخاصة بسقوط الدعوى الجنائية.

المطلب الأول : الموانع المتعلقة بالإختصاص.

يشترط لتسليم المجرم للدولة التي تطلبه أن تكون مختصة بمحاكمته وفقاً لقانونها الداخلي. أما إذا كانت غير مختصة أصلاً بمحاكمته كما لو ارتكبت الجريمة خارج حدودها الإقليمية أو كانت الجريمة مما يدخل في اختصاص محاكم الدولة المطلوب إليها التسليم. فهنا لا محل للتسليم³.

فمؤدى هذا المانع، انعقاد الاختصاص للدولة المطلوب منها التسليم وانتفاءه للدولة طالبة التسليم، وبالارتكاز على هاتين الحالتين سنقوم بدراسة هذا المانع الإجرائي.

الفقرة الأولى: انعقاد الاختصاص للدولة المطلوب منها التسليم.

يشترط في التسليم أن تكون محاكمة القضاء الجنائي في الدول طالبة التسليم هو المختص لمحاكمة الشخص المطلوب، إلا أن هذا الاختصاص قد يختلف بين الدول وخاصة الدول التي نجد أن تشريعها الجنائي يمتد اختصاصه إلى الجرائم التي تقترب خارج حدودها، وفضلاً عن قاعدة الاختصاص الإقليمي والتي تقضي بأن تكون لكل دولة الحق في تطبيق أحكام قانونها الجنائي على جميع الجرائم المرتكبة فوق أراضيها، فإن معظم الدول تمنح نفسها أيضاً اختصاص الشخصي الإيجابي الذي يخول لها تطبيق قانونها الجنائي على الجرائم التي يرتكبها رعاياها في الخارج، كما تمنح نفسها أيضاً الإختصاص الشخصي السلبي والذي يخول لها حق النظر في الجرائم المرتكبة في الخارج ضد أمنها وسلامتها⁴.

والمشروع المغربي ذهب في هذا التوجيه، بحيث نظم قواعد الاختصاص المتعلقة بالجرائم المرتكبة خارج المملكة وذلك من خلال الكتاب السابع المواد من 704 إلى 712 من قانون المسطرة الجنائية.

فحسب هذه المواد الإختصاص ينعقد للمغرب وفق ثلاث محددات.

1- مبدأ الإقليمية: أقرته المواد:

704: "تختص محاكم المملكة المغربية بالنظر في كل جريمة ترتكب في الأراضي المغربية أيا كانت جنسية مرتكبها..."

705: "تختص محاكم المملكة المغربية بالنظر في الجنايات أو الجنح المرتكبة على متن طائرات مغربية..."

2- مبدأ الشخصية: تم التنصيص عليه من خلال:

المادة 707: "كل فعل له وصف جنائية في نظر القانون المغربي ارتكب خارج المملكة المغربية من طرف مغربي، يمكن

المتابعة من أجله والحكم فيه بالمغرب..."

3- مبدأ العينية: تم التنصيص عليه بمقتضى:

¹ عبد الفتاح محمد السراج، م. س، ص 233.

² سليمان عبد المنعم، م. س، ص 243.

³ إلهام محمد عاقل، م. س، ص 174.

⁴ الحسن القادري " العمل القضائي في مجال تسليم المجرمين الأجانب" مقال منشور بمجلة القضاء و القانون، العدد 147، سنة 2003، ص 132-

المادة 711: "يحاكم حسب مقتضيات القانون المغربي كل أجنبي يرتكب خارج أراضي المملكة بصفته فاعلا أصليا أو مساهما أو مشاركا، جناية أو جنحة أمام أمن الدولة، أو نزيفا لخاتم الدولة أو تزيفا أو تزويرا لنقود أو لأوراق بنكية..."¹
 أما إذا تعددت أسانيد الإختصاص كأن ينعقد الإختصاص القضائي للدولة طالبة التسليم وللدولة المطلوب إليها في آن واحد، فإن هذه الأخيرة لا تكون ملزمة بالتسليم ما دام قضاؤها الجنائي صاحب الإختصاص للنظر في الجريمة موضوع التسليم.¹

أما إذا تعددت الإختصاصات الناشئة عن تعدد الدول طالبة لتسليم الجريمة الواحدة، ففي هذه الحالة تعطى الأسبقية إلى موقع الجريمة والذي بعد اختصاصها إقليميا ومع ذلك يستحسن أن يكون للدولة المطلوب إليها التسليم قدر من الحرية في التقدير والتفضيل.²

أما المشرع المغربي فقد أعطى الأولوية في التسليم للدولة التي أضرت الجريمة بمصالحها، أو للدولة التي ارتكبت الجريمة داخل حدودها.

وذلك وفقا لمقتضيات المادة 724 من ق.م.ج "إذا قدمت عدة دول طلبات للتسليم تتعلق بنفس الجريمة فإن الأولوية في التسليم تمنح للدولة التي أضرت الجريمة بمصالحها أو للدولة التي ارتكبت الجريمة داخل حدودها."

الفقرة الثانية: إنتفاء اختصاص الدولت طالبة التسليم.

يترتب على عدم توافر اختصاص الدولة طالبة التسليم بملاحقة الشخص المطلوب تسليمه قانونا وفقا لأحد معايير الاختصاص الجنائي الدولي، رفض طلب التسليم المقدم منها، وهذا المانع منطقي إن لم يكن بديهيا إذ ليس من المنطق أو العدل أن تقوم دولة بتسليم شخص إلى دولة أخرى إذا كانت هذه الأخيرة غير مختصة ابتداء بملاحقة الجرم المنسوب إلى هذا الشخص، ورغم ذلك فالملاحظ أن التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في مجال التسليم تتباين تباينا ملحوظا فيما يتعلق باشتراط اختصاص الدولة طالبة التسليم بملاحقة الجريمة المطلوب من أجلها التسليم. بحيث نلاحظ بأنه على خلاف موقف التشريعات الوطنية التي تحظر التسليم إذا لم يتوافر للدولة طالبة أحد معايير الاختصاص الثلاثة السابق الإشارة إليها (معايير الإقليمية والشخصية والعينية)، فالملاحظ أن الاتفاقيات الدولية غالبا ما تأخذ نهجا مغايرا في هذا الخصوص.

فبعض هذه الاتفاقيات تقيد شرط الاختصاص للدولة طالبة بكون الجريمة التي من أجلها طلب التسليم قد ارتكبت في إقليمها أي أن يتوافر اختصاصها وفقا لمبدأ الإقليمية.³

ومثال ذلك الاتفاقية المبرمة بين المغرب وإسبانيا بحيث تنص في مادتها السابعة الفقرة..ب:

"يرفض التسليم....."

ب: إذا اقترفت الجرائم خارج تراب الدولة طالبة التسليم من طرف شخص أجنبي عن هذه الدولة..."

المطلب الثاني: الموانع المتعلقة بسقوط الدعوى العمومية

قد تسقط الدعوى العمومية بالتقادم أو العفو أو لسبق الفصل فيها، وعند إذ يكون للدولة المطلوب إليها التسليم أن تمتنع عن إجراء التسليم لاتفاء السند الذي يجيز ملاحقة الشخص، وذلك باعتبار أن سقوط الدعوى الجنائية أو كما يسمى أحيانا بسقوط حق العقاب، يعتبر في مثل هذه الحالات متعلقا بالنظام العام.

¹ بحيث أن المشرع المغربي نص في المادة 718 من ق.م.ج في فقرتها الثانية على ما يلي: "...، غير أن التسليم لا يقبل إذا كانت الجريمة التي يستند إليها الطلب قد ارتكبت: - إما بأرض الدولة طالبة من طرف أحد مواطنيها أو من شخص أجنبي - وإما خارج أراضيها من أحد مواطنيها - وإما خارج أراضيها من أجنبي غير مغربي..."

² الحسن القادري، م س، ص 133.

³ سليمان عبد المنعم، م س، ص 269-271.

إذن فالامتناع عن التسليم قد يكون إما بسبب سقوط الدعوى الجنائية أو العقوبة بالتقادم أو بسبب سبق الفصل في الدعوى أو بسبب العفو.¹

الفقرة الأولى : امتناع التسليم لسقوط الدعوى الجنائية أو العقوبة المحكوم بها بسبب التسليم.

نظام التقادم نظام قانوني بمقتضاه لا يمكن إقامة الدعوى العمومية²، إذا انقضت فترة زمنية معينة يحددها المشرع منذ وقوع الجريمة دون اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق أو المحاكمة وهو ما يعرف بتقادم الدعوى أو الجريمة، أو بموجبه أيضا يمتنع تنفيذ الحكم النهائي الصادر من المحكمة متى انقضت فترة زمنية معينة يحددها المشرع وهو ما يطلق عليه بتقادم العفوية³.

ولا شك أنه في مجال التسليم يترتب على سقوط الدعوى أو العقوبة بشأن الجريمة المطلوب من أجلها التسليم بالتقادم وجوب رفض طلب التسليم.

إلا أنه يلاحظ أن هناك من الجرائم الدولية ما لا تسقط عنها الدعوى أبدا بالتقادم ومثال ذلك على الصعيد الدولي الجرائم المشمولة باختصاص المحكمة الجنائية الدولية، وهي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية⁴. وفي هذا المعنى تنص المادة 29 من النظام الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية على أنه "لا تسقط الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة بالتقادم أيًا كانت أحكامه".

وتذهب العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية إلى التنصيص على عدم جواز التسليم بسبب سقوط الدعوى العمومية أو العقوبة بالتقادم.

ومثال ذلك المشرع المغربي الذي ينص من خلال المادة 721 من ق.م.ج على أنه "لا يوافق على التسليم...، وإذا كانت الدعوى العمومية أو العقوبة قد سقطت بالتقادم قبل تاريخ طلب التسليم حسب التشريع المغربي أو حسب تشريع الدولة الطالبة، وبصفة عامة كلما انقضت أو سقطت الدعوى العمومية المقامة من الدولة الطالبة".

ونفس التوجه سلكته مختلف الاتفاقيات الثنائية والدولية، مثال ذلك الاتفاقية المبرمة بين المغرب وإسبانيا بحيث نصت في المادة الخامسة برفض التسليم إذا كانت الدعوى أو العقوبة قد سقطت بالتقادم وفقا لقانون إحدى الدولتين الطالبة أو المطلوب إليها التسليم عند توصل هذه الأخيرة بالطلب.

وعلى المستوى الدولي ندرج الاتفاقية الأوروبية للتسليم نموذجا بحيث تنص في مادتها الحادية عشر على: "امتناع التسليم إذا كان تقادم الدعوى أو العقوبة قد اكتمل إما وفقا لقانون الدولة الطالبة وإما وفقا لقانون الدولة المطلوب إليها".

الفقرة الثانية: امتناع التسليم بسبب سبق الفصل في الدعوى.

ومؤدى ذلك أنه لا يجوز إجراء التسليم إذا كان الشخص المطلوب تسليمه قد سبق صدور حكم بشأنه عن الجريمة الواردة في طلب التسليم سواء كان هذا الحكم بالبراءة أم الإدانة، يجب أن يكون قد نفذ العقوبة في حالة الإدانة، ويعتبر هذا المانع تطبيقا لأحد أهم المبادئ القانونية التي تكرسها النظم القانونية الداخلية وهو عدم جواز محاكمة الشخص عن ذات الجرم مرتين.⁵

¹ سليمان عبد المنعم، م س، ص 274.

² لطيفة الداودي، دراسة في قانون المسطرة الجنائية الجديد رغم 22-01-2001 ظهر 3 أكتوبر 2002، المطبعة و الوراقة الوطنية - الهي المحمدي، الطبعة الأولى، 2005، ص 66.

³ نص المشرع المغربي في المادة 5 من ق.م.ج المعين على أنه "تتقادم الدعوى ما لم تنص قوانين خاصة على خلاف ذلك بمرور خمسة عشرة سنة ميلادية كاملة تبتدئ من يوم ارتكاب الجريمة - أربع سنوات كاملة تبتدئ من يوم ارتكاب الجثة - سنة ميلادية كاملة تبتدئ من يوم ارتكاب مخالفة".

⁴ سليمان عبد المنعم، م س، ص 274-275-276-277.

⁵ سليمان عبد المنعم، م س، ص 282.

ولا يكاد يوجد تشريع وطني أو اتفاقية دولية أو ثنائية في مجال التسليم لا يتضمن قاعدة حظر التسليم لسبق الحكم في الدعوى عن ذات الجرم ضد نفس الشخص المطلوب تسليمه.
فعلى مستوى التشريع الوطني تنص المادة 721 على أنه: "لا يوافق على التسليم..." إذا كانت الجنايات أو الجنح ولو أنها خارج أراضي المملكة قد تمت المتابعة من أجلها بالمغرب ووقع الحكم فيها نهائياً.
وفي نفس الاتجاه تنص المادة السابعة من الاتفاقية المبرمة بين المغرب وإسبانيا على أنه "يرفض التسليم: أ: إذا صدرت بشأن الجرائم أحكام نهائية من الدولة المطلوب إليها التسليم".
ونفس المقتضى أقرته المادة الأربعون من الاتفاقية المبرمة بين المغرب والجمهورية التونسية".

الفقرة الثالثة: امتناع التسليم بسبب العفو

ونميز هنا بين العفو الشامل أو العام أو العفو الخاص فالقصد بالعفو الشامل العفو الذي يكون بنص تشريعي صريح يحدد ما يترتب عن العفو من آثاره دون مساس بحقوق الغير ومن آثاره أنه يسقط الدعوى العمومية من أصلها ويمارس العفو الشامل الملك بحكم الدستور.¹
أما العفو الخاص فهو عفو عن تطبيق العقوبة، يتمثل في إعفاء المحكوم عليه من تنفيذ العقوبة كلها أو بعضها أو إبدالها بعقوبة أخف منها.

ويعتبر العفو كقاعدة عامة أحد موانع التسليم المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية في مجال التسليم.
فعلى صعيد التشريعات الوطنية نجد المشرع المغربي لم يشر صراحة إلى هذا المقتضى وإنما نص عليه بطريق ضمنية من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 721: "لا يوافق على التسليم..." إذا كانت الدعوى العمومية أو العقوبة قد سقطت بالتقادم قبل تاريخ طلب التسليم حسب التشريع المغربي أو حسب تشريع الدولة الطالبة، وبصفة عامة كلما انقضت أو سقطت الدعوى العمومية المقامة من الدولة الطالبة "فصيغة التعميم هاته تفيد أنه يمكن الدفع بسقوط الدعوى العمومية بأحد أسباب سقوطها سواء كان العفو، أو أسبقية الفصل أو التقادم.
وعلى مستوى الإتفاقيات فلا نجد أي اتفاقية ثنائية أو دولية قد أغفلت هذا المقتضى.
فحسب المادة السادسة والعشرون من الاتفاقية المبرمة بين المغرب والإمارات العربية المتحدة" لا يجوز التسليم في الحالات التالية:.....

6: إذا صدر عفو في الدولة الطالبة أو في الدولة أو المطلوب إليها التسليم."
ونفس الأمر تم التنصيص عليه في الفقرة "ج" من المادة السابعة من الاتفاقية المبرمة بين المغرب وإسبانيا.

¹ لطيفة الداودي، م س، ص 63.

ضمانات التنافس في مجال الصفقات العمومية على ضوء مستجدات مرسوم الصفقات العمومية¹

ابتسام اللوسي

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس

إن تشبث المغرب باستكمال مسيرته على طريق الديمقراطية والتنمية الاقتصادية والاجتماعية، جعله ينهج العديد من الإصلاحات، والتي همت مجالات مختلفة.

ولعل من أبرز هذه الإصلاحات، الإصلاح الدستوري لسنة 2011 وما واكبه من تعديل وتحسين لمجموعة من النصوص والمنظومات القانونية، بما في ذلك منظومة الصفقات العمومية التي شكلت مجالاً خصباً للإصلاح.

فباعتبار أن الصفقات العمومية من أكثر الوسائل القانونية التي تلجأ إليها مختلف الهيئات العمومية² لتنفيذ مخططاتها التنموية، واعتباراً لكونها إحدى أهم العقود الإدارية التي تجمع بين الدولة والخواص والوسيلة الأنجع لجلب الاستثمارات الكبرى، فإنه كان لزاماً على المشرع التدخل لتدعيم الحكامة الجيدة للشأن العام من جهة وتدعيم القدرة التنافسية للدولة³ من جهة أخرى، وذلك عبر إدخال تعديلات عدة بهدف الرقي بمنظومة الصفقات العمومية المغربية وتطويرها، وبالأخص في ما يتعلق بقواعد إبرامها ومراقبتها وكذا تدبيرها.

وتبعاً لذلك، فقد شهد الإطار القانوني للصفقات العمومية توالي مجموعة من الإصلاحات⁴، غير أن أبرزها تمثل في إصدار المرسوم رقم 12.06.388 الصادر بتاريخ 5 فبراير 2007 والمتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة

¹ مرسوم رقم 2.12.349 الصادر في 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013) المتعلق بالصفقات العمومية، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6140 بتاريخ 23 جمادى الأولى 1434 (4 أبريل 2014)، ص 3023.

² تتمثل الهيئات العمومية في كل من الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية

³ "القوة التنافسية لكل بلد لا تتحدد فقط بإمكاناته الاقتصادية بل بمدى توفيره الشروط الكفيلة لممارسة نشاط اقتصادي منتج، وتعد الحماية القانونية والقضائية عنصران أساسيان في تدعيم القدرة التنافسية، وترسيخ مكانة الدولة كمصدر لجلب الاستثمارات، فالمستثمر سواء أكان وطنياً أو أجنبياً، لا يقدم على توظيف مدخراته ورساميله قبل التحري عن أحوال القضاء والنصوص القانونية الجاري بها العمل". د. محمد هارون، "تطور حماية القاضي الإداري المغربي للنشاط الاقتصادي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - طنجة، السنة الجامعية 2007/2006، ص 140.

⁴ خضعت الصفقات العمومية بالمغرب للعديد من الأنظمة القانونية بدءاً من معاهدة الجزيرة الخضراء (7 أبريل 1906) التي كرست مبدأ الحرية الاقتصادية وشكل اعتماد أسلوب المناقصة في الصفقات الأسلوب الأمثل لتحقيق المساواة في الاختيار بين الدول، وهو أيضاً ما كرسته اتفاقية فرنسا وألمانيا بتاريخ 4 نونبر 1911 والتي خضع لها المغرب في ظل الحماية الفرنسية، إلى جانب ما نص عليه ظهير 9 يونيو 1917 الخاص بالمحاسبة العمومية حيث نص على أن إبرام الصفقات العمومية بالمغرب يجب أن يتم حسب ضوابط المنافسة والعناية مركزاً أيضاً على أسلوب المناقصة، وهو نفس الأسلوب الذي أقره كل من قانون المحاسبة العمومية لسنة 1958 الخاص بالإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية وكذلك المرسوم عدد 2.65.116 الصادر بتاريخ 19 ماي 1965 حيث كان يفرض على الإدارة قانوناً اعتماداً أسلوب المناقصة واختيار المتعاقد بناء على عنصر الثمن فقط، وهو الأمر الذي حاول المشرع المغربي تجاوزه من خلال التنصيص في قانون 14 أكتوبر 1976 على حق الإدارة في اختيار أنجع السبل وذلك باللجوء تارة إلى المناقصة وتارة أخرى إلى طلب العروض أو المباراة أو الاتفاق المباشر، ليتم بعد ذلك التخلي نهائياً عن أسلوب المناقصة في ظل المرسوم عدد 2.98.482 الصادر في 30 دجنبر 1998 والمتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض مقتضيات المتعلقة بمراقبتها وتدبيرها، وهو نفس التوجه الذي نهجه المشرع في كل من المرسوم رقم 2.06.388 الصادر بتاريخ 5 فبراير 2007 وكذلك المرسوم الجديد رقم 2.12.349 المتعلق بالصفقات العمومية والصادر بتاريخ 20 مارس 2013، للإطلاع أكثر على التطور التاريخي للصفقات العمومية بالمغرب تحليكم على كتاب: د. عبد العالي سمير، "الصفقات العمومية والتنمية"، الطبعة الأولى 2010، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، ص 4-5-10.

وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها، والذي تم نسخه بالمرسوم الجديد رقم 2.12.349 الصادر بتاريخ 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013) المتعلق بالصفقات العمومية؛ حيث شكل المرسوم رقم 2.06.388 منطلقاً لإصلاحات عميقة همت بالأساس تحديث المساطر وتكريس الشفافية والفعالية في إبرام ومراقبة وتدبير الطلبات العمومية، في حين جاء المرسوم رقم 2.12.349 ليتمم هذه الإصلاحات عبر توحيد نظام الصفقات بين مختلف الهيئات العمومية من جهة، وعبر تدعيمه بالمنافسة والمساواة والشفافية وتخليق تدبير الطلبات إلى جانب تحسين الضمانات وتحديث آليات التواصل وتبسيط وتوضيح المساطر وكذا تكريس ضمانات لحماية البيئة من جهة أخرى.

ونظراً لتعدد محاور الإصلاح التي جاء بها كلا المرسومين السابقين، فإننا سنركز في موضوعنا على أحد المحاور الهامة، والمتمثل أساساً في دراسة أهم الضمانات التي تخول الحماية القانونية وكذا القضائية للمتنافسين³ في مجال الصفقات العمومية التي تبرم وفق أسلوب طلب العروض⁴ المفتوح، اعتباراً لأن أغلب الصفقات تتم وفق هذا النوع من طرق الإبرام، واعتباراً لأن تفعيل هذا الأسلوب يستدعي التكريس التشريعي لمجموعة من الضمانات.

وسنحاول تحليل ودراسة موضوعنا وفق مقارنة قانونية وقضائية؛ بحيث أنه إذا كان مرسوم 5 فبراير 2007 قد كرس في إطار الصفقات التي تكون بناءً على طلب العروض المفتوح مجموعة من المبادئ والتي خول تفعيلها على أرض الواقع تحقق مجموعة من الضمانات التشريعية بالنسبة للمتنافسين، فإن المشرع ومن خلال مرسوم 20 مارس 2013 رقم 2.12.349 عمد إلى تكريس وتقوية تلك الضمانات وذلك عبر تدعيم فعالية العديد من المساطر، وهو ما سنتعرف عليه، عبر تحديد الضمانات المرتبطة بمساطر إبرام هذا النوع من الصفقات (المطلب الأول)، ودراسة مختلف الآليات الرقابية والقضائية التي تخول للمتنافسين ضمان حقوقهم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الضمانات المرتبطة بمساطر إبرام الصفقات العمومية

يمكن تقسيم هذا النوع من الضمانات إلى قسمين: الضمانات على مستوى آليات التواصل بين الدولة⁵ باعتبارها صاحب المشروع وبين المتنافسين (الفرع الأول)، والضمانات المرتبطة بمقاييس الاختيار وتبسيط الإجراءات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مدى إسهام آليات التواصل في دعم الشفافية والمساواة بين المتنافسين

أسهم التحديث التشريعي لآليات التواصل على مستوى الصفقات العمومية في تكريس العديد من الضمانات الأساسية للمتنافسين، والتي تتمثل أساساً في علنية الدعوة للمنافسة (أولاً) وحق المتنافسين في الحصول على المعلومات المتعلقة بالصفقة (ثانياً).

¹ مرسوم رقم 2.06.388 صادر في 16 محرم 1428 (5 فبراير 2007) بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 5518 بتاريخ 16 أبريل 2007، ص 1235.

² مرسوم رقم 2.12.349 الصادر في 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013) المتعلق بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

³ حيث سنقتصر على مرحلة ما قبل إبرام الصفقة.

⁴ طلب العروض هو أسلوب أو وسيلة لفتح المجال أمام أكبر عدد من المتنافسين بهدف تنفيذ أشغال أو القيام بتوريد أو بخدمات لصالح الدولة. و تعتبر الطريقة الرئيسية لإبرام الصفقات العمومية، كما تفيد في إعطاء بعض الحرية للإدارة في اختيار المتعاقد معها دون التقيد بالثمن لإرساء الصفقة. وتنقسم بدورها إلى ثلاثة أنواع وهي "طلب العروض المفتوح" و "طلب العروض المحدود"، و طلب العروض بالانتقاء المسبق".

⁵ تبعاً لكون أن الدراسة تهتم بالأساس دراسة الضمانات وفق مقارنة قانونية بين كل من المرسوم رقم 2.06.388 والمرسوم رقم 2.12.349. وبحكم أن المرسوم الأول كان متعلقاً بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة فقط دون باقي الهيئات العمومية، والتي جاء المرسوم 2.12.349 موحداً لنظام إبرام صفقاتها، فإننا سنعمل على الحديث في سياق هذا الموضوع على الدولة فقط باعتبارها صاحب المشروع، غير أن هذا لا ينفي أن هذه الضمانات التي سنتحدث عنها تظل قائمة سواء تعلق الأمر بالدولة أو بالجهات والجماعات الترابية أو بالمؤسسات العمومية.

أولاً: علنية الدعوة للمنافسة

يشكل نشر البرامج التوقعية (الفقرة الأولى) والإعلان عن الصفقة (الفقرة الثانية) أهم الوسائل المحققة لعلنية الدعوة.

الفقرة الأولى: نشر البرامج التوقعية¹

نصت المادة 87 من المرسوم الملغى رقم 22.06.388 على أنه يتعين على صاحب المشروع العمل قبل متم الثلاثة أشهر الأولى من كل سنة مالية، كأبعد تقدير، على نشر البرنامج التوقعي للصفقات التي يعتزم طرحها برسم السنة المالية المعنية، وذلك على الأقل في جريدة ذات توزيع وطني وفي بوابة صفقات الدولة، مع إعفاء إدارة الدفاع الوطني من هذا النشر.

غير أن هذا التنصيص التشريعي عرف تعثراً من حيث تفعيله³، وهو ما حدا بالمشرع من خلال المرسوم الجديد رقم 2.12.349 المتعلق بالصفقات العمومية إلى تدارك ما شاب المرسوم الملغى من نقص؛ حيث أنه وإن كان هذا الأخير قد كرس آلية نشر البرامج التوقعية، إلا أنه أغفل تحديد محتوى وكيفيات نشر هذه البرامج والأجال المحددة لذلك، الأمر الذي قيد تفعيل هذه الآلية على أرض الواقع، وهو ما ترتب عليه حرمان المتنافسين من إحدى الحقوق الهامة، والتي تخولهم التعرف والإحاطة بشكل مسبق على مختلف الصفقات المزمع تنفيذها وكذا التحضير لدخول غمار التنافس.

ولذلك جاءت المادة 14 من المرسوم الجديد لسد هذه الثغرة القانونية عبر تحديدها لمحتوى وكيفيات نشر البرنامج التوقعي للصفقات المعلن عنه من طرف صاحب المشروع، وذلك من أجل تفعيل أكبر لهذه الآلية في أفق تدعيم أكثر لشفافية تدبير الطلبات العمومية؛ حيث نصت هذه المادة على أنه:

" يتعين على صاحب المشروع بداية كل سنة مالية وقبل متم الثلاثة أشهر الأولى منها على أبعد تقدير، نشر البرنامج التوقعي للصفقات التي يعتزم إبرامها برسم السنة المالية المعنية، في جريدة ذات توزيع وطني على الأقل وفي بوابة الصفقات العمومية، ويمكن لصاحب المشروع أيضاً القيام بنشر هذا البرنامج بأي وسيلة أخرى للنشر ولاسيما بطريقة إلكترونية.

يجب على صاحب المشروع أن يعرض البرنامج التوقعي للصفقات في مقاره طيلة مدة ثلاثين (30) يوماً على الأقل.

يمكن نشر برامج توقعية تعديلية أو تكميلية بعد هذا التاريخ عند الحاجة وفق الشروط المقررة أعلاه.

¹ " تتطلب برمجة الصفقات العمومية دراسات دقيقة و أبحاث معمقة لتكوين بنك للمعلومات عن جميع المعطيات الاقتصادية وعن الأهداف المنشودة حسب أولوياتها... وعموماً فإن عملية البرمجة تقوم على أساس مقاييس وتحليلات معينة كتحليل التكاليف ومقارنتها بالمنفعة والفائدة التي سيحققها المشروع مستقبلاً. فيواسطة هذه المعطيات والدراسات والتحليل يتم برمجة المشاريع عن بعد حتى يتسنى للإدارة إعدادها...". ذ. عبد العالي سمير، " الصفقات العمومية والتنمية"، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الأولى 2010، الصفحة 99.

² مرسوم 5 فبراير 2007، مرجع سابق.

³ يعتبر المرسوم رقم 2.98.482 الصادر في 30 دجنبر 1998 المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة أول مرسوم نص على نشر البرامج التوقعية بموجب المادة 81 منه وهو الأمر الذي لم تلتزم به العديد من الهيئات العمومية والتي كانت خاضعة لنص المرسوم " مبررة ذلك بعدم إمكانية التحديد المسبق لحاجياتها، أو تبرره بكل بساطة بكونها غير ملزمة بتطبيقه اعتباراً لأن هذا البرنامج ليست له لإقيمة بيانية، الأمر الذي نتج عنه تعطيل أحد أهم مؤشرات الشفافية".

Mohamed Abdelmouhcine HANINE, « La procédure de passation des marchés publics au Maroc : Etude analytique et réflexion à la lumière du code Français des marchés publics (et des directives européennes) et des directives de la Banque Mondiale », mémoire de recherche pour l'obtention du diplôme du Master en Administration Publique, session 2007/2008, Ecole Nationale d'Administration, République Française, p : 24.

يتضمن البرنامج التوقعي، على الخصوص، الإشارة إلى موضوع الدعوة إلى المنافسة وطبيعة العمل ومكان التنفيذ وطريقة إبرام المزمع اعتمادها والفترة الزمنية المتوقعة لنشر الإعلان عن الدعوة إلى المنافسة المتعلقة بالصفقات التي يعترزم صاحب المشروع طرحها برسم السنة المالية المعنية".

وقد جاء قرار وزير الاقتصاد والمالية رقم 3011.13 لئتم هذا التحديد التشريعي لمحتويات البرنامج التوقعي، وذلك من خلال تنصيبه في المادة الخامسة منه على أنه " يتعين على صاحب المشروع أن يحدد في البرنامج التوقعي للصفقات، تلك التي سوف يخصصها للمقاولات الصغرى والمتوسطة برسم كل سنة مالية".

فهذا التحديد التشريعي لمحتوى وكيفية نشر هذا البرنامج سيسهم بشكل فعلي في تدعيم نزاهة وتخليق تدبير الصفقات العمومية؛ ذلك أنه وإن كان " إجراء النشر المذكور يعد واردا على سبيل البيان، فإنه أيضا يهدف إلى تكريس مبدأ الشفافية اتجاه سلطات المراقبة من جهة أولى، واتجاه المقاولات المنافسة من جهة ثانية، واتجاه العموم من جهة ثالثة".²

وإذا كان نشر هذه البرامج التوقعية سيخول للمتنافسين ضمانات هامة تتجلى في أحقية إطلاعهم على مستجدات الطلبات العمومية والتهيؤ المسبق لدخول غمارها، فإن تفعيل هذه البرامج يظل رهين بصدور الإعلان عن طلبات العروض التي تمت برمجتها، وهو ما سنتعرف عليه في سياق الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: الإعلان عن طلب العروض

" يعتبر الإعلان عن عقد الصفقة العمومية من القواعد الجوهرية التي تقوم عليه هذه الأخيرة بمختلف أنواعها ومختلف طرق إبرامها؛ فبواسطته يتمكن المنافسون من معرفة الأشغال المزمع إنجازها والإطلاع على مواصفاتها وشروطها والوثائق الواجب الإدلاء بها، وكذا معرفة السلطة المانحة للصفقة ومكان وزمن فتح الأظرفة".³

وقد أكد كل من المرسوم رقم 4.206.388 والمرسوم الجديد رقم 5.2.12.349 على ضرورة العمل بمبدأ العلنية اعتبارا لكونه من أهم الضمانات المخولة للمتنافسين، وذلك من خلال التنصيب على وجوب الإعلان عن الصفقات التي تكون بناء على طلب العروض؛ حيث نصت المادة 20 من كلا المرسومين على أن كل طلب عروض مفتوح يجب أن يكون موضوع إعلان... ويجب أن ينشر الإعلان عن هذا الطلب على الأقل في جريدتين، توزعان على الصعيد الوطني ويتم اختيارهما من قبل صاحب المشروع، ويجب أن تكون إحداهما باللغة العربية والأخرى بلغة أجنبية شريطة أن ينشر الإعلان بلغة نشر كل من الجريدتين.

بالإضافة إلى ما سبق، فإنه يجب أن ينشر في بوابة الصفقات العمومية؛ وذلك تكريسا لتزج الصفة المادية للصفقة، وهو ما يخول بالتالي الحد من التدخل البشري ومحاربة كل الممارسات المرتبطة بهذا التدخل كالغش والرشوة.

وتشير نفس المادة إلى إمكانية القيام - بالموازاة مع الإجراءات السابقين- بتبليغ الإعلان الأنف الذكر إلى علم المنافسين المحتملين وعند الاقتضاء إلى الهيئات المهنية عن طريق:

¹ قرار وزير الاقتصاد والمالية رقم 3011.13 صادر في 24 من ذي الحجة 1434 (30 أكتوبر 2013) لتطبيق المادة 156 من المرسوم رقم 2.12.349 الصادر في 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013) المتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 6209 الصادرة بتاريخ 28 محرم 1435 (2 ديسمبر 2013)، ص 7364.

² مستجدات المرسوم 2.12.349 المتعلق بآليات وطرق إبرام الصفقات العمومية"، مجلة المالية لوزارة الاقتصاد والمالية، مديرية الشؤون الإدارية والعامية، العدد 23، أبريل 2014، ص 13.

³ حمادي فدوى، " دور القاضي الإداري في تطوير نظرية العقد الإداري"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية - طنجة، السنة الجامعية 2007/2008، ص 171.

⁴ مرسوم 5 فبراير 2007، مرجع سابق.

⁵ مرسوم 20 مارس 2013، مرجع سابق.

الإدراج في نشرة الإعلانات القانونية والقضائية والإدارية بالجريدة الرسمية؛ ويبقى الهدف من نشرها بالجريدة الرسمية هو إضفاء الطابع الرسمي على هذا الإعلان، وهو ما يجعل منه ضماناً لكل متنافس للاحتجاج بما ورد فيه في حالة وقوع أي إشكال مرتبط بمحتوى هذا الإعلان.

النشر في نشرات متخصصة أو أية وسيلة أخرى للإشهار ولا سيما بطريقة إلكترونية.

وقد حدد المشرع على مستوى نفس المادة الآجال التي يجب على صاحب المشروع احترامها في الإعلان عن طلب العروض المفتوح؛ إذ نصت المادة 20 من المرسوم الجديد رقم 12.12.349 على أنه يحدد أجل إشهار " إعلان طلب العروض المفتوح" في الجريدتين وفي بوابة الصفقات في واحد وعشرين (21) يوماً على الأقل قبل التاريخ المحدد لجلسة فتح الأظرفة، وهو نفس الأجل الذي نصت عليه المادة 20 من مرسوم 5 فبراير 2007 مع اختلاف واحد هو أنه كان يعتمد التاريخ المحدد لاستلام العروض، كآخر أجل، بدل تاريخ فتح الأظرفة.

أما بالنسبة لتاريخ بدء سريان هذا الأجل، فيبتدئ من اليوم الموالي لتاريخ نشر الإعلان في ثاني جريدة صدرت، مع إضافة احتساب سريان هذا الأجل بدءاً من اليوم الموالي لتاريخ النشر في بوابة الصفقات العمومية وهو من بين المقتضيات الجديدة التي جاء بها المرسوم الجديد.

كما خولت نفس المادة، إمكانية تمديد أجل (21) يوماً إلى أربعين (40) يوماً على الأقل، وذلك بالنسبة لحالات حددها مرسوم 20 مارس 2013 في كل من:

صفقات الأشغال المبرمة لحساب الدولة والجهات والعمالات والأقاليم والجماعات والمؤسسات العمومية التي يعادل أو يفوق مبلغها التقديري 63 مليون درهم دون احتساب الرسوم؛

صفقات التوريدات والخدمات المبرمة لحساب الدولة التي يعادل أو يفوق مبلغها التقديري مليون وستمائة ألف (1600000) درهم دون احتساب الرسوم؛

صفقات التوريدات والخدمات المبرمة لحساب المؤسسات العمومية والجهات والعمالات والأقاليم والجماعات التي يعادل أو يفوق مبلغها التقديري ثمانية ملايين وسبعمائة ألف (8700000) درهم دون احتساب الرسوم؛

ومن المستجدات التي جاء بها أيضاً المرسوم الجديد، هي إمكانية تمديد الأجل بناء على طلب المتنافسين، وهو ما أكده من خلال البند 8 من المادة 19؛ حيث نص على أنه: " إذا اعتبر متنافس أن الأجل المقرر في إعلان الإشهار غير كاف لتضخيم العروض بالنظر إلى تعقد الأعمال موضوع الصفقة، يمكنه أثناء النصف الأول من أجل الإشهار أن يطلب من صاحب المشروع، بواسطة مراسلة محمولة مع إشعار بالتوصل أو فاكس مؤكد أو بواسطة رسالة إلكترونية مؤكدة، تأجيل تاريخ جلسة فتح الأظرفة، ويجب أن تتضمن رسالة المتنافس كل العناصر التي تمكن صاحب المشروع من تقييم طلبه للتأجيل.

إذا أقر صاحب المشروع بصحة طلب المتنافس، يمكنه القيام بتأجيل تاريخ جلسة فتح الأظرفة. يكون التأجيل الذي يترك تقدير مدته لصاحب المشروع، موضوع إعلان تصحيحي. وينشر إعلان التأجيل في بوابة الصفقات العمومية وفي جريدتين توزعان على الصعيد الوطني على الأقل يختارهما صاحب المشروع تكون إحداها باللغة العربية والأخرى بلغة أجنبية.

في هذه الحالة لا يمكن أن يتم تأجيل تاريخ جلسة فتح الأظرفة إلا مرة واحدة أي كان المتنافس الذي يطلبه.

يخبر صاحب المشروع بهذا التأجيل المتنافسين الذين سحبوا أو حملوا ملفات طلب العروض".

¹ مرسوم 20 مارس 2013، مرجع سابق.

فالملاحظ، من خلال تحليل هذا البند التشريعي، هو " أن المرسوم قد وسع من الإعلان عن الصفقات الضخمة لما تتطلبه من إعداد تقني وفي على قدر كبير من الأهمية، مما يستلزم توسيع آجال إعداد الملفات من أجل المشاركة"¹. وإلى جانب ما أقرته المقتضيات التشريعية السابقة من علنية الدعوة والإعلان عن طلبات العروض كأهم الضمانات التي تخول للمتنافسين التعرف على الصفقات ودخول غمار التنافس، فإن مرسوم 20 مارس 2013، قد خولهم أيضا أحد الحقوق الدستورية الهامة والمتمثلة في حق الحصول على المعلومة، وهو ما سنتعرف عليه في سياق الجزء الموالي من الموضوع.

ثانياً: حق المتنافس في الحصول على المعلومات المتعلقة بالصفقات

من بين الضمانات التي كرسها المشرع للمتنافسين هي أحقية الإطلاع على كل المعلومات المتعلقة بالصفقة، وذلك في ظل تفعيل مبدأ المساواة والشفافية في إعلام المتنافسين؛ بحيث نصت المادة 22 من المرسوم رقم 2.12.349 على أنه يجوز لكل متنافس أن يطلب من صاحب المشروع، بواسطة مراسلة محمولة مع إشعار بالتسلم أو رسالة مضمونة مع إشعار بالتسلم أو بفاكس مؤكد أو بطريقة إلكترونية، أن يقدم إليه توضيحات أو معلومات تتعلق بطلب العروض أو بالوثائق المرتبطة به. ولا يجوز قبول هذا الطلب إلا إذا توصل به صاحب المشروع سبعة (7) أيام على الأقل قبل التاريخ المحدد لجلسة فتح الأظرفة.

في المقابل يتعين على صاحب المشروع أن يجيب على كل طلب معلومات أو توضيحات يتوصل به داخل الأجل المقرر أعلاه.

وكل توضيح أو معلومة يقدمها صاحب المشروع إلى أي متنافس بطلب من هذا الأخير، يجب تبليغه إلى المتنافسين الآخرين الذين سحبوا أو حملوا ملفات طلب العروض، ويجب أن يتم هذا التبليغ في نفس اليوم وحسب نفس الشروط وذلك برسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل أو بواسطة الفاكس مع إثبات التوصل أو بطريقة إلكترونية، كما يوضع أيضا رهن إشارة كل متنافس آخر في بوابة الصفقات العمومية، ويبلغ إلى أعضاء لجنة طلب العروض. أما بالنسبة للأجال، فقد نصت نفس المادة على أنه يجب أن تبلغ المعلومات أو التوضيحات التي يدلي بها صاحب المشروع إلى المتنافس الذي طلبها وإلى باقي المتنافسين داخل أجل السبعة (7) أيام الموالية لتاريخ تسلم الطلب من طرف المتنافس، إلا أنه عندما يقدم هذا الطلب بين اليوم العاشر واليوم السابع السابق للتاريخ المقرر لفتح الأظرفة، فيجب آنذاك أن يتم الجواب على أبعاد تقدير ثلاثة أيام قبل التاريخ المحدد لجلسة فتح الأظرفة.

وإلى جانب التنصيص التشريعي على حق المتنافسين في المطالبة بالمعلومات والتوضيحات المرتبطة بطلب العروض، فقد كرس المشرع للمتنافسين الحق أيضا في الإطلاع والتعرف على مختلف التعديلات التي يدخلها صاحب المشروع على ملف طلب العروض؛ وهو ما نص عليه البند 7 من المادة 19 من المرسوم رقم 2.12.349، حيث خول لصاحب المشروع، بصفة استثنائية، إمكانية إدخال تعديلات على ملف طلب العروض دون تغيير موضوع الصفقة، ولكن في المقابل ألزمه بضرورة موافاة جميع المتنافسين الذين سحبوا أو حملوا الملف المذكور بهذه التعديلات، إلى جانب إلزامه بتضمينها في الملفات الموضوعية رهن إشارة المتنافسين الآخرين، كما أكدت نفس المادة على أن يتم إبلاغ كل المتنافسين بالتاريخ الجديد لفتح الأظرفة عند الاقتضاء.

وارتباطا دائما بالتكريس التشريعي لحق المتنافسين في الحصول على المعلومات المتعلقة بالصفقة، ألزم المشرع بموجب المادة 23 من نفس المرسوم، صاحب المشروع بتبليغ 2 جميع المتنافسين بنسخة من محضر 3 الاجتماعات

¹ " مستجدات المرسوم 2.12.349 المتعلق باليات وطرق إبرام الصفقات العمومية". مرجع سابق، الهامش رقم 2، ص 9.

² يتم التبليغ بواسطة رسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل أو فاكس مؤكد أو بأية وسيلة اتصال أخرى تعطي تاريخا مؤكدا.

³ يبين المحضر طلبات التوضيح المقدمة من قبل المتنافسين والأجوبة التي أعطيت بشأنها خلال الاجتماع أو الزيارة.

والزيارات التي ينظمها إلى المواقع، إلى جانب إلزامه بنشر هذا المحضر في بوابة الصفقات العمومية، وذلك بهدف تدعيم الشفافية والمساواة بشكل أكبر في التواصل مع المتنافسين وإعلامهم.

الضرح الثاني: الضمانات المرتبطة بإجراءات ومقاييس الاختيار

عمل المشرع المغربي من خلال المرسوم الجديد للصفقات العمومية رقم 2.12.345 على الحفاظ على مجموعة من المقتضيات القانونية التي جاء بها المرسوم الملغى رقم 2.06.388، والمتعلقة أساسا بالضمانات المرتبطة بمقاييس الاختيار وإجراءات التعاقد، مع تدعيم تلك المقتضيات بقواعد قانونية جديدة تنم عن رغبة المشرع في الزيادة من فعالية وشفافية تلك الضمانات وتقويتها بأخرى، وهو ما سنحاول التعرف عليه في سياق دراستنا لهذه الضمانات وذلك سواء فيما يتعلق بالإجراءات (أولا)، أو فيما يتعلق بالآليات والمقاييس المعتمدة لاختيار المتنافسين (ثانياً).

أولاً: تبسيط الإجراءات الإدارية

سعياً وراء ترسيخ أخلاقيات الإدارة، أدرج المشرع مجموعة من المقتضيات التي من شأنها التقليل من إمكانيات اللجوء إلى كل الممارسات المرتبطة بأفعال الغش والرشوة وكذا الحد من التدخل البشري من جهة، والتي تجعل مساطر الإبرام تمر بشكل سلس ومبسط وواضح من جهة ثانية، وهو ما سنحاول استشفافه والتعرف عليه من خلال دراسة المقتضيات التي تخول تبسيط كل من إجراءات الحصول على ملفات طلب العروض (الفقرة الأولى)، وكذا الإجراءات المرتبطة بتقديم ملفات المتنافسين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تبسيط إجراءات الحصول على ملفات طلب العروض

تفعيلاً لحق الحصول على ملفات طلب العروض المخول تشريعاً لكل متنافس، فإنه يتعين على صاحب المشروع وضع هذه الملفات رهن إشارة المرشحين بمجرد صدور أول إعلان لطلب العروض وإلى غاية اليوم المحدد لجلسة فتح ملفات طلب العروض.

ويتم الحصول على هذه الملفات إما بسحبها مباشرة من لدن صاحب المشروع أو عبر تحميلها إلكترونياً، وتعد إمكانية التحميل الإلكتروني من المستجدات التي جاء بها المرسوم الجديد رقم 2.12.349: إذ أنه، وفي أفق نزع الصفة المادية عن الصفقات، كرس هذه إمكانية بموجب البند 3 من المادة 19، بل ووسع أكثر من المعطيات المرتبطة بها عبر إلزام أصحاب المشاريع بنشر بعض المعلومات والوثائق إلكترونياً، وبوضع قاعدة المعطيات الإلكترونية¹ للمقاولين والموردين والخدماتيين.

ويبقى الهدف من كل الإجراءات السابقة هو تسهيل وتبسيط إجراءات التواصل بين كل من صاحب المشروع والمتنافسين في إطار الصفقات العمومية المبرمة بناء على طلبات العروض المفتوحة من جهة، وتدعيم التنافس الإلكتروني بين المتنافسين من جهة ثانية.

كما أكد المشرع سواء على مستوى المرسوم الجديد أو السابق على وجوب تسليم هذه الملفات مجاناً؛ حيث نصت المادة 19 من كلا المرسومين على أن ملفات طلب العروض تسلم مجاناً إلى المتنافسين، باستثناء التصاميم والوثائق التقنية التي يتطلب استنساخها معدات تقنية خاصة.

الفقرة الثانية: تبسيط الإجراءات المرتبطة بتقدير ملفات المتنافسين

من الضمانات التي صاغها مرسوم 5 فبراير 2007 والتي أكد المرسوم الجديد رقم 2.12.349 على ضرورة احترامها وتفعيلها هي تخويل المشرع للمتنافسين إمكانية تدارك وإصلاح الأخطاء المادية وإمكانية تدعيم ملفاتهم بالوثائق الناقصة؛

¹ تنص المادة 150 على أنه: "يتم توطئ قاعدة للمعطيات الإلكترونية للمقاولين والموردين والخدماتيين في الخزينة العامة للمملكة وتسير من طرف مصالحها. تحتوي قاعدة المعطيات على المعلومات والوثائق الإلكترونية المتعلقة بهؤلاء المقاولين والموردين والخدماتيين وبمؤهلاتهم القانونية والمالية والتقنية وكذا برامجهم المقررة في المادة 25 أعلاه. تحدد بقرار للوزير المكلف بالمالية كيفية مسك واستغلال قاعدة المعطيات الإلكترونية المذكورة".

إذ أن المتنافس في نطاق الصفقات العمومية المبرمة بناء على طلبات العروض المفتوحة أضحى مخولاً له إمكانية تصحيح الأخطاء المادية الواردة في الملف الإداري أو العرض المالي الخاص به، وهو ما نصت عليه كل من المواد 36 و 40: فالمادة 36 نصت في بندها التاسع (9) على أنه إذا لاحظت لجنة طلب العروض وجود أخطاء مادية أو عدم تطابق وثائق الملف الإداري، فأنذاك تقبل عرض المتنافس المعني وتخول له القيام بالتصحيات الضرورية. كما نصت المادة 40 في بندها الثالث (3) على إمكانية تصحيح لجنة فتح الأظرفة للأخطاء المادية الظاهرة في العمليات الحسابية لعروض المتنافسين المقبولين خلال الجلسة المغلقة لتفحص العروض المالية، وتعيد بعد ذلك المبلغ الصحيح للعروض المعنية.

فالمشروع من خلال كلا المادتين السابقتين، قد خول للمتنافسين ضمانات هامة ترتبط بالأساس بتبسيط إجراءات التعاقد، والتي تتجلى أساساً في إعطاء كل واحد منهم أكثر من فرصة لتصحيح وتدارك أخطائه بدل الإقصاء. وإلى جانب تصحيح الأخطاء المادية فإنه ضمن للمتنافسين إمكانية تدعيم ملفاتهم عبر تقديم الوثائق الناقصة منها، وذلك في بداية الجلسة المخصصة لفتح أظرفة المتنافسين؛ فإذا كان في السابق يمكن للجنة إقصاء أي متنافس في حالة نقص وثيقة معينة، فإنه حالياً لا يتم الإقصاء ويبقى دائماً حاضراً كمتنافس على أن يدلي بالوثائق الناقصة لاستكمال ملفاته، وهو ما نصت عليه المادة 36 في بندها الثاني، إذ نصت على أنه يتعين على رئيس اللجنة بعد افتتاح الجلسة أن يدعو المتنافسين الذين انتموا إلى أن ملفاتهم غير كاملة إلى الإدلاء بالوثائق الناقصة في غلاف مغلق يوضح طبيعة الوثائق الناقصة، وذلك قبل أن يحصر نهائياً لائحة الأظرفة التي تم التوصل بها. مع التأكيد على أنه وبعد استيفاء هذه الشكلية مباشرة لا يتم قبول أي تكملة للوثائق، وذلك بهدف إخضاع إجراءات التعاقد لضبط الأجل؛ إذ أن تبسيط إجراءات التعاقد يرتبط أيضاً باحترام الأجل المعقولة التي تخول استكمال إجراءات التعاقد وبالتالي ضمان سير المرفق عبر تنفيذ الأشغال أو التوريدات أو الخدمات التي سيتم التعاقد بشأنها في الوقت المحدد لها.

ومن المستجدات التي جاء بها المرسوم الجديد¹ في مجال تبسيط المساطر تخويل المتنافسين إمكانية إيداع وسحب أظرفتهم وعروضهم بطريقة إلكترونية في بوابة الصفقات العمومية²، كما أعفى المقاولات المتنافسة من ضرورة تقديم العديد من المستندات عند تكوين ملفها الإداري، ومن ضمن هاته الوثائق التي كانت ضرورية في ظل المرسوم السابق الشهادة الجبائية وشهادة الانخراط في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وشهادة القيد في السجل التجاري. وهكذا فقد نصت المادة 52 من المرسوم على أن هذه الوثائق تقدم فقط من قبل المتنافس المزمع إسناد الصفقة إليه دون باقي المتنافسين.³

كما أضاف المشرع في ظل المرسوم الجديد، إلى جانب ما سبق، مجموعة من المقتضيات التي تخول ضمان تبسيط وضبط العديد من المساطر التي ترتبط بمرحلة الاختيار، وهو ما سنتعرف عليه في ظل المحور الموالي.

ثانياً: وضوح وموضوعية مقاييس الاختيار

يشكل طلب إبداء الاهتمام (الفقرة الأولى) إلى جانب نظام الاستشارة (الفقرة الثانية) أهم الآليات التي يبنى عليها اختيار المتنافسين المحتملين، وذلك قبل الانتقال إلى مرحلة انتقاء وتقييم العروض على مستوى جلسة فتح الأظرفة (الفقرة الثالثة).

¹ المرسوم رقم 2.12.349.

² المادة 148 من المرسوم رقم 2.12.349.

³ "مستجدات المرسوم 2.12.349 المتعلقة باليات وطرق إبرام الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 8.

الفقرة الأولى: طلب إبداء الاهتمام

من بين المستجدات التي جاء بها المرسوم الجديد رقم 2.12.349 نجد آلية طلب إبداء الاهتمام، والتي نصت المادة 15 على أن الهدف منها هو تمكين صاحب المشروع من تحديد المنافسين المحتملين، قبل الشروع في الدعوة إلى المنافسة. مع التأكيد التشريعي على أن اللجوء لهذا الطلب، لا يمنح أي حق للمتنافسين المحتملين كما لا يبرر اللجوء من قبل صاحب المشروع إلى المسطرة التفاوضية أو طلب العروض المحدود إلا إذا توفرت شروط اللجوء إلى هاتين المسطرتين. فاللجوء لهذه الآلية لا يجوز أن ينتج عنه أي حصر لعدد المنافسين، كما هو الشأن بالنسبة للتعاقد الذي يكون بناء على طلب العروض المحدود أو بناء على المسطرة التفاوضية؛ فلأن كان المرسوم الجديد قد شرع اللجوء لطلب إبداء الاهتمام وذلك لتسهيل الاختيار على صاحب المشروع من جهة، فإنه في المقابل جاء لتكريس وإضافة معيار آخر عبر إدخال آلية طلب إبداء الاهتمام كمعيار للاختيار بالنسبة للأعمال ذات الخصوصية والمعقدة والتي تستلزم تحديدا مسبقا للمتنافسين المحتملين.

الفقرة الثانية: نظام الاستشارة

يعد نظام الاستشارة من أهم الضمانات التي تخول للمتنافسين التعرف المسبق والتأكد من مصداقية المقاييس المعتمدة لاختيار العرض الأفضل اقتصاديا؛ حيث " يتعلق هذا النظام بمجموعة من المقاييس والشروط والبيانات التوضيحية بشأن صفة طلب العروض، ويتولى صاحب المشروع إعداد هذا النظام بمحتوياته بتنسيق مع ذوي الاختصاص، ويظل لكل متنافس الحق في الحصول عليه والاستفسار حول أية مسألة واردة في نظام الاستشارة للزيادة في التوضيح".¹

وقد عرف المشرع على مستوى المادة 18 من المرسوم الجديد رقم 22.12.349 نظام الاستشارة على أنه " وثيقة تحدد شروط تقديم العروض وكيفيات إسناد الصفقات"، وإلى جانب هذا التحديد التشريعي لمفهوم نظام الاستشارة، نجد أن المشرع وعلى خلاف المرسوم الملغى رقم 2.06.388 قد عمد إلى إدخال مجموعة من التحديدات التشريعية سواء على مستوى المضامين التي يجب أن يبينها هذا النظام أو على مستوى التوقيع.

فتبعا لمقتضيات المادة 18 من المرسوم الجديد، فإن نظام الاستشارة يجب أن يتضمن بالإضافة إلى لائحة المستندات التي يجب أن يدلي بها المتنافسون - طبقا للمادة 27 - مقاييس قبول المنافسين وإسناد الصفقة، والتي تختلف باختلاف نوع الصفقة؛ حيث عمل المشرع على التنصيص على المقاييس التي يجب اعتمادها على مستوى كل نوع من الصفقات لقبول المنافسين، والتي تتوحد في كونها تأخذ بعين الاعتبار الضمانات والمؤهلات القانونية والتقنية والمالية وكذا المراجع المهنية للمتنافسين عند الاقتضاء، على أن يتم تقييم هذه المقاييس حسب العناصر والوثائق المضمنة في الملفات الإدارية والتقنية والإضافية عند الاقتضاء، المنصوص عليها في المادة 25 من نفس المرسوم، والمقدمة من قبل كل متنافس.

ويبقى الاختلاف الحاصل على مستوى كل من صفقات الأشغال و صفقات التوريدات وتلك المتعلقة بالخدمات هو أنه في الحالة التي يكون تقديم عرض تقني مطلوبا، فإنه يتم تقييم مقاييس القبول بمقاييس تختلف حسب كل نوع؛ فإذا كانت الأنواع الثلاثة تشترك من حيث الأخذ بكل من مقياس الموارد البشرية والمادية الواجب توفيرها لإنجاز العمل وكذا مقياس الفعالية المتعلقة بحماية البيئة إلى جانب مقياس تنمية الطاقات المتجددة والنجاعة الطاقية، فإن صفقات الأشغال تختلف من حيث اعتمادها على التجربة الخاصة ومؤهلات المستخدمين إلى جانب الأخذ بمدى الجودة الجمالية والوظيفية للعمل وكذا جدول الإنجاز المقترح لتنفيذ الأشغال وأساليب وطرائق البناء التي سيتم اعتمادها لهذا الغرض، أما بالنسبة لصفقات التوريدات فإنها تعتمد على كل من الجودة الوظيفية للتوريد والخدمة بعد البيع والضمانات

¹ د. مليكة الصروخ، مرجع سابق، ص 74.

² مرسوم 20 مارس 2013، مرجع سابق.

المقدمة إضافة إلى اعتمادها في بعض الأحيان على مقياس إضافي وهو كلفة الاستعمال أو الصيانة، في حين تعتمد صفقات الخدمات على مقاييس أخرى تتجلى في المنهجية المقترحة والبرنامج الزمني لتسخير الموارد البشرية وكذا الطابع الابتكاري للعرض وجودة المساعدة التقنية إلى جانب الأخذ بكل من درجة نقل الكفاءات والمعارف والضمانات المقترحة وجدول الإنجاز المقترح.

وإضافة لدور نظام الاستشارة في توضيح المقاييس المعتمدة لقبول وإسناد الصفقة، فإنه يجب أن يبين العملة التي يجوز التعبير بها عن العروض واللغة التي يجب أن تحرر بها الوثائق المضمنة في الملفات والعروض المقدمة من طرف المتنافسين. أما بالنسبة لتوقيع نظام الاستشارة، فقد نصت المادة 18 في بندها الثاني، على أنه يتم توقيع 1 هذا النظام من طرف صاحب المشروع قبل الشروع في مسطرة إبرام الصفقة، وذلك على خلاف المرسوم القديم الذي كان يخول سلطة توقيع نظام الاستشارة للأمر بالصرف أو مندوبه أو الأمر المساعد بالصرف.

وإلى جانب ما يخوله نظام الاستشارة من ضمانات للمتنافسين والتي ترتبط أساسا بموضوعية ووضوح المقاييس المعتمدة لقبول المتنافسين، فإنهم يتمتعون أيضا بضمانات أخرى على مستوى الاختيار، والمتعلقة بجلسة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وهو ما سنتعرف عليه في سياق الجزء الموالي.

الفقرة الثالثة: الضمانات المرتبطة بجلسة فتح الأظرفة وتقييم العروض

تتجلى أهم هذه الضمانات في علنية وعمومية الجلسة²، وكذا "تحديد وعقلنة تركيبة اللجان المكلفة بتقييم العروض حسب طرق إبرام الصفقات وحسب الخصوصيات المرتبطة بصفقات الدولة أو المؤسسات العمومية أو الجماعات الترابية ومجموعاتها"³، غير أن استعاضة المشرع في سياق المرسوم الجديد عن اعتماد آلية القرعة في اختيار ممثلي صاحب المشروع يمكن اعتباره بمثابة تراجع تشريعي عن تكريس إحدى الآليات الهامة التي كانت تخول ضمان أكثر لشفافية وحياد اللجنة والحد من كل المظاهر السلبية وخاصة الرشوة والغش.

كما أن إلزام المشرع لأعضاء اللجنة بواجب التحفظ وكنتمان السر المهني يعد من الضمانات التي تخول تخليق ونزاهة تدبير الطلبات العمومية؛ إذ نصت المادة 166 من المرسوم الجديد للصفقات على أنه يُلزم أعضاء لجان طلبات العروض والمباريات والمساطر التفاوضية واللجان الفرعية بكنتمان السر المهني في كل ما يتعلق بالعناصر التي تبلغ إلى علمهم بمناسبة إجراء المساطر المقررة في هذا المرسوم، وتسري نفس الالتزامات على كل شخص، موظف أو خبير أو تقني، دعي للمساهمة في أعمال اللجان المذكورة.

وهو نفس الالتزام الذي دعمته المادة 168 من نفس المرسوم والمتعلقة بمحاربة الغش والرشوة وتضارب المصالح؛ حيث نصت هذه المادة على أنه يتعين على المتدخلين في مساطر إبرام الصفقات المحافظة على الاستقلالية في معاملاتهم مع المتنافسين وألا يقبلوا منهم أي امتياز أو منحة، وأن يمتنعوا عن ربط أي علاقة معهم من شأنها المساس بموضوعيتهم ونزاهتهم.

إضافة إلى أنه "يجب على أعضاء لجان طلبات العروض والمباريات والمساطر التفاوضية واللجان الفرعية أو أي شخص آخر، يدعى للمشاركة في أعمال هذه اللجان عدم التدخل بصفة مباشرة أو غير مباشرة في مسطرة إبرام الصفقات العمومية، عندما تكون لديهم مصلحة، سواء بصفة شخصية، أو عن طريق شخص وسيط لدى المتنافسين تحت طائلة بطلان أعمال اللجان المذكورة"، وهو ما نصت عليه المادة السابقة، وذلك سعيا من المشرع إلى منع وجود

¹ يأخذ التوقيع شكل توقيع منسوخ رقميا أو توقيع إلكتروني فيما يخص نظام الاستشارة المنشور في بوابة الصفقات العمومية.

² باستثناء الطلبات التي تخص إدارة الدفاع الوطني، فهي تفتح في جلسة مغلقة.

³ "مرسوم 20 مارس يعيد الطريق لإصلاح منظومة الصفقات العمومية"، مجلة المالية، وزارة الاقتصاد والمالية، مديرية الشؤون الإدارية والعامية.

العدد 23، أبريل 2014، ص 4.

تعارض وتضارب للمصالح في مجال الصفقات العمومية؛ إذ أنه لا يعقل أن تضم اللجنة طرفا يكون حَكْمًا ومحتَكَمًا في نفس الآن، فإذا كان المطلوب من أعضاء اللجنة هو الحرص على حماية حق المتنافسين في المنافسة العادلة وضمان الحياد في اختيار نائل الصفقة، فإنه لا بد من التأكد أولاً أنه لا تتعارض مصالح أي عضو من أعضاء اللجنة مع المصلحة المطلوبة منه حمايتها، وذلك عبر التثبيت المسبق من عدم وجود صلة خاصة لهم - كقربة أو ما شابه - بأحد المتنافسين أو مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة مرتبطة بموضوع الصفقة.

أما فيما يتعلق بتقييم العروض، فإن المرسوم الجديد رقم 2.12.349، وعلى خلاف المراسيم السابقة، جاء موضحاً لطرق تحديد العرض الأكثر أفضلية على مستوى البند الرابع (4) من المادة 40، والذي نص على أن العرض الأكثر أفضلية يعتبر بمثابة العرض الأقل ثمناً بالنسبة لصفقات الأشغال وصفقات التوريدات¹ وصفقات الخدمات²، أو يعتبر العرض الأكثر أفضلية هو العرض الحاصل على أحسن نقطة تقنية ومالية³ وذلك بالنسبة لصفقات الخدمات المتعلقة بأعمال الدراسات، ويبقى الهدف من وراء هذا التحديد التشريعي هو توضيح أحد أهم المعايير التي يؤخذ بها للفصل في نتيجة الاختيار بشكل نهائي والتي يبنى عليها في غالب الأحيان قرار إقصاء المتنافسين.

ومن الجدير بالذكر أنه إذا كانت كل الضمانات السابقة تهم مختلف المتنافسين، فإنه توجد فئة منهم قد خصها المشرع بضمانات إضافية وهي فئة المقاولات الوطنية؛ حيث أنه وعلى غرار المرسوم الملغى، فإن المرسوم الحالي ينص على وجوب منح الأفضلية للمقولة الوطنية وذلك من خلال التنصيب على تخصيص نسبة عشرين بالمائة (20%) من المبلغ المتوقع للصفقات التي يعتمز طرحها برسم كل سنة مالية للمقولة الوطنية المتوسطة والصغرى⁴. وقد حددت المادة 155 من المرسوم الحالي شروط وكيفيات منح هذه الأفضلية ويبقى الهدف من هذا الضمان التشريعي هو تحسين انعكاس تدبير الصفقات العمومية على الاقتصاد والمقولة.

وإلى جانب الضمانات السابقة فقد ألزم المشرع الإدارة بإخبار المتنافسين سواء في حالة القبول أو حالة الإقصاء بنتائج أشغال فتح الأظرفة؛ ويبقى الهدف من ذلك هو تخويل المتنافسين الذين تم إقصاؤهم من التظلم أو الطعن أمام القضاء في مشروعية هذا الإقصاء، أو تقديم شكاية إذا ما لاحظ وجود عيب في مسطرة طلب العروض، وهو ما ستحاول التطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: الآليات الرقابية والقضائية لضمان حقوق المتنافسين

"ارتباطاً مع الضمانات الأخرى الممنوحة للمتنافسين، عمل المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية، في مجال الطعون والشكايات على إرساء قواعد جديدة"⁵، والتي همت بالأساس الإجراءات والأجال المتعلقة بكل من مرحلة التظلم والرقابة الإدارية (الفرع الأول) و مرحلة الطعن القضائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الرقابة الإدارية كضمان لمشروعية المناقصة

نظراً للأهمية التي تكتسبها هذه الرقابة فإن المشرع قد أفرد لها الباب الحادي عشر من المرسوم الجديد، وذلك بمختلف أنواعها؛ إذ تختلف طبيعة هذه الرقابة بحسب الجهة التي تمارسها، فقد تكون هذه الرقابة تابعة عن السلطة المعنية بالصفقة، وهو ما يسمى بالرقابة الداخلية والتي يشكل التظلم الإداري أساساً لإثارتها في الغالب (أولاً)، في حين

¹ مع الأخذ بعين الاعتبار عند الاقتضاء جمع ثمن الاقتناء و التقييم النقدي لكلفة الاستعمال و/ أو الصيانة طيلة مدة محددة وفق الشروط المحددة في المادة 18.

² غير تلك المتعلقة بالدراسات.

³ وفق الشروط المقررة في المادة 154 من نفس المرسوم.

⁴ المادة 156.

⁵ "مرسوم 20 مارس يعيد الطريق لإصلاح منظومة الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 5.

تسمى الرقابة التي تمارس من طرف إدارة أخرى بالرقابة الخارجية والتي تقوم بها حاليا اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية¹ (ثانيا).

أولا: التظلم الإداري

" يعتبر التظلم الإداري رقابة ذاتية تمارسها الإدارة على أعمالها ووسيلة من وسائل فض المنازعات وديا بين الإدارة وخصوصها، ولهذا فإن اللجوء إلى الإدارة مباشرة بواسطة تظلم قد يغني عن التوجه إلى القضاء، ولاسيما إذا ما اقتنعت الإدارة بأحقية المتظلم في تظلمه وبعدم مشروعية تصرفها"². وسنعمد إلى تحليل مختلف أنواع التظلم التي خولها المشرع للمتنافسين والمتمثلة في كل من التظلم الاستعطافي (أولا) والتظلم الرئاسي (ثانيا).

الفقرة الأولى: التظلم الاستعطافي

يقصد بالتظلم الاستعطافي التظلم الذي يُقدَّم مُصنِّد القرار ذاته: وقد حدد المرسوم الجديد على سبيل الحصر الحالات التي يحوَّل فيها حق التظلم أمام صاحب المشروع.

فبالرجوع إلى مقتضيات المادة 169، نجد بأن المشرع قد فعَّل هذا النوع من التظلمات عبر منحه للمتنافس أحقية تقديم شكاية إلى صاحب المشروع، وذلك في ثلاث حالات:

إذا لاحظ أن إحدى قواعد مسطرة إبرام الصفقة لم يتم التقيد بها؛

إذا سجل احتواء ملف طلب المنافسة على بنود تمييزية أو شروط غير متناسبة مع موضوع الصفقة؛ وبعدها هذا

المقتضى من المستجدات التي جاء بها المرسوم الجديد.

- إذا نازع في أسباب إقصاء عرضه من طرف لجنة العروض.

وتختلف الأجال بالنسبة لكل حالة، فبالنسبة للحالتين الأولى والثانية فيتوفر المتنافس على أجل يمتد بدءا من تاريخ نشر إعلان الدعوة إلى المنافسة وإلى غاية اليوم الخامس بعد لصق نتائج الدعوة إلى المنافسة المذكورة، أي بعد إعلان نتيجة طلب العروض.

في حين خص المشرع الحالة الثالثة بأجال تختلف عن الحالتين الأولى والثانية، إذ نصت المادة السابقة على أنه " يجب أن يقدم المتنافس شكايته داخل خمسة (5) أيام تحسب من تاريخ تسلم الرسالة المضمونة المشار إليها في المواد 44 و61 و82 و110 و127 من نفس المرسوم".

أما بالنسبة للإجابة عن الشكائية، فإنه يتعين على صاحب المشروع تبليغ المتنافس بالجواب داخل أجل خمسة (5) أيام من توصله بها، وذلك بالنسبة للحالات الثلاث السابقة.

والملاحظ بالنسبة لجل الأجال السابقة، سواء المحددة لوضع الشكايات أو للرد عليها، هو أن المرسوم الحالي قد خفض من مدتها على عكس المرسوم الملغى، فبدلا من خمسة أيام كان يخول أجل سبعة أيام تحتسب لفترة ما بعد الإعلان عن طلب العروض بالنسبة لكل من الحالتين الأولى والثانية، وتحتسب من تاريخ تسلم الرسالة التي تبلغ الإقصاء بالنسبة للحالة الثالثة، وهو نفس الأجل المخول لصاحب المشروع للإجابة عن شكائية المتنافسين، غير أنه إذا كان الهدف

¹ كانت تسمى في السابق لجنة الصفقات، لكن تم استبدال هذه التسمية وذلك بعد صدور المرسوم رقم 2.14.867 الصادر في 7 من ذي الحجة 1436 (21 سبتمبر 2015) المتعلق باللجنة الوطنية للطلبيات العمومية، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6399 بتاريخ 14 من ذي الحجة 1436 (28 سبتمبر 2015)، ص 7832، والذي نسخ المرسوم رقم 2.75.840 الصادر بتاريخ 27 من ذي الحجة 1395 (30 ديسمبر 1975) المتعلق بإصلاح لجنة الصفقات. ويرتبط استبدال تسمية لجنة الصفقات باللجنة الوطنية للطلبيات العمومية، بكون أن المشرع قد عمل على توسيع مجال تدخلها إذ أنه أصبح يشمل بالإضافة إلى الصفقات العمومية كل من عقود التدبير المفوض وكذا عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص.

² سيف راشد رحمة الشامسي، " العقود الإدارية بين النشأة والتغيير"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - الرباط، السنة الجامعية 2008/2007، ص 68 و69.

من تقليص الأجل في الحالة الأخيرة هو التسريع من وتيرة التعاقد والإجراءات المرتبطة بإبرام العقد، فإن هذا التقليص من الأجل بالنسبة للحالات الأخرى يشكل تراجعاً تشريعياً عن تكريس إحدى الضمانات التي أقرها المرسوم السابق، إذ أن هذا التقليص من شأنه عرقلة المتنافس المشتكي من تكوين دفاعاته التي سيتقدم بها في ظل تظلمه، خاصة وأنه لا يتسنى له في ظل الطعن القضائي أن يتقدم بطلبات ودفع غير تلك التي صاغها في هذا التظلم، وهو ما سنستعرضه بتوضيح أكثر في مرحلة الطعن القضائي.

الفقرة الثانية: التظلم الرئاسي

ينص البند 6 من المادة 19 على إحدى الحالات الجديدة التي يخول فيها للمتنافسين إمكانية التظلم أمام السلطة التي يخضع لها صاحب المشروع، وهي الحالة التي يتمتع فيها هذا الأخير عن تسليم ملف طلب العروض للمتنافسين؛ حيث جاء في مقتضيات هذا البند أنه: "عندما لا يتم لسبب من الأسباب تسليم ملف طلب العروض لمتنافس أو ممثله الذي تقدم إلى المكان المعين في الإعلان عن طلب العروض، يسلمه صاحب المشروع في نفس اليوم شهادة تبين سبب عدم تسليمه الملف، وتبين كذلك اليوم المحدد لسحبه لتمكين المتنافس من إعداد ملفه، ويحتفظ بنسخة من هذه الشهادة في ملف الصفقة.

يجوز للمتنافس في حالة عدم تسليمه الملف في اليوم المحدد في الشهادة المسلمة له، أن يلجأ، بواسطة رسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل، إلى السلطة التي يخضع لها صاحب المشروع المعني يعرض فيها ظروف تقديم طلبه للحصول على ملف والجواب الذي تلقاه.

إذا تبين صحة الشكاية، تأمر السلطة المذكورة صاحب المشروع بتسليم ملف طلب العروض فوراً إلى المشتكي وبتأجيل تاريخ فتح الأظرفة لمدة تمكن المشتكي من التوفر على المدة القانونية المطلوبة لأجل نشر إعلان طلب العروض ابتداءً من تاريخ تسليم ملف طلب العروض".

فمن خلال نص هذه المادة يتضح بأن المشرع قد خول للمتنافس حق التظلم أمام السلطة الرئاسية لصاحب المشروع، وأنه قد حدد لذلك الإجراءات التي يجب عليه الالتزام بها لرفع تظلمه، إلى جانب تحديده للآثار التي ينبغي أن تنتج عن هذا التظلم في حالة تأكد السلطة الرئاسية من صحة الشكاية.

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 169، نلاحظ بأن المشرع، وبخلاف الحالة السابقة، قد حدد أجل خمسة (5) أيام¹ للتظلم أمام السلطة الرئاسية² الأعلى لصاحب المشروع، وذلك بالنسبة للحالات الثلاث التي سبق وأوردناها في سياق حديثنا عن التظلم الاستعاطفي.

وعلى غرار المرسوم الملغى، نجد بأن المادة 169 قد حددت على سبيل الحصر الحلول والإجراءات التي ينبغي على السلطة الرئاسية اتخاذها، وذلك بحسب المرحلة التي تكون مسطرة إبرام الصفقة قد بلغتها، حيث يتوجب على السلطة المذكورة إما:

- أن تأمر بتصحيح الخلل المثبت
- أو تقرر إلغاء المسطرة، لكن قبل ذلك يمكنها توقيف مسطرة الدعوة إلى المناقصة لمدة لا تتفوق عشرة (10) أيام كحد أقصى، شريطة أن تكون الشكاية صحيحة ومبنية على أساس وتتضمن حجج صحيحة تكشف عن إحداث ضرر للمتنافس في حالة عدم توقيف المسطرة، وشريطة أن لا يؤدي التوقيف إلى إلحاق ضرر متفاوت بصاحب المشروع

¹ تحتسب من تاريخ تسلم جواب صاحب المشروع.

² حددت المادة 169 السلطة الرئاسية في كل من: الوزير المعني بالنسبة لصفقات الدولة، ووزير الداخلية بالنسبة للصفقات المبرمة لحساب الجهات والعمالات والأقاليم والجماعات، أما بالنسبة لصفقات المؤسسات العمومية فقد جاءت الصياغة مهمة إذ نصت المادة على أن الشكاية يجب أن توجه إلى السلطة المختصة - دون توضيح ماهية هذه السلطة - كمرحلة أولى ومن ثم إلى رئيس مجلس إدارة المؤسسة العمومية المعنية.

أو بالمتنافسين الآخرين. وتجدر الإشارة إلى أن مقتضيات التوقيف هذه لا تطبق إذا قرر الوزير ضرورة متابعة مسطرة إبرام الصفقة لاعتبارات استعجالية متعلقة بالمصلحة العامة.

وهو ما يثير التساؤل حول ماهية هذه "الاعتبارات الاستعجالية" التي خول المشرع بموجبها للوزير المعني الاستعاضة عن توقيف مسطرة الإبرام رغم التأكد من تحقق الشروط الموجبة لذلك؟ إذ يعد هذا ضرباً لشفافية ومصداقية مسطرة التعاقد، فاعتماد مثل هذه المفاهيم المهمة دون حصر وتحديد الحالات التي تدخل في سياق هذه الاعتبارات الاستعجالية من شأنه إفساح مجال شاسع للسلطة التقديرية للوزير، وهو ما قد ينتج عنه - في بعض الأحيان - المساس بالمصلحة الخاصة للمتنافسين دون اللجوء المسبق إلى تفعيل الموازنة بين كل من المصلحة الخاصة والعامة للتأكد من مدى تحقق هذه الأخيرة، الأمر الذي من شأنه زعزعت ثقة العديد من المستثمرين المتنافسين في القدرة التنافسية للبلد ككل، ودفعهم بالتالي إلى توجيه استثماراتهم إلى بلدان أخرى.

وبعيداً عن هذا الطرح الإشكالي، وفي سياق الضمانات التي صاغها المرسوم الحالي للمتنافسين، نجد أنه جاء بمستجد هام، هو إنشاء أجل أقصاه ثلاثين يوماً للرد على شكايات المتنافسين من طرف الوزير المعني أو وزير الداخلية أو رئيس إدارة مجلس المؤسسة العمومية بحسب الحالة، وذلك بعد الفراغ التشريع الذي طال المرسوم الملغى والذي أغفل تحديد هذا الأجل تاركا المجال مفسحاً للسلطة التقديرية.

ومما يمكن الإشادة به أيضاً على مستوى المرسوم الحالي، هو أنه يخول للمتنافس المتضرر إمكانية الاستعاضة عن كل من مرحلة التظلم الاستعطافي وكذا الرئاسي لينتقل مباشرة إلى الطعن أمام اللجنة الوطنية للطلبات العمومية، وهو ما سنتعرف عليه في سياق الفرع الموالي.

ثانياً: دور اللجنة الوطنية للطلبات العمومية كآلية للطعن الودي في حل شكايات المتنافسين

الموازاة مع ورش الإصلاح الجاري للجنة الوطنية للطلبات العمومية¹ وارتباطاً مع الضمانات الأخرى الممنوحة للمتنافسين، عمل المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية، في مجال الطعون والشكايات، على إرساء قواعد جديدة، من بينها إتاحة إمكانية للمتنافسين لتقديم طعونهم وشكاياتهم أمام لجنة الصفقات بشكل مباشر ودون اللجوء إلى صاحب المشروع أو إلى الوزير المعني²:

ويعد تمكين الماولة المتضررة من رفع الشكاية بشكل مباشر إلى اللجنة تبسيطا نوعياً سوف يمكن المفاوضات من آلية مبسطة للطعون الإدارية، مؤطرة بأجال محددة، من أجل الدفاع عن مصالحها المرتبطة بميدان الصفقات³. وإذا كان المشرع قد صاغ هذه الإمكانية الجديدة فإنه وبالمقابل أبى إمكانية الطعن في قرار الوزير المعني أمام اللجنة قائمة في ظل مرسوم الصفقات العمومية الحالي؛ إذ نصت المادة 170 على إمكانية توجيه شكاية مباشرة إلى اللجنة من قِبَل كل متنافس وذلك إذا لم يقتنع بالجواب الذي أعطي له تطبيقاً لمقتضيات المادة 169، أو في حالة غياب جواب الوزير المعني أو رئيس إدارة المؤسسة العمومية المعنية. وقد أتت هذه المادة بصياغة "توجيه شكاية مباشرة" وذلك لتجاوز أحد العراقيل الهامة التي كانت تحد من تفعيل هذا الطعن، فلئن كان مخولاً في سياق المرسوم الملغى للمتنافس الطعن أمام اللجنة، فإنه كان يتحتم عليه توجيه شكاية مفصلة إلى الأمين العام للحكومة، و"يجوز" لهذا الأخير عرض الشكاية

¹ ويهدف المرسوم الجديد المتعلق باللجنة الوطنية للطلبات العمومية إلى مراجعة النظام الأساسي للجنة من خلال المحاور الثلاثة التالية:

- إعادة النظر في المهام المستندة إليها من خلال إضافة مهام جديدة
- إعادة تنظيم هيكلتها

- تحديد مسطرة استشارتها من طرف الإدارات العمومية و المتنافسين وأصحاب الطلبات العمومية

² "مرسوم 20 مارس يعيد الطريق لإصلاح منظومة الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 5.

³ "مستجدات المرسوم 2.12.349 المتعلق باليات وطرق إبرام الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 10.

على أنظار لجنة الصفقات¹، بمعنى أنه لم يكن مخولاً للمتنافس توجيهها بشكل مباشر للجنة، بل أكثر من ذلك كان مآل هذا الطعن يخضع للسلطة التقديرية للأمين العام للحكومة الذي أجاز له المشرع عرضها على أنظار اللجنة من عدمه. إذن، فتحويل المنافس إمكانية الطعن المباشر أمام اللجنة أضى من الضمانات التشريعية الهامة التي كرسها المشرع لدعم حق المنافسين في الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم. وتدعيماً لهذا الحق، فإن المشرع يصبو من خلال المرسوم الجديد رقم 2.14.867 المتعلق باللجنة الوطنية للطلبات العمومية² إلى تكريس الضوابط التشريعية التي ستحكم طرق وآليات معالجة شكايات المنافسين، إذ أن الباب الخامس منه يحدد المسطرة الواجب إتباعها لدراسة شكايات المنافسين.

ويتجلى الهدف من هذا التحديد للمسطرة هو سد الفراغ التشريعي الذي طال هذا الجانب منذ سنة 31975 ومعالجة كل مظاهر الاختلال والقصور التي اعترت عمل اللجنة؛ " فنظراً لما أبانت عنه تجربة لجنة الصفقات من ضعف على مستوى تدخلاتها والذي يرجع بالأساس إلى قصور مجالات تدخلها ومحدودية اختصاصاتها وتعدد مسطرة اللجوء إليها، حاول المشرع من خلال مشروع مرسوم اللجنة الوطنية للطلبات العمومية توسيع مجال عمل اللجنة بمنحها اختصاصات واسعة، إضافة إلى تبسيط وتوضيح مسطرة اللجوء إليها"⁴، وكذا مسطرة معالجتها للشكايات المطروحة عليها.

غير أن ما يهمننا في سياق موضوعنا هذا، هو الشق المتعلق بالضمانات المرتبطة بمسطرة تقديم شكايات المنافسين ومعالجتها من قبل اللجنة؛ " فكأي شكاية أو دعوى تتطلب توافر أركان وشروط، إذ أقر المشرع الأركان الأساسية للجوء للجنة الوطنية للطلبات العمومية، وهي الأهلية والصفة والمصلحة"⁵، حيث نصت الفقرة الأخيرة من المادة 30 على " أنه لا يجوز قبول الشكايات المقدمة من طرف متنافس ليست له المصلحة في إبرام الطلبية العمومية المعنية، أو عضو في تجمع غير الوكيل أو أي متعاقد من الباطن محتمل".

كما تطرق المرسوم الجديد إلى مسطرة اللجوء إلى اللجنة إذا كان الأمر يتعلق بشكاية المنافسين؛ حيث حددت المادة 31 ثلاث طرق لتوجيه الشكاية إلى رئيس اللجنة، وذلك إما عن الطريق الإلكتروني أو عبر البريد المضمون أو تودع مباشرة في مكاتب اللجنة عند الاقتضاء.

وقد جاء في مقتضيات نفس المادة أنه " يتعين على المنافس أن يعرض في رسالته موضوع شكايته والعناصر التي ينازع فيها.

وعليه كذلك أن يدي، تدعيماً لشكايته، بكل مستندات الإثبات، وعناصر الإخبار والوثائق التي يتوفر عليها. وعليه أن يصرح بأن المسألة التي يعرضها على اللجنة لم تكن موضوع طعن أمام المحاكم. إذا رفع المنافس قضيته أمام القضاء خلال مدة دراستها من طرف اللجنة، وجب عليه، تحت طائلة رفض شكايته، إخبار اللجنة المذكورة.

¹ المادة 95 من مرسوم 5 فبراير 2007 رقم 2.06.388، مرجع سابق.

² المرسوم رقم 2.14.867 الصادر في 7 من ذي الحجة 1436 (21 سبتمبر 2015) المتعلق باللجنة الوطنية للطلبات العمومية، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6399 بتاريخ 14 من ذي الحجة 1436 (28 سبتمبر 2015)، ص 7832.

³ أي منذ تاريخ صدور المرسوم رقم 2.75.840 بتاريخ 27 ذي الحجة 1397 (30 دجنبر 1975) المتعلق بإصلاح لجنة الصفقات، الجريدة الرسمية عدد 3297 بتاريخ 5 محرم 1396 (7 يناير 1976).

⁴ يوسف بلشهب، " اللجنة الوطنية للطلبات العمومية دراسة في ضوء مستجدات مشروع المرسوم الجديد"، موقع العلوم القانونية، الاثنين 7

أبريل 2014، <http://www.marocdroit.com>

⁵ يوسف بلشهب، مرجع سابق.

يجب توقيع الشكاية بصفة قانونية من طرف الشخص المؤهل للالتزام باسم المتنافس، وتقديمها ابتداء من تاريخ نشر إعلان الطلبية العمومية إلى غاية اليوم السابع بعد تعليق النتائج المتعلقة بها¹.

أما بالنسبة لمسطرة فحصها، فإن أول ما يتوجب القيام به من قبل رئيس اللجنة الوطنية هو إخبار الإدارة المعنية بشكاية المتنافسين ويطلب منها إفادته بعناصر الإجابة، داخل أجل أقصاه عشرة (10) أيام مفتوحة تحسب من يوم توصل الإدارة المعنية بالشكاية والملف المرفق بها.

لتتم دراستها، بعد ذلك، " من طرف أجهزة اللجنة المختصة خلال أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما، ويسري هذا الأجل ابتداء من تاريخ التوصل برسالة الشكاية. ويجوز تمديد هذا الأجل لمدة خمسة عشر (15) يوما بمقرر معلل لرئيس اللجنة يبلغه إلى المعنيين.

يجوز لرئيس اللجنة، خلال مدة التمديد السالفة الذكر، أن يطلب، عند الاقتضاء، من المتنافس أو من الإدارة المعنية أو منهما معا، أن يقدم أمام الجهاز التداولي للجنة، كل معلومة تكميلية يعتبرها ضرورية لإبداء مقترح المقرّر¹. ويعد هذا التحديد لأجل البت من الضمانات الهامة التي يحاول المشرع من خلال المرسوم الجديد تفعيلها؛ حيث أن المرسوم القديم للجنة الصفقات لم يحدد أي أجل، وهو الأمر الذي كان يترتب عنه في الغالب ضياع حق المتنافس في الاستفادة من المعالجة الفورية لشكايته والاستمرار في حوض غمار التنافس على الصفاقة، فعدم إلزام المشرع اللجنة بالتقيد بزمن محدد لمعالجة ما يحال عليها من شكايات، كان يعد عائقا لمصادقية ونجاعة الطعن أمام هذه اللجنة. ومن الضمانات أيضا التي يهدف المرسوم المتعلق بلجنة الطلبيات العمومية إلى إرسائها، هي توضيح مآل الشكاية؛ إذ نصت المادة 33 على أنه: " عندما يعتبر الجهاز التداولي أن التبريرات التي قدمها المتنافس غير مقنعة، واعتبارا لرد الإدارة المعنية، يخبر رئيس اللجنة المتنافس بعدم قبول شكايته.

وعندما يعتبر الجهاز التداولي بناء على الحجج التي قدمها المتنافس أن شكايته مبنية على أسس صحيحة، يقوم رئيس اللجنة الوطنية بإشعار الإدارة المعنية ويقترح على رئيس الحكومة إمكانية توقيف مسطرة إبرام الطلبية العمومية أو إرجاء المصادقة عليها إلى حين إصدار مقترح المقرر في شأن المآل الواجب تخصيصه للشكاية خلال الأجل المنصوص عليه في المادة 32 من هذا المرسوم.

وفي جميع الحالات، لا يمكن توقيف مسطرة إبرام الطلبية العمومية أو إرجاء المصادقة عليها إلا بمقرر لرئيس الحكومة.

غير أنه، لا يعمل بالتوقيف أو بتأجيل المصادقة المطلوبة من طرف الجهاز التداولي إذا قررت الإدارة المعنية أنه من الضروري متابعة مسطرة إبرام الطلبية العمومية أو المصادقة عليها. وذلك إذا بررت ذلك اعتبارات استعجالية تدخل في إطار الصالح العام، وفي هذه الحالة، يتعين على الإدارة المعنية توجيه رسالة إلى رئيس الحكومة وإلى رئيس اللجنة الوطنية تتضمن بوضوح الأسباب والمبررات التي حملتها على اتخاذ هذا القرار².

¹ المادة 32 من المرسوم رقم 2.14.867 المتعلق باللجنة الوطنية للطلبات العمومية، مرجع سابق.

² أن شكاية المتنافس مبنية على أسس صحيحة، يمكن لرئيس اللجنة الوطنية أن يطلب من الإدارة المعنية توقيف مسطرة إبرام الطلبية العمومية أو إرجاء المصادقة عليها إلى حين إصدار مقترح المقرر في شأن المآل الواجب تخصيصه للشكاية خلال الأجل المنصوص عليه في المادة 32 من هذا المرسوم.

غير أنه، لا يعمل بالتوقيف أو بتأجيل المصادقة المطلوبة من طرف الجهاز التداولي إذا قررت الإدارة المعنية أنه من الضروري متابعة مسطرة إبرام الطلبية العمومية أو المصادقة عليها، وذلك إذا بررت ذلك اعتبارات استعجالية تدخل في إطار الصالح العام. وفي هذه الحالة، يتعين على الإدارة المعنية توجيه رسالة إلى رئيس الحكومة وإلى رئيس اللجنة الوطنية تتضمن بوضوح الأسباب والمبررات التي حملتها على اتخاذ هذا القرار².

فبتحليل هذا المقتضى القانوني، نخلص إلى أن من الأهداف المسطرة هو تجاوز إحدى الثغرات الهامة التي كانت تكتنف مرسوم لجنة الصفقات، والمتمثلة أساسا في كون أن الطعن الذي كان يمارس أمام هذه الأخيرة لم يكن له أي أثر واقف على مسار وإجراءات التعاقد؛ إذ أن هذه الإجراءات لم تكن تتأثر بالتظلمات، غير أنه وفي سياق مرسوم لجنة الطلبات العمومية الجديد، نجد بأن المشرع يصبو إلى قطع خطوة هامة من خلال منح هذه اللجنة الحق في المطالبة بتوقيف مسطرة إبرام الصفقة أو تأجيل المصادقة عليها، وذلك عبر توجيهها لمقترح بذلك إلى رئيس الحكومة الذي ينفرد بسلطة تقرير إما التوقيف أو الإجراء، ويأتي هذا المقتضى القانوني اعتبارا لكون أن اللجنة الوطنية لا تملك سلطة توجيه أوامر للإدارة، واعتبارا لكون أن قرار رئيس الحكومة سيضفي لا محالة على مقترح اللجنة صفة الإلزامية.

إلا أنه وبالرغم من أن المشرع قد عمل على تكريس إمكانية التوقيف أو الإجراء، إلا أن تفعيل هذا الحق لازال مهددا من حيث إمكانية الدفع المضاد من لدن الإدارة المعنية بوجود اعتبارات استعجالية تستدعي الاستمرار في إجراءات التعاقد، وهو ما نأمل من المشرع أن يأخذه بعين الاعتبار وذلك عبر محاولة حصر الحالات التي تدخل ضمن هذه الاعتبارات الاستعجالية.

كما نصت المادة 34 على أنه " يمكن للجهاز التداولي، على إثر فحص الشكاية، وبعد الاستماع إلى تقرير المقرر العام للجنة، أن يقترح مقرا يقضي حسب الحالة بما يلي :

- إلغاء المسطرة عندما يتعلق الأمر بإخلال جوهري بعيها؛
- تصحيح الإخلال بإجراء التغييرات الضرورية قصد حذف البنود أو الشروط التي تخالف واجبات إجراء المنافسة والإشهار ومتابعة المسطرة بعد ذلك، وإذا كان للإدارة رأي مخالف، رفع الأمر لرئيس الحكومة لاتخاذ قرار بشأن ذلك.
- التصريح بعدم قبول الشكاية لعدم ارتكازها على أسس قانونية صحيحة."

وختاما لمسطرة معالجة الشكاية، يعرض رئيس اللجنة مقترحات المقررات، التي أعدها الجهاز التداولي باسم اللجنة الوطنية، على توقيع رئيس الحكومة وذلك بغية حمل الإدارة المعنية على الالتزام باحترام وتفعيل ما جاء في طيات هذه المقترحات، إذ يتم تبليغ المقررات التي اتخذها رئيس الحكومة إلى الإدارات والمتنافسين المعنيين وكذا إلى الخازن العام للمملكة. ومن تم تنشر المقررات السالفة الذكر في الموقع الإلكتروني للجنة وفي بوابة الصفقات العمومية.¹ غير أن مسطرة فحص الشكاية من قبل اللجنة قد تتوقف وجوبا وذلك في حالة ما إذا كانت الشكاية موضوع حكم قضائي أو يجري التحقيق في شأنها من طرف القضاء.² لينتقل بذلك المتنافس إلى نوع آخر من الطعون وهو الطعن القضائي.

الفرع الثاني: الطعن القضائي ضمانات أساسية للمتنافس في مواجهة قرار الإقصاء

" إلى جانب المراقبة الإدارية التي تشكل في جوهرها إجراءات وقائية تمارس للحيلولة دون وقوع أخطاء أو انحرافات، حيث تنوخي ترشيد وعقلنة تدبير الصفقات العمومية، والتي تبدأ عمليا منذ الإرهاسات الأولى لتحضير الصفقة إلى نهاية تنفيذها وتسلمها من المقاول، فإن المشرع المغربي أوجد إضافة إلى هذه المراقبة مراقبة أخرى لا تقل عنها أهمية، وهي مراقبة خارجة عن الهيئة التنفيذية وتعد مراقبة لاحقة زجرية للضرب على أيدي المخلين بقواعد الصفقات العمومية والإنفاق العام"³، وتتمثل في المراقبة القضائية التي تتم ممارستها من طرف كل من المحاكم الإدارية وكذا المجلس الأعلى للحسابات والمجالس الجهوية التابعة له.

¹ المادة 35 من نفس المشروع.

² وهو ما نصت عليه المادة 39 من الباب السابع من مشروع المرسوم.

³ د. عبد العالي سمير، مرجع سابق، ص 81.

غير أن ما يهمننا في سياق موضوعنا، هو الرقابة القضائية الممارسة من قبل المحاكم الإدارية، والتي لا يتأتى تفعيلها في ميدان الصفقات العمومية إلا بناء على الطعون المقدمة من قبل الإدارة أو المتعاقد معها، أو من قبل المتنافسين والمرتبطة بمرحلة ما قبل الإبرام وهو ما سنحاول التطرق إليه في ظل هذا الفرع.

إذ يخول للمتنافس الذي تم إقصاؤه من المنافسة حق اللجوء إلى الطعن القضائي أمام إحدى المحاكم الإدارية، بحيث تعتبر المنازعة في مشروعية قرار الإقصاء من المنافسة أهم المنازعات التي تطرح ارتباطا بمرحلة الإعداد لإبرام الصفقة.

فالمتنافس الذي يرى أن قرار إقصائه لم يكن سليما وكان مشوبا بعيب من العيوب الموجبة للطعن فيه يخول له حق اللجوء إلى القضاء عن طريق إقامة دعوى الإلغاء، وذلك بهدف إلغاء قرار الإقصاء.

وفي هذا الصدد نسوق مجموعة من الأحكام القضائية الصادرة بناء على هذا النوع من الطعون؛ كالحكم رقم 187 الصادر عن قسم الإلغاء بالمحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 23 ذو القعدة 1422 موافق 02/07/2002 ملف رقم 00/28 غ، والذي جاء في حيثياته ما يلي:

" وحيث إنه حقا وكما جاء في تقرير الخبرة فإن تغيير نظام الاستشارة دون إشعار المتنافسين بذلك يعد خرقا لمقتضيات المادة 22 من المرسوم المبين أعلاه¹ التي تنص على إجبارية تحديد نظام الاستشارة قبل فتح العروض وإدماجها مع الوثائق الأخرى مما تكون معه الوسيلة المثارة بهذا الصدد مبنية على أساس سليم ويتعين اعتمادها.

وحيث إنه فيما يخص الوسيلة المستمدة من الانحراف في استعمال السلطة، والمتمثلة في كون الإدارة المطلوبة في الطعن قد مكنت شركة (...). بالفوز بالصفقة بطرق ملتوية، فإن المحكمة قد أمرت بمقتضى حكمها التمهيدي بمقارنة الملف التقني للطاعنة مع الملف التقني للشركة الفائزة وأفاد الخبير في تقريره أنه بعد إطلاعها على الملفات التقنية لكل المتنافسين تبين له أن الطاعنة تحضى بامتياز على الشركة الفائزة لا فيما يخص الإمكانيات الآلية ولا فيما يخص الإمكانيات البشرية، وأن صاحب المشروع لم يأخذ الإمكانيات الآلية والبشرية للطاعنة بعين الاعتبار، وأنه لولا ذلك، ولولا تغيير نظام الاستشارة لكانت الطاعنة هي الفائزة.

وحيث يتضح من هذا المعطى أن هناك قرينة قوية على صحة ما تنعاه الطاعنة على صاحب المشروع، وأن هذا الأخير لم يرد الإفصاح عن أسباب تغييره لنظام الاستشارة، مما تكون معه أيضا الوسيلة المثارة بهذا الصدد مبنية على أساس سليم ويتعين اعتمادها.

وحيث إنه أمام صحة الوسيلتين المثارتين في الطعن، يكون القرار المطعون فيه مشوبا بتجاوز السلطة ليعبي مخالفة القانون والانحراف في استعمال السلطة، مما يتعين معه الحكم بإلغائه مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك.²

فمن خلال حيثيات هذا الحكم، نلاحظ بأنه قد انطلق في ظل بته في هذا الطعن من التحقق من الوسائل المثارة والمتمثلة في مخالفة صاحب المشروع للقانون عبر تغيير نظام الاستشارة دون تبليغ المتنافسين بذلك، والتحقق من مدى ثبوت انحرافه في استعمال السلطة المخولة له لاختيار المتنافس الأصلح للتعاقد معه؛ حيث عمدت الهيئة القضائية إلى اللجوء إلى الخبرة للتثبت من صحة هذه الدفوع المثارة، وهو ما تأكد معه أن إجراءات إبرام الصفقة تمت على نحو مخالف للقانون.

¹ أي المرسوم رقم 2.98.482 الصادر بتاريخ 1998/12/30 المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة؛ إذ أن الفترة التي صدر فيها هذا الحكم كان هذا المرسوم هو المعمول به آنذاك، غير أنه جدير بالذكر أن مقتضيات المادة 22 التي تم الأخذ بها في سياق هذا الحكم لا زالت قائمة في ظل مرسوم 30 مارس 2013 الحالي حيث تنظمها المادة 18.

² المحكمة الإدارية بالرباط، الحكم رقم 187 الصادر عن قسم قضاء الإلغاء بتاريخ 02/07/2002 في الملف رقم 00/28 غ، غير منشور.

إذ تؤكد أن الإدارة قد خرقت الضمانات التي كرسها المشرع للمتنافسين في ظل مرسوم الصفقات العمومية، من حيث تعليل قرار الإقصاء وحق المنافسين في الإعلام المسبق بكل تغيير يطرأ على وثائق الصفقة وبالأخص نظام الاستشارة لكونه يضم المقاييس التي تعتمد كأساس لاختيار المتعاقد.

وارتكازا على ذلك، صرحت المحكمة بتحقيق الإخلال من جانب صاحب المشروع، وقضت بإلغاء قرار الإقصاء مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك.

وفي حكم آخر قضت المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2013/9/30 في الملف رقم 12013/5/154، بإلغاء قرار إقصاء شركتين من إحدى الصفقات وذلك بعد أن تم رفض قبول العروض المقدمة من طرفهما، وقد جاء في حيثيات هذا الحكم بأنه: " وحيث إن امتناع الإدارة عن إبداء أسباب الإقصاء من الصفقة، فضلا عن مساسه بالالتزام العقدي بالإفصاح والإخبار عن سير عقد الصفقة، يشكل مخالفة قانونية للحق في المعلومة المكرس في الاتفاقيات الدولية (المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادة 19 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، الفقرتين الأولى بند (أ)، (ب) والثالثة من المادة 15 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية) والدستور المغربي الناص في الفصل 27 منه على أن " للمواطنين والمواطنات حق الحصول على المعلومات، الموجودة في حوزة الإدارة العمومية، والمؤسسات المنتخبة، والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام"، ولبادئ الشفافية وحرية المبادرة والمنافسة وتكافؤ الفرص (الفصل 35 من الدستور)، ولتعلقات حقوق الدفاع المكرسة دستوريا، ولقواعد حسن النية في التعاقد.

وحيث إن عدم إدلاء الإدارة بالسند المبرر الواقعي والقانوني المرتكز عليه لإقصاء الطاعنتين من الصفقة، لتمارس المحكمة رقابتها عليه من حيث وجوده المادي ووصفه القانوني، يجعل المقرر المطعون فيه متسما بالتجاوز في استعمال السلطة لاستجماعه عيوب السبب وانعدام التعليل، ومخالفة القانون.

وحيث إنه وبالنظر لكون الطعن بالإلغاء أقيم ضد القرار المنفصل برفض العروض دون قرار رسو الصفقة، فإن الإلغاء سينصب على المقرر المطعون فيه دون أن تشمل مفاعيله آثاره القانونية."

وتبعاً لتحليل حيثيات كلا الحكمين السابقين، يمكن أن نخلص إلى أن قضاء الإلغاء يضطلع بخصوص الدعوى المتعلقة بالمنازعة في مشروعية قرارات الإقصاء من المنافسة في الصفقات العمومية بدور فعال في إقرار المشروعية على تصرفات الإدارة من عدمه، وذلك من خلال بسط رقابته على مدى احترامها للضوابط القانونية المؤطرة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية، أو تلك التي تلزمها بتعليل وتوضيح أسباب اتخاذها لقراراتها وخاصة قرار الإقصاء.

" واعتباراً لأن قاضي الإلغاء يكتفي بإلغاء القرار غير المشروع - إذا ما ثبت له قيام أحد أسباب عدم المشروعية الموجبة للإلغاء - ولا يمكنه تجاوز ذلك وتوجيه أمر للإدارة بالعدول عنه وإعادة إجراءات إرساء الصفقة، ولكون المقابلة الطاعنة لا ترمي من وراء إقامتها للدعوى تنصيب نفسها حارساً للمشروعية، وإنما تسعى إلى الوصول إلى الغاية التي استهدفها من وراء مشاركتها في المنافسة وهي الفوز بالصفقة والمراهنة على تحقيق الريح المتوقع منها، فإن الممارسة العملية أبانت أن الحكم القاضي بالإلغاء ليس بمقدوره في حد ذاته إيصال المقابلة إلى مبتغاها؛ بحيث أن طول المدة التي يقتضها الفصل في دعوى الإلغاء ابتدائياً واستئنافياً - إن تم الطعن في الحكم الابتدائي - يفسح المجال أمام الإدارة لاستكمال إجراءات التعاقد مع المقابلة التي اختارتها، بل وفي غالب الأحيان يكون تنفيذ الصفقة المثار بشأنها النزاع قد قطع أشواط مهمة مما يجعل مسألة تنفيذ حكم الإلغاء متعذرة إن لم نقل مستحيلة.

وبالرغم من أن مثل هذا الحكم لا يسعف المقابلة في الإبقاء على حظوظها في الفوز بالصفقة، فإنه مع ذلك يصلح أن تعتمد أساساً للمطالبة بالتعويض عن الضرر في إطار دعوى المسؤولية التقصيرية... ونظراً لأن هذه الطريقة المتمثلة

¹ المحكمة الإدارية بالرباط، الحكم رقم 2963 الصادر بتاريخ 2013/9/30 في الملف رقم 2013/5/154، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 119، نونبر-ديجنبر 2014، ص 301.

في إقامة دعوى الإلغاء ثم دعوى القضاء الشامل مرهقة بالنسبة للمقاوله سواء من حيث الوقت الذي يتطلبه أمر الفصل في كلا الدعوتين أو من حيث المصاريف المرتبطة بهما، ولأنه في الغالب الأعم لا تستطيع المقاوله الوصول إلى الفوز بالصفقة التي أقيمت من المنافسة المتعلقة بها، فإن المقاولات أصبحت تميل إلى اللجوء مباشرة إلى القضاء الشامل للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ترى أنه لحقها من جراء قرار إقصائها من المنافسة عارضة على هذا القضاء أمر مراقبة مشروعية ذلك القرار ليس بهدف إلغائه وإنما بهدف ترتيب حقها في التعويض متى ثبتت عدم مشروعيتها¹.

كالحكم رقم 1269 الصادر عن قسم القضاء الشامل بالمحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2012/4/4 في الملف رقم 2012/13/43، والذي تقدمت فيه الطاعنة بأنه وعلى إثر تقدمها بالمشاركة في إحدى الصفقات المعلن عنها بناء على طلب العروض المفتوح، فوجئت بقيام اللجنة المتعهد لها بفحص العينات من طرف صاحبة المشروع بإقصائها من المنافسة بعله عدم مطابقتها للجودة، وهو ما دفعها إلى اللجوء القضاء بهدف إثبات عدم مشروعية قرار إقصائها والمطالبة بتعويض عما لحقها من ضرر وما فاتها من كسب.

وقد جاء في حيثيات هذا الحكم بأنه " حيث دفعت الجهة المدعى عليها بعدم احترام المدعية للشروط المنصوص عليها في مدونة الصفقات لكون العينات المدلى بها لا تنسجم مع المواصفات المتطلبة وناقصة الجودة وأن خطأ الجماعة غير ثابت.

وحيث لما كانت الرقابة التي يبسطها القاضي الإداري على أسباب القرار الإداري تعد ضماناً أساسية لتحقيق مشروعية تصرفات الإدارة، وخضوعها لحكم القانون، ولما كان الاجتهاد القضائي مستقر على أن صحة وجود الأسباب القانونية والمادية يعد من شروط صحة القرار الإداري، وتتخذ مراقبة القضاء لركن السبب صورتين تتعلق الأولى بمراقبة الأسباب القانونية، وأما الصورة الثانية فتهتم بمراقبة الأسباب المادية التي تتمظهر في فحص مادية الوقائع وفي مراقبة التكيف القانوني للوقائع، وأخيراً في تقدير الوقائع².

وقد عمدت الهيئة القضائية في ظلّتها في هذا الطعن، إلى التثبت من صحة الأسباب التي بني عليها قرار الإقصاء، وذلك من خلال الحكم التمهيدي بإجراء خبرة، وهي ما أثبتت أن العينات المقدمة من طرف المدعية والمدلى بها من طرف نائل الصفقة لهما نفس المواصفات حسب جدول المقارنة، فضلاً عن أن النوع المقدم من طرف المدعية يتميز عن نظيره بمجموعة من المواصفات التي ترجح اختياره بشكل أكبر.

وتبعاً لذلك، قضت المحكمة بأن " تقدير الأهلية والكفاءة الفنية للمشاركة في الصفقة يجب أن يستند إلى أسس موضوعية مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول تنتجها".

واعتبرت أن " خطأ الإدارة في إقصاء المدعية من الصفقة بالمخالفة للمبادئ الدستورية المتصلة بالشفافية والنزاهة وحرية المنافسة واتصاله بالأضرار المادية والمعنوية المتمثلة في الخسارة الحقيقية وفوات الكسب الناتجة عن ضياع فرصة الفوز في الصفقة، فضلاً عن المساس بسمعتها كشركة رائدة في السوق ومتخصصة في مجال المصايح وحاصلة على عدة شهادات للجودة بالإدعاء بكون خدماتها رديئة وضعيفة الجودة، وهو عكس ما أثبتته تقرير الخبرة، يدل على قيام عناصر المسؤولية الإدارية في حق الجماعة المدعى عليها".

وهكذا قضت المحكمة تبعاً لسلطتها التقديرية بتعويض مادي، يشمل الأضرار المادية المتمثلة فيما لحق المدعية من خسارة وما فاتها من كسب، كما يشمل الأضرار المعنوية المترتبة عن الإقصاء من الصفقة.

¹ د. محمد الزياتي، " القضاة الإداري و الصفقات العمومية بالمغرب"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، يناير - أبريل، عدد مزدوج 78-79، 2008، ص 29 و 30.

² المحكمة الإدارية بالرباط، الحكم رقم 1269 الصادر عن قسم القضاء الشامل بتاريخ 2012/4/4 في الملف رقم 2012/13/43، غير منشور.

وجدير بالذكر أنه سواء كان الطعن مقدما أمام قاضي الإلغاء أو القضاء الشامل، فإن الدور الأساسي للقاضي الإداري يبقى هو التطبيق العادل للقانون، وبالتالي توفير الحماية القضائية لحقوق كلا طرفي العلاقة التعاقدية والتي تظل رهينة باضطلاع القاضي الإداري بدوره الخلاق والمحايد في هاته الخصومة المتميزة بقيامها بين أطراف غير متكافئة المراكز القانونية، فالقاضي الإداري يكون مدعواً إلى الإسهام في تحقيق الموازنة بين كل من المصلحتين العامة والخاصة. وفي أي منازعة يتم البت فيها، وخاصة المنازعات المرتبطة بمشروعية قرارات الإقصاء، يجب أن يبقى الهدف الرئيسي من إخضاع الإدارة للقانون وللرقابة القضائية هو تأمين الحماية لحقوق وحريات الأفراد ضد تعسف السلطات العامة، وحمل الإدارة على احترام القوانين الضابطة لالتزاماتها التعاقدية، وذلك على النحو الذي يجعل منها نموذجاً أعلى يحتدى به من قِبَل المتنافسين في التمسك بالمشروعية.

وختاماً لموضوعنا، يمكن أن نخلص إلى أن الحديث عن ضمانات المتنافس في مجال الصفقات العمومية هو من المواضيع الهامة، إذ أن تكريس هذه الضمانات وحمايتها يستدعي تدخل عدة أجهزة، بدءاً من المشرع مروراً بأجهزة الرقابة الإدارية وانتهاءً بالسلطة القضائية:

فلا بد من التنويه أولاً بالدور الذي لعبه ولأزال يضطلع به المشرع في تكريس وحماية هذه الضمانات، وذلك عبر سن العديد من القوانين ومشاريع القوانين التي عمد من خلالها إلى الإحاطة بكل الأبعاد والجوانب المؤطرة للعلاقة التعاقدية عامة، ولعلاقة المتنافسين بالإدارة التي تعترم إبرام الصفقة العمومية بشكل خاص، وقد شكل مرسوم 20 مارس 2013 رقم 2.12.349 المتعلق بالصفقات العمومية، أهم المحطات التشريعية التي همت تكريس جملة من الضمانات التشريعية لحماية حقوق أطراف العلاقة التعاقدية، وبالأخص المتنافس باعتباره الطرف الضعيف وذلك لما تتميز به الإدارة المتعاقدة من امتيازات السلطة العامة.

لتأتي بعد ذلك أهمية تدخل أجهزة الرقابة الإدارية، بصنفها الداخلية والخارجية، والتي تنخرط بدورها في حمل الإدارة وكذا المتنافسين على احترام الضوابط التشريعية التي تحكم إجراءات التعاقد، وهو ما يشكل في حد ذاته ضماناً هامة للمتنافسين، إذ أنه وبفضل الرقابة التي تمارسها بناءً على التظلمات التي يتقدم بها المتنافسين وبفضل تدخلها بشكل ودي لحل الشكايات فإنها تسهم بشكل فعلي في حماية حقوقهم وذلك متى ما تحقق لها مشروعيتها. في حين لا تقل الرقابة الممارسة من قبل القضاء الإداري أهمية عن سابقتها، بل تظل أهم صور الرقابة وأكثرها ضماناً لحقوق المتنافسين، اعتباراً لأن الهيئة القضائية تتميز باستقلالها عن باقي الهيئات، وهو ما يضمن حيادها بالنسبة لكل الأطراف المتدخلة في عملية التعاقد، كما أنها تظل بمثابة صمام الأمان بالنسبة للمتنافس أمام التعسف الذي قد يطاله من قِبَل الإدارة.

وفي الأخير، فإنه وبالرغم من أهمية الدور الذي يلعبه كل من المشرع وكذا الأجهزة الرقابية في تكريس وحماية ضمانات المتنافسين، فإنه يبقى على الجميع الانخراط بشكل متكامل في ترجمة هذه الضمانات على أرض الواقع، وذلك على النحو الذي يسهم في تدعيم ثقة المستثمرين سواء المغاربة أو الأجانب بالحماية القانونية والقضائية وبشفافية مساطر التعاقد ومصداقيتها، وتحفيزهم على الاستثمار بشكل أكبر في المغرب وهو ما سيخول بالتالي النهوض بمختلف القطاعات التنموية.

الآليات الدستورية لمساهمة المجتمع المدني في القرار العمومي: آليتي التشاور العمومي وتقديم العرائض نموذجا

سليمان التجريني

باحث في سلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية

جامعة محمد الخامس_الرياض

تفعيلا لمبادئ الديمقراطية التشاركية، والديموقراطية شبه المباشرة، عمل المشرع الدستوري على مواكبة ركب الدول المتقدمة، عبر تقرير آليات التواصل والاتصال ما بين المجتمع المدني والمواطنين من جهة، والبرلمان من جهة أخرى. وهو ما يعني خلق مساحة جديدة لفكرة المشاركة، التي لم تعد تعني فقط حالة ولحظة المواطن الناخب، فالبرلمان لم يعد مملئنا إلى ولايته التشريعية كتفويض بدون متابعة من طرف المجتمع وقواه المدنية¹.

وتوطيدا لهذه العلاقة الممكنة ما بين البرلمان والمجتمع المدني والمواطنين، مكثم المشرع الدستوري من المساهمة في إنتاج السياسات العامة، عبر السماح لهم بآليات دستورية تجعل مهم مساهمين ومشاركين إلى جانب البرلمان والحكومة في العملية التشريعية فماهي الآليات الممكنة لهذه العلاقة؟ وماذا تقرر التجارب المقارنة في هذا الخصوص؟

أولا: التشاور العمومي

ينص الفصل 13 من دستور 2011 على²:

«تعمل السلطات العمومية على إحداث هيئات للتشاور، قصد إشراك مختلف الفاعلين الاجتماعيين في إعداد السياسات العمومية وتفعيلها وتنفيذها وتقييمها».

وهو إجراء دستوري يرمي إلى فتح النقاش العمومي ما بين الحكومة والمجتمع المدني أو ما بين البرلمان والمجتمع المدني حول التشريعات المراد إصدارها وذلك قبل الشروع في مناقشتها في البرلمان، وخاصة عندما يتعلق الأمر بالتشريعات ذات البعد الاجتماعي أو الاقتصادي أو تلك المرتبطة بالحقوق والحريات الفردية والجماعية بما لها من ارتباط وثيق بالمواطنين. ويعتبر التشاور العمومي من بين الآليات المعتمدة من طرف أغلب دول العالم من أجل إشراك المجتمع المدني في التشريع وسنحاول أن نتوقف عند أهمها من أجل استخلاص الطريقة الأنجح لتعزيز سبل التواصل والمشاركة بين المجتمع المدني والبرلمان.

البرلمان التركي يعمل على توجيه الدعوة مباشرة إلى هيئات المجتمع المدني المعنية بموضوع التشريع المطروح للنقاش. البرلمان التشيكي يداوم على عقد ما يسمى "بجلسات الاستماع" التي تعتبر إحدى أكبر أشكال المشاركة المدنية شيوعا، هذه الجلسات التي تخصص للاستماع لممثلين عن القطاعات المدنية والمهنية المتبعة بمشاريع القوانين المدروسة. البرلمان النيوزلندي يوجه دعوة مفتوحة لتلقي ملاحظات المواطنين من جميع الدولة المعنية أفرادا ومنظمات من خلال الصحافة أو غيرها من وسائل الإعلام³.

¹ - حسن طارق، المجتمع المدني والبرلمان أية تقاطعات وظيفية -، ملاحظات أولية حول مساهمة المجتمع المدني في العمل التشريعي، مقال، منشور بالجريدة الإلكترونية.

² - دستور فاتح يوليو لسنة 2011.

³ - حاروش نور الدين، تطوير علاقة البرلمان بالمجتمع المدني - البرلمان المدني -، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، الجزائر، ص 149-150.

وكل هذه التجارب وأغلبها بالرغم من دسترتها لآليات الديمقراطية التشاركية يبقى تفعيلها بيد البرلمان، دون وجود مساطر أو هيئات تجبره على التشاور مع المجتمع المدني حول التشريعات قبل إصدارها، وهو الأمر الذي يطرح جدوى التنصيب الدستوري على آليات الديمقراطية التشاركية.

لأن التنصيب الدستوري يفترض وجود آليات الالتزام من أجل بلوغ الأهداف وإلا فإن الأمر سيتوقف على رغبات البرلمانيين متى أرادوا إشراك هيئات المجتمع المدني في إعداد التشريع فعلا ذلك، ولهم أن يمتنعوا متى أرادوا ذلك.

ومثل هذا النظام هو المعمول به في فرنسا حيث نجد أن المجتمع المدني، لا يتوفر من الناحية القانونية والشكلية على القدرة على التدخل في العمل التشريعي إلا إن هذا لا يمنعه من ممارسة تأثير غير مباشر على مجمل الدينامية البرلمانية، حيث غالبا ما يحرص البرلمانيون على معرفة آراء الخبراء والمعنيين داخل المجتمع المدني تجاه أي مشروع قانوني أو ميزانية سنوية¹، في إطار ما يسمى بالإيحاء التشريعي، أو المنهجية التلقائية في إعداد النصوص التشريعية².

ذلك أن تشعب بعض القضايا قد ترغم اللجان على اللجوء إلى بعض الخبراء كما أن أهمية المصالح القائمة كثيرا ما تدفع ببعض جماعات الضغط إلى التدخل خاصة على مستوى اللجان من أجل توجيه القرارات البرلمانية لصالحها، فاللجان قد تتمكن من الحصول على معلومات عن طريق الاستماع إلى أشخاص أو ناطقين باسم الهيئات والتنظيمات المعنية الذين يكونون على علم بالموضوع³.

ولقد لاحظ "كلود بيكان Cloude Becane" هذه الممارسة في فرنسا حيث أكد على أن كثيرا من الهيئات عندما تكون الحكومة خلال مرحلة التفكير التي تسبق تحضير مشروع قانون ما، قد تجد نفسها تتدخل من أجل الاقتراح أو الدفع بتحديد التشريع القائم، كما أنها قد تسعى إلى تقديم أفكار جديدة بهدف حث المشرع على التدخل وهذا ما نجده في النظام الدستوري الفرنسي على سبيل المثال حيث تقوم محكمة النقض أو مجلس الدولة أو المجلس الأعلى للحسابات كل في تقاريره الخاصة المرفوعة إلى رئيس الدولة، باقتراح صلاحيات تستند على أساس الملاحظات التي يكون قد سبق إبدائها، وكذلك الشأن بالنسبة لوسيط الجمهورية الذي وبعد توصله بعدة شكايات مصاغة حسب المساطر الملائمة، كثيرا مما يراها تنتهي إلى تغيرات في التشريع⁴.

وفي النظام الدستوري والقانوني لإسبانيا، تم التنصيب صراحة على مثل هذا الإجراء حيث خولت المادة 44 من النظام الداخلي لمجلس النواب، للجان البرلمانية عن طريق رئيس المجلس أن يطلب من الحكومة وكذا جميع الإدارات العمومية، جميع المعلومات والوثائق التي هي في حاجة إليها، كما يمكنها أن تطلب ممثل أعضاء من الحكومة من أجل تقديم بيانات تتعلق بمواضيع يعود إليها الاختصاص في شأنها، وممثل السلطات والموظفين والمختصين في الموضوع محل المناقشة من أجل تنوير اللجنة كما يمكن لهذه الأخيرة توجيه الدعوة إلى خبراء في المجال الذي هو محل الدراسة من أجل إخبار ومساعدة اللجنة⁵.

¹ - المرجع نفسه ص 14.

² - الإيحاء التشريعي أو المنهجية التلقائية في إعداد التشريع هي عملية تسمح للساخرين على إنتاج التشريع بإجراء استشارات قبلية أثناء عملية التحضير مع خبراء اقتصاديين وفاعلين اجتماعيين من أجل الأخذ باقتراحاتهم أو الاستعانة بها ويرى "جون كلود بيكان" صعوبة في تحديد مصادر الإيحاء التشريعي نظرا لإتساع نطاقهم "انظر:

117.- S. Cloude Becane : « la loi », Dalloz 1994, p

³ - Valentine HERMAN et Françoise MEMDEL : « Les portements dans le Monder 1ere Edition, 1977, P.U.F.P: 561.

⁴ - S. Cloude Becane, op.cit, p 121.

⁵ - المادة 44 من النظام الداخلي لمجلس النواب الإسباني تنص على ما يلي:

«اللجان عن طريق رئيس الكونغرس يمكنها الحصول على:

- المعلومات والوثائق التي تريدها من الحكومة والإدارة العامة لتطبيق أحكام الفقرة الثانية من إعادة السابقة

وفي تجربتنا الدستورية السابقة لدستور فاتح يوليوز 2011 سجلت الولاية التشريعية الممتدة ما بين 1997 إلى 2002 سابقتين في هذا المجال تكرس انفتاح المؤسسة التشريعية على الفاعلين الاجتماعيين ويتعلق الأمر بالحوار العمومي الذي تم فتحه أثناء إعداد مشروع القانون المتعلق بالميثاق الوطني للتربية والتكوين¹ حيث تم تخصيص لجنة خاصة بإعداد المشروع من أجل رفعه إلى جلالة الملك، وقامت اللجنة بإجراء حوار مع خبراء على المستوى الوطني وخارج الوطن لينتهي بها الأمر إلى إعداد مسودة مشروع تمت ترجمتها إلى ميثاق وطني للتربية والتكوين.

غير أنه بعد دسترة هيئات التشاور في دستور فاتح يوليوز 2011، ينبغي البحث على آليات ناجعة لتفعيلها في الواقع، تسمح بمشاركة فعالة لهيئات المجتمع المدني في العملية التشريعية مع الأخذ بعين الاعتبار كل النواقص التي يمكن أن ترتب على اعتماد آليات تسمح بوضع المبادرة في يد البرلمان أو الهيئات الحكومية، لما يمكن أن يترتب عنها من انتقائية في المواضيع ستعود بشكل سلبي على جدوى التنصيص الدستوري على تقنية التشاور العمومي، وستقلص من دور المجتمع المدني في إنتاج السياسات العامة وخاصة ذات البعد الاجتماعي.

ولأجل هذا كله نفتح إنشاء هيئة وطنية تلعب دور الوسيط بين المجتمع المدني والبرلمان والحكومة في عملية إعداد السياسات العمومية وتقييمها ومراقبتها وتنفيذها على ان تتمثل جميع الجمعيات في شكل اتحادات حسب المجالات التي تهتم بها، وتكون التمثيلية على الشكل التالي: بالإضافة إلى ممثلين عن الحكومة والبرلمان:

- ممثلين عن اتحادات الجمعيات المرتبطة بالدفاع عن الحقوق الأساسية للمواطنات او المواطنين.
- ممثلي عن الجمعيات المرتبطة بالخدمات الاجتماعية (التنمية - محاربة الفقر- الرعاية الاجتماعية- النشيط الثقافي والرياضي).

- ممثلين عن الجمعيات المرتبطة بمجالات الحكامة، ومحاربة الرشوة والفساد.
ويجب أن تسند للمنتدى صلاحيات واسعة، ومن أهم هذه الصلاحيات ينبغي مراعاة ما يلي:

- تأمين المعلومات للبرلمانيين حول برامج المنظمات غير الحكومية واهتماماتهم وخبراتهم.
- إيصاله بالمعلومات الخاصة بنشاطات وضع مشاريع قوانين جديدة أو نشرها.
- تنظيم نشاطات مشتركة، واجتماعات عمل بين اللجان البرلمانية ومنظمات المجتمع المدني.
- دعم وتمكين عملية الاستشارات العامة للجان البرلمانية من خلال إعلام رؤساء وأعضاء اللجان بالخبرات والمصادر والإمكانيات المتوفرة لدى منظمات المجتمع المدني.

- تسهيل حصول المجتمع المدني على المراجع من البرلمان
- تأمين عملية التواصل بين منظمات المجتمع المدني والنواب

فهذه التركيبة والصلاحيات من شأنها أن تفرز الديمقراطية التشاركية وتلعب دورا محوريا في سبيل تحديث الدولة.

ثانيا: تقديم العرائض إلى السلطات العمومية

ينص الفصل 15 من دستور 2011² على:

«للمواطنات والمواطنين الحق في تقديم عرائض إلى السلطات العمومية ويحدد قانون تنظيمي شروط وكيفيات ممارسة هذا الحق».

- طول أعضاء الحكومة أمام اللجان من اجل أن يقدم تقارير بشأن المسائل المتعلقة
- متول السلطات والمواطنين والمفتضين في الموضوع من أجل إبلاغ اللجنة.
- متول المفتضين والخبراء من أجل إفادة اللجنة وتقديم المشورة».

¹ - للاستشارة انظر: محمد بوعزيز، القانون البرلماني المغربي، مرجع سابق ص 33.

² - دستور المملكة لسنة 2011.

فنظام العرائض كحق دستوري ظهر مع الثورة الفرنسية لسنة 1987 وأصبح بمثابة وسيلة قانونية تمكن الأفراد والمجتمع المدني من التواصل مباشرة مع السلطات العمومية قصد إبداء تظلماتها ومنح المواطن دورا إيجابيا في الحياة السياسية، من خلال تمكينه من التواصل مع السلطات العامة بشكل إيجابي¹، غير أنه كانت له استخدامات كثيرة قبل أن يتحول إلى حق دستوري، تشكل الأساس التاريخي لظهوره.

ولقد كان استخدامه الأولي في النظام البريطاني الذي أقر في ميثاقه الأعظم سنة 1215، حق تقديم العرائض إلى الملك، حيث تم تعيين مجموعتين من الأشخاص من قبل الملك، مجموعة مكلفة بتلقي العرائض وأخرى تتولى دراستها، وإحالتها على السلطة المختصة، وتم الحفاظ على هذا النظام وصيانتها من طرف الملوك المتعاقبين على المملكة ومن طرف مجلس العموم، حتى جاءت الثورة البريطانية لسنة 1688 بالملك وليام وزوجته إلى العرش البريطاني، ووقعا قانون الحقوق سنة 1689 وبموجب هذا القانون تم تقييد السلطات الملكية في بريطانيا بوضع الأسس الدستورية للسلطة التنفيذية والاعتراف بحق تقديم عرائض ذات طابع عام، أي عرائض تكون مواضعها تهم المصلحة العامة كإلغاء العبودية²، ولازالت العرائض في النظام البريطاني تقدم إلى حدود الساعة، ولكن إلى مجلس العموم واللوردات وليس إلى السلطات العمومية كما ينص على ذلك دستورنا الجديد، فماذا يقصد المشرع الدستوري بالعرائض المنصوص عليها في الفصل أعلاه؟

إن أولى الأسئلة التي تستوقفنا أثناء بحث الموضوع هي حول ما مفهوم العريضة؟ وماهي السلطات العمومية التي تقدم إليها؟ وماهو مجال هذه العرائض؟ وماهي السلطات العمومية التي تقدم إليها؟ وماهو مجال هذه العرائض؟ بمعنى آخر ماهي المواضيع التي يمكن أن تشملها؟ هل هي مجرد تظلم يقدم إلى السلطات لعمومية؟ أم هي آلية من آليات الديمقراطية التشاركية والديموقراطية شبه المباشرة من أجل تفعيل مساهمة ومشاركة المواطنين في إعداد وتنفيذ السياسات العامة.

لقد حاول الحوار الوطني حول المجتمع المدني وأدواره الدستورية، الإجابة عن مفهوم "العريضة" و"السلطات العمومية" مع تقديم تصور لكيفية تفعيل نظام العريضة في النظام الدستوري المغربي، وكان ذلك على الشكل التالي³. تم تعريف العريضة على أنها «اقتراح أو تظلم يتقدم بها بشكل مكتوب مواطن أو مجموعة من المواطنين المقيمين فوق أو خارج التراب الوطني بشكل فردي أو جماعي إلى السلطات العمومية مع احتمال استثناء بعض المجالات الخاصة». أما السلطات العمومية فتم تعريفها على أنها «كل شخص معنوي عام له صفة هيئة عمومية مركزية أو محلية إدارية أو منتخبة تتولى مسؤولية معينة في إعداد أو تنفيذ أو تفعيل أو تقييم السياسات العمومية». أما عن الأشخاص الذين لهم حق تقديم العرائض فتم تحديدهم في المواطنين المغاربة المقيمين فوق التراب الوطني أو خارجه، مع استثناء حاملوا السلاح والموظفين المنتمين إلى إدارة أو هيئات عمومية تمنع قوانينها الخاصة ممارسة الحق النقابي.

وارتباطا بكيفية مساهمة المواطنين في التشريع من خلال مدخل تقديم العرائض، نرى أن البرلمان مادام مندرجا ضمن السلطات العمومية لكونه هيئة منتخبة على المستوى المركزي يمكن للمواطنين أن يتقدموا إليه بعرائض مفادها إجراء تعديلات على قوانين تكون نافذة، ولها ارتباط يمس حقوقهم الفردية أو الجماعية.

¹ - دستور المملكة سنة 2011.

² - رشيد لزرقي، الدستور المغربي وحق تقديم العرائض، دراسة مقارنة بين التجارب الدولية والتراكم المغربي، مقال صادر بجريدة، المساء، عدد 2264 بتاريخ 2014/01/06.

³ - التقرير التركيبي للحوار الوطني حول المجتمع المدني، مرجع سابق، ص. 55 و56.

فالعرائض يمكن أن تتحول إلى آلية من آليات صيانة الحريات الفردية والجماعية للمواطنين من أي اعتداء صريح أو ضمني من طرف القانون مع ضرورة التنصيص في القانون التنظيمي المنظم للعرائض على عناصر الإلزام على الجواب، وإلزام البرلمان بصيانة الحقوق والحريات إذا ما بين له وجود اختلال بها بناء على تظلم أو اقتراح تقدم به أحد المواطنين أو مجموعة من المواطنين وبهذا يتحول المواطن إلى مصدر من مصادر الإيحاء التشريعي للبرلمان. غير انه في غياب الإطار القانوني المؤطر لمسطرة تقديم العرائض إلى السلطات العمومية يصعب الحسم في مثل هذه الأمور من جهة ومن جهة أخرى لكون التجارب العالمية التي تأخذ بنظام العرائض كل واحدة لها وضع خاص ونظام خاص وهو ما يصعب معه التوصل إلى نتائج موحدة أو إلى نموذج موحد لأن الأمر يرتبط بخصوصيات كل بلد. فمثلا نجد في المنظمات الدولية أن ميثاق الأمم المتحدة في المادة 87 منه¹، ونظام منظمة العمل الدولية في المادتين 21 و32 منه²، والبروتوكول الاختياري الملحق بالميثاق الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية من المادة 1 إلى المادة 5³، كلها نصت على حق تقديم العرائض.

وفي النظام الداخلي للبرلمان الأوروبي تطرق لتقنية العرائض بشكل تفصيلي حيث مكن جميع مواطني السوق الأوروبية المشتركة من ممارسة هذا الحق⁴ وفي إسبانيا نصت المادة 29 من دستورها على⁵:

- 1- لجميع الإسبانين الحق في العرائض الفردية أو الجماعية التي يحدد القانون كتابتها وشكلها ونتائجها.
- 2- لا يمكن لأعضاء القوات أو المؤسسات المسلحة أو الفرق الخاضعة للنظام العسكري أن يمارسوا هذا الحق إلا بصفة فردية ووفق ما هو منصوص عليه في تشريعها الخاص».

فالمشرع الدستوري الإسباني لم ينص عليها في الباب المتعلق بالتشريع أو إعداد السياسات التشريعية بل في باب الحقوق والحريات في الفرع المرتبط بالحقوق الأساسية والحريات العامة، وهو ما يفيد أنها آلية من آليات صيانة الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها دستوريا من أي تصرف أو اعتداء تشريعي من طرف الكورتيس العام أو من طرف الحكومة.

أما في دستورنا فالتنصيص عليها لم يكن في باب الحريات بل في باب الأحكام العامة وهو ما يصعب معه تحديد الغاية الدستورية منها، ويصعب معها كذلك إسقاط التجارب الدولية عليها، ليبقى رهان فهم الغاية منها إصدار القانون التنظيمي الموضح لكيفية تفعيلها وممارستها. وفي جميع الأحوال نحن نذهب في الاتجاه الذي يجعل من العرائض آلية من آليات الدفاع في الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور من أي اعتداء صريح أو ضمني من القانون أثناء تنفيذه وهو اتجاه الدستور الإسباني لسنة 1978.

ومن خلال كل ما سبق يتضح صعوبة إيجاد مساطر ناجعة، تأسس حقيقة للديموقراطية التشاركية وتجعل من المجتمع المدني طرفا مساهما فعليا في القرار العمومي، من خارج ايجاد بنية قانونية متينة وواضحة، تحدد للمجتمع المدني مهامه بشكل مستقل عن المؤسسات المنتخبة أو السلطات العمومية، من أجل الارتقاء الى مصاف الدول التي تأخذ بالمراقبة الشعبية.

¹ - ميثاق الأمم المتحدة 26 يونيو، 1945 كما تم تعديله وتتميمه في 17 ديسمبر 1963.

² - نظام منظمة العمل الدولية التي تأسست عام 1919.

³ - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المعتمد من طرف قرار الجهة العامة للأمم المتحدة (22000) (ر. 21) المؤرخ ف 16 ديسمبر 1966.

⁴ - النظام الداخلي للبرلمان الأوروبي.

⁵ - دستور إسبانيا لسنة 1978.

الحق في الحصول على المعلومات والمجتمع المدني: أية علاقة؟

عبد العزيز دحماني

باحث بجامعة محمد الخامس

كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية - سلا الجديدة

تقديم :

يعتبر الحق في الوصول إلى المعلومة حقا أساسيا للتمتع بمجموعة من الحقوق الأخرى، خاصة الحق في حرية التعبير وحق المشاركة في الحياة العامة. وتكمن أهمية هذا المبدأ في كونه يقيد شرعية الإدارة بمدى التزامها باحترام القانون والحريات الفردية، ويساهم في ديمقراطية المجتمع وضمان مساواة المواطنين أمام القانون، ويرفع من مستوى المواطنة إلى المفهوم الحدائي المتعارف عليه عالميا، وهو أيضا قرينة لمدى النضج السياسي لأية دولة في العالم المتحضر. كما يساهم الحق في الحصول على المعلومة في إرساء ثقافة جديدة مبنية على علاقة تسودها الشفافية والوضوح والمسؤولية. انطلاقا من كل هذا فإنه يتعين على الحكومات التي تطمح للوصول إلى مستوى من التطور الديمقراطي والسوسيواقتصادي، أن تضمن مبدأ الشفافية وتربط المسؤولية بالمحاسبة انطلاقا من تمكين كافة المواطنين من خلال مدهم بالمعلومات للمراقبة والمشاركة في تدبير الشأن العام.

وهو الأمر الذي ظلت دولنا المغربية والعربية تفتقد إليه طوال هذه السنين، ما جعلها تبقى حبيسة منطق التدبير البيروقراطي والفردية، متحكمة بذلك في كل دواليب الدولة لتفوت الفرصة للالتحاق بركب الدول السائرة نحو النمو أو السائرة نحو الديمقراطية، وتحديث مؤسسات الدولة من خلال فتح المجال أمام المواطنين للمشاركة في تدبير الشأن العام الذي هو في الأساس مهم المواطنين ولأجلهم، وبالتالي فإن فتح الباب أمامهم لتقديم مقترحاتهم وآرائهم وكذا تمكينهم من تتبع كيفية تدبير الشأن العام هو الكفيل بسير الدولة نحو الأفضل.

وفي هذا السياق، تفعيل للنقاش القانوني والفقهية والمجتمعي من أجل النهوض بثقافة الحقوق والحريات في كل مكونات المجتمع المغربي، يكون من اللازم النش في معطيات الفقه القانوني حول الديمقراطية التشاركية، وآليات إعمالها، وارتباطها بمبدأ الحق في الحصول على المعلومات، على اعتبار أن هذا الأخير ضرورة أساسية لممارسة مجموعة من الحقوق الأخرى.

ويكون التساؤل مشروعا عندما نتحدث عن هذا المفهوم (الديمقراطية التشاركية) ونحن بصدد مناقشة موضوع لا يقل أهمية وهو الحق في الحصول على المعلومة. فهل هذا الأخير يعتبر من آليات تفعيل الديمقراطية التشاركية؟ أو بعبارة أخرى، ما هي العلاقة بين الحق في الحصول على المعلومة والمجتمع المدني؟

للإجابة على هذا السؤال تقتضي مني الضرورة المنهجية تقسيم الموضوع إلى محورين، استحضري في الأول أهمية الحق في الحصول على المعلومة، لأتناول بعدها في محور ثاني أهمية هذا الحق في تفعيل الأدوار الدستورية للمجتمع المدني.

المحور الأول: أبعاد وأهداف الحق في الحصول على المعلومات

إن حرية المعلومات المفهوم بشكل عام على أنه الحق في الحصول على المعلومات التي تحتفظ بها الجهات العامة، يتم الاعتراف به الآن بشكل واسع النطاق على أنه حق إنساني أساسي. كما أن هناك توجه عالمي كبير نحو الاعتراف القانوني بهذا الحق، فالدول التي تتوق في مختلف أرجاء العالم إلى الديمقراطية إما قد تبنت قوانين حول حرية المعلومات أو هي في خضم عملية الإعداد لذلك.

وتأتي أهمية الحق في الحصول على المعلومات وتداولها من اعتباره أحد أهم آليات تعزيز ودعم ممارسة الحقوق الأخرى على اختلاف أنواعها. فهو عامل أساسي لتهيئة سياق وبيئة عامة تحترم وتحفي وتؤدي الحقوق، سواء على مستوى

الفرد الطامح لأن يكون مواطناً كاملاً بدون تعنيف أو تمييز أو تهميش، أو على مستوى مجتمع طامح لتنمية إنسانية حقيقية ومناخ يحترم الحقوق والحريات، ويقوم على أساس ديمقراطي يحترم معايير الشفافية والحكم الرشيد¹. ذلك أن الحق في الحصول على المعلومة ليس حاجة للمواطن فحسب، بل هو أيضاً حاجة أساسية لأي حكومة ترغب في إثبات صلاحها. فإصلاح مؤسسات الدولة وجعلها أكثر شفافية يعتبر ركناً أساسياً من أركان الحكم الرشيد، ولن يتأتى هذا إلا من خلال توفير المعلومات وتسهيل الوصول إليها². إنه كما قامت بوصفه منظمة المادة 19 التي تقود الحملة العالمية لحرية التعبير، بأنه أكسجين الديمقراطية. ذلك أن المعلومات ضرورية للممارسة الديمقراطية على مختلف مستوياتها. وبدونها لن يتسنى ممارستها على أحسن وجه³. ويستمد هذا الحق أهميته من مختلف المواثيق الدولية التي حرصت على التأكيد عليه مبكراً، بوصفه مدخلاً لممارسة باقي الحقوق الأساسية.

وفي هذا السياق، فإن الاعتراف الدولي بهذا الحق انطلق أواسط القرن الماضي، فمنذ سنة 1946 اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرار يحمل الرقم 1/59 مبدأ حرية المعلومات، حيث أكدت على أن "حرية المعلومات من حقوق الإنسان الأساسية، وهي المعيار الذي على تقاس به جميع الحريات التي تكرس الأمم المتحدة جهودها لحمايتها"⁴. ليأتي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁵ سنة 1948 الذي اعتبر بمثابة الأساس القانوني لحرية تداول المعلومات، حيث أكد في المادة 19 منه على كون حرية المعلومات وتلقيها ونقلها. حيث نصت على أنه "لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء دون أي تدخل، واستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها وإذاعتها بأي وسيلة كانت دون تقييد بالحدود الجغرافية"⁶.

إن أهم ما يميز هذه المادة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، هو عدم تقييدها لممارسة هذا الحق بأية قيود، وهو ما تجاوزته المواثيق الدولية التي تلتها⁷.

حيث أقر العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية⁸ في مادته 19 نفس ما تضمنته المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، مؤكدة بدورها على حق الحصول على المعلومات دونما اعتبار للحدود الجغرافية ونوع الوسيلة المستخدمة، لكن قيد هذا الحق بضرورة احترام حقوق الآخرين وسمعتهم وحماية الأمن القومي والنظام العام والصحة العامة والآداب العامة، شريطة أن تكون قيود منصوص عليها بموجب القانون، وأن تكون ضرورية⁹.

¹ - أحمد عزت، "حرية تداول المعلومات: دراسة قانونية"، مؤسسة حرية الفكر والتعبير، القاهرة، الطبعة الثانية، 2013، ص 7.

² - بلال البرغوثي، "الحق في الاطلاع أو حرية الحصول على المعلومات"، سلسلة مشروع تطوير القوانين، رام الله، أيلول 2004، ص 6. 7.

³ - توبي منديل، "حرية المعلومات: مسح قانوني مقارنة"، منظمة التربية والعلوم والثقافة التابعة للأمم المتحدة، جمع طبع بواسطة ماكو للدراس البياني الخاصة المحدودة، اليونيسكو 2003، ص 11.

⁴ - بلال البرغوثي، مرجع سابق، ص 7.

⁵ - اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 218 أ (3.د) في 10 ديسمبر 1948.

⁶ - أنظر المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

⁷ - أحمد عزت، مرجع سابق، ص 20.

⁸ - تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في ديسمبر 1966 بموجب قرار رقم 2200 أ (د. 21).

⁹ - أنظر المادة 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي نصت على أنه: "1. لكل إنسان الحق في اعتناق الآراء دون مضايقة. 2. لكل إنسان الحق في حرية التعبير، ويشمل هذا الحق حرية التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين دونما اعتبار للحدود، سواء في شكل مكتوب أو مطبوع أو في أي قالب فني أو بأية وسيلة يختارها. 3. يتطلب ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة الثانية من هذه المادة واجبات ومسؤوليات خاصة، وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية ل: أ. احترام حقوق الآخرين وسمعتهم، ب. حماية الأمن القومي/الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة."

كما ركز المقرر الخاص للأمم المتحدة المعني بحرية الرأي والتعبير¹، على إعطاء تعريف دقيق للحق في حرية الحصول على المعلومات، خاصة تقريره الصادر عام 2000، حيث اعتبر هذا الحق ذات أهمية قصوى بالنسبة للديمقراطية، وللحرية والمشاركة، ولتحقيق الحق في التنمية. وفي هذا السياق أوصى بضرورة قيام الدول بكل الإجراءات اللازمة لضمان كامل للحق في الوصول إلى المعلومات².

أما على مستوى القارة الإفريقية، فقد تبنت اللجنة الإفريقية المعنية بحقوق الإنسان والشعوب سنة 2002 إعلان مبادئ حرية التعبير في إفريقيا، والذي أكد بدوره على أن: "المؤسسات العامة تحوز المعلومات ليس لنفسها، ولكن تلعب دور خادم للمصلحة العامة، ويكون من حق كل شخص الوصول إلى هذه المعلومات، والتي تكون بدورها موضوع قواعد واضحة يحددها القانون"³.

هذه إذن بعض من المواثيق الدولية التي لا يتسع المقام لاستحواها كاملة⁴، غير أن ما يهمننا في هذا الصدد هو تأكديها جميعا على أهمية الحق في الحصول على المعلومات باعتبارها ركنا أساسيا لممارسة باقي الحقوق الأخرى، وباعتبارها كما أكد على ذلك المقرر الخاص للأمم المتحدة بكونها ضرورة لا محيد عنها للديمقراطية، خاصة فيما يتعلق بالموضوع الذي نحن بصدد، وهو الديمقراطية التشاركية التي لا تستقيم في غياب المعلومات، باعتبارها عنصرا أساسيا للمشاركة في صناعة السياسة العمومية ومراقبة تدبير الشأن العام وتقييمه وربط المسؤولية بالمحاسبة. وهي العناصر الأساسية للحكامة الجيدة، والتي تعتبر من أهم غايات الحق في الحصول على المعلومة.

أولا: غايات الحق في الحصول على المعلومات وأهدافه

يعد الحق في الحصول على المعلومات في حد ذاته حقا من حقوق الإنسان، كما أنه حاسم لإعمال كافة الحقوق الأخرى وشرطا أساسيا للمشاركة النشيطة والحرية والهادفة، ولا يمكن تعزيز الحكامة والمساءلة إلا من قبل الجمهور المطلع القادر على محاسبة الدولة على القرارات المتخذة والخدمات المقدمة، فالانفتاح هو أحد أفضل مضادات الفساد⁵. فالمعلومات ضرورية للممارسة الديمقراطية على مختلف مستوياتها. ذلك أن هذه الأخيرة لا تختزل فقط في العملية الانتخابية واختيار المواطن لمن يمثله ويحكم باسمه، بل هي عملية قائمة على تدبير الشأن العام وفق مقاربة تشاركية، يتاح فيها لمختلف فعاليات المجتمع المساهمة في بلورة القرارات العمومية. كما تركزت بالأساس على الشفافية وربط المسؤولية بالمحاسبة، وهذه كلها من المبادئ الأساسية للحكامة الجيدة التي لا تستقيم الديمقراطية بدونها، كما أن الحكامة بدورها لا تستقيم في ظل السرية وحجب المعلومات.

فمن الضروري أن يطلع المواطن على المعلومات المتوفرة لدى مؤسسات الدولة لتعزيز الشفافية في عملية صنع القرار وبناء نظام النزاهة الوطني للتصدي لظاهرة الفساد ونتائجه المدمرة للمجتمع، بما يساعد في بناء ثقة المواطن في أعمال الحكومة⁶. وقد ثبت أن القوانين المتعلقة بحرية المعلومات ذي أهمية بالغة ليس فقط بالنسبة للمواطن، بل هي ذي أهمية أيضا للدولة من أجل ترسيخ ثقافة الديمقراطية في تدبير الشأن العام المبني على مبادئ الحكامة الجيدة، وفي هذا

¹ هيئة أسست تحت إشراف لجنة حقوق الإنسان في عام 1993 بهدف مراقبة وضعية حرية الرأي والتعبير حول العالم وإعداد تقارير بشأنها.

² لجنة حقوق الإنسان، الدورة 56. E/CN.4/2000/63، 18 يناير 2000.

³ أحمد عزت، مرجع سابق، ص 24.

⁴ راجع في هذا الصدد: توبي منديل: مرجع سابق، ص 14، 23.

⁵ كاترينا دي ألبوكارك، المبادئ: عدم التمييز والمساواة، المقررة الخاصة للأمم المتحدة المعنية بحق الحصول على مياه الشرب وخدمات الصرف

الصحي، ص 34.

⁶ اسماعيل سراج الدين، حرية تداول المعلومات في مصر، مكتبة الاسكندرية، 2009، ص 22.

الصدد نستحضر النص الدستوري الذي جعل من النظام السياسي المغربي يقوم على أساس فصل السلط وتوازنها وتعاونها، والديمقراطية المواطنة والتشاركية، وعلى مبادئ الحكامة الجيدة وربط المسؤولية بالمحاسبة¹.

فالاطلاع على المعلومات يسمح للمواطن بتتبع أعمال المؤسسات العمومية والمنتخبة، وهي تعد شرطاً مسبقاً لتزايد قدرة الشعب على المشاركة في العملية الديمقراطية، وتؤدي إلى تزايد الوعي بالأسباب الكامنة وراء القرارات المتخذة، بما يخفف من سخط الشعب، ويعزز الثقة في الحكومة، زيادة على تحسين فعالية الحكومة وتنسيق السياسات من خلال حرية تدفق المعلومات².

على هذا الأساس، يمكن تحديد أهداف وأهمية حق إتاحة المعلومات في جانبين³:

الجانب الأول: علاقة إتاحة المعلومات بالحكامة الجيدة وزيادة الثقة بين المواطن والحكومة، ويتمثل في:

- المشاركة الفعالة لكل أفراد المجتمع باعتبارها ركيزة أساسية للحكم الجيد سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة؛
- سيادة القانون: حيث أن التطبيق العادل للقانون بحيادية على كافة أفراد المجتمع هو أساس بناء المجتمع المتقدم في إطار احترام حقوق الإنسان؛
- الشفافية: من خلال الإفصاح عن المعلومات ذات الصلة بإدارة التنمية والتصرف في موارد الدولة باعتبار حق تداول المعلومات حق من حقوق الإنسان؛

- الاستجابة: حيث أن تلبية مطالب المواطن هو جزء من مهمة مؤسسات الدولة؛
- التوافق: من خلال الوصول إلى حد مقبول من إجماع قوى المجتمع الفاعلة حول أساليب وآليات تحقيق المصالح المشتركة؛

- الإنصاف: وهو التوزيع العادل لموارد وعائدات التنمية؛
- الفعالية والكفاءة: وتعني أن تكون الخطط والبرامج قادرة على تحقيق أهداف التنمية بالتوظيف الأمثل للموارد المتاحة؛

- المساءلة: وتعني ضرورة خضوع كل مؤسسات الدولة للمحاسبة سواء كانت مؤسسات وطنية أو خاصة أو منظمة من منظمات المجتمع المدني من قبل المستفيدين من خدماتها.

أما الجانب الثاني: فيتمثل في علاقة إتاحة المعلومات بمقياس تقدم الأمم ورفاهية المواطنين، بحيث يتضح أن هناك علاقة تبادلية وتفاعلية بين مدى إتاحة البيانات والمعلومات حول أوضاع الاقتصاد الوطني، ومدى جودة الخدمات الحكومية وإدراك الفساد الإداري على المستويين الوطني والدولي، فإذا وجد المواطن فجوة معلومات وبيانات بين المؤشرات التي تقدمها الحكومة والمؤشرات التي تقدمها التقارير الدولية، وإذا اختلفت نسبة معدلات النمو الاقتصادي ومستوى أسعار السلع والخدمات وجودهما بين الاثنين، وإذا تنامت الفجوة في الثقة بالحكومة، ومن البديهي أن تتسع إذا لم تتوفر المعلومات المحلية، فإن كل ذلك ينعكس على تقييم المواطن لأداء الحكومة، وعلى مستوى التفاعل والمشاركة، مما يخلق تغذية عكسية.

هذين الجانبين من أهداف وأهمية إتاحة المعلومات يمكن تلخيصهما أو جمعهما في هدف ثالث وأساسي، وهو المتعلق بالشفافية وتكريس الحكومة المنفتحة.

¹ - أنظر الفقرة الثانية من الفصل الأول من الدستور المغربي لسنة 2011.

² - إسماعيل سراج الدين، مرجع سابق، ص 22.

³ - نفس المرجع، ص 24. 25.

حيث أصبح كل من الانفتاح والشفافية من السمات المحددة للنظم الديمقراطية حول العالم، فالحكومات المنفتحة والتي يتسم أداءها بالشفافية وهي حكومات تخضع للمساءلة بشكل أكبر من قبل مواطنيها كما يقل فيها الفساد. فضلا عن ذلك فإن الانفتاح يخلق الثقة في الحكومة، كما يفسح الطريق لمشاركة حقيقية من قبل المواطنين علاوة على سياسات أفضل وأكثر وعياً¹.

ويكمن أساس الحكومة المنفتحة في حرية الوصول إلى المعلومات، الذي يعتبر بمثابة الخطوة الأولى لأي حكومة في طريق الانفتاح والمصاحرة، ذلك أن من مميزات الحكومة المنفتحة المكرسة لمبدأ الشفافية، فسح المجال أمام المساءلة وربط المسؤولية بالمحاسبة. وبالتالي التقليل من الفساد في تدبير الشأن العام، من خلال إتاحة المعلومات لعموم المواطنين. وفي هذا الصدد فإن هذا الحق يساهم في تدعيم الجهود الرامية إلى الكشف عن الفساد العام، ذلك أن هذا الأخير يزدهر في العتمة والظلام، ومحاربه تقتضي فتح أروقة الإدارة للاطلاع العام، لكي يتمكن المواطنين من معرفة ما تقوم به حكوماتهم من أعمال وما تتخذه من قرارات، وبالتالي إمكانية مساءلتها ومحاسبتها عن تلك الأعمال والقرارات².

وذلك انسجاما مع ما أكدته اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد³، حيث نصت في مادتها الخامسة على أن "تقوم كل دولة طرف وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني بوضع وتنفيذ وترسيخ سياسات فعالة لمكافحة الفساد، لتعزيز مشاركة المجتمع، وتجسيد مبادئ سيادة القانون وحسن إدارة الشؤون والممتلكات العامة، والزهارة والشفافية والمساءلة". وفي نفس السياق تؤكد الاتفاقية على التدابير الكفيلة بتعزيز وتوفير سبل مثلى أمام الشعب للحصول على المعلومات العامة، حيث أكدت في المادة العاشرة منها على أن: "تتخذ كل دولة طرف وفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، ومع مراعاة وضرة مكافحة الفساد، ما يلزم من تدابير لتعزيز الشفافية في إدارتها العامة بما في ذلك ما يتعلق بكيفية تنظيمها واشغالها، وعمليات اتخاذ القرارات فيها، ويجوز أن تشمل هذه التدابير على ما يلي:

. اعتماد اجراءات ولوائح تمكن عامة الناس من الحصول على المعلومات عن كيفية تنظيم الادارات العامة، واشغالها وعمليات اتخاذ القرارات فيها، وعن القرارات والصكوك القانونية التي تهم الناس، مع إيلاء المراعاة الواجبة لصون حرمتهم وبياناتهم الشخصية...".

تظهر هذه الاتفاقية إذن الحق في الحصول على المعلومات بأنه من الوسائل الهامة لمكافحة الفساد، وتكريس الشفافية في تدبير الشأن العام، ذلك أن الديمقراطية والحكامة الجيدة تحتاج إلى حكومات منفتحة على مواطنيها، وهو أمر يتوقف على مدى توفر سياسات تشريعية وتطبيقية تقر بحق الأفراد في الحصول على المعلومات، وتحت على المشاركة الشعبية في إدارة الشؤون العامة، وبغير ذلك لن يتحقق مبدأ الانفتاح والشفافية في الحكومة، كما يكون من الصعب على المواطنين ممارسة حقهم في مساءلة ومحاسبة الحكومة، وهنا تظهر العلاقة العكسية بين الحق في الحصول على المعلومات والفساد العام، فكلما تقلصت فرص الأول زادت فرص الثاني وتوسعت، والعكس صحيح⁴.

هذه إذن من بين أهم غايات وأهداف الحق في الحصول على المعلومات، والتي كما رأينا تدور كلها في فلك تعزيز البناء الديمقراطي لأي بلد، وتكريس مبادئ الحكامة الجيدة في تدبير شؤون البلاد، بالإضافة إلى هذه الاهداف فإن الحق في الحصول على المعلومة ينطوي على مجموعة من الأبعاد، يمكن تلخيصها في أربعة نقط أساسية⁵:

● بعد سياسي يقيد شرعية الإدارة ويعزز مبدأ المساواة بما يساهم في ديمقراطية المجتمع، ويكرس البعد الحدائي للمواطنة:

¹ ريبكا زاسمر، "نحو حكومات منفتحة تتسم بالشفافية: خيرات دولية وأفضل الممارسات"، جلوبال بارتنرز أند أسوسيتيس، 2011، ص 3.

² مارينا عادل وآخرون، "اليات إتاحة وتداول المعلومات: دراسة مقارنة"، مركز دعم لتقنية المعلومات، 2013، ص 13.

³ اعتمدت من طرف الجمعية العامة بموجب قرارها رقم 4/58 المؤرخ بـ 31 أكتوبر 2003، صادق عليها المغرب في ماي 2007.

⁴ مارينا عادل وآخرون، مرجع سابق، ص 15.

⁵ التقرير العام للعام للقاء الذي نظمتها جمعية ترانسبارنسي المغرب بدعم من منظمة اليونيسكو حول موضوع "أية قراءات لمشروع القانون 13/31

المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات؟"، 30 أكتوبر 2014، الرابط: www.transparencymaroc.ma

- بعد ثقافي يتجلى في إرساء ثقافة الوضوح والشفافية والمسؤولية؛
- بعد اقتصادي يكمن في تحسين مناخ الأعمال؛
- بعد دولي من خلال ملاءمة التشريعات الوطنية مع المواثيق والعهود والاتفاقيات الدولية.

إن ما يمكن أن نخلص إليه بخصوص الحق في الحصول على المعلومات، أنه حق لا محيد عنه لممارسة باقي الحقوق الانسانية الأخرى، باعتباره المدخل الأساسي للبناء الديمقراطي لأي بلد، خصوصا في بلداننا الأفريقية والعربية التي تركزت فيها ثقافة السرية واحتكار الدولة لمصادر المعلومات، التي بدونها لا تستقيم الديمقراطية التي تقتضي فتح المجال لتدفق المعلومات تحقيقا لمبادئ الحكامة، المبنية أساسا على المشاركة الفاعلة لمختلف فعاليات المجتمع في تدبير شؤون البلاد والعباد، وتمكين المواطن من آليات تتبع القرارات الحكومية التي بالأساس يجب أن تنطلق منه وإليه.

ثانيا: المعايير الدولية لثقل الحصول على المعلومات

تختلف قوانين وسياسات حرية الحصول على المعلومات في كافة أنحاء العالم من حيث مضمونها ومنهجيتها، وفي الوقت نفسه فإنها تشترك جميعا في هدف واحد هو تعزيز الحصول على المعلومات التي تحتفظ بها الجهات الحكومية والعامّة¹. وفي هذا السياق، عملت منظمة المادة 19² على بلورة عدد من المبادئ المتعلقة بحرية تداول المعلومات، كمعايير أساسية يمكن الاسترشاد بها حال صياغة التشريعات المنظمة لحرية تداول المعلومات، من حيث حدود الإتاحة والاستثناءات ودور الحكومة في تعزيز الحق في الحصول على المعلومات، وتستند هذه المبادئ إلى قوانين وقواعد إقليمية ودولية، وتطور ممارسة الدولة، إضافة إلى المبادئ العامة للقانون التي تعترف بها دول عديدة. كما تستند هذه المبادئ على نتيجة دراسات طويلة وتحليل واستفسارات تشرف منظمة المادة 19 عليها. الخبرة الواسعة والعمل الشامل مع منظمات حقوقية في عدد من بلدات العالم. وقد تبني المقرر الخاص للأمم المتحدة هذه المبادئ في تقريره لعام 2000، كما صادق عليه المقرر الخاص لحرية الرأي والتعبير التابعة لمنظمة الدول الأمريكية في تقريره لعام 1999³.

هذه المبادئ هي على الشكل التالي:

. مبدأ حد الكشف الأقصى:

يستند هذا المبدأ إلى أن القاعدة العامة هي لكل فرد الحق في الحصول على المعلومات التي تحوزها الجهات الحكومية، إلا إذا كانت هذه المعلومات واردة ضمن نطاق الاستثناءات المقيدة لهذا الحق، كما يفترض مبدأ الكشف الأقصى أنه ليس بالضرورة أن يتمتع طالب المعلومة بحيثية معينة أو اهتمام معين بالمعلومات حتى يتمكن من الحصول عليها. وأن على الحكومة إذا رفضت الإفصاح عن معلومات معينة أو اهتمام معين أن تبرر رفضها بطريقة واضحة في كل مرحلة من مراحل إجراءات طلب الحصول على المعلومات.

. مبدأ الالتزام بالنشر:

بحيث تلزم الجهات الحكومية بموجب هذا المبدأ ليس فقط بالإفصاح عن المعلومات عند طلبها، ولكن أيضا بالنشر الروتيني والتلقائي لأصناف معينة من المعلومات الموجودة في حوزتها، من قبيل بنيتها التنظيمية وكيفية الاستفادة من خدمات الإدارة ونوع الوثائق المطلوبة إلى غير ذلك...

¹ - محمد حسين أبو عرقوب، "التجربة الفلسطينية في مجال قانون الحق في الحصول على المعلومات: دراسة وطنية تحليلية"، المركز الفلسطيني للسياسات والمصادر الإعلامية، 2012، ص 15.

² - منظمة المادة 19 هي منظمة دولية غير حكومية تدافع عن الحريات العامة وحق الحصول على المعلومات، وتتخذ من لندن مقرا لها، يمكن الاطلاع على مزيد من التفاصيل حول المنظمة عبر موقعها الإلكتروني: www.article19.org

³ - أحمد عزت، مرجع سابق، ص 22.

. مبدأ تعزيز الحكومة المفتوحة:

والمقصود بهذا المبدأ أن هناك التزام يقع على عاتق الجهات الحكومية بضرورة الترويج لثقافة الإفصاح عن المعلومات، والترويج لأهداف التشريع المتعلق بحرية المعلومات من خلال استخدام الوسائل الأسرع والأكثر انتشارا في الوصول إلى الجماهير.

كما تلتزم الجهات الحكومية بمكافحة ثقافة السرية الراجحة بين الموظفين العموميين، من خلال تدريبهم على ثقافة الإفصاح عن المعلومات وضوابط السرية ومقتضياتها.

. مبدأ مجال استثناءات محدود:

بحيث أن تكون الاستثناءات واضحة ومحدودة وخاضعة لاختيارات الضرورة والمصلحة العامة، ووضعت مجموعة من القيود التي تفترض أن هذا المنع يعتبر ضروريا لحماية مصالح المجتمع، وهي:

- الأمن القومي والعلاقات الدفاعية والدولية؛
 - منع التحقيق في النشاطات الإجرامية وملاحقتها؛
 - المصالح التجارية والاقتصادية الأخرى، خاصة كانت أم عامة؛
 - الخصوصية وأية مصالح مشروعة أخرى؛
 - مساواة الأفراد فيما يتعلق بإجراءات المحاكم؛
 - عمليات التفتيش والضبط والمراقبة من قبل السلطات العامة؛
 - سياسة الدولة الاقتصادية والنقدية والخاصة بسعر الصرف؛
 - سرية المداولة ضمن أو بين السلطات العامة أثناء الاستعدادات الداخلية لمسألة ما.
- كما أن الجهات العامة ليست ملزمة بتلبية طلب معلومات منشورة أو إذا كان الطلب مزعجا ومتكررا.

. مبدأ تسهيل عمليات الوصول:

بحيث يجب معالجة طلب المعلومات بسرعة ونزاهة، ويجب أن تتوفر مراجعة مستقلة لأي رفض من طرف هيئة مستقلة.

. مبدأ التكاليف المبسطة:

بحيث لا تحول التكاليف المفروضة دون التقدم بطلب الحصول على المعلومات.

. مبدأ الاجتماعات المفتوحة:

حيث يجب أن تكون اجتماعات الهيئات والجهات العامة مفتوحة لعموم المواطنين والفاعلين الاجتماعيين في حدود القانون، ذلك أن حرية الحصول على المعلومات لا ينطبق فقط على المعلومات التي تكون في شكل وثائق، بل أيضا على اجتماعات الجهات العامة.

. مبدأ أولوية الكشف:

ويقتضي هذا المبدأ ضرورة تفسير جميع القوانين الوطنية والقرارات الادارية في ضوء التشريع المتعلق بحرية تداول المعلومات، حيث يجب أن تخضع جميع التشريعات السابقة على تشريع الحق في الحصول على المعلومات إلى المبادئ الواردة في هذا التشريع، المتعلق بالإفصاح والاستثناءات الواردة فيه.

. مبدأ حماية المبلغ عن المعلومات:

حيث يجب حماية كل فرد من أية عقوبات قانونية أو تأديبية لكونهم أفشو معلومات حول مخالفات تتعلق باقتراف جرم أو عدم الالتزام بالقانون أو احقاق الحق، أو تلقي رشوة وفي حال عدم الأمانة والاساءة في استعمال السلطة، إلى غير ذلك. هذه إذن أهم المعايير كما حددها منظمة المادة 19 والتي يجب أخذها بعين الاعتبار من طرف المشرع عند اقدمه على صياغة قانون الحق في الحصول على المعلومات، حيث استمدت هذه المعايير من أسس الممارسات في هذا المجال،

والتي على أساسها يمكن قياس أي قانون يتعلق بمجال الحق في الحصول على المعلومات ومدى امتثالها لأهم شروط ممارسة هذا الحق.

ويمكن من خلال هذه المعايير القيام بقراءة في مشروع القانون رقم 13/31 المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات الذي أعدته الحكومة والموجود في قبة البرلمان لحدود كتابة هذه الأسطر.

المحور الثاني: دور الحق في الحصول على المعلومات في تفعيل الأدوار الدستورية للمجتمع المدني

سأحاول من خلال هذا المحور استحضار أهمية الحق في الحصول على المعلومات بالنسبة لعمل مؤسسات المجتمع المدني وتكريس الديمقراطية التشاركية التي أصبحت من مرتكزات النظام الدستوري المغربي، الذي يسعى كما أكد على ذلك في ديباجة الدستور إلى بناء دولة حديثة قائمة على المشاركة والتعددية، حيث جعل من المجتمع المدني فاعلا أساسيا لا محيد عنه في تكريس الاختيار الديمقراطي الذي أصبح من ثوابت الدولة ومقدساتها. وتمكينه من آليات المساهمة إلى جانب الفاعلين الرسميين في إعداد السياسات العمومية وتفعيلها وتقييمها.

هذه الأدوار الأساسية التي منحت للمجتمع المدني، يلزمها مدخلات أساسية لتفعيلها، وهو ما يجعلنا نتساءل عن العلاقة بين المجتمع المدني والحق في الحصول على المعلومات؟

وهو السؤال الذي سنجيب عنه من خلال عنصرين، يتعلق الأول بمشاركة الفاعل المدني وإشكالية النفاذ إلى المعلومات، في حين سخصص الثاني لهيئات الحكامة وآليات تكريس الديمقراطية التشاركية.

أولا: مشاركة الفاعل المدني وإشكالية النفاذ إلى المعلومات

أتاحت الدينامية التي يعرفها المغرب في الوقت الراهن توسعا متواصلا لفضاءات المشاركة السياسية لهيئات المجتمع المدني، وذلك بتوافق مع الرهانات الاستراتيجية للدولة، واستكمالاً للبناء الديمقراطي للمجتمع المغربي. فإذا كانت مؤسسات المجتمع المدني عموماً، تشكل إحدى الحلقات الرئيسية والفعالة التي لا محيد عنها لإحداث التغيير في المجتمع، فإن مشاركتها في صنع وتنفيذ القرار يساهم في ترسيخ دورها بشكل فعلي في عملية التحول الديمقراطي. فالمجتمع المدني اليوم، أصبح إلى جانب الدولة فاعلاً أساسياً في تدبير الشأن العام بمختلف أبعاده الاجتماعية والسياسية والاقتصادية. حيث لم يعد يقتصر دوره على الطابع الاستشاري، أي مجرد تقديم المطالب والتعبير عن ردود الأفعال، بل أصبح مؤسسة ضمن المؤسسات التي تضطلع بدور تفريري عبر تقديم اقتراحات مكتوبة وعرائض وتظلمات. وفي هذا السياق أستحضر تأكيد الوثيقة الدستورية على أن النظام الدستوري للمملكة يقوم على أساس فصل السلط وتوازنها وتعاونها، والديمقراطية المواطنة والتشاركية، وعلى مبادئ الحكامة الجيدة وربط المسؤولية بالمحاسبة¹. فالنص الدستوري هنا يضع الأسس التي يقوم عليها النظام الدستوري للمملكة حيث جعل من بين مقوماتها الديمقراطية التشاركية، والتنقيص هنا على التشاركية يتيح استعمال كل الآليات التي تمكن من إشراك المواطنين والمواطنات فرادى وجماعات في تدبير الشأن العام وتتبعه وتقييمه.

ووعياً منه بأهمية منظمات المجتمع المدني وإشراك المواطنين في تدبير الشأن العام وتقييم السياسات العمومية، وجعل منظمات المجتمع المدني شريكاً فعلياً في عملية التنمية، سواء الاقتصادية أو الاجتماعية. فقد نص المشرع الدستوري في فصول متفرقة على إشراك المواطنين والمواطنات ومنظمات المجتمع المدني في تدبير الشأن العام من خلال²:

- دسترة وظيفة المجتمع المدني كمساهم في إعداد قرارات ومشاريع لدى المؤسسات المنتخبة والسلطات العمومية³؛

¹ - أنظر الفقرة الثانية من الفصل الأول من دستور 2011.

² - حسن طارق، "الربيع العربي والدستورانية قراءة في تجارب: المغرب، تونس ومصر"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، عدد 105، 2014، ص 363.

³ - الفصل 12.

- إحداث السلطات العمومية لهيئات التشاور، قصد إشراك الفاعلين الاجتماعيين في إعداد السياسات العمومية وتنفيذها وتقييمها¹؛
- إقرار المساهمة الممكنة في تقديم المقترحات في مجال التشريع²؛
- دسترة تقنية عرائض المواطنين الموجهة للسلطات العمومية³؛
- إقرار آليات مساهمة المواطنين في تدبير الشأن العام المحلي عبر التشاور والحوار والمقاربة التشاركية والعرائض الموجهة للجماعات المحلية⁴.

إذن فالمشروع الدستوري من خلال هذه الفصول مجتمعة، جعل من المجتمع المدني شريكا فعليا وطنيا وجهويا على مجموعة من المستويات، سواء فيما يتعلق بالتشريع أو له علاقة بتدبير الشأن العام من مساهمة في إعداد السياسات العمومية وتنفيذها وتقييمها.

وقبل الدستور المغربي لسنة 2011، فقد نص الميثاق الجماعي الصادر سنة 2002 كما تم تعديله بالقانون رقم 17.08 سنة 2009 على مجموعة من المقترضات تقضي بإشراك المجتمع المدني في عملية التنمية المحلية، ونص في موادها على إشراك المجتمع المدني في إعداد مخططات التنمية الجماعية، والتشاور معه وإشراكه في تدبير الشأن المحلي⁵.
غير أن الإشكال يكمن في أنه لم يتضمن من بين بنوده ما يضمن للمجتمع المدني الحصول على المعلومات قصد تحقيق مساهمة فاعلة في هذا المجال، وبالتالي فإن ذلك حال دون إنجاح هذه التجربة التشاركية، ذلك أنه لا تنمية بون ديمقراطية تشاركية، ولا ديمقراطية تشاركية دون الحق في الحصول على المعلومة.
فتفتح كل هذه الأبواب أمام المجتمع المدني وتمكينه من كل هذه الآليات، وجب بالضرورة إقرانه بفتح المجال لتدفق المعلومات، وتجنب الارتجالية والإلتقطة. فمن غير الممكن توفير مدخلات مفيدة لأي سياسة دون الوصول إلى السياسة في حد ذاتها، بالإضافة إلى مسبباتها التي اقترحت من أجلها⁶.

وهنا نطرح السؤال حول أهمية الحق في الحصول على المعلومات بالنسبة للديمقراطية التشاركية؟
الإجابة عن هذا السؤال تقودنا لطرح سؤال آخر حول آليات أعمال الديمقراطية التشاركية كما نص عليها الدستور المغربي. فكيف يمكن التقدم بملتمسات أو عرائض وكذا تتبع ومراقبة العمل الحكومي والتشريعي من قبل المواطنين دون النفاذ إلى قلب هذه المؤسسات؟ خصوصا إذا علمنا أن بعض القطاعات الحكومية وكذا المؤسسة البرلمانية تفرض إجراءات جد معقدة قصد الولوج إليها، وما بالك طلب المعلومات منها⁷.
زد على ذلك وجود بعض المقترضات القانونية التي تقيّد حق تصريف المعلومات والتبليغ عن الفساد في بعض الإدارات، كما هو الشأن بالنسبة للمادة 18 من النظام الأساسي للوظيفة العمومية الذي يجعل كل موظف ملزما بكتمان السر المني⁸.

¹ - الفصل 13.

² - الفصل 14.

³ - الفصل 15.

⁴ - الفصل 139.

⁵ - راجع في هذا الصدد: عبد الرحمان الماضي، "الحكامة الترابية التشاركية: منظور تشاركي لدور المجتمع المدني في التدبير الترابي"، مجلة دراسات السياسية والاجتماعية، سلسلة أطروحات وأبحاث، طبعة 2014، ص 260. 265.

⁶ - توبي منديل، مرجع سابق، ص 11.

⁷ - في هذا الصدد أتذكر واقعة منعنا من الولوج إلى مجلس النواب سنة 2011 خلال اجتيازنا فترة تدريبية في هذه المؤسسة بالرغم من توفرنا على ترخيص، زد على ذلك منعنا في كثير من الحالات من الولوج إلى مجلس المستشارين لحضور بعض الندوات بالرغم من أن الدعوة عامة.

⁸ - عبد العزيز النوبي، "الحق في الحصول على المعلومات في المغرب والقانون الدولي"، أشغال ندوة وطنية حول الحق في الحصول على المعلومات بين القانون والإدارة والقضاء، منشور من طرف جمعية عدالة، ص 10.

وبالتالي فإن مبدأ الديمقراطية التشاركية الذي أصبح من مرتكزات النظام الدستوري المغربي لا يستقيم دون حق آخر، وهو الحق في الحصول على المعلومة، فهما وجهان لعملة واحدة لن يتحقق أحدهما دون الآخر.

ولأجل هذا نجد أن المشرع الدستوري المغربي كان أكثر ذكاء ووعيا بأهمية هذا المبدأ لمساهمته في إشاعة قواعد الانفتاح والشفافية وتعزيز الثقة في علاقة الإدارة بالمتعاملين معها وترسيخ الديمقراطية التشاركية، وإرساء إجراءات كفيلة بتخليق الممارسة الإدارية وضمان المصداقية والمساهمة في تدبير الشأن العام. حيث أكد في الفصل 27 من الدستور على حق الحصول على المعلومات الموجودة في حوزة الإدارة العمومية والمؤسسات المنتخبة والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام¹.

ليكون بذلك قد وضع أولى اللبنات لنجاح الديمقراطية التشاركية، وأقول هنا أولى اللبنات لأنه لا يكفي وضع قانون من أجل الحصول على المعلومات وحده لتكريس هذا الحق، بل إن الأمر يتعداه إلى ضرورة وضع مجموعة من الآليات الأخرى لضمان سهولة اللجوء إلى المعلومات باعتبارها مدخلا لتكريس الديمقراطية التشاركية.

فالتزليل السليم للفصل 27 الذي من الدستور يقتضي بالضرورة القيام بإصلاحات جوهرية على مستوى مجموعة من القوانين الأخرى، من أجل فتح الباب أمام منظمات المجتمع المدني قصد النفاذ إلى جوهر المعلومات (مع مراعاة الاستثناءات التي يتضمنها القانون²) تكريسا لمبدأ الحكومة المفتوحة التي تضمنته المعايير الدولية³.

من ذلك على سبيل المثال القوانين المنظمة لعمل المؤسسة البرلمانية، حتى يتم تسهيل اللجوء إليها من طرف منظمات المجتمع المدني تفعيلاً لأدواره الدستورية للمساهمة في صناعة السياسات العمومية وتفعيلها وتقييمها.

وفي هذا الصدد نستحضر تجربة جد متقدمة في هذا المجال، وهو ما سلكه كل من البرلمان الكندي وأستراليا⁴. حيث يسمح لجمهور عريض ومنظمات المجتمع المدني بتتبع مناقشات مجلس العموم والمجالس التشريعية الإقليمية بوسائل عدة، وتحفظ البرلمانات الاتحادية والإقليمية أماكن للمواطنين الراغبين في متابعة المداولات، كما تحجز لهم أماكن في صالات الاجتماعات المخصصة للجان الدائمة.

ويضع البرلمان الكندي رهن إشارة الجمهور كافة أنشطة المجالس التشريعية الاتحادية، فضلا عن جلسات اللجان في وثائق خطية وإلكترونية، كما أن مراسلات الحكومة ومستنداتها توضع رهن تصرف العموم بناء على القانون المنظم لحق النفاذ إلى المعلومات، وكذا القوانين المنظمة لهذه المجالس التشريعية⁵. تماشيا مع مبدأ حد الكشف الأقصى والاجتماعات المفتوحة الذي تضمنه القانون النموذجي الذي تقاس عليه قوانين الحق في الحصول على المعلومة كما وضعتها منظمة المادة 19⁶.

هذا إذن نموذج من البرلمان المفتوح الذي يعزز ولوج الفاعل المدني إلى قلب المؤسسة التشريعية قصد الحصول على المعلومات التي لا تكون بالضرورة في شكل وثائق، بل تتطلب أحيانا الحضور ومتابعة بعض الاجتماعات.

وبالتالي وانسجاما مع الفصل 27 من الدستور قامت الحكومة بإعداد مشروع قانون يخص الحق في الحصول على المعلومات أحيل على البرلمان الذي لم يصدره إلى حدود كتابة هذه الأسطر. وهذه مناسبة لإثبات فعالية المؤسسة

¹ - أنظر الفصل 27 من الدستور المغربي لسنة 2011 الذي نص على أنه " للمواطنين والمواطنات الحق في الحصول على المعلومات الموجودة في حوزة الإدارة العمومية والمؤسسات المنتخبة والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام. لا يمكن تقييد الحق في المعلومة إلا بمقتضى القانون ...".

² - بلال البرغوثي، مرجع سابق، ص 14.

³ - توبي منديل، مرجع سابق، ص 136.

⁴ - العلاقة بين المجتمع المدني والبرلمان والحكومة، المديرية العامة للدراسات والمعلومات، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي في مجلس النواب، سلسلة الدراسات والمعلومات، الملف الثاني عشر، 2006، ص 29. 34.

⁵ - نفس المرجع، ص 32.

⁶ - توبي منديل، مرجع سابق، ص 135. 142.

البرلمانية وانسجامها مع مقتضيات الدستور، وكذا متطلبات المرحلة الراهنة التي تقضي بتكريس مزيدا من الانفتاح، لتخوض أول امتحان لها في فتح المجال أمام منظمات المجتمع المدني قصد المساهمة بمقترحاتها لإغناء مواد القانون الذي هو بالأساس يهيمها بالدرجة الأولى.

ثانيا: مؤسسات الحكامة وآليات تكريس الديمقراطية التشاركية

انطلاقا من الفصل الأول من الدستور المغربي الذي جعل من النظام الدستوري للمغرب يقوم إلى جانب فصل السلط على الديمقراطية المواطنة والتشاركية وعلى مبادئ الحكامة الجيدة وربط المسؤولية بالمحاسبة. ولتدعيم الديمقراطية التشاركية كهدف للديمقراطية التمثيلية، أكد الدستور على مساهمة جمعيات المجتمع المدني في إعداد قرارات ومشاريع لدى المؤسسات المنتخبة والسلطات العمومية وتفعيلها وتقييمها وفق شروط يحددها القانون¹. وانطلاقا من هذا النص، فإن منظمات المجتمع المدني أنيط بها دور المساهمة بمقترحاتها في النقاش المجتمعي حول تدبير الشأن العام، الذي يعتبر محط نقاش وتشاور بين جميع الفاعلين تكريسا لمبادئ الحكامة الجيدة المبينة على المقاربة التشاركية.

فهذه الأخيرة تنبني على المسؤولية المتبادلة، والمصلحة العامة والاستمرارية والحكامة، مما يتطلب الإعداد المشترك والاستشارة والتشاور، ذلك أن المجتمع المدني يستمد مشروعيته من القرب. ففي فرنسا حسب قانون 2002 المتعلق بالقرب، يعطي الحق للمجتمع المدني بالظعن بعدم مشروعية القوانين التي لم يتم استشارة السكان والمجتمع المدني حولها². ومن هذا المنطلق، فإن دور المجتمع المدني يعتبر محوريا وأساسيا للمساهمة في أدوار هيئات الحكامة كما أكد عليها الدستور في الباب الثاني عشر تحت مسمى مؤسسات وهيئات حماية الحقوق والحريات، والحكامة الجيدة والتنمية البشرية والمستدامة والديمقراطية التشاركية.

حيث نص على مجموعة من الهيئات، في صيغة مؤسسات وطنية واستشارية تهدف إلى خلق فضاءات مؤسسية ومستقلة عن السلطة التنفيذية، منفتحة ومتعددة من حيث تكوينها، مما يسمح بإمكانية التداول والحوار بين الفاعلين الاجتماعيين والخبراء وممثلي الحكومة لتقديم الرأي والمشورة للسلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية³، منها المجلس الوطني لحقوق الانسان وكذا مؤسسة الوسيط، مجلس الجالية المغربية المقيمة بالخارج، الهيئة المكلفة بالمناصرة ومكافحة جميع أشكال التمييز بالإضافة إلى الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري وكذا الهيئة الوطنية للزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها. وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أفراد محور خاص لهيئات النهوض بالتنمية البشرية والمستدامة والديمقراطية التشاركية، يضم المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي وكذا مجلس استشاري للأسرة والطفولة ثم مجلس استشاري للشباب والعمل الجماعي⁴.

هذه المؤسسات الوطنية والاستشارية كما أكد عليها الدستور المغربي، الغاية منها دعم انفتاح السياسات العمومية على فضاءات جديدة لديمقراطية المشاركة والحوار العمومي⁵، وتكريس الأدوار الدستورية للمجتمع المدني من خلال تمكينه من المساهمة في إعداد تقاريرها وممارسة أدوارها كل في مجالها، على اعتبار أنها هيئات سواء وطنية أو استشارية تبقى اجتماعية في طابعها الغاية منها النهوض بدور المواطن وتمكينه من المساهمة الفاعلة في المجتمع وحماية حقوقه وحرياته.

¹ - الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة، "الحكامة الجيدة بين الوضع الراهن ومقتضيات الدستور الجديد 2011"، منشور على الموقع الإلكتروني للهيئة: www.icpc.ma

² - دينامية إعلان الرباط، المناظرة الجهوية الثالثة حول: "الحركة الجموعية والمقتضيات الدستورية الجديدة: الرهانات والتحديات"، مراكش 30 يونيو 2013.

³ - حسن طارق، مرجع سابق، ص 42.

⁴ - أنظر الفصول 168 و169 و170 و171 من الدستور المغربي لسنة 2011

⁵ - حسن طارق، مرجع سابق، ص 42.

هذه الآليات المهمة، لا يمكن بأي حال من الأحوال قراءتها بمعزل عن الفصل 27 الذي يؤكد على حرية المعلومات، واستحضار هذا الفصل جد مهم في اشتغال هذه المؤسسات والهيئات، باعتبارها دعامة للحكامة الجيدة ببلادنا، وبالتالي وجب الحرص في اشتغالها على تكريس الانفتاح وضمن الشفافية وتدقيق المعلومات. خاصة وأن عملها مرتبط بالدرجة الأولى بالمواطن وحماية حقوقه وحياته، وبالتالي وجب بالضرورة تمكينه من المعلومات الأساسية، وأيضا انسجاما مع مبدأ حد الكشف الأقصى، بالتزامها بتوفير المعلومات على اشتغالها وآليات عملها. وكذلك تسهيل مساهمة جميع الفاعلين الاجتماعيين في عملها وفق مقاربة تشاركية. ومن هنا تأتي أهمية تمثيل المجتمع المدني في جميع هذه الهيئات، حتى يكون بمثابة عين المجتمع الحارصة.

خاتمة:

انطلاقا مما تمت الإشارة إليه يتضح لنا أهمية الحق في الحصول على المعلومة باعتباره حقا أساسيا من حقوق الإنسان، وأهميته تكمن في تعزيز مبادئ الحكامة الجيدة والديمقراطية التشاركية التي أصبحت من مرتكزات النظام الدستوري المغربي حسب الفصل الثاني من الدستور.

كما يساهم هذا الحق في تكريس الخيار الديمقراطي للملكة وحماية حقوق الانسان. انسجاما والتوجه الذي سار فيه المغرب كما أكد على ذلك في ديباجة الدستور من خلال العمل على بناء دولة ديمقراطية يسود فيها الحق والقانون، ومواصلة مسيرة توطيد وتقوية مؤسسات دولة حديثة مرتكزاتها المشاركة والتعدد والحكامة الجيدة، وإرساء دعائم مجتمع متضامن يتمتع فيه الجميع بالأمن والحرية والكرامة والمساواة، وتكافؤ الفرص والعدالة الاجتماعية ومقومات العيش الكريم، وفي نطاق التلازم بين حقوق وواجبات المواطنة.

هذه الغاية التي يسعى إليها المغرب، يلزمها إرادة سياسية حقيقية وفعلية قصد تحقيق أهدافها على أرض الواقع، وضمن المشاركة الفعلية لمختلف فعاليات المجتمع في إرساء دعائم الدولة الديمقراطية.

وفي هذا السياق يمكن اعتبار التنصيب على حق الحصول على المعلومات، من بين أهم المقتضيات التي جاء بها الدستور لارتباطها الوثيق بجميع الحقوق الانسانية الأخرى، وتكريس الشفافية والمشاركة في تدبير الشأن العام التي تعتبر من المبادئ الأساسية للحكامة الجيدة كما رأينا.

وكخلاصة لما تم ذكره، حرصت على وضع مجموعة من التوصيات التي ارتأيت فيها أساسا للتعبير على الإرادة السياسية لتكريس دعائم الدولة الديمقراطية، وهي على الشكل التالي:

- أولا: يجب التسريع بإخراج قانون الحق في الحصول على المعلومات الذي لا زال حبيسا في المؤسسة البرلمانية، وكذا القوانين المنظمة لعمل المجتمع المدني والديمقراطية التشاركية إلى حيز الوجود، بعيدا عن المزايدات أو الحسابات السياسية الضيقة، لأن هذه القوانين تهم المجتمع بمختلف تلاوينه.

- ثانيا: جعل هذه القانون يتلاءم والمبادئ التي وضعتها منظمة المادة 19.

- ثالثا: انفتاح المؤسسات العامة على فعاليات المجتمع المدني بشكل يسهل على هذا الأخير الولوج إليها، وتضمين ذلك في النصوص المنظمة لها.

- رابعا: تعديل واستبدال كل القوانين المتعارضة مع الحق في الحصول على المعلومات وفضح الفساد، تعزيزا لمبدأ الشفافية واسترجاع الثقة في العلاقة بين الإدارة والمتعاملين معها.

دور العلاقات العامة في التواصل داخل المؤسسة التشريعية

علي بن مسلم بن محاد الكثيري

طالب باحث

إذا ما أردنا إلقاء الضوء على التواصل كمصطلح عام وشامل، سنجد أنه حديث النشأة من حيث التطبيق على المستوى الإداري، إلا أنه كمفهوم فقد استعمل منذ ما قبل الإسلام، فهو نشاط مارسه الإنسان لتحقيق التفاهم والتعايش بجميع الحواس، اللفظية منها وبواسطة الإشارات، وقد تطور استعمال التواصل بتطور الحضارة الإنسانية. وعرفت الدكتوراة "ليلي شحور" التواصل على أن التواصل البشري هو في المقام الأول، دراسة معمقة لعملية الاتصال الشفهي وغير الشفهي، التأثيرات الداخلية والخارجية وعملية الإقناع في السلوك البشري. وهو ما يبرز العلاقة بين التواصل والإقناع بين طرفين اثنين¹.

أما من حيث الدور داخل المؤسسة الإدارية فهو يعتبر أحد مقومات التسيير، وهو من الكلمات القليلة التي يستخدمها كثير من الناس بطرق ذات معان عديدة ومختلفة، باعتبار اختلاف وجهات النظر. وفي هذا الصدد يرى الدكتور "شكري مجاهد" أثناء ترجمته لكتاب "التواصل عبر الثقافات" أنه حينما تعمل مع أناس آخرين عليك أن تتوقع بروز الاختلافات على السطح².

وعموما فإن التواصل داخل الإدارة كانت في العهود الأولى يتمثل أساسا في التواصل الشفوي، الذي كان يتميز بالوضوح والبساطة والسرعة وانعدام التسلسل الإداري، أما في وقتنا المعاصر فأصبح التواصل داخل المؤسسة الإدارية يتم عبر وسائل مختلفة سواء منها المكتوبة أو الرقمية أو المنسوخة.

ولعل التواصل داخل المؤسسة الإدارية يتطلب وجود عناصر مختلفة³، سنتطرق من خلال دراستنا هذه إلى عنصري المجتمع المدني والمؤسسة التشريعية، باعتبار أهمية التواصل بينهما من أجل إنجاح العملية الديمقراطية سواء أثناء مراحل الانتخابات أو أثناء ممارسة الديمقراطية التشاركية، والتي أضحت رهانا لكل شعوب العالم خاصة العربية منها. وبناء عليه سنعمل من خلال هذه الدراسة على تبيان أهمية التواصل المؤسسي من خلال البحث في أهميته على مستوى المؤسسة التشريعية وعلاقتها بالمجتمع المدني (أولا)، على أن نتطرق فيما بعد إلى دور العلاقات العامة داخل المؤسسات التشريعية في التواصل مع فعاليات المجتمع المدني (ثانيا).

أولا - أهمية التواصل داخل المؤسسة التشريعية:

من الطبيعي أن تكون المؤسسة التشريعية من بين المؤسسات السيادية التي تحرص الدول المتقدمة والمتخلفة على حد سواء على رفع كفاءتها وتحقيق التفاهم بين أفرادها من ناحية، وبين المجتمع المدني والمؤسسات المختلفة من ناحية أخرى بصفته من المؤسسات المهمة، بل إنه الجهة المخولة بإصدار القوانين والتشريعات التي تطبق على المجتمع برمته، وهو ما يتطلب أساليب للاتصال وإدارة تسعى لتوضيح سياساته وهذا بإعطاء المكانة اللائقة للعلاقات العامة.

وفي هذا الإطار سعت هذه الدراسة إلى التركيز على أهمية إيصال المعلومة المرتبطة بصنع القرار البرلماني إلى المواطن من أجل الحد من ظاهرة العزوف عن العمل السياسي من جهة، ومن جهة ثانية جعل المؤسسة البرلمانية أكثر انفتاحا على

¹ - ليلي شحور، فن التواصل والإقناع، الدار العربية للعلوم، 2009، ص: 4.

² - دون وبرنس ومايكل هوب، ترجمة شكري مجاهد " أثناء ترجمته لكتاب "التواصل عبر الثقافات"، مجلة دليل الأفكار العلمية، 2000، ص: 17.

³ - محمد بن علي شيبان العامري، عناصر (مراحل) عملية الاتصال، مقال الكتروني منشور على الموقع:

<http://www.sst5.com/readArticle.aspx?ArtID=1267&SecID=20>

المجتمع المدني من خلال الاهتمام بمصلحة التواصل والإعلام وعصرنتها خدمة لوظيفة الاتصال والتواصل بين المؤسسة البرلمانية والمجتمع المدني.

وعلى أساس ما سبق يمكن القول أنه بات من الضروري تشخيص واقع التواصل المؤسساتي داخل المؤسسة التشريعية (البرلمان)، وهو الهدف الأساسي المرجو بلوغه من خلال هذه الدراسة.

ففي المغرب على سبيل المثال فقد فرض موضوع الروابط بين المجتمع المدني والبرلمان نفسه بشكل متزايد، لاسيما في أعقاب الانتخابات التشريعية لسنة 2007¹، التي طبعت بنسبة مشاركة ضعيفة جدا، أُلقت نتائجها السلبية بظلالها، بحيث رأى بعض الباحثين أن هذا التراجع راجع لعدة أسباب منها على الخصوص، عدم الثقة في الأحزاب السياسية²، مما حدا بالدولة إلى تشخيص أسباب العزوف عن الممارسة السياسية للمواطن، حيث أفرزت النتائج عدم اطلاع عنصر المواطن على المجريات السياسية، وعدم انخراطه في المشاركة بالطرق المباشرة أو غير المباشرة ساهمت بشكل كبير في تدمره من كل ما هو سياسي.

أما في سلطنة عمان كمثل ثاني، فعقب الأحداث التي شهدتها بعض مناطقها إبان فترة ما اصطلح عليه بالربيع العربي، بالرغم من المستوى المعيشي المميز للمواطن العماني مقارنة مع نظرائه في العالم العربي، إلا أن الدافع إلى خروجه إلى الشارع ووقفه للاحتجاج من أجل التغيير والتقليص بين الهوية، بين السلطة السياسية المكونة للأحزاب وبين مكونات المجتمع المدني ذات الخصوصية المختلفة في هذا البلد.

وما يستتاع من وضعيات كهذه أن دور المواطن في الديمقراطية لا ينتهي عند الانتخابات، بل يتطلب أن يتواصل التفاعل بين المواطنين والمؤسسة البرلمانية بشكل خاص من خلال آليات رسمية ومؤسسية تجنبنا لخلق هوة بين المواطنين وتدير الشأن العام بصفة عامة، لذلك نقر بأن مشاركة المجتمع المدني عنصر هام في المشاركة المواطنة في العمل السياسي برمته، وهي مشاركة تبقى أساسية في تعزيز الديمقراطية ودولة الحق والقانون في شتى بقاع العالم العربي.

ففي علاقة المؤسسة البرلمانية بعملية التواصل مع الشركاء في المشهد السياسي الداخلي، نجد أن تلك العلاقة أضحت مطلبا مجتمعيًا، حيث برزت ضرورة انفتاح المؤسسة البرلمانية في علاقتها مع نواحيها من جهة، ومن جهة ثانية مع المجتمع المدني، ذلك أن مساهمة المجتمع المدني في المسلسل التشريعي من شأنه أن يسلب الضوء على المشاكل القريبة من المواطن، وأن تعبر عن انخراطه في تسيير الشؤون العامة للدولة عن طريق اطلاعه على كل مجريات الأحداث والقرارات الصادرة عن المؤسسة التشريعية.

ثانيا - دور العلاقات العامة داخل المؤسسات التشريعية في التواصل مع فعاليات المجتمع المدني:

في ظل الفرص والتحديات التي طبعت العصر الحالي، والمتميز بالتطور المعلوماتي المتسارع، وأيضا إبان تصاعد وتنامي أهمية الرأي العام داخل المنظومة السياسية للدولة، والذي يعتبر عنصرا مهما في الحياة السياسية، وكذا نضج المجتمع المدني وانتشار الديمقراطية بشق صورها من قبل فئاته، بات لزاما للبرلمان بحكم طبيعته ومهامه التشريعية والرقابية منح

¹ في هذا الصدد ذهب الدكتور عمرو حمزاوي، كبير الباحثين بمركز "كارنيغي" لدراسات الشرق الأوسط، إلى القول أن الهبوط التاريخي الحاد في نسبة مشاركة المقترعين والذي وصل إلى 37%، وجاءت هذه النسبة كرد فعل على تزايد عدد الناخبين الذين يعتقدون أن مجلس النواب هو مؤسسة غير فعالة لا تقدم سوى القليل من الحلول الناجعة لحسم الضغط الإقتصادي الواقع عليهم وحل مشاكلهم الإجتماعية. كما أن خطأ الإصلاح السياسي لم تسهم بالكثير لتخفيف تكريس السلطة في يد الملك، أو خلق نظام محاسبة ومراجعة ذي مصداقية.

انظر: تقرير مركز "كارنيغي"، منشور على الموقع الإلكتروني: <http://carnegie-mec.org>

² -قراءة في نتائج الانتخابات البرلمانية المغربية 2007، الحوار السياسي العربي، مجلة الكترونية، 10-09-2007.

مقال منشور في الموقع الإلكتروني:

<http://www.rabat-alwaha.net/moltaqa/showthread.php?t=25383>

أهمية لوظيفة التواصل المؤسساتي، هذه الوظيفة التي أصبحت بمثابة البنية التحتية لتنمية المؤسسة البرلمانية من جهة، وإنعاش المناخ الديمقراطي وتطوره والرقى به من جهة ثانية. وفي هذا الصدد فقد أوصت منظمة الأمم المتحدة للتنمية بضرورة العمل على تخصيص قناة للإعلام البرلماني العربي للمساهمة في تطوير ثقافة المجتمع الديمقراطي ومؤسساته¹.

ومن خلال تشخيص واقع وظيفة التواصل المؤسساتي في البرلمانات العربية، تبدو وظيفة التواصل المؤسساتي موجودة من حيث المهام والقيام ببعض النشاطات المعدودة، لكنها غائبة في الهيكل الوظيفي -رغم وجودها في الهيكل التنظيمي الذي تنشره مجالس النواب العربية في مواقعها على شبكة الانترنت- كما أن هناك تداخلا في المهام بالنسبة للموظفين التابعين للمصلحة الموكل إليها طبيعة ربط جسر التواصل مع شركاء العملية السياسية، حيث تنسب في بعض الأحيان لخلية التواصل والإعلام مهام العلاقات العامة والتواصل، في حين يشاركها المهام الصحافة والإعلام سيما إذا علمنا ضخامة المسؤولية الملقاة على الإعلام أو الصحافة في مؤسسة كالبرلمان.

والشائع أن مسار الحصول على المعلومات يتخذ شكل الاتصال في اتجاهين مختلفين، سواء من الإدارة إلى المواطن أو العكس، وفي حين نسجل التطور الكبير لطرق التعامل بين البرلمانات والمواطنين في عديد من الدول المتقدمة، من خلال فتح قنوات عدة للتواصل معها، فإننا نجد أن إدارة مجالس النواب العربية لا تعتمد على وسائل الاتصال الحديثة حسب ما تقتضيه الضرورة، ولزالت تمارس وظيفة التكنم على المعلومة، إلا ما تنشره في الجرائد الرسمية. ونجد أن معظم البرلمانات العربية تعتمد في أحيان كثيرة على موقعها الالكتروني، الذي نرى ضرورة عصرنته وتحديثه بطريقة متجددة لكي يتم الحصول على الوثائق المنشورة عليه بالسرعة المطلوبة، خاصة عندما يتعلق الأمر بقرارات برلمانية أو قوانين وطنية تهم مصالح المواطن في حياته اليومية.

من جهة أخرى فإنه بالرغم من مجموعة السلبيات التي يتم رصدتها، والتي لا تزال تشوب هذه الوظيفة، تبقى تقنية التواصل المؤسساتي داخل البرلمانات العربية تكتسي أهمية ملحّة باعتبارها وظيفة المستقبل في مشروع الحكومة الالكترونية والتعامل الالكتروني في التواصل ما بين البرلمان والمجتمع المدني في كل الدول العربية. وبالتالي فقد أضى على المؤسسة التشريعية سواء المغربية أو العمانية أن تجد لنفسها مخططا استراتيجيا لعصرنة آليات التواصل والرقى بها، نظرا لأهمية الانفتاح على العالم الخارجي من مجتمع مدني وبرلمانات ومؤسسات تشريعية دولية وغيرها، على اعتبار أننا في القرن الواحد والعشرين والحاجة ماسة إلى علاقات قوية تربطها بالرأي العام والمجتمع المدني من خلال اتصال ديمقراطي، وفق ما ينص عليه دساتير هذه الدول.

وبناء على كل ما سبق، حاولنا وضع تصور شمولي لوظيفة التواصل المؤسساتي داخل البرلمان، واعتمدنا رصد الحالة الراهنة لهذه الوظيفة، من خلال تشخيص الوضعية حيث ارتأينا مجموعة من الإصلاحات الهيكلية والتنظيمية لوظيفة التواصل الإداري داخل المؤسسة التشريعية، لتؤدي هذه الوظيفة بالطريقة المثلى، وترقى إلى التطور التكنولوجي الذي يشهده العالم، فلا يعقل أنه في الوقت الذي يتسم بوضع جل الحكومات العربية أولى اللبئات لإنشاء الحكومة الالكترونية والتعامل الالكتروني للوثائق الإدارية، نجد مقابلها أن مؤسسة كالبرلمان تتوفر على مواقع الكترونية لا ينشر فيها حتى القرارات والقوانين فور المصادقة عليها من قبل غرف البرلمان.

ختاما نود لو أن الحكومات العربية تعمل على وضع مخططات إستراتيجية لوضع خلية تعنى بوظيفة التواصل المؤسساتي في البرلمان، وبالتالي إتباع الخطوات التالية من أجل وضع أسس سليمة للتواصل بين المؤسسة البرلمانية والمجتمع المدني، وتحديا من خلال:

- وضع هيكل تنظيمي لوظيفة التواصل يترجم الأدوار المناطة بها في وحدات وأقسام تتحدد من خلالها الأدوار

¹ - مقال منشور في موقع الأمم المتحدة للتنمية على الموقع الالكتروني:

<ftp://pogar.org/LocalUser/pogarp/legislature/lcps1a/section4.html>

والواجبات، ولما لا تجميع الخلايا التابعة لرئاسة الديوان بالبرلمان ودمجها في خلية موحدة، ونقصد تحديدا خلايا (الاتصال، العلاقات الخارجية، العلاقات العامة والسياسية، الإعلام، النشرات الخاصة، تحيين الموقع الالكتروني، الخ...).

- تزويد المؤسسة التشريعية بالكفاءات البشرية المتخصصة في مجال التواصل بجميع تقنياته، بتعيين المؤهلين لذلك، مع عقد دورات تدريبية متواصلة ومستمرة للقائمين عليها، لاكتساب مزيد من التقنيات والتكنولوجيا الحديثة؛

- ضرورة إتباع الأساليب العلمية والموضوعية السليمة في ممارسة أنشطة التواصل المؤسسي، مع الاستناد على البحوث والمعلومات الموضوعية الدقيقة والدراسات الأكاديمية في اتخاذ قرارات تتعلق بأسس التواصل المؤسسي؛

- ضرورة الاهتمام بتكوين تكميلي لجميع البرلمانيين من أجل حسن استعمال الوسائل التكنولوجية للحصول على المعلومات والوثائق الضرورية.

- تحديث نظام المعلومات، وجعله في خدمة المواطن بدل الاكتفاء بالطبع والنسخ لفائدة الإدارة.

ناقلة القول نقترح رصد اعتمادات مالية لتحديث قطاع التواصل المؤسسي، وحث البرلمانيين على اقتراح هذا المشروع وذلك بتجهيز البرلمان ومصالحة التواصل بالآليات الإلكترونية والعتاد لوضع أرشيف إلكتروني حديث لجميع إصدارات المؤسسة التشريعية.

أخيرا تبقى وظيفة التواصل المؤسسي أحد أهم وسائل انفتاح المؤسسة التشريعية على المجتمع المدني، سيما إذا ماتم وضع الآليات المناسبة لتسهيل عملية أداء وظيفة التواصل الإداري داخل المؤسسة البرلمانية في دول العالم العربي، حيث ينبغي جعل المؤسسة التشريعية مؤسسة سهلة الولوج من طرف المواطن، ليطلع على أشغال وإصدارات هذه المؤسسة، وتزيج عنها صورة المؤسسة الغامضة أمام المواطنين. ليستطيع الاطلاع على المستجدات في وقتها، وبالتالي يمكنه من اقتراح البدائل تفاديا للانفرادية في اتخاذ قرارات تهمة بالدرجة الأولى.

اعتماد شبكة التنقيط في الترشح للمصالح والأقسام بالإدارات العمومية رؤية متجددة في طريق الحوكمة والعقلنة

ذ. الخليلي بوشعيب

باحث في القانون العام

تقديم

يعتبر شغل مناصب المسؤولية من بين أهم الاعتبارات التي تهتم الموظفين في مسارهم المهني وتعتبر في ترقبهم وترشحهم الى مناصب أعلى من المسؤولية. وقد كرس الدستور الجديد (2011) لمبادئ المسؤولية والمحاسبة والشفافية (الفصلين 145 و155)¹ في تقلد مناصب المسؤولية الإدارية.

واستلهاما لروح الدستور الجديد، لجأ بعض من المسؤولين في تدبير ملفات الترشيحات والانتقاء والاختيار إلى اعتماد شبكات للتنقيط² تبين الكفاءات المطلوبة والنقط المخصصة لكل كفاءة بحسب خصوصية المنصب المراد التباري عليه. فاعتماد شبكة أو سلم التنقيط من طرف اللجن يطرح صراعا بين تصورين للموضوع داخل الإدارة المغربية: تصور يمكن أن نعتة -تجاوزا لا حكم قيمة- ثابت (statique) بحيث لا يرى ضرورة في اعتماد شبكة لتنقيط وأن ذلك مخالف للمرسوم 2.11.681 الصادر في 25 نونبر 2011³ ومخالف لمبدأ تكافؤ الفرص ويؤكد على كفاية الشروط المنصوص عليها ولا يقبل بزيادة أو انتفاء أي منها (I).

وتصور ثاني نعتة كذلك - تجاوزا لا حكم قيمة- بالدينامي (dynamique) أو العقلاني بحيث يدفع بعقلنة عمل اللجن ويفتح أبوابا جديدة لنص المرسوم مع إمكانها ويدافع عن اعتماد شبكة التنقيط كتقنية لم يمنعها المرسوم، تحد من السلطة التقديرية للجن وتعقلنها ويتحفظ مع ذلك-على طريقة إعداد سلم التنقيط من طرف اللجنة ويرى إمكانية إضافة شروط إضافية لتدقيق في المهام والتخلي عن بعضها التي لا ضرورة لها (II).

مشروعية اعتماد شبكة التنقيط

يطرح اعتماد شبكة التنقيط في ترتيب وانتقاء المترشحين إلى مناصب رؤساء المصالح والأقسام الإدارية تضاربا بين تصورين اثنين: الأول تصور نصي لا يرى ضرورة في اعتماد شبكات التنقيط ويؤكد على السلطة التقديرية المطلقة للجن الانتقاء (1) وتصور ثاني يدفع في اتجاه أكثر عقلنة لمعايير الانتقاء باعتماد شبكات التنقيط وكل آلية مفيدة لتحقيق المساواة والاستحقاق (2).

شبكة التنقيط لم ترد في المرسوم

المرسوم 2.11.681 الصادر في 25 نونبر 2011 في شأن كفايات تعيين رؤساء الأقسام والمصالح بالإدارات العمومية، المادة 4 منه، تنص على ما يلي:

« يمكن أن يترشح لتقلد مهام رئيس قسم:

(1) الموظفون المرسمون والأعوان المتعاقدون الذين تتوفر فيهم الشروط التالية:

▪ أن يكونوا مرتبين، على الأقل، في درجة متصرف من الدرجة الثانية أو في إطار مهندس دولة، أو في إحدى الدرجات ذات ترتيب استدلالي مماثل،

¹ الدستور المغربي لسنة 2011.

² انظر النموذج (1) المرفق بالبحث في ملحق اخر الورقة.

³ مرسوم رقم 2.11.681 الصادر في 25 نونبر 2011 في شأن كفايات تعيين رؤساء الأقسام والمصالح بالإدارات العمومية.

- أن يكونوا حاصلين، على الأقل، على شهادة أو دبلوم يسمح بولوج درجة متصرف من الدرجة الثالثة أو درجة مماثلة.
 - أن يتوفروا، على الأقل، على أربع (4) سنوات من الخدمة بصفة مرسم أو خمس (5) سنوات بالنسبة للأعوان المتعاقدين، بإدارات الدولة والجماعات الترابية،
 - أن يكونوا مارسوا مهام رئيس مصلحة، غير أنه يمكن، إذا استدعت ضرورة المصلحة ذلك، الإعفاء من هذا الشرط.
 - (2) الموظفون المرسمون والأعوان المتعاقدون المزاولون، في تاريخ الإعلان عن شغور منصب رئيس قسم، لمهام رئيس قسم¹.
- بناء على المادة السابقة يستنتج البعض أن المرسموم جاء عاما في تحديد شروط الترشح للمنصب، لم يرتبها حسب الأهمية ولا حسب أي معيار وأن كل مترشح ينبغي أن تتوفر فيه جميع الشروط لزوما (شروط السلم، شرط الشهادة، شرط الأقدمية، شرط المهمة) ويقصى أليا كل مترشح ينعدم فيه أحد الشروط الوارد ذكرها في المرسموم أعلاه.
- وأن عمل الانتقاء -فيما بعد - يعود للجنة المشرفة على المباراة (المادة 9) - بحسب السلطة التقديرية التي منحت لها - في اختيار المترشح حسب الشرط الذي يبدو لها مناسبا (الأقدمية أو الشهادة أو المهمة أو المشروع الذي يقدمه المترشح).
- كما أن عمل اللجنة -بحسب نفس التوجه - يجب أن يتقيد بعناصر ملف الترشيح التي جاءت في المادة (7) من نفس المرسموم كالاتي:

«تقدم ملفات الترشيح إلى الإدارة المعنية، وتتضمن ما يلي:

- طلب الترشيح؛
 - سيرة ذاتية تتضمن مؤهلات المترشح ونبذة عن مساره المهني، وكذا المهام والوظائف التي زاولها؛
 - برنامج العمل والمنهجية التي يقترحها المترشح في شأن تدبير الوحدة الإدارية المعنية وتطويرها والرفع من أدائها.
 - موافقة الإدارة التي ينتمي إليها المترشح، مع إبداء رأي رئيسه المباشر في كفاءته².
- بحسب هذا التوجه يعتبر اعتماد سلم أو شبكة التنقيط في الانتقاء أو ترتيب شروط الترشيح لا قانوني ولم يرد في نص المرسموم.

في المقابل يعطي للجنة التي تتولى إجراء المقابلة سلطة تقديرية مطلقة في اختيار من يبدو لها كفؤا سواء حسب خدماته الطويلة أو حسب برنامجه أو شواهد ولها الفصل والحسم بخصوص كفاءة المترشح في المقابلة التي تجريها معه.

شبكة التنقيط غير ممنوعة بنص المرسموم

القراءة الثانية لنص المرسموم وبالخصوص المواد (4 و6 و7 و9 و10) بين أن المرسموم لم يتضمن عبارات الحصر في التعبير لا عن شروط الترشح ولا ملف الترشيح.

المادة 4 تنص «... الذين تتوفر فيهم الشروط التالية...» والمادة 7 «...تقدم ملفات الترشيح إلى الإدارة المعنية وتتضمن ما يلي...». ففرق كبير بين تلك العبارات والعبارات الآتية «لا يترشح إلا من...» و«لا يقبل في ملف الترشيح إلا...». ومنه فعبارة نص المرسموم ليست حصرية وبدليل أنه بإمكان الإدارة التنازل عند الضرورة عن شرط ممارسة مهمة رئيس مصلحة (المادة 4) والتقليل من شرط الأقدمية (المادة 8) في حالة الاستثناء عند عدم ترشح أي مترشح خلال الإعلان الأول.

¹ نفس المرسموم.

² نفسه.

كما أن النص يعتمد معيار أدنى في تحديد الشروط وعناصر الملف بالتنصيص على عبارة «على الأقل» في الشروط الثلاثة الأولى: 1 أن يكون مرتين، على الأقل...2. أن يكونوا حاصلين، على الأقل...3. أن يتوفروا، على الأقل... وبذلك يكون المرسوم حدد الشروط الدنيا ولم يحدد القصى وترك للإدارة إضافة ما تشاء من شروط كالترتبة في الدرجة أو تخصص الشهادة...إلخ.

بخصوص عمل اللجنة فلم يفصل النص في طريقة عملها والتقنيات التي ستعتمدها وإنما ترك لها حرية التقدير وسمح لها - عند الاقتضاء - الاستعانة بخبراء متخصصين (المادة 9) وألزمتها في المقابل بتدبير تقرير نهائي حول نتائج المقابلة الانتقائية مرتبة حسب الاستحقاق.

ومنه، فلا ضير من اعتماد أي تقنية تساعد اللجنة في عملية الفرز، سواء كانت شبكة التنقيط أو سلم الانتقاء مادام لم ينص المرسوم صراحة على منعها ولم يخصص أي تقنية أو طريقة ولم يحدد كيفية عمل اللجنة. والهدف هو الاستحقاق.

محتوى شبكة التنقيط

إذا كان اعتماد شبكة التنقيط لا يمنعه نص المرسوم واعتمادها فيه نوع من العقلنة والنزاهة والشفافية والحكمة في اختيار المترشح الكفاء الذي تنتظره الإدارة، كان لابد من اعتبار جملة أمور في إعداد شبكات التنقيط ونخص بالأهمية ترتيب عناصر أو شروط الترشح.

إمكانية ترتيب عناصر الشبكات

بداية التصحيح تأتي من فكرة أساسية أو سؤال أساسي هل شروط الترشح لتقلد المنصب جاءت تفيد ترتيبا معيناً أم جاءت على الجملة وهل ترتيبها وحده يحقق مبدأ الاستحقاق ولا يحيد عن مبدأ تكافؤ الفرص.

المرسوم يشترط للموظف الراغب في الترشح للمنصب أربعة شروط كالآتي:

«1- أن يكون مرتين، على الأقل، في درجة...2- أن يكونوا حاصلين، على الأقل، على شهادة أو دبلوم...3- أن يتوفروا، على الأقل، على أربع (4) سنوات من الخدمة بصفة مرسوم...4- أن يكونوا مارسوا مهام رئيس مصلحة، غير أنه يمكن، إذا استدعت ضرورة المصلحة ذلك، الإعفاء من هذا الشرط.»

يذهب النصيون (JURIDICISTE) إلى أن المرسوم، بخصوص شروط الترشح، لم يشر إلى ترتيب لتلك الشروط وإنما يؤخذ بها جملة ويلزم توفرها كاملة وكل شرط غير متوفر يؤدي تلقائياً إلى إقصاء المترشح. لكن روح النص وتطبيق النص والقوانين المؤطرة لنص وحتى المنطق السليم تؤكد وجود ترتيب لتلك العناصر ومنه نستطيع وضع سلم تنقيط محايد، لا ينضبط إلا لنص وهدف الاستحقاق.

المنطق السليم يقول بوجود ترتيب بين تلك الشروط ولا يمكن أن نأخذها ضمن سلة واحدة، لسبب وجيه هو أن هناك ترتيب بين العناصر الداخلية لكل شرط وكل ما يحتمل ترتيب داخلي وإعادة ترتيب يخضع حتما لترتيب خارجي ويمكن ترتيبه وإعادة ترتيبه ضمن منظومة أوسع.

مثلاً:

لنجعل لكل عنصر من شروط الترشح للمناصب رقما بحسب ترتيبه الداخلي:

الأقدمية		الدرجة		الشهادات	
	4		الدرجة الثانية		1
	سنوات				لإجازة

			الدرجة الممتازة	1 لماستر
--	--	--	--------------------	-------------

مترشح (4)		مترشح (3)		مترشح (2)		مترشح (1)	
1	الدرجة الثانية	1	الدرجة الثانية	2	الدرجة الممتازة	2	الدرجة الممتازة
1	الإجازة	2	الماستر	1	الإجازة	2	الماستر
1	الأقدمية	1	الأقدمية	1	الأقدمية	1	الأقدمية
3	المجموع	4	المجموع	4	المجموع	5	المجموع

بالفعل فالترتيب وارد وتلك العناصر المختلفة في سلالات مختلفات تؤثر على الترتيب العام وبالتالي على التنقيط بين المترشحين كما بدا بين المترشح (1) والمترشح (3) من خلال الدرجة وبين المترشح (1) و(2) ثم (3) و(4) بفارق الشهادة هذا مع اعتبار شرط الأقدمية محايذا عند جميع المترشحين وهو ما لا يمكن توقعه في الواقع.

ترتيب عناصر الشبكة

تلك شروط يفضل البعض وضعها في سلة واحدة لكن حقيقة الأمر ليست من نفس الصنف وبنفس الأهمية وبالتالي لا يجب ترتيبها على التساوي.

■ ركن شرط الدرجة

فشرط الدرجة ليس هو شرط ممارسة مهام رئيس مصلحة الذي يسقط بالضرورة وليس هو شرط الشهادة. فشرط الدرجة يمكن اعتباره « ركن » لا يتم الشيء إلا به. فالظهير الشريف رقم 1.58.008 بشأن النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية¹ يعرف الموظف كما يلي « يعد موظف كل شخص يعين في وظيفة قارة ويرسم في إحدى رتب السلم الخاص بأسلاك الإدارة التابعة للدولة ».

ومنه فشرط الدرجة أو الترتيب في السلم يعتبر ركن أقوى من الشرط ولا يمكن مقارنته مع باقي الشروط وشرط مزاوله مهام رئيس المصلحة يمكن اعتباره شرط ثانوي لكونه يسقط بالضرورة وهو ما لا يتم مع الركن الذي لا يتم الشيء إلا به وإن سقط سقطت الوضعية القانونية (الموظف).

■ شرطا الشهادة والأقدمية

أما الشرطين الباقيين. شرط الشهادة وشرط الأقدمية، فيمكن اعتبارهم شرطا الكفاءة لكنهما ليسا من نفس الدرجة، لأن شرط الأقدمية تلحقه حالة الاستثناء المنصوص عليها في المادة 8 من نفس المرسوم : «...إذا لم يتقدم أي مترشح يتوفر على أقدمية 4 سنوات من الخدمة بصفة مرسوم، أو..... أو على أقدمية سنتين من الخدمة الفعلية بصفة مرسوم..... بالنسبة للمترشح لمهام رئيس مصلحة، يمكن لرئيس الإدارة المعنية أن يصدر إعلانا ثانيا، وفق نفس الكيفيات

¹ ظهير الشريف رقم 1.58.008 بتاريخ 4 شعبان 1377 الموافق 24 فبراير 1958 بشأن النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية، الباب الأول، الفصل الثاني.

والشروط يسمح بموجبه، بصفة استثنائية، بقبول مترشحين يتوفرون على أقدمية تقل عن الأقدمية المشار إليها آنفا...».

كما أن الشواهد عقلا غير متكافئة ولا يكفي أن يطلب في قرارات الإعلان عن الترشح الشهادة المساوية للمنصب أو الدرجة المراد الترشح لها. فهذا لا يستقيم ورؤية الكفاءة والإصلاح الإداري المنشود، بل على الإدارة أن تطلب الكفاءة وكلما كانت الشهادة أكبر كان لزاما أخذ ذلك بعين الاعتبار وتنقيطها زيادة.

خلاصة

إن اعتماد شبكة التنقيط في اختيار المترشحين الأكفاء لرئاسة المصالح والأقسام الإدارية يعتبر آلية من الآليات وضرورة تقنية لا تخالف القانون، ستدفع بعقلنة عمل اللجان وتقوي الشفافية والمصداقية في الاختيار وتقطع الطريق على السلوكيات المشينة وتمنع ثقافة الولاءات والمحسوبية في الإدارة المغربية.

اعتماد الشبكة أو أي إجراء جديد يروم تنقيط وترتيب المترشحين حسب الاستحقاق والكفاءة يعد حسنا ولا مانع يمنع من الاعتماد عليه كما تمت الإشارة له آنفا.

كذلك يجب مراعاة الترتيب السليم للمعايير والشروط القانونية بدء بالدرجة أولا ثم الشهادة ثم الأقدمية ثم مهام المصلحة ثم أي شرط تراه الإدارة المعنية مناسبا لتحقيق الاستحقاق ومراعي لمبدأ الكفاءة مادام المرسوم لم يستعمل عبارات حصريّة لشروط الترشح ولا ملف الترشح واعتمد عبارة على الأقل.

يمكن القول أن الإدارة يمكنها أن ترتب الشروط الأساسية للترشح وفق معيار الشروط الأساسية التي يوجد ضمنها بالترتيب بحسب الأهمية الترسيم في الدرجة أولا ثم الشهادة ثم الأقدمية... ثم بإمكانها اعتماد شروط ثانوية لتدقيق في اختيار الكفاءة كالإطار الملائم للمنصب ونوعية المشروع. (انظر النموذج (2) في الملحق)

يمكن كذلك التفصيل في الشروط المشار إليها في الأعلى وتقسيم النقطة المعطاة لها على عناصرها الداخلية المكونة لها. فمثلا اعتماد الرتبة والأقدمية في الدرجة بالنسبة لشرط الدرجة والتخصص بالنسبة لشهادة ودرجتها الأكاديمية (إجازة - ماستر-دكتوراه).

ملحق

النموذج (1) شبكة تنقيط بخصوص المعايير المعتمدة للانتقاء الأولي لشغل منصب رئيس قسم الشؤون التربوية والخريطة المدرسية والإعلام والتوجيه¹

2 ن	الماستر	الشهادة
4 ن	الدكتوراه	
2 ن	الدرجة الاولى	الدرجة
4 ن	الدرجة الممتازة	
6 ن	أطر التخطيط والتوجيه بالنسبة لمصالح المالية	الملاءمة للمنصب
6 ن	أطر الاقتصاد بالنسبة لمصالح المالية	
6 ن	المهندسون المعماريون بالنسبة لمصالح البناءات	
6 ن	المفتشون التربويون بالنسبة للأقسام والمصالح التربوية	
2 ن	الممارسون لمهام إدارية	المهمة
4 ن	المكلفون بتسيير مصالح أو أقسام	
6 ن	رؤساء مصالح أو أقسام	

¹ شبكة تنقيط اعتمدها الأكاديمية الجهوية للتربية والتكوين لجهة طنجة-تطوان.

النموذج (2) خطة شبكة تراعي الترتيب

ملاحظات	عناصر يمكن إضافتها	شروط الترشيح		
يجب تغليب العناصر الأساسية في التنقيط بأكثر من (70 في المئة) وبالترتيب ثم تأتي العناصر التي ترى الإدارة أو الخبراء المتخصصون جدواها للمنصب.	الرتبة، الأقدمية في الدرجة....	الدرجة الأولى	الدرجة	عناصر أساسية لترشيح للمنصب
		الدرجة الممتازة		
	التخصص	الماستر	الشهادة	
		الدكتوراه		
	احتساب سنوات فوق أربع	-	الأقدمية	
	المردودية، مدة شغل المهمة...	المكلفون بتسيير مصالح أو أقسام	رؤساء مصالح أو أقسام	
		أطر التخطيط والتوجيه بالنسبة لمصالح المالية؛ أطر الاقتصاد بالنسبة لمصالح المالية؛ المهندسون المعماريون بالنسبة لمصالح البناءات؛ المفتشون التربويون بالنسبة للأقسام والمصالح التربوية؛ المتصرفون بالنسبة للشؤون الإدارية؛...	الملاءمة للمنصب	عناصر ثانوية ترتبط بضرورة المصلحة

المسؤولية المدنية المترتبة عن التلوث البيئي الكهرومغناطيسي

عنقر خالد

باحث في الدكتوراه تخصص القانون الخاص الأساسي

كلية الحقوق والعلوم السياسية مستغانم الجزائر

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم الجزائر

مقدمة

يتعرض العالم اليوم خصوصا منذ النصف الثاني من القرن العشرين، لضروب وأنماط جديد من التلوث البيئي والتي لم تكن معهودة وهي نتيجة الطفرة التكنولوجية التي نشهدها في الوقت الراهن وأضحى ناقوس الخطر يهدد الحياة البشرية، وأصبح هذا التلوث يلزم حياة الإنسان ويشاركه حتى في مضجعه، وحتى في غدوه ورواحه، وبدأنا نسمع بأمراض لم تكن موجودة في العصور الماضية.

إن التلوث الكهرومغناطيسي هو من الأنواع والأشكال الحديثة للتلوث البيئي، وله من الخصائص والمميزات ما تجعله منفردا، وهو ينشأ عادة من وجود الموجات الكهرومغناطيسية الأسلكية والتي لا تكاد أن تتحلل منها حاليا في أي بقعة من الأرض والتلوث الكهرومغناطيسي يطرح العديد من الإشكاليات، بالنسبة للعديد من فروع العلم سواء كانت طبية، أو اقتصادية، أو قانونية بحيث يذهب رجال القانون إلى ترديد القول بأن أي اعتداء، ينال من البيئة هو في ذات الوقت اعتداء علي الفرد، وعلي المجتمع في وقت واحد الأمر الذي يؤدي إلى القول بضرورة معالجة الأضرار البيئية¹، وتجدر الإشارة أن هذا النوع الجديد من التلوث تتعدد مجالاته في حياتنا اليومية، وأهم مجال هو محطات الهاتف النقال إذ استفحلت هذه الظاهرة وتفاقت وأصبحت منظرا مألوف فوق أسطح المباني بحيث أصبح نصيبها دون مراعاة وأخذ أي تدابير أو احتياطات أو بالأحرى المعايير التي علي أساسها يتم وضع هذه المحطة، ناهيك عن التلوث الكهرومغناطيسي الذي ينبعث منها والأمراض التي تسببها والأضرار التي تلحق بالسكان المجاورين لهذه المحطة والتي تكون بدرجة أكبر، مما يستوجب تحديد الطبيعة القانونية لأبراج الاتصال وذلك من أجل فتح الطريق أمام المضرور لجبر ما لحقه من ضرر من جراء التعرض للأشعة الكهرومغناطيسية وكذلك تنظيم هذه المسألة التي باتت تهدد البيئة برمتها، ومما سبق ذكره ارتأينا تحديد نطاق دراستنا حول الإشكالية التالية :

ما مدى إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية المدنية علي أضرار أبراج الاتصال ؟.

ومن أجل الإجابة علي هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم خطة بحثنا إلى مبحثين الأول خصصناه للمفهوم القانوني للتلوث البيئي الكهرومغناطيسي، أما المبحث الثاني خصصناه للحديث عن الطبيعة القانونية لأبراج الاتصال وشروط تحقق المسؤولية التقصيرية عن الضرر البيئي الكهرومغناطيسي.

المبحث الأول : المفهوم القانوني للتلوث البيئي الكهرومغناطيسي

لما كثرت أنماط وأشكال الاعتداء علي البيئة، وتعددت أوصافها بدأت مجموعة من الألفاظ تدخل الساحة القانونية، بحيث أصبحت هذه الأخيرة تحمل أفكار ومعاني قانونية ومن بين هذه الألفاظ نجد البيئة، والتلوث بمعنى أن لفظه التلوث البيئي لم تكن موجودة حتى وقت قريب وبالإضافة إلي هذا ظهر مصطلح التلوث الكهرومغناطيسي الذي

¹ محمد محمود حسام لطفي، الحماية القانونية للبيئة المصرية، دراسة للقوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، بدون ناشر مصر، سنة 2001، ص.

يستوجب علينا تحديد مفهومه وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المبحث بحيث خصصنا المطلب الأول للحديث عن تعريف التلوث البيئي الكهرومغناطيسي أما المطلب الثاني خصصناه لتحديد مجالات التلوث البيئي الكهرومغناطيسي.

المطلب الأول : تعريف التلوث البيئي الكهرومغناطيسي

من الملاحظ في وقتنا الحالي أن الملوثات البيئية قد ازدادت وتنوعت، وقد ظهرت أنواع جديدة من الملوثات التي تزامنت مع التقدم العلمي والتكنولوجي الذي نشهده مثل التلوث النووي الذي صاحب استخدام الطاقة النووية، والتلوث الكهرومغناطيسي الذي صاحب التوسع في استخدام الكهرباء وانتشار أجهزة الاتصالات اللاسلكية¹، وهذا الأخير تصاحبه أشعة كهرومغناطيسية والتي تعتبر مناطق التلوث البيئي الكهرومغناطيسي لذا كان لزاما علينا إن نتطرق في هذا المطلب إلي تعريف التلوث الكهرومغناطيسي ثم تعريف الأشعة الكهرومغناطيسية.

أولاً : التلوث الكهرومغناطيسي

إن التلوث الكهرومغناطيسي هو ما يصيب عناصر البيئة كالإنسان أو الحيوان أو النبات من أضرار كهرومغناطيسية حالية أو متوقعة مستقبلاً، وتكون ناجمة عن أنشطة الشخص القانوني وتؤثر على الكائنات الحية سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

ويتضح لنا جلياً من هذا التعريف أنه ينسب الضرر الكهرومغناطيسي لأنشطة الشخص القانوني سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، بما يعني أنه لا فرق بين نشاط الشخص الطبيعي وبين نشاط الشخص المعنوي، وبالتالي يمكن نسب التلوث الكهرومغناطيسي إلى الدولة أو أحد الهيئات أو المؤسسات، أو الشركات العامة المملوكة لأحد الأفراد، إذا أحدث نشاطها تلوثاً كهرومغناطيسياً في البيئة².

كما أنه لا فرق بين البيئة الطبيعية والبيئة المشيدة أو الوضعية التي صنعها الإنسان لان كل التعريفات تذكر أن البيئة تشمل البيئة الطبيعية وهي الماء والهواء، والتربة، والكائنات الحية كما تشمل ما أقامه الإنسان من منشآت وبالتالي يدخل في تعريف التلوث الكهرومغناطيسي الأضرار التي تصيب الأشياء الغير الحية التي يصيبها الضرر من جراء انتشار الإشعاعات الكهرومغناطيسية في بيئة عملها³.

ثانياً : الأشعة الكهرومغناطيسية

تنتشر في الكون أنواع كثيرة من الإشعاعات، بعضها يأتي من الطبيعة، والبعض الأخر يأتي من التقدم الصناعي والتكنولوجي الذي أحدثه الإنسان، حتى أن الإشعاعات أصبحت تحيطنا من كل جانب وتنتشر في كل الاتجاهات والأشعة الكهرومغناطيسية أو الإشعاعات غير المؤينة هي عبارة عن إشعاعات ذات طاقة ضعيفة نسبياً، بحيث لا تستطيع تكسير الروابط بين مكونات المادة، ومن الملاحظ أن طاقة هذه الإشعاعات صغيرة جداً بالمقارنة بالإشعاع المؤين وتنتج هذه الأشعة من الأجهزة التي يصنعها الإنسان، وتعمل بالكهرباء ومنها الأشعة تحت الحمراء والأشعة البنفسجية، والضوء المرئي وتنتشر هذه الأشعة بسرعة واحدة في الفراغ وهي نفس سرعة الضوء⁴.

وكما أورد المشرع العراقي تعريف للإشعاع غير المؤين في التعليمات رقم (1) لسنة 2007 الخاصة بالوقاية من الإشعاعات غير المؤينة الصادرة عن الأبراج الرئيسية والثانوية للهواتف النقالة، حيث نصت الفقرة (1) من المادة (1) منها على أن الإشعاع غير المؤين عبارة عن: "أشعة كهرومغناطيسية تقع على الترددات الواطئة بدءاً من 1 ميغا هرتز فما فوق

¹ سعيد سعد عبد السلام، مشكلة تعويض أضرار البيئة التكنولوجية، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة النشر، ص 32.

² محمد السيد أرناؤوط، الإنسان وتلوث البيئة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، سنة 1999، ص 23.

³ أسرعلي زكي وحسن الكمشوثي، التلوث الكهرومغناطيسي ومعايير الأمان، منشأة المعارف، مصر، الطبعة الأولى سنة 2007، ص 40.

⁴ صلاح الدين عبد الستار محمد، التلوث المحمول والتلوث الكهرومغناطيسي مجلة أسبوط للدراسات البيئية، العدد الخامس والعشرون، يوليو 2003، ص 91.

مثل الأشعة المنطقية من محطات البث الرئيسية والهوائيات للهواتف النقالة وأشعة الراديو وموجات المايكرويف وغيرها¹.

وكما تجدر الإشارة إلى أن الإشعاعات الكهرومغناطيسية توجد مصادرها بصورة مبعثرة وعشوائية وبترددات وقيم مختلفة في حياتنا اليومية وتلازم حركة الإنسان من مكان إلى آخر فالإنسان يحصل بصفة دائمة علي جرعة من هذا الإشعاع، حتى أنه في أثناء قيادته لسيارته يتعرض لمجالات كهرومغناطيسية تنتج عن مولد الجهد المرتفع في السيارة ويمكن ببساطة أن يشعر بهذه الجهود إذا أمسك بالراديو وحمله بين يده بالسيارة، فسيسمعه صوت المحرك داخل الراديو وذلك لتدخل الإشارات الكهربائية المختلفة الصادرة عن المحرك مع الموجات التي يستقبلها الراديو²، وكما يجب الإحاطة بالإشعاعات غير المؤينة الناشئة عن النشاط الصناعي للإنسان كالأجهزة الكهرومغناطيسية، وخطوط الكهرباء ذات الضغط العالي، وموجات الراديو والهاتف النقال³

وتجدر الإشارة إلى أن الأشعة الكهرومغناطيسية توجد بصفة دائمة عند مرور تيار كهربائي متردد، فينشأ عن ذلك وجود مجال كهربائي متردد يصاحبه أيضا مجال مغناطيسي متردد ويسمي هذا المجال المزوج بالمجال الكهرومغناطيسي، ويعرف الدكتور فاضل محمد هذه الموجات بأنها " أشعة ذات خصائص مزدوجة ناشئة عن مجال كهربي متردد ومجال مغناطيسي متردد ويتذبذبان بتردد واحد وداثما متعامدان "

ويعرفها معجم الفيزياء الحديث بأنها " موجة تنتشر بسبب تغيرات دورية آنية في مجالين كهربائي ومغناطيسي ". وتمتد الأشعة الكهرومغناطيسية لتشمل قدر كبيرا من الأطوال الموجية، يتراوح ما بين عدة كيلومترات إلى جزء صغير جدا من المليون متر، وقد تمكن العلماء من تصنيفها إلى عدة أنواع من الموجات بحسب طولها وترددها فتشمل موجات الإذاعة الطويلة أو المتوسطة، وموجات التلفزيون، وموجات الأشعة تحت الحمراء، والضوء المرئي والأشعة فوق البنفسجية وموجات التلفون المحمول، والأشعة السينية وكذلك أشعة جاما وبالإضافة إلى الموجات الصادرة من أبراج الكهرباء ذات الضغط العالي، والأجهزة الالكترونية وغير ذلك من الأنواع الأخرى⁴.

وتتميز هذه الموجات بأنها تحمل نفس الصفات والخصائص التي تحملها الموجات الكهربائية والموجات المغناطيسية، وأنها تنتشر في الهواء والفرغ المحيط بنا وتخرق الماء وبعض المواد مثل المباني، وتسبب بنفس سرعة الضوء، ويمكن أن تعكس علي بعض الأسطح، كما يمكن أن تمتص أو تنفذ من خلاياها بحسب تردداتها المختلفة وحسب نوع المادة⁵.

المطلب الثاني : مجالات التلوث البيئي الكهرومغناطيسي

تنتج المجالات الكهرومغناطيسية في المنازل بتشغيل الأجهزة والمعدات الكهربائية، كما أن المنازل القريبة من خطوط نقل الطاقة الكهربائية، أو ذات التوصيلات الكهربائية الغير سليمة من الممكن أن تكون ذات قيمة عالية للمجالات الكهرومغناطيسية فمن المؤكد أنه عند تشغيل أي جهاز منزلي كهربائي يتولد عنه مجال مغناطيسي فعندما يكون الشخص قريبا منه يتعرض لهذا المجال ويخرق جسمه مما قد يعرضه للخطر⁶، وكما أصبح مألوفاً مشهد أبراج الهواتف النقالة، وهي تغطي أسطح بعض المباني بعد أن أغرت المبالغ النقدية التي تقدمها الشركات العاملة في مجال الاتصالات

¹ عامر عاشور وهالة صلاح الحبيثي، المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار الأبراج الرئيسية والثانوية للهواتف النقالة مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 05 السنة الثانية، ص 4.

² فاضل محمد علي، التأثيرات البيولوجية الناتجة عن إدخال تكنولوجيا الأجهزة الحديثة وانتشارها في حياتنا اليومية، تقرير رقم 2 مقدم لأكاديمية البحث العلمي، كلية العلوم جامعة القاهرة، مصر، أبريل 1993، ص 107.

³ محمود جريو، المسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار التلوث الكهرومغناطيسي، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2010، ص 60.

⁴ فاضل محمد علي، المرجع نفسه، ص 108.

⁵ محمود جريو، المرجع نفسه، ص 66.

⁶ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 32.

لأصحاب هذه المباني وذلك للسماح لهذه الشركات بصب تلك الأبراج دون التفكير في الأضرار التي تسببها والإشعاعات الكهرومغناطيسية المنبعثة منها¹، ولقد صاحب انتشار هذا النوع من الهواتف النقالة ومحطاته عدد كبير من الدراسات والأبحاث التي تشير إلى الأضرار الصحية الناجمة عن هذه المعدات، ودورها في تلوث هذا الوسط بالموجات الكهرومغناطيسية²، وتلك الأضرار عادة ما تكون أضرارا تراكمية تؤثر على الصحة بمرور الزمن، الأمر الذي يدفع بعض الشركات المنتجة لهذه المعدات إلي وضع لاصقة علي الجهاز تحذر من المضار الصحية التي قد تنجم عن هذه المعدات وذلك اقتداء بما تتبعه شركات إنتاج الدخان.

إن حدود الأمان لدرجة التلوث الكهرومغناطيسي المسموح بها، تتفاوت من بلد إلي بلد آخر وقد يصل هذا التفاوت إلي المائة ضعف، الأمر الذي يجعل الهاتف المحمول ومحطاته القاعدية مدانتان حتى تثبت براءتهما، وحتى ذلك اليوم لا بد من توخي الحذر بشأن استخدام الهاتف المحمول وإقامة محطاته القاعدية فوق المباني.

تعتبر الهواتف المحمولة ومحطاتها القاعدية، من أهم مصادر التلوث الكهرومغناطيسي حيث تنتج مجالات كهرومغناطيسية، وتتكون هذه المجالات من مجالين متعامدين وهما المجال الكهربائي والمجال المغناطيسي، وتعتبر الموجة الصادرة عن الهواتف النقالة ومحطاتها أمواجاً راديوية كهرومغناطيسية، وهو إشعاع غير مؤين تختلف تأثيراته البيولوجية بشكل أساسي عن الإشعاع المؤين³.

إن الإشعاعات الكهرومغناطيسية المنبعثة من أبراج الاتصال لديها القدرة علي التفاعل مع خلايا جسم الإنسان لهذا فان التصميم الهندسي للبرج ضروري لضمان عدم تعرض الإنسان لمستوي عالي من الطاقة، وقد أجريت دراسة علمية صنفت الأعراض التي تصيب المتعرضين لأشعة أبراج الهاتف المحمول، علي حسب المسافة من البرج وقد كانت أعراض الإحساس بالتعب موجودة، في من يسكنون علي بعد 200 م من برج الهاتف المحمول، أما بالنسبة للأشخاص الذين يسكنون علي بعد 100 م من البرج فكان لديهم نوع من حدة الطبع والاكتئاب والهبوط في النشاط وفقدان الشبيهة والاضطراب في النوم وعدم الإحساس بالراحة⁴.

وإزاء هذا التباين بين الدراسات العلمية، حول أضرار أبراج الاتصال علي صحة الإنسان ولكل دراسة أدلتها العلمية حول إثبات ضرر هذه الأبراج، نجد نفسنا أمام المبدأ القائل أن الوقاية خير من العلاج، وبما أن منظومة الهاتف النقال تكنولوجيا حديثة في مجال الاتصالات ولا نستطيع بالوقت الحاضر الاستغناء عنها وعليه لا بد أن نكون حريصين كل الحرص عند التعامل بها وأن نتبع الضوابط القانونية والفنية بصب أبراجها حتى نصل إلي ما يقينا من أضرارها مستقبلاً⁵.

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لأبراج الاتصال وشروط تحقق المسؤولية التقصيرية عن الضرر البيئي الكهرومغناطيسي.

إن من بين مصادر الإشعاعات الكهرومغناطيسية التي أصبحت تحيط بنا من كل جانب وأصبحت تلازمنا في جميع مجالات الحياة، نجد أبراج الاتصال التي أضحت موجودة في كل أسطح المنازل وتفاقم الأضرار المستفحلة منها، حيث أن الضرور من هذه الأبراج يجد أشكالاً في المطالبة لجبر الضرر الذي أصابه لعدم إدراكه لطبيعة الأبراج القانونية وعلي ماذا يرتكز في المطالبة بالتعويض وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المبحث حيث خصصنا المطلب الأول للحديث عن

¹ أسعد فضل منديل الجياشي، دراسة قانونية بالأضرار الناتجة عن أبراج الهواتف النقالة، كلية القانون، جامعة القادسية دون سنة النشر، ص

2.

² صلاح الدين عبد الستار محمد، المرجع السابق، ص 1.

³ سعيد سعد عبد السلام، المرجع نفسه، ص 4.

⁴ صلاح الدين عبد الستار محمد، المرجع السابق، ص 2-4.

⁵ أسعد فاضل منديل الجياشي، المرجع السابق، ص 3.

الطبيعة القانونية لأبراج الاتصال أما المطلب الثاني فخصصناه للحديث عن شروط تحقق المسؤولية التقصيرية عن الضرر البيئي الكهرومغناطيسي.

المطلب الأول : الطبيعة القانونية لأبراج الاتصال علي ضوء نظرية حراسة الأشياء

إن برج الاتصال يعد شيء مادي غير حي، أعد بصنع الإنسان وله كيان ومتصل بعقار اتصال قرار وتتطلب حراسته عناية خاصة لطبيعته، حيث يتوجب علي الشركة المالكة التحقق بعدم وجود عيب فيه من ناحية نصبه فضلا عن وجوب اتخاذ كافة الإجراءات الخاصة بتأمين سلامة الأشخاص العاملين والمقيمين بالقرب منه، والعمل باستمرار علي التحقق من مدي فعالية الأجهزة المثبت فيه ومطابقتها للمعايير الفنية المحددة، والمسموح بها قانونا لذا فهو يعد خطيرا بحكم طبيعته، نظرا لتكوينه وتركيبه من حيث الأجهزة المثبت فيه، واتصالها المباشر بوحدة السيطرة الالكترونية علي الترددات الصادرة من خلاله لتأمين تغطية المنطقة الموضوع فيها بحقول كهرومغناطيسية.¹

إن الأساس القانوني للمسؤولية المدنية لملك الأبراج عن الأضرار التي تتسبب فيه هذه الأخيرة يجد سندده القانوني في المادة 138 من القانون المدني الجزائري والتي نصت علي أنه " كل من تولي حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء ويعفي من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة ".²، والملاحظ أن عبارة شيء

التي جاء بها المشرع الجزائري في المادة 138 مدني جزائري جاءت عامة وغير محددة فهي تنصرف لكل الأشياء غير أن الأشياء المقصودة في مجال المسؤولية هي التي تكون تحت الحراسة³

وقت حدوث الضرر دون غيرها، وكمبدأ عام تخضع كل الأشياء تحت الحراسة لأحكام المادة 138 مدني جزائري دون التمييز بين الأشياء المنقولة، أو العقارية، وبين الأشياء المعيبة وغير المعيبة وبين ما هو خطير وغير خطير، فنجد أن الأستاذ مازو يضع الخطوط العريضة لمعني الشيء فيقول " هو كل شيء ليست له إرادة حرة، فالأشياء كلها باستثناء الحيوان " وهو كل ما كان له وجود غير حي.⁴

إن المشرع الجزائري طبقا للمادة 138 مدني جزائري لم يشترط أن يكون الشيء الذي أحدث الضرر خطرا، وحسنا فعل المشرع الجزائري عندما عمم مفهوم الشيء، فهو ينصرف إلي الشيء الخطر، وغير الخطر عقارا كان أو منقولا، معيبا أو غير معيب، لهذا يصبح عدم التمييز بين الأشياء مصدر الضرر طبقا لنص المادة 138 مدني جزائري يوفر حماية أكبر لصالح المضرور.⁵

وبما أن أبراج الهاتف النقال تصدر منها أشعة كهرومغناطيسية، وهي أشعة غير مؤينة فإنها تدخل ضمن الأشياء غير الحية الخطرة⁶، وذلك حسب مفهوم الشيء الذي وردة عبارته عموما طبقا لنص المادة 138 مدني جزائري ن وبالتالي تقع المسؤولية عن أبراج الاتصال وفقا لنص المادة 138 مدني جزائري علي كل متولي حراسة الأبراج الخطرة ن والمقصود بالحراسة هنا هي أنها " قدرة الشخص علي استعمال وتسيير ورقابة الشيء " ولذلك فإن الأصل من يكون الشيء تحت حراسته هو مالك الشيء نفسه للوقاية من ضرره.⁷

¹ عامر عاشور وهالة صلاح الحثيثي، المرجع السابق، ص 06.

² الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

³ فاضل إدريس، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2008، ص 54.

⁴ Léon MAZEAUD, La Faute Dans La Garde, Rev Tri Dt Civ, 1925, p 105.

⁵ فاضل إدريس، المرجع السابق، ص 65.

⁶ عامر عاشور وهالة صلاح الحثيثي، المرجع السابق، ص 07.

⁷ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 208.

المطلب الثاني : شروط قيام المسؤولية التقصيرية والتعويض عن الضرر البيئي الكهرومغناطيسي
إن قيام المسؤولية المدنية التقصيرية الناجمة عن أضرار أبراج الاتصال في ضوء أحكام المادة 138 من القانون المدني الجزائري يستوجب توافر شروط لكي يتسنى لنا تطبيق قواعد المسؤولية الشئبية علي أبراج الاتصال بوصفها من الأشياء الخطرة.

أولا : شروط قيام المسؤولية التقصيرية

أ- وجود برج الاتصال تحت يد حارسه

إن المشرع الجزائري أخذ بمعيار الحراسة المعنوية، وذلك لما ذهب إليه المشرع الفرنسي من خلال قرار الصادر من الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية في 02 ديسمبر 1941 في قضية فرانك الشهيرة، وصاغ المشرع الجزائري الحكم في المادة 138 مدني جزائري، وهذا يتضح منط الحراسة في السلطات الثلاثة في المادة سالفه الذكر وهي الاستعمال والتسيير والرقابة فلحارس من له السيطرة علي الشيء، وهذه السيطرة المعنوية والمتمثلة في السلطات الثلاث، أما السلطة المادية فوجودها ليس بكافي والمفروض أن المالك هو الحارس فتقع علي عاتقه المسؤولية حتى يثبت أن الحراسة كانت لغیره عند حدوث الحادثة، وبهذا يعتبر الحارس مسئولاً عما يحدثه الشيء من ضرر ولو أقلت الشيء من يده دون أن يتخلى عن ملكيته ودون أن تنتقل الحراسة إلي غيره وبعبارة أخرى يكون حارسا من تكون له السيطرة المعنوية علي الشيء ولو لم يستند في سيطرته إلي حق ما ودون اشتراط أن يكون الحارس واضعا يده ماديا علي الشيء، ويرى الإخوة مازو أن مفهوم الرقابة أوسع من التسيير المادي ويراد بها سلطة إصدار الأوامر.¹

ومن هنا فان شركة أبراج الاتصالات والواضعة لبرج الاتصال هي من لها السلطة الفعلية علي هذا البرج وان بقاء السيطرة المادية بيد التابع لا ينفي صفة الحراسة عنها ما دام التابع يعمل لحسابها ويأمر بأوامرها، وكذلك بالنسبة لعملية تشغيل البرج والتي هي موكلة إلي الجهات الفنية المتخصصة والتي هي الأخرى تعمل وفق أوامر وتعليمات الشركة لما لها من حق وسلطة علي البرج محل الحراسة وهنا تتجسد فكرة الحراسة المعنوية.²

ب - تحقق الضرر من برج الاتصال

إن المشرع الجزائري تكلم عن الضرر في العديد من المواد في القانون المدني منها المادة 124 بنصها " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " ³، وكما عرف الفقه الضرر علي أنه " الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو جماله أو حرته أو شرفه أو غير ذلك "، أو هو " الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة " ⁴

وعلي ضوء ما تقدم يمكننا القول أن الضرر الناتج عن أبراج الاتصال هو عبارة عن أذى يكون سببه برج الاتصال بحيث يؤدي إلي إصابة الإنسان في حق من حقوقه والذي هو العيش في بيئة سليمة أو مصلحة مشروعة له، وكذلك ينتقل الأذى ويصيب الحيوان والنبات وعناصر البيئة الأخرى من جراء التأثيرات البيولوجية للإشعاع غير المؤين الصادر عنها، وتجدر الإشارة إلي أن الضرر الناجم عن الأبراج ينبغي أن يقع بتدخل الشيء تدخل إيجابيا، ويقصد به أن يكون الشيء في وضع يسمح عادة لإحداث الضرر كأن يكون الشيء في غير وضعه الطبيعي أو في حالة حركة أي ألا يكون للبرج دور سلبي ويكون هذا الأخير في وضع يسمح ببث الأشعة الكهرومغناطيسية وكما لا يشترط أن يكون اتصال مادي ومباشر

¹ Henri, Léon, Jean MAZEAUD, Leçons De Droit Civil, P.474.

أنظر علي فيلال، المرجع السابق، ص 214 - 219.

² إباد عبد الجبار ملوكي، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها علي الأشخاص المعنوية، مطبعة بابل، بغداد، سنة 1981، ص 134

³ الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

⁴ بلجاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الجزء الثاني، سنة 2008، ص 143.

بين البرج والمضروب، ومثال ذلك أن صاحب العقار الذي نصب فيه برج الاتصال لا يصاب بمرض عضال بل قد حدث أن يصاب شخص يقطن في منزل مجاور للعقار الذي نصب فيه برج الاتصال¹ والذي تصدر منه أشعة كهرومغناطيسية تفوق نسبة المعايير المتفق عليها دوليا والمقدر بـ 0.4 ملي واط²، وتجدر الإشارة أن الأضرار الناجمة عن أبراج الاتصال تأخذ شكل صورتين وهما:

1- ضرر مادي أو مالي

لقد أجمعت التعاريف الفقهية والقضائية علي أن الضرر المادي هو الخسارة المادية التي تلحق المضروب نتيجة المساس بحق من حقوقه، أو مصلحة، بمعنى أن نطاق التعويض يقتصر علي الضرر الذي يلحق بالمال أي بالذمة المالية، ويقصد بالضرر المادي الناجم عن أبراج الاتصال ذلك الأذى الذي يصيب الأموال أو الذمة المالية أو الإنقاص من الحقوق المالية للمضروب نتيجة الضرر الذي يلحقه من هذه الأبراج³.

2- الضرر المعنوي

إن الضرر المعنوي يترتب عند التعدي علي الحقوق أو المصالح غير المالية، فهذا النوع من الضرر يلحق بما يسمي بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية، ويكون في العادة مقترنا بأضرار مادية، أو يلحق بالعاطفة أو الشعور بالألم التي يحدثها في النفس والأحزان، وبالتالي فإن الضرر المعنوي الناجم عن أبراج الاتصال عبارة عن ضرر لا يمس الذمة المالية للشخص بل يمس الشعور والعواطف، كآلام النفسية التي تنتاب الشخص نتيجة إصابة أحد أفراد عائلته بمرض عضال نتيجة تعرضه للإشعاعات الكهرومغناطيسية الصادرة عن برج الاتصال⁴ وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري ونص علي تعويض الضرر المعنوي وذلك في نص المادة 183 مكرر مدني جزائري بنصها " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحريّة أو الشرف أو السمعة "

ج- العلاقة السببية بين برج الاتصال والضرر

قد ينتج الضرر عن أسباب مختلفة، ومتفاوتة من حيث الدور الذي لعبته في إحداثه، فقد يكون البعض منها منتجة للضرر لأنها لعبت دورا رئيسيا في تحقيق الضرر، ومنها من شاركت حصوله ومنها من ساعدت أو زادت من حجمه ومنها من هي بعيدة عنه حيث كان لها دور ضعيف في إحداث الضرر⁵.

ولا تظهر أية مشكلة حينما يثبت أن الضرر كان نتيجة مباشرة للفعل الذي أحدثه الفاعل إلا أن المشكلة الحقيقية تظهر في حالة وجود مجموعة من الأفعال، مساهمة في إحداث الضرر قد يصدر بعضها عن الإنسان⁶، والبعض الآخر تتسبب فيه الأشياء أو قد تتسبب فيه القوى الطبيعية في إنتاج الضرر كما في حالة حدوث هزة أرضية أو سيول تؤثر بشكل مباشر علي المنطقة الموضوع عليها البرج⁷ وهذا ما يعرف بنظرية تكافؤ الأسباب وتساوي المسؤولية بين الأسباب التي

¹ عامر عاشور وهالة صلاح الحثيثي، المرجع السابق، ص 10.

² صلاح الدين عبد الستار محمد، المرجع السابق، ص 110.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 145.

⁴ عامر عاشور وهالة صلاح الحثيثي، المرجع السابق، ص 12.

أنظر تقرير منظمة الصحة العالمية حول علاقة الهاتف المحمول بمرض السلطان الصادر بتاريخ 28 جوان 2000 منشور علي الموقع الإلكتروني www.who.int التالي:

⁵ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 290-313.

⁶ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، مصر، الطبعة الخامسة، الجزء الثاني، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، سنة 1988، ص 456.

⁷ عامر عاشور وهالة صلاح الحثيثي، المرجع نفسه، ص 16.

ساهمت في إحداث الضرر¹، والمشرع الجزائري أخذ بنظرية السبب المنتج والتي مفادها أنه عند تدخل أسباب عدة في إحداث ضرر ما لا بد من فرزها والتمييز بين تلك التي تعتبر منتجة للضرر وتلك التي تكون عرضية فقط ولا يؤخذ في الاعتبار إلا الأسباب المنتجة أو الفعالة وحجته في ذلك نص المادة 182 مدني جزائري والتي تقضي بأنه " إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به"²

ومثال ذلك وجود مجموعة من أبراج الاتصال في منطقة عمرانية ولكن أحد هذه الأبراج أصيب بعطل فأصبح تأيين المنطقة العمرانية بالإشعاعات الكهرومغناطيسية يفوق الحد المتفق عليه، في هذه الحالة يكون هذا البرج الوحيد هو المتسبب في الأضرار التي تصيب سكان هذه المنطقة جراء ارتفاع نسبة التأيين.

ثانياً : التعويض عن أضرار أبراج الاتصال

إن من أجل جبر التعويض الناجم عن الأضرار التي تسببها أبراج الاتصال، ينبغي تحديد الشخص أو الجهة التي يقع علي عاتقها تعويض الضرر وعند الحديث عن أبراج الاتصال، نكون أمام شخصين الأول هو مالك البناء الذي قام بتأجير البناء من أجل نصب برج الاتصال، والشخص الثاني هو مالك البرج أو شركة الهاتف النقال.

أ- مسؤولية مالك العقار

إن في أغلب الأحيان تقوم شركة الاتصال باستئجار عقارات من مالكيها وذلك من أجل نصب هذه الأبراج عليها مقابل حصول المؤجر علي أجرة معينة، يتم الاتفاق عليها من قبل الطرفين، ومما لا شك فيه أن حق الملكية يعد من أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا وعليه فان مالك العقار له الحرية التامة في ممارسة سلطته، وهذه السلطة لا تأخذ علي إطلاقها بل تتقيد بعدم الإضرار بالغير لأن ذلك يعد تعسفا في استعمال الحق³ ولقد تكلم المشرع الجزائري علي حالة التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر مدني جزائري بنصها " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية : إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي للحصول علي فائدة قليلة بالنسبة إلي الضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول علي فائدة غير مشروعة"⁴.

إن التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير يعتبر خطأ بل هو خطأ عمدي بالاعتبار أن القصد الوحيد الذي انصرفت له نية الشخص صاحب هذا الحق هو الإضرار بالغير، واعتبر المشرع الجزائري تماشيا مع بعض الفقه والقضاء في فرنسا أن الرغبة الشريرة أي النية الخارجة بسبب شهوة والإضرار بالغير هو خطأ عمدي يفترض مسؤولية مدنية⁵، وبالتالي فان مالك العقار إذا قام باستغلال ملكه عن طريق إيجاره لمالك الأبراج وذلك من أجل نصب هذه الأبراج عليها وترتب علي ذلك ضرر لحق بجيرانه نتيجة زيادة الأشعة الكهرومغناطيسية الضارة من هذه الأبراج مما يؤدي إلي إصابة جاره بمرض عضال، يعد هذا ضررا فاحشا بالنسبة للفائدة القليلة التي يرجو الحصول عليها من وراء تأجيره للعقار وذلك تبعا للمادة 124 مكرر مدني جزائري سالفة الذكر وفي هذه الحالة فان التعويض الناجم عن التعسف في استعمال الحق الذي يتولد عنه المسؤولية التقصيرية قد يأخذ صور

¹ سليمان مرقس، المرجع نفسه، ص 455.

² علي قبلاي، المرجع نفسه، ص 318.

أنظر محمد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دار الهادي، الجزائر، سنة 2012، ص 100.

³ عامر عاشور وهالة صلاح الحثيثي، المرجع السابق، ص 19.

⁴ الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، الجزء الأول، سنة 1952، ص 837.

التعويض العيني والمتمثل في إزالة برج الاتصال وذلك لكون المسافة الأفقية بين الهوائيات الخاصة به والمباني المجاورة له يبعد عنها مسافة تقل عن 08 متر، أو يأخذ صورة التعويض النقدي.

ب- مسؤولية مالك برج الاتصال

إن شركة الهوائيات النقالة قد تسأل عن الأضرار التي تسببها الأشياء التي في حراستها، وإن لم يكن هناك التماس مباشر بين الشيء وبين المضرور، وذلك متى كان فعل الشيء سببا مباشرا لوقوع الضرر¹ وتقوم المسؤولية وفقا للقانون المدني الجزائري علي فكرة تقصير كل متولي حراسة شيء وكانت له قدرة التسيير، والاستعمال، والرقابة للوقاية من ضرره كأبراج الاتصال، وذلك في حالة عدم اتخاذ الحيطة الكاملة من أجل الوقاية من الضرر وهذا تبعا لأحكام المادة 1/138² مدني جزائري وهنا يعتبر الخطأ واجب الإتيان، ونري أنه لا توجد مشكلة في إثبات الخطأ في حالة الأضرار التي تسببها أبراج الاتصال فالخطأ ثبت هنا بمجرد عدم الالتزام بالمعايير والمواصفات المحددة لعمل هذه الأبراج لأن إثبات الواقعة المادية والضرر أمر لا بد منه من أجل إثبات العلاقة السببية وكما يمكن للمسئول نفي العلاقة السببية بإثبات أن الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة وهذا ما نصت عليه المادة 2/138 مدني جزائري³، ولقد أشتراط من أجل نصب أبراج الاتصال الحصول علي الترخيص الإداري من بعد أخذ رأي مديرية البيئة و بالإضافة إلي تقرير طبي حول الأضرار المحتملة وذلك بناء علي المرسوم التنفيذي رقم 198/06 الذي يضبط المنشآت المصنفة ويحدد كيفية تسليم التصريح والرخص⁴، وكما نص المشرع الفرنسي في التشريع رقم 663-26 الصادر في 19/07/1967 الخاص بمنشآت حماية البيئة في المادة 08 منه، حيث أشار أن " الترخيص الإداري يكون ممنوحا لخدمة حقوق الآخرين " بمعنى أن الترخيص يمنح تحت شرط ضمني وهو عدم المساس بحقوق الآخرين⁵، ومنح الترخيص لنصب هذه الأبراج ليس من أجل الإضرار بالآخرين وإنما يمنح بعد مراعاة الشروط الواجب توفرها.

خاتمة

وفي ختام دراستنا اتضح لنا جليا، أن للتلوث البيئي الكهرومغناطيسي تأثيرا واضحا علي البيئة بصفة عامة، وعلي صحة الإنسان بوجه خاص، إذ يجب اتخاذ مجموعة من التدابير من أجل التقليل من هذا النوع من التلوث، وبما أن جل الأجهزة التي نستعملها في حياتنا اليومية والتي لا نستطيع الاستغناء عنها، وهي أحد مصادر التلوث البيئي الكهرومغناطيسي وهذا الأمر يجعله الكثير من مستعملها، مما يستوجب الأمر من منتجي هذه الأجهزة تنبيه المستهلك غير متخصص، بخطورة هذه الأجهزة المستعملة عن طريق وضع لاصق علي الجهاز ويوضع عليها كل ما يتعلق بالجهاز. وكما ينبغي علي التشريعات بصفة عامة والمشرع الجزائري بصفة خاصة وضع نظام قانوني واضح ويتمشى وهذا النوع الجديد من التلوث، بحث نلاحظ ان قواعد القانون المدني ليست واضحة في هذا المجال خاصة في ما يتعلق في التعويض لان الضرر الكهرومغناطيسي أعراضه لا تظهر كلها في وقت قصير بل تبرز في المدى البعيد أي هو ضرر مستقبلي أكثر منه حالي لذا يجب إبقاء حق المضرور في الرجوع إلي القضاء في حالة تطور الضرر وذلك من أجل توفير

¹ عامر عاشور وهالة صلاح الحثيثي، المرجع السابق، ص 22.

² المادة 1/138 مدني جزائري بنصها " كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء ".

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 325.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 06-198 المؤرخ في 31/05/2006 الذي يضبط علي المنشأة المصنفة ويحدد كيفية تسليم التصريح والرخص .
أنظر المرسوم التنفيذي رقم 07-144 المؤرخ في 19-07-2007 الذي يحدد قائمة المنشأة المصنفة لحماية البيئة، لا سيما الخانة رقم 2911 التي تحدد نشاط واصلات الهوائية للهاتف النقال .

⁵ عامر عاشور وهالة صلاح الحثيثي، المرجع نفسه، ص 24.

الحماية أكبر للمضرور، وخاصة أن إثبات الخطأ يكون علي عاتقه، ويجب مراعاة بعض الشروط في تركيب محطات الهاتف المحمول، والتي تحتل نسبة كبيرة في انتشار الإشعاعات الكهرومغناطيسية، وخاصة وجود هذه الأبراج في وسط المجمعات السكنية خطأ كبير، كما يجب علي السلطة مانحة الترخيص أن تراعي شروط الأمان، كمراعاة المسافة بين البرج والمباني المجاورة له وارتفاع السكن المراد وضع البرج عليه بحث ألا يقل عن 08 أمتار ويجب القيام بفحص دوري للأجهزة المثبت في البرج وقياس نسبة تآين المنطقة بحيث لا تتجاوز نسبة 0.4 كيلو واط. كما نقترح علي وزارة البيئة، أن تستوفي من شركات الهواتف النقالة وقبل منحها الإجازة البيئية تأمينات نقدية أو عينية، لضمان تعويض الأضرار التي تلحق بالأشخاص نتيجة مخالفة تلك الشركات لقواعد السلامة والأمان عند وضع محطات الهاتف النقال.

قضية المانع الديني في الزواج

بدر منشيف

منتدب قضائي بالمحكمة

الابتدائية بتاوريرت

طالب باحث بسلك الدكتوراه في

القانون الخاص بكلية الحقوق وجدة

مقدمة

نظرا للتحولات التي تعرفها المجتمعات الإنسانية وخاصة في مجال العلاقات الأسرية، فإن العديد من القيود التي يمكن أن توجد في زمن معين قد يتم تجاوزها وكمثال على ذلك قضية المانع الديني في الزواج والتي تتجلى في زواج المسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية¹ وتحريم زواج المسلمة بغير المسلم وللتطرق إلى هذا الموضوع لا بد من تبيان التأصيل الفقهي لهذا المنع او التحريم (الفقرة الأولى) ثم إبراز تعامل المشرع المغربي مع الموضوع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: موقف الفقه من قضية زواج المسلمة بغير المسلم

إذا كانت العلاقة الزوجية على درجة كبيرة من الأهمية، فإنه ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار توافر أكبر قدر ممكن من مقومات الاندماج والانسجام أثناء تأسيسها، وألا يتخللها ما يسبب التنافر بين الزوجين.

ومن الأمور المهمة التي يجب أن تراعى في تأسيس اللبنة الأولى للمجتمع التوافق العقائدي بين الزوجين، لأن الاختلاف في العقيدة بين الرجل والمرأة يشكل المناخ الملائم للخلاف والنزاع بينهما، لذلك اشترط الإسلام ما يسعى بالكفاءة في الزواج أي أن يكون كل من الزوجين كفاً للآخر. ومن بين ما يدخل في هذه الكفاءة التوافق الديني أو العقائدي لذلك: "فإن اختلاف الدين من الموانع المؤقتة في الزواج على مستوى جميع الديانات السابقة، فلم يكن الإسلام بدعا في ذلك، ويوجد شبه اتفاق بين الفقهاء المسلمين على حرمة زواج المسلمة بغير المسلم، مستندين في ذلك على أدلة من الكتاب والسنة والإجماع والعقل، ومن ثم فهم يعتبرون كل زواج من هذا القبيل محرما وباطلا فلا تترتب عليه بالتالي أي أثر من الآثار المنبثقة عليه، يستوي في ذلك أن يكون الزوج الذي ترتب به المسلمة كافرا أو من أهل الكتاب"². وهنا نتساءل مع أستاذنا الحسين بلحساني هل حقيقة أن حكم الشريعة في المسألة من الوضوح والقطعية بحيث لا يدع مجالاً لأي نظر؟ إن مقاربة الوحي لموضوع زواج المسلمة بغير المسلم تتضح من خلال آيتين الأولى في سورة البقرة يقول فيها عز وجل "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مومن خير من مشرك ولو أعجبكم"³، والثانية في سورة الممتحنة ويقول فيها الباري جل وعلا "يا أيها الذين ءامنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن، الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مومنات فلا ترجعهن إلى الكفار، لا من حل لهم ولا هم يحلون لهن"⁴.

فعلى الرغم من وضوح تحريم زواج المسلمة بغير المسلم في الآيتين السابقتين، إلا أن النقاش بين الفقهاء والمفسرين كان حاضرا وخاصة فيما يتعلق بزواج المسلمة بالكتابي، لأن زواج المسلمة بالمشرك حرام لا شك فيه، ومنع هذا النقاش

¹ - سأقتصر فقط على دراسة زواج المسلمة بغير المسلم لأنه يثير إشكالات أكثر بالمقارنة مع زواج المسلم بغير المسلمة، وللاطلاع على هذا الموضوع الأخير، يرجع إلى أستاذنا الحسين بلحساني "أثر اختلاف الدين على الزواج المختلط في النظام القانوني المغربي" المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد 5/2002، ص 93/87.

² - أستاذنا الحسين بلحساني "أثر اللبس المرجعي على وضعية المرأة في النظام القانوني المغربي" سلسلة الندوات رقم 1 النساء ودولة الحق والقانون، دار الفلم الرباط 2004 ص 36.

³ - سورة البقرة، الآية 218.

⁴ - سورة الممتحنة الآية 10.

منحصر في تحديد معنى "المشرك" وكذا "الكتابي" من خلال الآية 218 من سورة البقرة. يقول رشيد رضا في تفسيره "إن ما روي في الآية التي نفسرها الآن متفق على أن المراد بالمشركيات فيها غير الكتابيات من نساء العرب، وذهب بعضهم إلى أن المراد بالمشركين والمشركيات عام يشمل أهل الكتاب لأن بعض ما هم عليه شرك... وذهب الكثيرون إلى أن المراد بالمشركيات مشركيات العرب اللاتي لا كتاب لهن لأن هذا هو عرف القرآن في لقب المشركين..."¹

وإذا كان هذا التفسير يتعلق بالشق الأول من الآية أي تحريم زواج المسلمين من المشركيات فإنه يسري كذلك على الشق الثاني الخاص بتحريم زواج المسلمات بالمشركين. وبالتالي فإن هناك من أخرج أهل الكتاب من دائرة "الشرك" المقصود في الآية 218 من سورة البقرة ومن بينهم الشيخ رشيد رضا من خلال قوله السابق، بل قصر المعنى فقط في مشركي العرب فقط، وقد برر موقفه في هذا بقوله: "إن للإسلام سياسة خاصة في العرب وبلادهم، وهي أن تكون جزيرة العرب حرم الإسلام المحي...، ولذلك لم يقبل من مشركي العرب الجزية حتى لا يبقى فيها مشرك، بل أوصى النبي صلى الله عليه وسلم بأن لا يبقى فيها دينان..."²

وإذا كانت الآية 218 من سورة البقرة قد أثارت نقاشاً حاداً بين المفسرين فيما يتعلق بمدى صراحتها في تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، فإن الفقهاء والمفسرين قد اعتمدوا على آية أخرى لتقرير التحريم وهي الآية 10 من سورة المتحنة السابق ذكرها، حيث "دلت على حرمة المؤمنات على الكفار تحريماً صريحاً، ولفظ الكفار عام يشمل كل من ليس بمسلم سواء كان كتابياً أو مشركاً" حسب تفسير محمد مصطفى شلي.³

يقول السيد قطب في سبب نزول الآية أنه "كان بعد صلح الحديبية الذي جاء في بنوده" على ألا يأتيك منا أحد وإن كان على دينك إلا رددته إلينا"، فلما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون معه بأسفل الحديبية جاء نساء مؤمنات يطلبن الهجرة والانضمام للمسلمين في المدينة، فجاءت قريش تطالب ردهن تنفيذاً للمعاهدة (أي صلح الحديبية) فنزلت هذه الآية تمنع ردهن إلى الكفار، وقد كان في أول الهجرة لا يفرق بين المؤمنة والكافرة ولا بين المؤمن والكافرة لأن المجتمع الإسلامي لم تكن قد استقرت قواعده بعد، أما بعد صلح الحديبية فقد بدأ هذا التفريق"⁴.

وقد ناقش أستاذنا الحسين بلحساني سبب نزول هذه الآية معتمداً على تفسير ابن كثير الذي جاء فيه: "اتفق المفسرون على أن مناسبة نزول الآية هي إبطال واحد من البنود التي تضمنتها اتفاقية صلح الحديبية... ويتعلق الأمر بالبند الذي ورد فيه "على أن لا يأتيك منا أحد وإن كان على دينك إلا رددته إلينا" فعلى هذه الرواية يقول ابن كثير تكون هذه الآية مخصصة للسنة، وعلى طريقة بعض السلف ناسخة، فإن الله عز وجل أمر عباده المؤمنين إذا جاءهم النساء مهاجرات أن يمتحنوهن فإن علموهن مؤمنات فلا يرجعوهن إلى الكفار"⁵ هذا على بند الصلح، ويعلق أستاذنا قائلاً "وإذا كان ابن كثير قد فهم من الآية كونها" هي التي حرمت المسلمات على المشركين مطلقاً، وقد كان جائزاً في ابتداء الإسلام أن يتزوج المشرك المؤمنة"⁶، فإن هذا التحريم امتد بفعل التأويلات الأخرى إلى أية علاقة زواج بين المسلمات وغير المسلمين كافة، ولم يعد بالتالي قاصراً على المشركين والكفار"⁷.

¹ - رشيد رضا "تفسير المنار" م س الجزء السادس، ص 193.

² - نفسه، ص 193.

³ - محمد مصطفى شلي "أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون "دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1977، ص 227.

⁴ - السيد قطب "في ظلال القرآن" المجلد السادس، دار الشروق، الطبعة السابعة عشر 1992، ص 354.

⁵ - محمد علي الصابوني "مختصر تفسير ابن كثير" المجلد الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 485.

⁶ - محمد علي الصابوني "مختصر تفسير ابن كثير" م، س، ص 485.

⁷ - أستاذنا الحسين بلحساني "اختلاف الدين على الزواج المختلط..." م، س، ص 95.

وبالتالي فإن موضوع زواج المسلمة بغير المسلم يتجاذبه موقفان، الأول يقول بالتحريم المطلق وأن الآيات السابق ذكرها تعتبر قطعية ولا مجال للاجتهاد فيها، أما الموقف الثاني فيقول بأن المسألة اجتهادية أمام انتفاء نص صريح في القرآن الكريم.

فمن بين أنصار الاتجاه القائل بكون المسألة اجتهادية نجد الشيخ عبد الله العلايلي من خلال كتابه "أين الخطأ"¹ ناقش موضوع اختلاف الدين وأثره على الزواج تحت عنوان "أطوطميون أنتم أم فقهاء؟" حيث قام بدراسة للآيات المعتمدة في الموضوع أي الآية 218 من سورة البقرة والآية 10 من سورة الممتحنة فقال فيما يتعلق بالآية الأولى "إن التعبير بكلمة مشرك" يجعلها خاصة المورد، والتعبير بكلمة خير" مفادها التفضيل لا الحكم ولا قائل بأنها تفيد للمنطوق مفهوم الموافقة وجوبا كما لا تفيد لمفهوم المخالفة تحريما" ويضيف قائلا "لو سلمنا من الفقهاء بالوجهين المذكورين، أي أن كلمة مشرك تعني مجازا المخالف في الدين وتشمل أهل الكتاب، وأن كلمة خير تتضمن حكما لكان على الفقهاء أن يحرموا الزواج مع المخالف بوجهيه، وإلا لزمهم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهذا خلف أي باطل. ولا يستقيم لهؤلاء القول بأن آية البقرة الواردة في المشاركات مخصصة بأية المائدة وليس من باب (عموم المجاز) المقبول أصوليا، وهو يعني استعمال اللفظ في معنى كلي شامل للمعنيين الحقيقي والمجازي. ذلك لعدم توفر شروطه، إذا ما جاء في سورة البقرة لا يصلح للحجية".²

أما ما يتعلق بالآية 10 من سورة الممتحنة فيقول الشيخ العلايلي أنها "خاصة المورد بدار الشرك فقد نزلت بعد صلح الحديبية وأنها صيانة للمسلمات المهاجرات من الارتداد والاضطهاد بالإرجاع كما أنها تتعلق بالمهاجرات، فإذا عطف عليها حديث "لا هجرة بعد الفتح" انتفت الصفة وانتفتها ينتفي الحكم. والكفر هنا لا يمكن أن يفسر إلا بالشرك فقط حتى لا يقع التناقض بينها وبين آية المائدة، ولا يمكن اعتماد هذا على القاعدة الكلية الأصولية "العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب" لأن الآية واردة بخصوص اللفظ وعلى التسليم بأنها من هذا الباب فإنها تعني الناجيات إيماننا من أي دار شرك في حال الاضطهاد الديني أو احتمالته".³

وفيما يخص أنصار الموقف القائل بقطعية النصوص الدالة على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم هناك الشيخ فيصل المولوي الذي أورد أهم النقاط التي استند عليها الشيخ العلايلي لتبرير موقفه وناقشها، وهذه بعض الردود حول التفاسير التي قيلت في الآيتين معا أي الآية 218 من سورة البقرة والآية 10 من سورة الممتحنة:

فيما يتعلق بقول الشيخ العلايلي الذي مفاده (إن التعبير بكلمة مشرك خاصة المورد، والتعبير بكلمة خير مفادها التفضيل) يرد الشيخ المولوي بقوله: "ورد في القاموس المحيط وغيره من القواميس "اشرك بالله: كفر فهو مشرك"، فكلمة المشرك تشمل لغة كل كافر، ولا يمكن أن تكون خاصة المورد كما قال. وهو لم يأت بأي دليل على ذلك، فهي إذا عامة تشمل جميع الكافرين حتى يأتي دليل آخر على التخصيص".

ويضيف قائلا "أما أن التعبير بكلمة "خير" مفادها التفضيل فهذا صحيح لو أن الآية الكريمة اقتضت عليها، أما أن تبدأ الآية بالتحريم "لا تنكحوا المشركات" "ولا تنكحوا المشركين" فقد أصبحت كلمة "خير" بيانا لسبب التحريم، وهذا معروف في النظم القرآني إذ غالبا ما يذكر الحكم ويذكر معه سببه"، وبالتالي فكلمة (خير) وصف لواقع أما الحكم فقد نصت عليه (لا الناهية) بوضوح. فكيف لا تكون هذه الآية دليلا في هذا الموضوع، وهل هناك لفظة للتحريم أشد من (لا الناهية)؟ ولو أننا أكملنا نص الآية لوجدنا أن (خير) لا يمكن أن تعني هنا التفضيل بين أمرين كلاهما خير. بل هي تعني التفضيل بين أمر يدعو إلى النار وآخر يدعو إلى الجنة، وهل يمكن للمسلم أن يختار أمرا يدعو إلى النار؟ أو أن يعتبر الأمر

² - عبد الله العلايلي "أين الخطأ؟ تصحيح مفاهيم ونظرة تجديد... دار الجديد، الطبعة الثانية 1992، ص 129.

³ - عبد الله العلايلي، م س ص 130.

خيرا بالمطلق¹. قال تعالى "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا، ولعبد مومن خير من مشرك ولو أعجبكم، أولئك يدعون إلى النار والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بإذنه"².

أما رده على قول العلايلي (ولو سلمنا مع الفقهاء بالوجهين المذكورين، أي كلمة مشرك لا تعني مجازا المخالف في الدين، وتشمل أهل الكتاب، وأن كلمة خير تتضمن حكما، لكان على الفقهاء أن يحرموا الزواج مع المخالف بوجهيه، وإلا لزمهم الجمع بين الحقيقة والمجاز، وهذا خلف أي باطل).

فيقول أن هذا صحيح، والفقهاء بناء على هذه الآية يحرمون الزواج المختلط بوجهيه ولكنهم يبيحون زواج المسلم من غير المسلمة بناء على آية المائدة وقد نزلت بعد آية البقرة فيعتبرونها مخصصة لها، وهي قوله تعالى "اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المومنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم"³

وإذا كانت هذه الآية الكريمة قد أحلت للمسلم أحد وجهي الزواج المختلط وهو زواج المسلم من كتابية، فقد بقي الوجه الآخر، وهو زواج المسلمة من كتابي محرما بالآية الأولى. أما القول بأن اعتبار آية المائدة مخصصة لآية البقرة يؤدي إلى الجمع بين الحقيقة والمجاز فهو قول مخالف لأبسط قواعد اللغة والمنطق⁴.

وفيما يتعلق بآية الممتحنة (الآية 10) والتي قيل بأنها خاصة المورد بدار الشرك حيث نزلت بعد صلح الحديبية، وأنها صيانة للمسلمات المهاجرات من الارتداد والاضطهاد بالإرجاع، فإذا عطف عليها حديث "لا هجرة بعد الفتح" انتفتت الصفة، وبانتفائها ينتفي الحكم، كما أنه لا يمكن الاعتماد هنا على قاعدة (العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب). لأن الآية واردة بخصوص اللفظ، وعلى التسليم بأنها من هذا الباب فإنها تعني الناجيات إيماننا من أي دار شرك في حال الاضطهاد الديني واحتماله.

فإن الشيخ المولوي يخالف هذا القول جملة وتفصيلا وإن كان يتفق مع سبب نزول الآية (صلح الحديبية) فهو يرى أن المفسرين لا يعتبرون أية آية خاصة بمناسبة نزولها إلا إذا وردت قرينة من نفس الآية نفسها أو من الواقع تفرض ذلك، وإلا فإن القاعدة عندهم أن (العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب)⁵. كما أن الحكم المأخوذ من الآية الكريمة عام لكل مسلمة وليس مقتصرًا على المهاجرات، ومن العجيب -كما يقول المولوي- أن يعطف هذه الآية على حديث (لا هجرة بعد الفتح) لأنه يتعلق بالثواب الخاص للمهاجرين لا أكثر، وينال هذا الثواب كل مجاهد خلصت نيته ولكنه لا يسمى مهاجرا ولو ترك بلده فرارا بدينه بعد أن أصبح اسم المهاجر خاصا بمن هاجر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم.

ويضيف ردا على أن هذه الآية تعني الناجيات إيماننا من أي دار شرك في حال الاضطهاد الديني أو احتماله فيقول: "فكيف ينسجم التسليم بأنها من (عموم اللفظ وخصوص السبب) مع الإصرار بأن اللفظ خاص بالناجيات إيماننا من دار الشرك، فإما أن يسلم الإنسان بأن اللفظ عام وبالتالي فإن معناه "عدم حل الزواج المختلط بوجهيه بشكل مطلق"، وإما

¹ -فيصل المولوي: الرد على الشيخ عبد الله العلايلي" مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.Mawlawi.net/kutub.asp بتاريخ 2009/04/23.

² - سورة البقرة الآية 218.

³ - سورة المائدة الآية 5.

⁴ - فيصل المولوي، المرجع السابق.

⁵ - وقد أورد المولوي قرينتين تؤكدان أن المقصود عموم اللفظ لا خصوص السبب: الأولى قوله تعالى في وسط الآية مبينا سبب الحكم بعدم إرجاع النساء المهاجرات "لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن". ولم يقل إن سبب ذلك الخوف من ارتدادهن ولا من تعرضهن للاضطهاد، مع أن هذا الأمر محتمل، مما يؤكد أن عدم الإرجاع سببه تحريم بقاء رباط الزوجية حتى ولو لم يكن هناك خوف من الاضطهاد أو الارتداد. الثانية: آية البقرة السابقة نفسها التي تحرم الزواج المختلط بوجهيه، فهي قرينة قاطعة على أن سبب عدم الإرجاع هو تحريم البقاء على الزواج المختلط، طالما أن آية البقرة حرمت الابتداء بهذا الزواج.

أن يعتبر اللفظ خاصا بالناجيات من الاضطهاد ومعناه "عدم حل الزواج المختلط حيث الخوف من الاضطهاد الديني فقط".

لقد اقتصرنا فقط على هذين المثاليين في المواقف لإبراز حجم الاختلاف الدائر حول الموضوع، وإن كان هناك شبه إجماع الفقه الإسلامي حول تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، إلا أن الدراسات الفكرية الحديثة تعتمد على التغييرات التي حصلت على مستوى العلاقات الإنسانية بين المسلمين وغير المسلمين من أهل الكتاب، وخاصة بالنسبة للمغرب لوجود جالية مهمة من المغاربة في الخارج. هذه الأخيرة فرضت- حسب هذا الاتجاه- تغيير الأحكام بما يتلاءم ووضعيتها هذه الجالية، ومن بين هذه الأحكام زواج المسلمة بغير المسلم وخاصة الكتابي، لأن الواقع أبان على وجود مثل هذه الزيجات. يقول أستاذنا الحسين بلحساني "لقد شهد الممارسون والمختصون، وكل المعنيين الثقة بأن عددا كبيرا من المغريات المسلمات يتزوجن بالفعل بموجب عقود مدنية من أجانب غير مسلمين، ناهيك عن زواج المغاربة بغير المسلمات، فأصبح ذلك لدينا علما يقيناً¹. لذلك واستنادا لهذه التغييرات نجد الأستاذ عبد الهادي التازي يدعو قادة الفكر ليحاولوا أن يجدوا في النصوص ما يمكن أن يسهل على مهاجرينا العيش في راحة بال فلا يغالون في مطالبهم بما يشق عليهم ولا يفرطون في إنقالهم بالتكاليف، فإن هذا الدين يسر ولن يشاد أحدكم هذا الدين إلا غلبه"².

لا أحد يمكن أن يخالف الأستاذ عبد الهادي التازي فيما دعا إليه باعتبار ذلك يدخل ضمن الفقه المقاصدي الذي يراعي حركية الزمان والمكان، يقول أستاذنا جمال الطاهري "فبعد أن كان هذا الفقه للأسرة المسلمة، وبغير المسلمة التي يستقبلها بعقدي "الذمة" و"الأمان" كجالية بالمعنى الحديث، ويستوعبها بقاعدة: "أمرنا أن نتركهم وما يدينون"، أصبح فاقدا لعدد مهم من مجاله الشخصي عن طريق "التجمع العائلي" للأسرة المغربية بأوروبا بصفة خاصة، وضع مقلوب تماما من المنظور التشريعي والتاريخي معا، لكنه واقع لا يرتفع ولا ينبغي أن تغيب ملامسته-خصوصا على المستوى الاقتصادي- ينبغي تشكيله شرعيا والتعامل معه على حاله"³.

غير أن التعامل الشرعي مع موضوع زواج المسلمة بغير المسلم يفرض استحضار الواقع الذي سيطر فيه هذا التعامل، فإذا كانت والحكمة من تحريم زواج المسلمة بغير المسلم راجعة حسب رأي الشيخ يوسف القرضاوي إلى أن المسلم يؤمن بكل الرسل بما فهم موسى وعيسى عليهم السلام، وبكل الكتب بما فيها التوراة والانجيل، بينما لا يؤمن أهل الكتاب إلا برسلمهم وكتابهم وقد أجاز الإسلام لزوجة المسلم الكتابية أن تذهب إلى أماكن عبادتها كالكنيسة والمعبد، بينما لا يجيز هؤلاء الكتابيين للمسلمة- لو تزوجها- أن تذهب للمسجد وتظهر شعائر الإسلام.

والأهم من ذلك يقول الشيخ القرضاوي أن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، والزواج ولاية وقوامة، فيمكن أن يكون المسلم وليا وقواما على زوجته الكتابية، بينما لا يمكن أن يكون غير المسلم وليا أو قواما على المسلمة، والزوجة عليها طاعة زوجها فلو تزوجت المسلمة بغير المسلم لتعارضت طاعتها له مع طاعتها لله تعالى ولرسوله صلى الله عليه وسلم⁴.

ومع ذلك يرى أستاذنا الحسين بلحساني أن هذه التبريرات التي أدت إلى هذا التحريم من قبيل القوامة والخوف من الفتنة في الدين، وتنشئة الأولاد على غير الإسلام، وكون الديانات الأخرى لا تضمن حرية العقيدة ولا توفر الحقوق اللازمة للمرأة وغيرها، مجرد محاذير افتراضية لا تكفي سندا للجزم بالتحريم مطلقا، سيما وأن أكثر بلدان المهجر لم تعد

¹ - أستاذنا الحسين بلحساني "أثر اختلاف الدين على الزواج المختلط"، م ص 85.

² - عبد الهادي التازي "مهاجرونا بين واقع العولمة وهاجس الهوية" مطبوعات أكاديمية المملكة، سلسلة الندوات، هجرة المغاربة إلى الخارج، 12-13 ماي 1999، ص 99.

³ - أستاذنا جمال الطاهري "مراعاة الإقامة بالخارج كمحدد للضبط في مدونة الأسرة" ندوة مدونة الأسرة عام من التطبيق: الحصيلة والآفاق، 17 فبراير 2000، ص 143.

⁴ - انظر الموقع الإلكتروني: www.Islamonline.net بتاريخ 25/01/2009.

تحتكم إلى التعاليم الدينية المحرفة والمكرسة للمعاملات التمييزية في العلاقات الأسرية، وإنما إلى قوانين وضعية تضمن إلى حد بعيد نوعاً من المساواة في تدبير شؤون الأسرة¹.

وبالتالي فالرأي فيما أعتقد أن سبب التحريم يعلمه الله عز وجل لأن حتى الحكمة من التحريم التي أوردها الشيخ القرظاوي وغيره في الشق المتعلق بالاضطهاد الديني لا يصلح أن يكون سبباً للتحريم وإلا فما هو الضابط لهذا الاضطهاد؟ هل هو المنع من تأدية الواجبات الدينية أو الإلزام بالارتداد أو ماذا؟ فمن المعروف أن الحكم الشرعي ينبني دائماً على ضابط واضح محدد وإلا أصبح الأمر تعديداً، أما أن يكون التحريم مبني على احتمال الاضطهاد فهذا أمر تتنازه عنه القوانين الوضعية فضلاً عن الأحكام الإلهية، لأن هذا الاحتمال مقياس يختلف باختلاف الأفراد وأمزجتهم وصبرهم، وباختلاف البيئات مما يجعل الحالة نفسها حراماً حيناً وحلالاً حيناً آخر، وهذا محال، لذلك فهذه التفسيرات تبقى مجرد اجتهادات عاجزة عن الوصول إلى المغزى الحقيقي لهذا التحريم وإن كان تبريراً للإسلام يعلو ولا يعلى عليه أهمها.

وإذا كان هذا هو الحال على مستوى الفقه، فكيف كان تعامل المشرع المغربي مع الموضوع؟

الفترة الثانية: موقف المشرع المغربي من زواج المسلمة بغير المسلم

من بين المشاكل التي طغت مؤخراً على الساحة الإعلامية وطنياً ودولياً، مشكل الهجرة من البلدان الفقيرة إلى الدول المتقدمة ومنظر جغرافي من دول الجنوب إلى دول الشمال، وهو مشكل تتشابك خيوطه بين السياسي والاقتصادي والاجتماعي والتاريخي، وبمجرد وصول المهاجر إلى البلد الأجنبي ومشاركة الآخر في حياته يبرز أول مشكل وهو مشكل عدم الانسجام وعدم التوافق بين ما تعود عليه هذا المهاجر وما يعيشه الآخر، و"يأتي الزواج المختلط الذي هو من الاختيارات التي يواجهها المهاجر كنظام خاص ليجسد الاختلاف ويكرس الحماية القانونية للمهاجر إليه من المهاجر"².

وبالتالي فإن مناقشة موقف المشرع المغربي من الموضوع تنطلق من رصد تفاعل التنظيمات القانونية الوطنية في مجال الزيجات المختلطة والتي تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الدولي الخاص، مع التنظيمات المطبقة في الدول الأوروبية المستقبلية للمهاجرين والتي تعرف أعلى نسبة من الزيجات المختلطة، علماً بأن هذه الدول لا تعير اهتماماً للعامل الديني في تنظيم هذا النوع من الزيجات ولا في التعامل مع مشاكله لأن مرجعيتها القانونية ذات أساس علماني تجعلها تدخل مؤسسة الزواج برمتها في إطار قوانينها المدنية.

أمام هذا المعطى المهم تتضح ملامح الإشكال التي يطرحها الزواج المختلط، في شقه المتعلق بزواج المسلمة من غير المسلم ببلدان المهجر والتي يمكن استخلاصها من خلال الكشف عن بعدين أساسيين:

الأول: تدخل ضابط الدين وضابط الجنسية في التنظيم القانوني للزواج المختلط في التشريع المغربي والتي جسدها المادة الثانية من مدونة الأسرة³.

الثاني: الآثار المترتبة عن اصطدام ضابط الدين مع التنظيم القانوني للزواج ببلدان المهجر القائم على إقصاء كل ما له علاقة بالدين، وهذا ما يسمى باصطدام ازدواجية المرجعية القانونية للزواج المختلط.

¹ - أستاذنا الحسين بلحساني: "أثر اختلاف الدين على الزواج المختلط" م، س، ص 101-102.

² - إبراهيم زعيم "الزواج المختلط: ضوابطه وإشكالاته" مجلة الملحق القضائي، العدد 36، مارس 2003، ص 28.

³ - تنص المادة الثانية من مدونة الأسرة على أنه "تسري أحكام هذه المدونة على:

1- جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى؛

2- اللاجئين بمن فيهم عديمو الجنسية، طبقاً لاتفاقية جنيف المؤرخة ب 28 يوليوز لسنة 1951 المتعلقة بوضعية اللاجئين.

3- العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربياً؛

4- العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم؛

أما اليهود فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية."

وقبل مناقشة هذين البعدين لا بد من معرفة تعامل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة مع زواج المسلمة بغير المسلم، والذي لم يخرج عما هو مقرر في الفقه الإسلامي من اعتبار زواج المسلمة بغير المسلم حراما وإذا ما وقع فهو باطل. يقول أستاذنا الحسين بلحساني: "في سياق تعداد الموانع المؤقتة، ورد في الفقرة الخامسة من الفصل 29 من المدونة حظر" زواج المسلمة بغير المسلم" والتحریم هنا مؤقت ومن ثم يبطل مفعول الفقرة بإعلان المسلم إسلامه، وهو يمتد ليشمل غير المسلم عموما يستوي في ذلك أن يكون المعني بالأمر كافرا أو من أهل الكتاب، إذ في جميع الحالات، لن يتأتى له الزوج من المغربية المسلمة إلا إذا ارتضى اعتناق الإسلام¹. وقد حددت مجموعة من المناشير المسطرة الواجب سلوكها للاعتراف بمثل هذه الزيجات².

أن الإشكال لا يمكن في الحالة التي يبرم فيها مثل هذا الزواج في المغرب، لأن العدول سيمتنعون عن الإشهاد عليه إذ لم يعلن هذا الزوج إسلامه ويثبت ذلك بعقد، ولكن الإشكال يطرح في الحالة التي يبرم فيها الزواج خارج المغرب وهذا هو الأغلب -علما بأن ضوابط الحالة لبلد الإقامة سوف لن يحترم القواعد الجوهرية بالخصوص التي يفرضها المشرع المغربي وخاصة ذات الطابع الديني- وبالتالي فمثل هذا الزواج لن يتم تسجيله لدى القنصليات المغربية ولن يكتسب أية حجية ولن يعترف به، وهنا تبدأ معاناة هذه الأسرة وخاصة إذا كان هناك أبناء.

هذا على مستوى المدونة الملغاة، أما فيما يتعلق بمدونة الأسرة فإن فهم آلية تعامل المشرع مع المانع الديني في الزواج عموما وزواج المغربية المسلمة بغير المسلم خصوصا، يتأتى بقراءة المادة الثانية من مدونة الأسرة قراءة مقاصدية، باعتبارها المجسدة لضوابط الإسناد في المنظومة التشريعية الخاصة بالعلاقات الأسرية.

إن دراسة موضوع اختلاف الدين بين الزوجين من وجهة نظر القانون المغربي يتطلب إبراز حالتين عامتين لهذا الزواج:

الحالة الأولى: تتعلق بزواج مغربيين مختلفين في الدين داخل المغرب وخارجه، ففيما يتعلق بالزواج داخل المغرب، فإن المشرع كان صريحا في موقفه، حيث نص في المادة 39 من مدونة الأسرة على أن "موانع الزواج المؤقتة...4- زواج المسلمة بغير المسلم والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية"، وبالتالي يكون المشرع قد أخذ بإجماع الفقه الإسلامي الذي حرم زواج المسلمة بغير المسلم، وكذا زواج المسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية³.

ومن ثم فإن زواج المسلمة بغير المسلم لا يعترف به المشرع المغربي ويعتبر باطلا سواء وقع داخل المغرب أو خارجه وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 57 من المدونة والتي جاء فيها "يكون الزواج باطلا...2- إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 أعلاه".

¹ - أستاذنا الحسين بلحساني "أثر اختلاف الدين على الزواج المختلط..." م س ص 106.

² - راجع محتوى هذه المناشير عند الأستاذ محمد الكشيور "شرح مدونة الأسرة" الجزء الأول، م س ص 199 الهامش 92.

³ - لقد أثنى أستاذنا الحسين بلحساني على موقف المشرع من زواج المسلم بغير المسلم في ظل م ح ش الذي لم يكن يشترط أن تكون الزوجة من أهل الكتاب كما قرر الفقه الإسلامي حيث قال: "إن القانون هنا بعيد تماما عما هو مقرر في الفقه الإسلامي عموما وفي الفقه المالكي على الخصوص... ومع ذلك لا نلتمس اعتراضات حقيقية على هذا التجاوز المفترض، أقول المفترض، لأن المشرع هنا قد انتصر للرأي الذي يعتبر أن الشركات اللاتي لا يجوز الاقتران بهن نسا لم يعد لهن وجود، وأعتقد أنه محق في ذلك تماما، سيما وأن الكفر أضحى وضعا غير دقيق بفعل العلمانية المنتشرة بين الأجانب وصعوبة التعرف على عقيدة الفرد وحقيقتها" ويضيف قائلا "ويسند هذا الرأي أن مدونة الأحوال الشخصية قد أقرتها لجنة ضمت صفوة من العلماء آنذاك، فليس واردا البتة أن يغيب عن ذهنهم موقف الشريعة من التزوج بالكافرات = ومن ثم فإنه لا مناص من التسليم بكونهم قد اعتبروا التحريم المقصود في النصوص الشرعية قد انتفت علة" أثر اختلاف الدين على الزواج المختلط..." م، س، ص 105. وهذا يعني أن أستاذنا بلحساني يختلف مع ما جاء في الفقرة الرابعة من المادة 39 من المدونة بل الأكثر من ذلك قد يغير حتى موقفه من العلماء الذين كانوا في اللجنة التي أعدت المدونة وأتساءل نيابة عن الأستاذ هل التحريم الذي انتفت علة في ظل م ح ش رجعت في ظل م س؟

وبالتالي فإن التعامل مع الحالات الواقعية لزواج المسلمات المغربيات بغير المسلمين المغاربة يختلف بحسب وقوعه داخل المغرب أو خارجه، "فإذا كان داخل المغرب فإن المادة 58 من المدونة نصت على أنه "تصرح المحكمة ببطان الزواج تطبيقا لأحكام المادة 57 أعلاه بمجرد اطلاعها عليه أو بطلب من يعينه الأمر". لذلك فإن المحكمة تحكم ببطان عقد الزواج سواء طلب منها ذلك مباشرة من أية جهة كانت لها مصلحة في البطلان أم لم يطلب منها ذلك، حيث لها أن تثير البطلان تلقائيا لأن المسألة تتعلق بصميم النظام العام. وبعد الحكم بالبطلان يجب على الزوجين أن يفترقا رضاء وإلا فقبضاء بواسطة النيابة العامة، لأننا في الحقيقة أمام فسخ للزواج والفسخ هنا من صميم النظام العام¹.

أما إذا وقع هذا الزواج في الخارج وأراد أصحابه تصحيحه فإن المشرع قد عمل على تنظيم علاقات المغاربة المقيمين بالخارج بنوع من المرونة مراعاة لوضعيتهم، ويتجلى هذا التنظيم بالإضافة إلى النصوص القانونية في المناشير الصادرة عن وزير العدل.

ومن أهمها والتي لها علاقة بالموضوع منشور عدد 13 بتاريخ 13 أبريل 2004 والذي جاء فيه "يجب التنسيق بين القاضي والمصالح القنصلية... قصد تدارك كل نقص، وفي هذه الحالة يجب إبلاغ المعني بعقد الزواج بإتمام الإجراءات، وإضافة البيانات التي تعالج كل نقص ومن ذلك الاستماع إلى شهادة الشهود أو أي إجراء آخر...".

وبالتالي نتساءل هل يمكن أن يشمل "تدارك كل نقص" أو "أي إجراء آخر" ما يتعلق بالموانع؟

يلقى أحد الأساتذة² قائلا: "نصوص المدونة الجديدة جاءت بشكل يعاكس التيار ويخالف التسهيلات التي كان يستفيد منها أفراد الجالية المغربية بالخارج فيما يرتبط بالموانع، ويمكن أن نشير في هذا الصدد إلى حالات زواج المغربيات بغير المسلم، وزواج المغربي بغير الكتابة المنصوص عليها في الفقرة 5 من المادة 39. فقبل صدور المدونة كانت هناك ممارسة عملية تقضي "بتصحيح" مثل هذا الزواج عن طريق تدارك مسألة عدم الإشارة في عقد الزواج إلى ديانة الزوجة كتابية أو اعتنقت الإسلام بدورها". أما في ظل مدونة الأسرة، فإن هذا الأستاذ يؤكد على أن المنشور المذكور قد اقتصر على الإشارة في التعليمات المتعلقة بالزواج المختلط على أنه "يجب مراعاة شرط الإسلام بالنسبة للزوج، وشرط الكتابة بالنسبة للزوجة غير المسلمة" فهل معنى هذا عدم إمكانية تصحيح مثل هذا النوع من عقود الزواج؟".

إن هذا الغموض قد تترتب عليه عدة إشكالات عملية خصوصا وأنه في الكثير من الأحيان يمر وقت كبير ما بين الإبرام الواقعي لهذا الزواج والتصريح به أمام السلطات القنصلية المغربية وبالتالي يطرح السؤال حول مصير الآثار المترتبة عن هذا الزواج من نسب ونفقة وحضانة وغيرها.

هذا كله على مستوى الحالة الأولى المتعلقة بزواج مغربيين مختلفين في الدين داخل المغرب وخارجه، أما الحالة الثانية فتتعلق باختلاف الدين في الزواج المختلط وزواج الأجانب والمقصود بهذا الأخير الزواج الذي يتم بين أجنبيين مختلفين في الدين داخل المغرب بغض النظر عن جنسيتهم سواء كانت متحدة أو مختلفة، وكما هو معلوم فإن هذا الزواج يخضع للقانون الوطني للزوجين، غير أنه يطرح مشكلا بالنسبة للقاضي، خاصة عندما تكون جنسيتهم مختلفة حول كيفية تطبيق قانونهما الوطني، هل يطبق تطبيقا عاما أي ضرورة توافر الشروط الجوهرية للزواج كما هي مقررة في القانونين معا أم يطبقهما تطبيقا توزيعيا أي أن كل زوج يتعين عليه أن يحترم الشروط الموضوعية المفروضة بموجب قانونه الوطني. يجب أحد الأساتذة³ على هذا الإشكال بقوله "إن النهج الذي اختاره القضاء المغربي يقضي بضرورة تطبيق القانونين الوطنيين للزوجين تطبيقا توزيعيا يقضي إلى أن يطبق على كل زوج قانونه الوطني، وأن الزوجة ينبغي لها تحقيق الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانونها الوطني".

¹ - محمد الكشيبور "شرح مدونة الأسرة" الجزء الأول، م. س. ص 347.

² - خالد برجواي "تقييم مدونة الأسرة من زاوية القانون الدولي الخاص" مجلة المرافعة العدد 16، أكتوبر 2005، ص 67-68.

³ - أحمد زوكاغي "أحكام التنازع بين القوانين في التشريع المغربي" مطبعة الكرامة الرباط، الطبعة الثانية 2002، ص 151.

إلا ان هذا النهج لا يعتبر قاعدة بحيث إن هناك حالات لا بد فيها من التطبيق الجامع للقانونين الوطنيين للزوجين كما في حالة الموانع وبالتالي فإنه يلزم لصحة الزواج أن لا يقوم أي مانع من الزواج سواء في قانون جنسية الزوج أو الزوجة. غير أن أحد الفقهاء يرى أن النظام العام المغربي يقتضي أن الأجنبي المسلم الذي يريد إبرام الزواج في المغرب لا يطبق عليه قانونه الوطني من حيث الشروط الجوهرية والشكلية، بل يستبعد هذا القانون ويطبق بدلا عن القانون المغربي¹. واعتقد أن هذا الرأي يكون صحيحا في الحالة التي يكون فيها الأجنبي المسلم منتما لبلد يخالف قانونه الوطني مقتضيات النظام العام المغربي كأن لا يأخذ مثلا بعين الاعتبار الفوارق الدينية بين الراغبين في الزواج، بحيث أن القاضي المغربي هنا يستبعد القانون الأجنبي المخالف للمرجعية الإسلامية باسم النظام العام المغربي، أما إذا لم يكن كذلك فلا داعي لاستبعاده.

فالقاضي المغربي مثلا لن يسمح بزواج هولندي مسيحي بفرنسية مسلمة مع العلم أن القانون الوطني لهذه الأخيرة يسمح بمثل هذا الزواج، وبالتالي فاستحضر المانع الديني في الزواج لا يخص فقط المغاربة وإنما حتى الأجانب إذا أبرموا زواجهم داخل المغرب لتدخل النظام العام المغربي.

أما ما يتعلق بالزواج المختلط فهو الذي يتم بين رجل وامرأة أحدهما يحمل الجنسية الوطنية والآخر يحمل جنسية أجنبية²، فإن ما يهم هو أن يكون هذا الزواج بين مختلفتين في الدين ويرغب في إبرامه خارج المغرب، يقول المرحوم موسى عبود "الزواج المختلط هو من المسائل التي يبرز فيها بأوضح صورة تطور فكرة النظام العام وتأثرها بالأوضاع السياسية وتأثيرها ليس فقط على الفقه والاجتهاد القضائي بل أيضا على التشريع والتفسير الإداري للنصوص التشريعية"³.

إن المادة الثانية من مدونة الأسرة وبالأخص الفقرة الثانية قد أكدت على احترام القانون المغربي في الزواج المختلط عندما قالت "تسري أحكام هذه المدونة على...3- العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا" وهذا يطرح السؤال هل القانون المغربي يطبق على العلاقة بأكملها أم أنه يطبق فقط على الطرف المغربي؟ تقول جميلة أوحيدة "كما يرجح تطبيق المدونة في الروابط العائلية المختلطة وذلك بالاستناد إلى امتياز الجنسية في علاقة مختلطة يكون أحد أطرافها مغربيا يرجح تطبيق القانون المغربي"⁴.

وفيما أعتقد أنه بالرغم من وضوح الفقرة الثالثة من المادة الثانية من المدونة والتي تبدو في ظاهرها بأنها تنص على إخضاع العلاقات التي يكون أحد طرفيها مغربيا لمدونة الأسرة، إلا أنه بقراءة هذه الفقرة، بدلالة الفقرة الأولى من نفس المادة والتي رجحت الجنسية المغربية يتبين بأن المقصود هو العلاقات التي تشمل على طرف مغربي وآخر أجنبي، بحيث يتعين احترام قانون الأسرة للزوج المغربي ولم يقل المشرع بتطبيقه، في حين ترك مسألة تطبيق القاعدة التوزيعية أو الموحدة للقانون الدولي الخاص، وهكذا فإن المغربية التي تتزوج بغير مغربي خارج المغرب بإمكانها إبرام عقد زواجها وفق أي قانون شريطة احترام مقتضيات التي جاءت بها المادة 14 و15 من مدونة الأسرة وإلا كان العقد غير معترف به داخل المغرب.

وخلاصة القول، فإن قراءة المادة الثانية من مدونة الأسرة يستنتج منها أنه عند اتحاد الجنسية (أي المغربية) يوجه القانون (أي مدونة الأسرة) مباشرة لحكم العلاقة، أما عندما تختل الجنسية يوجه القانون مباشرة للشخص المغربي لضمان حمايته، هذا على مستوى الجنسية، أما فيما يتعلق بضابط الدين فإنه وإن كان يبدو ظاهريا أنه استبعد عن

¹ - موسى عبود "الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي" المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى، أكتوبر 1994، ص 235.

² - أحمد زوكاغي "أحكام النزاع بين القوانين في التشريع المغربي"، م س ص 165.

³ - موسى عبود "الوجيز في القانون الدولي الخاص"، م س، ص 236.

⁴ - جميلة أوحيدة "مستجدات مدونة الأسرة وانعكاساتها على المغاربة المقيمين بأوروبا" الندوة الجهوية الثانية للمجلس الأعلى بعنوان "قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى" مكناس 8-9 مارس 2007، ص 141-142.

الساحة المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، إلا أنه حاضر عند الإحالة على قانون الأسرة، وحتى يتضح الأمر وتماشيا مع الموضوع أقترح المثال التالي: فمثلا زواج مغربية مسلمة من فرنسي مسيحي خارج المغرب.

فإذا أردنا دراسة هذه العلاقة يتضح أنه مادامت الجنسية مختلفة فإن العلاقة ستخضع للقانون الدولي الخاص، وبالتالي كل طرف سيخضع لقانونه الشخصي، فبالنسبة للمغربية المسلمة ستحليها على الفقرة الثالثة من المادة الثانية التي تقول بأن المدونة تسري على "العلاقات التي يكون أحد طرفيها مغربيا"، هذه الفقرة ستحليها على المادة 39 من المدونة التي تجعل زواج المغربية المسلمة من المسلم من الموانع المؤقتة، وبالتالي نجد ضابط الدين الذي يكون خفيا في أول العلاقة يظهر عندما يريد المشرع أن يظهر، ومن ثم إذا أبرم هذا الزواج بعيدا عن مقتضيات مدونة الأسرة فإنه يعتبر باطلا بنص المادة 57 من المدونة، والنتيجة أن هذا الزواج سيكون معترفا به في فرنسا وغير معترف به داخل المغرب، ناهيك على الآثار التي يمكن أن يخلقها والتي ستخلق مشاكل عديدة.

إن هذه الوضعية المقلقة جعلت أحد الفقهاء المغاربة¹ ينتقد المشرع المغربي بل الأنظمة القانونية الإسلامية كلها لأنها تركز امتياز الجنسية وامتياز الديانة على حساب مبادئ المثال الأممي ومبادئ القانون الدولي الخاص المقارن حيث يقول: "إن هذه القواعد المكرسة للميز إما على أساس ديني أو وطني لا تساهم البتة في تحقيق التنسيق مع أنظمه القانون الدولي الأممي، وهذا يفرض على الأنظمة القانونية الإسلامية الانفتاح على المفاهيم الوضعية واتباع مبادئ التحليل التنازعي السليم في هذا المجال لضمان حصول أحكامها وقراراتها القضائية على فرص أكبر للتنفيذ بالخارج والحفاظ على الحقوق المكتسبة للأفراد".

لذلك ولتفادي الازدواجية في المراكز القانونية الناتجة عن عدم احترام المانع الديني في الزواج ذهب أحد الفقهاء إلى القول بإعادة النظر في موضوع زواج المسلمة بغير المسلم بحيث أن المرجعية الفقهية لم تعد وحدها المهيمنة إذ أصبحت تزاحمها المرجعية الدولية التي ينبغي أخذها بعين الاعتبار، إضافة إلى أن الواقع أصبح يعرف اتساع ظاهرة ارتباط مسلمات بأجانب غير مسلمين².

إن الدعوة إلى الانفتاح على مقتضيات المرجعية الأممية وتجاوز كل ما يمكن أن يخالف هذه المرجعية حتى نتعايش مع الواقع الذي يفرض نفسه، على حساب النظام العام المغربي، أظن أن هذا الطرح يعالج إشكالا بإشكال آخر، فلماذا لا يتوجه إلى هذه المرجعية بالنقد باعتبارها تقصي كل ما له علاقة بقانوننا الوطني باسم نظامها العام وكمثال على ذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 9 يوليوز 1994 الذي جاء فيه أن "النظام العام الفرنسي يقف ضد القيود ذات الطبيعة الدينية التي تضعها بعض القوانين الأجنبية في مواجهة حرية الزواج كالقانون المغربي الذي يمنع زواج المسلمة من غير المسلم"³. كما ورد عن نفس المحكمة قرار قضى بأنه "لا يمكن إبطال الزواج بعلّة أن الزوج غير مسلم طالما أن المسألة تتعلق بحقوق وحرّيات أساسية"⁴.

وبالتالي فإن أي دعوة للاجتهد لتجاوز مشاكل الواقع لا ينبغي أن تكون على حساب ثوابتنا ونظامنا العام، والذي يحاول تجاوز هذه الأخيرة للتوافق مع المرجعية الأممية فإنه يجتهد خارج ضوابط الاجتهاد، لذلك فالاختلاف مع المرجعية سيقى مطروحا طالما أن هناك ثوابت متباينة ومختلفة من حيث الأسس التي تنبني عليها كل مرجعية.

¹ - خالد برجوي "الحلول المقررة لتنازع القوانين في مادة الأحوال الشخصية : "دراسة في منطق القاضي المسلم" المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 70، شتنبر أكتوبر 2006، ص 168.

² - Lotfi chedly « le mariage de la musulmane avec le nom musulman entre l'universalisme des textes et les conservation de la jurisprudence de la pratique administrative. RCDIP 95 (3) juillet septembre 2006, p 524.

³ - François Monéger, « Les musulmanes devant le juge Français » JDI : 1994, p 365.

⁴ - أوردده أحمد زوكاغي "القضاء الفرنسي واتحلال الرابطة الزوجية بين المغاربة المهاجرين في فرنسا" مكتبة دار السلام، الرباط طبعة 2006، ص 91.

حماية البيئة على المستوى الداخلي للدول: الآليات والوسائل

اناس بندوز

باحث في القانون العام

-جامعة محمد الخامس - الرباط-

كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية -أكدال-

مقدمة:

أصبحت مسألة حماية البيئة من القضايا المعاصرة التي تطرح نفسها بقوة على الساحة الدولية، حيث أخذت مشاكل البيئة في السنوات القليلة الماضية حيزا كبيرا ضمن خطط الحكومات والدول وصانعي السياسات العامة، وياتت من اهتماماتها الأساسية في الوقت الراهن للحد من خطورة التلوث الذي تتعرض له البيئة، نظرا للنهضة الصناعية والتقدم التكنولوجي الذي عرفته المؤسسات الإنتاجية والتي تعد المسؤول الأول عن تلوث البيئة نتيجة لمخلفات العمليات الإنتاجية التي يتم طرحها في المحيط الإيكولوجي أو نتيجة لمنتجاتها التي تؤثر على البيئة أثناء وبعد استعمالها. ونظرا لهذه الأخطار البيئية التي أصبحت تهدد حياة الأفراد والمجتمعات، فإن دول العالم المعاصر لم تتردد في وضع تشريعات وطنية لحماية البيئة في مختلف قطاعاتها، إلى جانب اعتمادها البرامج وخطط العمل اللازمة للحفاظ عليها وصيانتها في حدود اختصاصها الإقليمي، وذلك موازاة مع الجهود الدولية التي تنخرط فيها لمواجهة الأخطار البيئية التي تهدد البشرية.

هكذا، اعتمدت الدول والحكومات سياسات بيئية كجزء مهم من السياسة العامة، تهتم بالوقاية من المشاكل البيئية وتقليل الأخطار الناجمة عنها، ومعالجة الأضرار البيئية القائمة، كما تسعى إلى إيجاد وتطوير الإجراءات والآليات الداخلية الفعالة لحماية صحة الإنسان وحياته ومحيطه من كافة أشكال التلوث.

في هذا الإطار، تسعى هذه الورقة البحثية إلى إبراز الآليات الداخلية لحماية البيئة، أي الوسائل والأساليب التي تلجأ إليها الحكومات لتنفيذ سياستها البيئية الوطنية قصد الحفاظ على البيئة والموارد الطبيعية، ومن بين أهم هذه الآليات والإجراءات هناك التدابير القانونية والتدابير الاقتصادية ثم المقاربات الطوعية.

إذن، كيف يتم اعتماد آليات حماية البيئة على المستوى الداخلي؟

للإجابة عن هذا التساؤل سيتم التفصيل في العناصر الثلاث التالية:

- أولا: على مستوى التدابير التنظيمية.

- ثانيا: على مستوى التدابير الاقتصادية.

- ثالثا: على مستوى المقاربات الطوعية.

أولاً: على مستوى التدابير التنظيمية

تعتمد الحكومات التدابير التنظيمية استجابة للضغوطات المتزايدة للرأي العام وجمعيات المجتمع المدني وأحزاب البيئة المسماة بأحزاب الخضر التي أصبحت حماية البيئة من أولويات اهتمامهم، حيث تعتبر الأكثر نجاعة في الحفاظ على البيئة وحمايتها نظرا لطابعها الإلزامي والردعي.

وتتشكل هذه التدابير أساسا من مجموعة من المعايير¹ التي يجب الإلتزام بها وإلا سيتم الوقوع تحت طائلة العقاب الممثل غالبا في أداء غرامات مالية، وتحدد هذه المعايير في أربعة أنواع أساسية :

1- **معايير جودة البيئة** : تتحدد تبعا لقدرة الوسط البيئي على تحمل نوع معين من الملوثات مثل الحد الأقصى لتركيز غاز ثاني أكسيد الكربون في الجو، أو كأن ينص القانون على وجوب أن لا يزيد تركيز الأتربة العالقة في الجو عن 230 ميكوغرام في المتر المكعب.²

2- **معايير الإنبعاثات** : تحدد الكميات القصوى لانبعاث ملوث معين في مكان محدد مثل تحديد قوة الضجيج الصادر من السيارات أو كأن ينص القانون على أن أقصى تركيز من الزئبق يسمح بانبعاثه من عوادم المصانع هو 15 ميكوغراما في المتر المكعب.³

3- **معايير المنتج** : تحدد الخصائص المتعلقة بالمنتج مثل مستوى الرصاص في البترين، أو قابلية الغلاف لإعادة التدوير.

4- **معايير الطرائق** : تحدد الطرق والأساليب التكنولوجية الواجب استعمالها في العملية الإنتاجية مثل أساليب الإنتاج النظيف، أو التي يجب أن تتوفر في التجهيزات التي تستعمل من أجل مكافحة التلوث مثل المصافي المثبتة في مداخن مصانع الإسمنت ومحطات تصفية الملوثات السائلة.

بعد احترام التنظيمات البيئية لهذه المعايير شرط ضروري لضمان الحفاظ على البيئة، حيث يهدف التنظيم البيئي بالأساس إلى منع حدوث الآثار الخارجية للإنتاج والتي تضر بالثروة الطبيعية، ويتشكل من مجموع التدابير المؤسسية التي تمنع أو تحد من بعض الأنشطة أو المنتجات التي تشكل تهديدا لتوازن الوسط البيئي.

وتصدر جل التنظيمات البيئية على شكل قوانين أو مراسيم بمختلف أنواعها، ويعتبر الإلتزام بالتنظيم البيئي المحرك الأساسي لأي تقدم في مجال حماية البيئة⁴، فبعض الدول المتقدمة وضعت تشريعات صارمة في مجال البيئة دفعت بمؤسساتها إلى طلب ملائمة دولية في مجال التشريع البيئي للقضاء على المنافسة الضارة الناتجة عن اختلاف الأعباء التي تتحملها المؤسسات لاستيفاء متطلبات حماية البيئة التي يفرضها المشرع.

ونتيجة لغياب هذه الملائمة الدولية، يشهد العالم حاليا إعادة تموقع الصناعات عالية التلوث والصناعات الأكثر استهلاكاً للموارد الطبيعية غير المتجددة والطاقة نحو الدول التي تتميز بتشريعات بيئية أقل صرامة، وذلك بهدف خفض التكاليف.⁵

فمن خلال تنظيم بيئي رادع، يمكن للحكومات أن تخفف مؤسساتها بطريقة غير مباشرة للبحث عن أساليب وطرائق إنتاج ذات فعالية بيئية أعلى، لكن هذا التنظيم البيئي لن يكون فعالا إذا كانت قدرة الحكومات على الرقابة ضعيفة،

¹ - F. Bonnieux, B. Desaignes, Economie et Politiques de l'environnement, Dalloz, Paris, 1998, p: 124-125

² - انظر هشام الزيات، "الإدارة البيئية: الإدارة والمفاهيم الأساسية"، سلسلة عالم البيئة، جائزة زايد الدولية، سنة 2010، ص: 78.

³ - انظر نفس المرجع ص: 79.

⁴ - Salamitou J, Management environnemental : application à la norme ISO 14001 révisée, Dunod, Paris, 2004, p:24

⁵ - Raspiller S, Riedinger N, " les différences de sévérité environnemental entre pays influencent-elles les comportements de localisation des groupes français ? " Economie et prévision, N°169, paris, 2005, p: 197.

كما أن المعايير التي يضعها التنظيم تدفع المؤسسات إلى نهج سلوك يلتزم فقط بمستوى الأهداف البيئية الذي تحدده هذه المعايير دون أن تقوم بجهد إضافي في مكافحة التلوث.¹

ثانياً: على مستوى التدابير الاقتصادية

يعيب الخبراء الاقتصاديين على التدابير التنظيمية أنها غير فعالة إقتصادياً ويقصدون بذلك أن نفس الأهداف البيئية المرجوة يمكن تحقيقها بتكلفة أقل على المجتمع بالإعتماد على ما يسمى بـ "قوى أوليات السوق"، ولذلك تعرف أيضاً هذه المجموعة من التدابير بالحواجز الاقتصادية أو الأدوات المعتمدة على السوق.

وهناك نوعان من أدوات التحفيز الإقتصادي نتجا عن اختلاف المقاربتين اللتين اعتمدهما كل من الخبيرين الإقتصاديين "بيكو Pigou" و"كواز Coase".

1- مقارنة "بيكو": الرسوم الإتاوات والإعانات

يركز هذا النوع من التدابير الاقتصادية على الجبايات (الرسوم)، شبه الجبايات (الإتاوات) ثم الإعانات وهي أموال تقدم للمؤسسة لتشجيعها على اعتماد الممارسات النظيفة، كما يتم اللجوء في بعض الأحيان إلى أسلوب الإستثمار العام المباشر لإدارة النفايات، مكافحة التلوث أو حماية الموارد الطبيعية، وبسبب الأعباء المالية الكبيرة لهذا الأسلوب، لا يتم اللجوء إليه إلا عندما تعجز الأدوات الأخرى عن حل المشكل.

وتستند فلسفة هذه التدابير إلى مبدأ "الملوث الدافع" والذي يقضي بضرورة دفع الملوث تكاليف إزالة الأضرار التي تسبب فيها، حيث تقوم الحكومات بتحديد مستوى هذه التدابير وتتدخل باستعمالها في تعديل أسعار وتكاليف الأعوان الإقتصاديين.

فالرسوم تفرض من أجل :

- تمويل تكاليف إزالة التلوث واستغلال الموارد الطبيعية غير المتجددة من خلال الإيرادات المتأتية من فرضها، وهذا النوع يسمى "رسوم التمويل".

- خفض المباشر لفاوق التكلفة الذي غالباً ما يحد من قيام المؤسسة بنشاطات أقل ضرراً بالبيئة، ويسمى هذا النوع من الرسوم بـ "الرسوم المحفزة في المصدر" وهي أفضل تطبيق لمبدأ "الملوث - يدفع".

فعلى المستوى النظري ينظر إلى الرسوم على أنها أداة تسمح باستدخال الآثار الخارجية أي أنها تعادل بين التكلفة الخاصة التي يتحملها المنتج والتكلفة الإجتماعية التي يتحملها المجتمع نتيجة التلوث، وحتى يتحقق ذلك يجب أن يتم تقييم التكلفة الإجتماعية بطريقة صحيحة، أما على المستوى التطبيقي، فإن الرسوم البيئية تهدف إلى تحقيق هدف بيئي بأقل تكلفة جماعية.²

ويتم فرض الإتاوات في مجال جمع ومعالجة النفايات، كما أن استعمال الإعانات المالية من طرف الحكومات يتم بحيطه وحذر شديد بالنظر إلى إمكانية التعسف في منحها وإمكانية تحويلها عن وجهتها الأصلية.

2- مقارنة "كواز": حقوق الملكية وأسواق التداول

تعتبر البيئة من الناحية الاقتصادية من الموارد المشاع ملكيتها أو المتاحة للجميع ويقال أن الموارد التي يملكها الجميع لا يملكها أحد، ومن ثم لا يهتم بصونها أحد.

¹ - Chiroleu , Assouline M, " Efficacité comparée des instruments de régulation environnemental " , Notes de synthèse du SESP (Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire) Paris, 2007, P: 6.

² - Beaumais O, Chiroleu Assouline M, "Economie de l'environnement", Bréal, Paris, 2001,P:78.

ويعتقد بعض المتخصصين في الإقتصاد البيئي والسياسة البيئية على رأسهم عالم الإقتصاد الإنجليزي "غاريت هاردن GARRET HARDIN" في نظريته الشهيرة "مأساة المشاع"¹ التي أطلقها عام 1968، أن الموارد المتاحة للجميع -دون قيود- يستغلها الفرد بشكل أكبر مما لو كانت تخصه لوحده، الأمر الذي قد يؤدي إلى تدهورها السريع، ومن تم يعتبرون أن تحديد حقوق الملكية والإنتفاع من هذه الموارد يمكن أن يؤدي إلى حمايتها من التدهور.

وتبقى هذه النظرية محط جدل واختلاف بين علماء الإقتصاد، وقد بينت الباحثة المتخصصة في اقتصاديات البيئة "إلينور أوستروم ELINOUR OSTROM" عام 1990 كيف أن الأفراد الذين يستخدمون الموارد المشاعة ملكيتها يعملون على إقامة قواعد عرفية أو أعراف للحد من المخاطر التي تتحدث عنها نظرية "مأساة المشاع".

ويعتبر القانون الأمريكي الذي يعرف باسم "قانون حماة أنهر الولايات المتحدة" أحد الأمثلة على تطبيق أساليب تحديد حقوق الملكية، حيث يعطي هذا القانون المواطنين الذين يعيشون أسفل النهر الحق في إنهاء مصادر التلوث أعلى النهر إذا لم تقم الحكومة بذلك.²

يستند هذا النوع من التدابير الإقتصادية إلى إنشاء حقوق ملكية على السلع البيئية أي خصوصية موارد الطبيعة وإحداث أسواق لتداول هذه السلع، هذا التداول يحدد لها سعرا وقيمة وينظم استغلالها، ومن الأمثلة على ذلك "حقوق رخص التلوث" و"الحصص الفردية للصيد القابلة للتداول".

يؤدي إنشاء مثل هذه الأسواق إلى تحويل الآثار الخارجية للمؤسسات الإنتاجية لسلعة جديدة وهي الحق في التلوث والذي يهدف إلى توزيع جهود مقاومة التلوث بين الفاعلين المختلفين، في حين تتيح للسلطات العمومية الإبقاء على حد أقصى إجمالي للانبعاثات الملوثة يتجزأ إلى عدد ثابت من حقوق الإنبعاثات الفردية القابلة للتداول، وتعمل السلطات العمومية على توزيع هذه الحقوق عن طريق بيعها بسعر ثابت أو بيعها بالمزاد أو عن طريق توزيعها على المؤسسات المعنية حسب إنتاجها، في هذه الحالة، يسمح لكل مؤسسة أن تلوث في حدود حقوق التلوث التي تملكها، ويتم معاينة كل تلوث إضافي إلا في حالة شراء المؤسسة حقوق تلوث جديدة من مؤسسة أخرى أكثر "نظافة" منها لم تستنفد بعد حقوقها في التلوث.

عندها، وفي منطقة معينة يمكن تعويض ارتفاع درجة تلوث مؤسسة أخرى عن طريق تداول رخص التلوث، أي أن السلطة العمومية تقوم بتحديد حد أقصى لانبعاث الملوثة يجب تحقيقه، لكن توزيع الأعباء على مختلف الأطراف المعنية يتم من خلال السوق الذي يتم فيه تداول حقوق التلوث.³

ثالثا: على مستوى المقاربات الطوعية

تعتبر المقاربات الطوعية الجيل الثالث من آليات السياسة البيئية، وهي عبارة عن مبادرات تسمح للمؤسسة الإنتاجية بإظهار أداؤها البيئي الفعال، كما تشجع التنظيم الذاتي للقطاعات الإقتصادية، ويضمن هذا النوع من الآليات التفاوض والتفاهم بين القطاعات الاقتصادية من جهة والسلطات العمومية - وفي بعض الحالات المنظمات غير الحكومية- من جهة أخرى، ويمكن التمييز بين أربعة أنواع أساسية من المقاربات الطوعية:

1- الأنظمة الطوعية العمومية : هي عبارة عن دفاتر شروط تعدها السلطات العمومية ويمكن للمؤسسات أن تنخرط فيها بشكل طوعي وفردى مقابل الإستفادة من "التوصيف البيئي" أي العلامة البيئية لمنتجاتها، ويمكن لدفاتر

¹ - "مأساة المشاع" هو مصطلح اقتصادي يستعمل في معظم الأحيان فيما يتصل بالتنمية المستدامة، الربط بين النمو الإقتصادي وحماية البيئة، وذلك في النقاشات حول ظاهرة الإحتباس الحراري.

² - أنظر هشام الزيات، "الإدارة البيئية: الإدارة والمفاهيم الأساسية"، مرجع سابق ص: 81.

³ - يشار هنا إلى أن قواعد التوزيع الأولي لحقوق التلوث هي من اختصاص السلطة العمومية.

التحولات هذه أن تتعلق بالأداء البيئي، التكنولوجيا أو طرائق الانتاج المنتهجة، كما تمكن "الوكالات الوطنية للمعايرة" المؤسسات التي تستجيب لمتطلباتها من الاستفادة من الاعتراف.

2- الاتفاقيات البيئية المتفاوض عليها بين السلطات العمومية والقطاعات الصناعية: هي عقود تبرم بين السلطات العمومية وقطاع صناعي معين تتضمن الأهداف البيئية الواجب تحقيقها والجدول الزمني لذلك، ويتعهد القطاع الصناعي ببلوغ الأهداف في الآجال المحددة، وبالمقابل تتعهد السلطات العمومية بعدم إصدار تشريعات جديدة (رسوم، معياريي إجباري) وتقوم بمراقبة مدى احترام القطاع لبندو الاتفاق.

3- اتفاقيات الخاصة بين المؤسسات الملوثة وضحايا التلوث: هي عقود تبرم بين مؤسسة أو عدة مؤسسات إنتاجية وتلك الأطراف المتضررة من انبعاثاتها الملوثة (العمال، السكان، مؤسسات مجاورة، جمعيات محلية، جمعيات حماية البيئة، نقابات، تنظيمات مهنية). وينص العقد على بعث برامج لإدارة البيئة أو وضع آليات لإزالة التلوث.

4- الالتزامات أحادية الجانب للمؤسسات: تتمثل في إعداد المؤسسة لبرنامجها البيئي الخاص بها وإعلام المساهمين، الزبائن المستخدمين والرأي العام بهذا البرنامج، وتعتبر هذه الالتزامات أحادية الجانب أحد أشكال "التنظيم الذاتي" للمؤسسة، بحيث تحدد لنفسها معايير وأخلاقيات في التعامل مع مختلف الأطراف تفوق ذلك التي تحددها التشريعات وهي أرقى مراحل النضج الذي يمكن أن تصل إليه المؤسسة.

الخاتمة:

إجمالاً يمكن القول، أن كل الآليات الداخلية لحماية البيئة سواء التنظيمية، الاقتصادية أو المقاربات الطوعية لها إيجابيات وسلبيات تعقد من مهمة السلطة العمومية عند بناء سياستها البيئية، فاعتماد التدابير التنظيمية له ضروراته ومزاياه وأيضاً عيوبه وأحدوده، كما أن سن قوانين بيئية جديدة ليس بالأمر الصعب أو المكلف في حد ذاته، وإذا ماتم تطبيقها والالتزام بها يمكن الوصول إلى نوعية البيئة المرجوة، ولكن فرض تلك القوانين هو أمر مكلف وصعب المنال، فضمان التزام الأفراد والمؤسسات بالقوانين البيئية يعني ضرورة توافر مراكز للرصد والتحليل تضم خبراء مؤهلين وأجهزة حديثة، ومتابعة دورية لمختلف المؤسسات الصناعية.

وعلى عكس التدابير التنظيمية، فإن للتدابير الاقتصادية هدفاً تحفيزياً يدفع المؤسسة نحو اتباع سلوك مسؤول اتجاه البيئة، وعادة ما تأخذ التدابير الاقتصادية شكل تحويل مالي أو تصحيح للأسعار النسبية، لذلك فهي تهدف إلى تعديل السلوك البيئي ليس فقط من خلال معاقبة المؤسسات الملوثة فحسب، وإنما تمنح أفضلية لتلك المؤسسات التي تدمج الاعتبارات البيئية في إدارتها لنشاطاتها المختلفة، ونتيجة لذلك يتم تغيير قواعد المنافسة لصالح الشركات التي تحترم البيئة والتي تتحصل على ميزة تفضيلية أمام الشركات الملوثة.

وبمقابل ذلك، يمكن اعتبار أن المقاربات الطوعية تتميز بزيادة حافزية المسؤولين في المؤسسات لتحقيق أهداف بيئية محددة، كما تساهم في تسهيل عملية مشاركة المؤسسات والهيئات الممثلة للقطاعات الاقتصادية في إعداد السياسة البيئية للدولة، هذا بالإضافة إلى كونها تسمح لها بالتحقيق السريع لأهدافها.

وتبقى أغلب النقاشات والآراء التي تدعم أو تعارض أي من هذه الآليات تتم على مستوى الطرح الإيدولوجي وليس على مستوى عقلانية وفعالية هذه الآليات، لذلك فبالرغم من كونها تعتبر الوسائل والأساليب الكفيلة بتغيير السلوك، إلا أنه ثبت فشلها عند الانتقال من المستوى النظري إلى التطبيق في الميدان، وعليه فإن أي سياسة بيئية تتوقف على إيجاد التوليفة الأمثل بين مختلف الآليات المتاحة، والتي يجب أن تتكيف مع الوضع البيئي، الاقتصادي والاجتماعي القائم.

جريمة الاتجار بالبشر في القانون المغربي

بوعزة مكناري

طالب باحث بسلك الدكتوراه

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية السوسيو- بالرباط

مقدمة:

عرف تاريخ الإنسانية مسلسلا طويلا من التطور والتجديد في كل مرحلة من مراحل وجوده، وكذلك في كل ما يتصل به وينتج عنه من ثقافة واقتصاد وسياسة وعلوم... هذه الأخيرة التي ساهمت في حل وتجاوز الكثير من الصعاب والمشكلات التي كانت تواجه الإنسان أو تعطل مساره نحو الإبداع والابتكار، وكذا تأمين راحته ورفاهيته وتسهيل وصوله إلى ما يصبو إليه.

كيف لا والعولمة سهلت كل شيء وأصبح الإنسان يطلب ويطلع على ما أراد من غير أن يبرح مكانه، وبقدر هذا التطور الهائل للإنسان والذي جلب إليه الكثير من الرفاهية والطمأنينة، فقد تمخضت عنه كذلك أساليب إجرامية تفوقه أحيانا في الممارسة والمناورة، وتتجاوز قدرته الاستباقية في الوقاية أو المكافحة، من قبيل مجموعة من الجرائم الخطيرة التي ترتكب من قبل جماعات إجرامية منظمة وعلى نطاق واسع في العالم، والتي تهدد الأشخاص في حياتهم وكرامتهم وإنسانيتهم بل حتى المجتمعات كذلك.

ومن بين تلك الجرائم ما يتعلق بالعبودية الحديثة والمنقعة أو ما يعرف بالاتجار بالبشر، الذي يعني كافة التصرفات المشروعة وغير المشروعة التي تحول الإنسان إلى ضحية يتصرف فيها بواسطة وسطاء محترفين عبر الحدود الوطنية بقصد استغلالهم في أعمال جنسية أو ما شابه ذلك، سواء تم هذا بإرادة الضحية أو قسرا عنه¹. هذه الأفعال التي تجعل من الأفراد سلعا أو بضاعة تباع وتشترى وتستغل أبشع استغلال، حيث يجري تعذيب الأشخاص وتحقيرهم وإهانة كرامتهم وأدميتهم، ووعيا من المجتمع الدولي بخطورة الاتجار بالبشر تم عقد عدة مؤتمرات وندوات دولية وإقليمية، وكذلك إصدار وتبني مجموعة من الاتفاقيات والصكوك الدولية لمكافحة تلك الجريمة²، بحيث توصل المنتظم الدولي مؤخرا إلى اتفاقية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية³ لسنة 2000 بالبريمو الإيطالية، وألحق بها بعض البروتوكولات منها، بروتوكول منع وقوع ومعاينة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال⁴، المكمّل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، هذا البروتوكول الذي جاء بمفهوم واحد وموحد للتجريم والعقاب على الاتجار بالبشر، حيث عرفه في المادة الثالثة منه في الفقرة الأولى بأنه: "تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقيطهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على

¹ - سوزي عدلي ناشد: "الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي"، المكتبة القانونية-القاهرة، 2005، دون ذكر عدد الطبعة، ص 17.

² - مثل اتفاقية حظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير، أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها 317(4-د) في 2 دجنبر 1949، راجع محمود شريف بسبوني: "الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان"، المجلد الأول، دار الشروق-القاهرة، الطبعة الثالثة 2006، ص 610.

³ - اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية في قرارها 25/55 المؤرخ في 15 نونبر 2000.

⁴ - راجع كذلك ظهير شريف رقم 1.02.132 صادر في 4 دجنبر 2003 بنشر الاتفاقية أعلاه، الجريدة الرسمية عدد 5186 في 12 فبراير 2004، ص 494.

⁵ - ظهير شريف رقم 1.09.112 صادر في 2 غشت 2011 بنشر بروتوكول منع وقوع ومعاينة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة الأطفال والنساء، المكمّل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الموقع بنيويورك في 15 نونبر 2000، الجريدة الرسمية عدد 6019 في 6 فبراير 2012، ص 518.

شخص آخر لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو خدمة قسرا، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء"، أما الاتجار بالأطفال فإنه يحصل حتى من دون استعمال وسائل ارتكاب الاتجار بالبشر.

وتبرز أهمية هذا الموضوع في كون الاتجار بالبشر ظاهرة إجرامية خطيرة وعابرة للحدود، وتزداد انتشارا في العالم بأسره، نظرا لما يدره من أموال طائلة تقدر ببلابين الدولارات، كما أن منظمة العمل الدولية قدرت إلى أن حوالي 20.9 مليون شخص ضحايا العمل الجبري¹، أضف إلى هذا صعوبة الكشف عنها نظرا لسريتها ويضطلع بها أشخاص محترفون في استغلال الأفراد، ومن جهة أخرى كون المغرب أصبح منطقة استقبال واستقرار للمهاجرين الشيء الذي ينبثق عنه مجموعة من النتائج خاصة في استغلال أولئك المهاجرين في التهريب والاتجار بهم، نظرا لوجودهم في حالة استضعاف في أغلب الأحيان، وهذا ما تشير إليه العديد من التقارير، خاصة منها التقرير الموضوعاتي للمجلس الوطني لحقوق الإنسان حول الهجرة واللجوء بالمغرب² وما أفرزه من استحسان وردود فعل ايجابية محلية ودولية عقب توجيهات الملك محمد السادس لوزراء الداخلية والعدل والخارجية من أجل إيجاد خطة شاملة لتنظيم الهجرة واللجوء، لكون هذا المدخل له ارتباط في التصدي لشبكات تهريب المهاجرين والاتجار بهم، مما يستدعي أولا إلى تأهيل الإطار القانوني والمؤسسي لضمان حماية حقوق المهاجرين واللجئين بالمغرب، وغيره من التقارير التي تقف عند وضع الاتجار بالبشر في المغرب³، كما تعد هذه الجريمة انتهاكا لكرامة وحرية الإنسان، وكذلك تناميا وتزايدها بشكل مستمر إذ ليس هناك بلد لا يقع فيه الاتجار بالبشر، ونظرا كذلك للعواقب الخطيرة التي تنتج عن أفعال الاتجار سواء أكانت اقتصادية أم اجتماعية أم صحية. على المجتمعات.

ولمواجهة هذا الفعل الجرمي بادرت العديد من الدول إلى إصدار تشريعات تهم التجريم والعقاب على الاتجار بالبشر، وذلك بإدراج مقتضيات في صلب قوانينها الجنائية مثل التشريع الفرنسي⁴ أو الجزائري⁵، وهناك تشريعات أخرى أفردت قوانين خاصة بالاتجار بالبشر مثل القانون المصري⁶ والأردني⁷، ورغم كل هذه الأحداث والعوامل والاهتمام المتزايد من المجتمع الدولي والإقليمي والمحلي لمختلف الدول، نجد أن المشرع المغربي لحد الآن لم يصدر عنه قانون يتعلق بالاتجار بالبشر، كأن المغرب محصن من هذه الجريمة! إذ نجد فقط بعض أشكال الاتجار بالبشر في القانون المغربي وذلك في قوانين مختلفة، أردنا أن نلقي الضوء عليها والوقوف عندها لاستجلاء موقف المشرع المغربي من جريمة الاتجار بالبشر، أمليين بهذا الخصوص إثارة الانتباه لخطورة هذه الجريمة والأفعال الناتجة عنها، وأن نستخلص كذلك مدى فعالية النصوص الحالية في مكافحة الجريمة المذكورة.

¹ - Global report on trafficking in persons 2012, United nations Newyork 2012, p:9, see www.unodc.org/documents/Data-and-analysis/glotit/trafficking-in-persons-2012, accessed on 04/02/2014, 10h35.

² - تقرير المجلس الوطني لحقوق الإنسان بالمغرب الذي صدر في شهر شتنبر من سنة 2013 حول المهاجرين واللجئين بالمغرب والذي أوصى فيه بضرورة اعتماد سياسة عمومية شاملة لتنظيم الهجرة واللجوء وما يرتبط بهما من إشكاليات خاصة مسألة مكافحة الاتجار بالأشخاص، ويمكن الاطلاع على هذا التقرير عبر الموقع الإلكتروني للمجلس المذكور: www.cndh.ma.

³ - مثل تقرير المقررة الخاصة المعنية بالاتجار بالأشخاص خلال زيارتها للمغرب في الفترة من 17 إلى 21 يونيو 2013، والتي أشارت إلى وجود حالات الاتجار بالبشر في بلادنا، وكذا عدم وجود قانون خاص بمكافحة هذا الاتجار وضعف المعلومات المتوفرة بهذا الخصوص، ينصح بزيارة الموقع الإلكتروني التالي للاطلاع على التقرير الكامل: www.un.org

⁴ - Loi n° 239-2003 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieurs a introduit dans le code pénal une infraction spécifique de traite des êtres humains aux articles 225-4-1 et suivants.

⁵ - راجع المواد من 303 مكرر 4 إلى 303 مكرر 15 من قانون العقوبات الجزائري.

⁶ - القانون رقم 64 لسنة 2010 بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، الجريدة الرسمية عدد 18 مكرر ص 5، في 9 ماي 2010.

⁷ القانون الأردني بشأن منع الاتجار بالبشر رقم 9 لسنة 2009، الجريدة الرسمية عدد 4952 في 01/03/2009، ص 920.

المبحث الأول: الجرائم الواردة في القانون الجنائي

لقد عمل المشرع المغربي منذ مدة على إدراج أو تعديل نصوص بالقانون الجنائي¹، وذلك من أجل مواكبة تطور الجريمة من ناحية وتنفيذ الالتزامات الدولية التي يعد طرفا فيها من ناحية أخرى، ونحن في هذا الإطار سنتطرق إلى عدة جرائم مضمنة في القانون الجنائي التي تشكل إحدى صور الاتجار بالبشر والتي منها:

أولاً: جريمة التسول

لقد جرم المشرع المغربي أفعال التسول والتشرد² في الفصول من 326 إلى 333 من القانون الجنائي، حيث اعتبر أن الشخص المتسول هو كل من كانت لديه وسائل العيش أو كان بوسعه الحصول عليها بالعمل أو بأية وسيلة مشروعة، لكنه تعود على ممارسة التسول في أي مكان، ويقوم التسول على طلب الصدقة، إذ ليس ممنوعاً قبول الهبات التي تعطى تلقائياً، إذ لكي تكتمل عناصر الجريمة أن يكون الفاعل قد طلب الصدقة بواسطة أقوال أو حركات أو أية وسيلة أخرى يستدل منها استدرا عطف الناس لأجل الصدقة، وتقع الجريمة كذلك، حتى إذ تستر المتسول تحت ستار تقديم خدمة معينة في حين أن الحقيقة لا تدع مجالاً للشك في أنه يمارس تسولاً مقنعاً³، وما يهمننا بهذه المناسبة، هو الفصل 327 من القانون الجنائي الذي عاقب كل متسول تعود على استحباب طفل صغير أو أكثر من غير فروعه، وكذلك التسول جماعة والغريب في هذا أن المشرع يشجع بطريقة غير مباشرة ظاهرة التسول الجماعي حينما يستثنى من التجريم والعقاب تسول الزوج رفقة زوجته، وكذلك تسول رب الأسرة صحبة زوجته ومعهما أولادهما دون تحديد العدد، كما استثنى أيضاً الأعمى والعاجز ومن يقودهما، وهذا تساهل تشريعي غامضة مقاصده ظاهرة مفاسده⁴، حيث عاقب على هذه الأفعال بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة ونفس العقوبة في الفصل 328 بالنسبة لكل شخص يستخدم أو يستغل في التسول أطفالاً يقل سنهم عن ثلاثة عشر عاماً، وزيادة على هذا عاقب الفصل 330 بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين كل شخص له سلطة قانونية أو فعلية أو شرعية على طفل قام بتسليمه ولو بدون مقابل إلى متسول، وتطبق نفس العقوبة على كل من حمل الغير على تسليم طفل تقل سنه عن 18 سنة.

والغاية من تجريم هذه الأفعال التي ذكرنا هي محاربة التسول بشكل عام من ناحية، ومنع تسخير واستغلال واستخدام الأطفال في التسول وكل المستضعفين، لكن ما يثير انتباهنا أن المشرع عاقب فقط على من يستخدم أطفالاً في التسول ولم يشر إن تم استغلال الرجال أو النساء أو ذوي العاهات في التسول من قبل عصابات أو جماعات إجرامية، صحيح أننا قد نتفهم موقفه في إعطاء الأولوية والحماية الخاصة للفئات الأكثر ضعفاً والأجدر بالحماية الجنائية في هذا الجانب، لكن هذا لا يشفع له بخصوص قصور النص الجنائي في هذه الناحية، كما أننا لم نجد تبريراً لما جاء به الفصل 328 من القانون الجنائي حول استخدام الأطفال في التسول والذين تقل سنهم عن ثلاثة عشر عاماً، إذ ما الفرق بين هؤلاء والأطفال دون سن 18 سنة في الحماية الجنائية تلك، وما هي إلزامية هذا التمييز أو التفرقة؟

ثانياً: جريمة الاعتداء على الحرية الشخصية للأشخاص

بداية نجد أن العديد من التشريعات خاصة العربية لم تضع تعريفاً محدداً لجريمة الاختطاف وإنما تقتصر على ذكر العقوبة المقررة لها مثل القانون المصري⁵، وقد عرفها بعض الباحثين بالأخذ السريع باستخدام قوة مادية أو معنوية أو

¹ - مثل قانون رقم 03-24 بشأن الحماية الجنائية للمرأة والطفل الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.03.207 في 11 نونبر 2003، الجريدة الرسمية عدد 5175 بتاريخ 5 يناير 2004، ص 121.

² - وكذلك عاقب المشرع الفرنسي التسول في القانون الجنائي ومنع استغلال الغير في التسول انطلاقاً من الفصول 5-12-225 إلى غاية الفصل 7-12-225.

³ - القانون الجنائي في شروح، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، وزارة العدل، الطبعة الثانية 1997، ص 425.

⁴ - يوسف وهابي: جريمة التسول الجماعي، جريدة الأخبار، عدد 280، الجمعة 11 أكتوبر 2013، ص 19.

⁵ - راجع المادتين 280-282 من قانون العقوبات المصري.

عن طريق الحيلة والاستدراج لما يمكن أن يكون محلا لهذه الجريمة وإبعاده عن مكانه أو تحويل خط سيره بتمام السيطرة عليه¹، وفي هذا الإطار جرم القانون الجنائي المغربي في الفصل 436 منه كل من قام باختطاف شخص أو القبض عليه أو حاسبه أو احتجازه بدون أمر من السلطات المختصة أو خارج الأحكام القانونية التي تجيز ذلك، حيث تكون العقوبة في هذه الحالة السجن من خمس إلى عشر سنوات، وقد يتم تشديد العقوبة في حالة الحبس أو الحجر لمدة 30 يوما أو أكثر، أو في حالة استعمال بذلة أو إشارة رسمية أو انتحال اسم كاذب أو استعمال ناقلة ذات محرك، أو في حالة ارتكاب الفعل من قبل من يمارسون سلطة عمومية وذلك عند إساءة استعمال السلطة من أجل أهداف شخصية وذاتية².

وعوقب كذلك على الاختطاف إذا كان الغرض منه الإعداد أو التسهيل لارتكاب جناية أو جنحة³، وتصل العقوبة إلى الإعدام في حالة وقوع تعذيب بدني ضد المجني عليه⁴.

ثالثا: في تجريم التخلي عن الأطفال أو بيعهم

جرم الفصل 466 من القانون الجنائي كل من قام من أجل الحصول على فائدة بتحريض الأبوين أو أحدهما على التخلي عن طفلهما الوليد أو الذي سيولد، وكذلك من قدم وساطته للتكفل بطفل وليد أو سيولد أو لتبنيه، والتحريض هو خلق فكرة الجريمة لدى شخص ثم تدعيمها بأية وسيلة كانت كي تتحول إلى التصميم على ارتكابها⁵، ونفس الأمر بالنسبة لمن حمل الوالدين أو أحدهما على التعهد في عقد بالتخلي عن طفل سيولد لهما، أو حاول ذلك أو كل من ضبط في حوزته ذلك العقد أو استعمله أو حاول استعماله⁶.

وجدير بالذكر أن مجرد نصيح أحد الأبوين أو كليهما بالتخلي عن الطفل لا يعد تحريضا ما لم يثبت أنهما تخليا عن الطفل تحت تأثير هذه النصيحة والتي كانت الحافز لهما في ارتكاب الجريمة، خاصة إذا كانت النصيحة صادرة من شخص له تأثير أو نفوذ على والدي الطفل أو القاصر⁷.

وزيادة في إيجاد حماية خاصة للأطفال وخاصة من الاتجار بهم، أضاف المشرع الفصول من 467-1 إلى 467-4 من مجموعة القانون الجنائي⁸، حيث عاقب على فعل بيع أو شراء طفل تقل سنه عن ثمان عشرة سنة بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات مع الغرامة، وحدد المقصود ببيع الأطفال بأنه كل فعل أو تعامل يتم بمقتضاه نقل طفل من شخص أو مجموعة أشخاص إلى شخص آخر أو مجموعة أشخاص بمقابل كيفما كان نوعه ويعاقب بنفس العقوبة أعلاها: - كل من حرص الأبوين أو أحدهما أو الكافل أو الوصي أو المقدم أو من له سلطة على طفل أو يتولى رعايته على بيع طفل دون سن الثامنة عشر أو سهل ذلك أو أعان عليه:

¹ - عبد الوهاب عبد الله المعمري: "جرائم الاختطاف الأحكام العامة والخاصة المرتبطة بها"، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، دون ذكر عدد الطبعة، ص 21 و 24.

² - راجع الفصل 436 من القانون الجنائي.

³ - الفصل 437 من القانون الجنائي.

⁴ - الفصل 438 من القانون الجنائي، راجع في هذا الإطار، Michèle Laure Rassat : droit pénal spécial, infractions des et contre les particuliers, dalloz, paris, 5ème édition 2006, pp 422-424.

⁵ - محمود نجيب حسني: "شرح قانون العقوبات، القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السابعة 2012، ص 485.

⁶ - الفصل 467 من القانون الجنائي.

⁷ - محمود نجيب حسني: "شرح قانون العقوبات، القسم العام"، مرجع سابق، رقم 465، ص 486.

⁸ - أضيفت هذه الفصول بمقتضى القانون رقم 03.24 المتعلق بتغيير وتنظيم مجموعة القانون الجنائي الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.03.207 في 11 نونبر 2003، الجريمة الرسمية عدد 5175 بتاريخ 5 يناير 2004، ص 121.

- كل من قام بالوساطة في بيع أو شراء طفل دون سن الثامنة عشر أو سهل ذلك أو أعان عليه بأية وسيلة من الوسائل، وفقا لمقتضيات الفصل 1-467 والذي يجرم ويعاقب على أعمال بشعة تحول الطفل إلى مجرد بضاعة تباع وتشتري، كما عرف البعض بيع الأطفال بأنه كل فعل أو تعامل يأخذ شكل المبادلة أو العوض أو التسليم يقع على طفل مقابل مال أو لقاء مكافأة من أي شكل مالية أو غير مالية، متى تم ذلك بغرض الاستغلال بكافة أوجه الاستغلال¹، كما عاقب الفصل 2-467 بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وغرامة، كل من استغل طفلا دون الخامسة عشرة سنة لممارسة عمل قسري أو توسط أو حرض على ذلك، والمقصود بالعمل القسري في هذا الفصل هو إجبار الطفل على ممارسة عمل لا يسمح به القانون أو القيام بعمل مضر بصحته أو سلامته أو أخلاقه أو تكوينه، ويقصد كذلك بعمل الأطفال، العمل الذي يحرم الطفل من طفولته ومن إمكاناته وكرامته ويضر بنموه البدني والعقلي²، وقد عوقب كذلك على محاولة ارتكاب الأفعال المنصوص عليها في الفصول 1-467 و 2-467 بنفس عقوبة الجريمة التامة.

رابعاً: جريمة خطف القاصرين

تم النص على هذه الجريمة وعلى عقوبتها في الفصل 471 من القانون الجنائي والذي جاء فيه بأنه: "كل من استعمل العنف أو التهديد أو التدليس لاختطاف قاصر دون الثامنة عشر عاماً أو لاستدراجه أو إغرائه أو نقله من الأماكن التي وضع فيها من طرف من له سلطة أو إشراف عليه، سواء فعل ذلك بنفسه أو بواسطة غيره، يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات"، وعبرة المكان تفهم وتفسر بمعنى واسع، شرط أن يظل القاصر تحت سلطة ورقابة عائلته³، ويتم تشديد العقوبة على الجاني بالسجن من عشر إلى عشرين سنة في حالة وقوع الجريمة المنصوص عليها في الفصل 471 من القانون الجنائي على قاصر تقل سنة عن اثني عشر عاماً وفقاً للأحكام الفصل 472 من نفس القانون. كما جرم الفصل 475 من القانون الجنائي⁴ فعل الاختطاف أو التغرير ضد قاصر تقل سنه عن ثمان عشرة سنة ولو بدون استعمال العنف أو التهديد أو التدليس أو حاول ذلك بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 200 درهم إلى 500 درهم⁵، وفي هذا الحكم إشارة صريحة لإيجاد حماية خاصة للأطفال نظراً لضعف قدرتهم على تكوين أحكام عقلية وسليمة تقمهم من خطر الاعتداء عليهم.

خامساً: جرائم إفساد الشباب والبغاء

البغاء يقصد به ممارسة الإناث أو الذكور لأفعال من شأنها إرضاء شهوات الغير مباشرة وبدون تمييز⁶، وعاقب المشرع الجنائي في الفصل 497 على فعل تحريض القاصرين دون الثامنة عشرة على الدعارة أو البغاء أو شجعهم عليها أو سهّلها لهم بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات والغرامة، والتحريض على الدعارة هو محاولة التأثير في نفس شخص معين وإقناعه بارتكاب الفعل، بينما التسهيل والمساعدة فتتم بقيام الجاني بفعل أو قول يهدف من ورائه إلى ما ييسر

¹ - محمد نور الدين سيد عبد الحميد "جريمة بيع الأطفال والاتجار بهم"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، دون ذكر عدد الطبعة، ص 122.

² - القضاء على أسوأ أشكال عمل الأطفال: دليل عملي لاتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 182 - دليل للبرلمانيين رقم 2002-3، الطبعة الأولى 2002، مطبوعات مكتب العمل الدولي والاتحاد البرلماني الدولي، ص 16.

³ - القانون الجنائي في شروح، مرجع سابق، ص 554.

⁴ - القانون رقم 14.15 القاضي بتغيير وتنظيم الفصل 475 من مجموعة القانون الجنائي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.06 بتاريخ 20 فبراير 2014، الجريدة الرسمية عدد 6238 في 13 مارس 2014 ص 3138.

⁵ - انظر في التعليق على هذا النص في ظل الترجمة المعيبة سابقاً، الدكتور عبد الحفيظ بلقاضي "محاضرات في القانون الجنائي العام"، الجزء الأول، دار الأمان الرباط، السنة الجامعية، 1999-2000، ص 136.

⁶ - إدوار غالي الذهبي "الجرائم الجنسية"، الراي للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، 1997، ص 213، دون ذكر مكان النشر.

المجني عليه ممارسة الدعارة¹، كما جرم الفصل 498 من القانون الجنائي بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبالغرامة من خمسة آلاف إلى مليون درهم، ما لم يكن فعله جريمة أشد كل من ارتكب عمدا أحد الأفعال الآتية:

- 1- أعان أو ساعد أو حتى ممارسة البغاء أو جلب الأشخاص للبغاء وذلك بأية وسيلة كانت؛
- 2- أخذ بأي شكل كان نصيبا مما يحصل عليه الغير عن طريق البغاء أو الدعارة أو أخذ معونات من شخص اعتاد على تعاطي البغاء أو الدعارة وهو يعلم بذلك؛
- 3- عاش مع شخص اعتاد على تعاطي البغاء وهو يعلم بذلك؛
- 4- استخدم أو استدجج أو سلم أو حتى شخصا بقصد ممارسة البغاء أو الدعارة برضاه أو مارس عليه ضغوطا من أجل ممارسة البغاء أو الدعارة أو الاستمرار في ذلك؛
- 5- مارس الوساطة، بأية صفة كانت، بين من كان يتعاطى البغاء أو الدعارة وبين من يستغل بغاء الغير أو دعارته أو يؤدي مقابلا عن ذلك؛

- 6- ساعد من يستغل بغاء أو دعارة الغير على إعطاء تبرير وهي لموارده المالية؛
- 7- عجز عن تبرير مصادر مالية ملائمة لمستوى معيشته في الوقت الذي يعيش فيه مع شخص اعتاد على تعاطي البغاء أو الدعارة أو له علاقات مشبوهة مع شخص أو عدة أشخاص يتعاطون البغاء أو الدعارة؛
- 8- عرقل أعمال الوقاية أو المراقبة أو المساعدة أو إعادة التربية التي تقوم بها القطاعات أو الهيئات أو المنظمات المؤهلة لذلك تجاه أشخاص يمارسون البغاء أو الدعارة أو معرضين لتلك الممارسة.

ويظهر أن الأفعال السابقة تشكل في أغلبها جرائم القوادة والتي تشمل في معناها الواسع كافة الأفعال التي يرتكبها الطرف الثالث في البغاء، سواء أكانت تحريرا أم مساعدة أم استغلالا أم غير ذلك من الأفعال، كما تشمل أيضا الأفعال التي يرتكبها الأشخاص بقصد التعيش من البغاء أو التكسب من ورائه أو السيطرة على النساء للحصول على مكاسبهن من البغاء².

كما تم تشديد العقوبة في حالة ارتكاب الجريمة ضد قاصر دون الثامنة عشرة أو ضد عاجز بسبب سنه أو وضعه الصحي أو اتجاه امرأة حامل، وكذلك إذا ارتكبت الجريمة ضد عدة أشخاص أو باستعمال الإكراه أو استغلال السلطة أو التديس.. وغيرها من الحالات الأخرى³، كما أنه يعاقب على النشاطات الواردة في الفصل 499 بالسجن من عشر إلى عشرين سنة وغرامة إذا ارتكبت بواسطة عصابة إجرامية طبقا للفصل 499-4¹، وتصل العقوبة إلى السجن المؤبد في حالة ارتكاب الأفعال الواردة في الفصل 499 و الفصل 1-499 بواسطة التعذيب أو أعمال وحشية، وفقا للفصل 499-2⁵، والأمر الهام والجدير بالتنويه هو الحكم الذي جاء به الفصل 500 من القانون الجنائي والذي مدد سريان العقاب على الأفعال المعاقب عليها في الفصول من 497 إلى 499 حتى ولو كانت بعض السلوكات الإجرامية المكونة لها قد ارتكبت خارج المملكة، وذلك لمواجهة جرائم استغلال الضحايا في تلك الأفعال الدنيئة والحقيرة وعدم الإفلات من العقاب، تلك الأفعال التي تمارس في إطار القوادة الدولية⁶، في حمل وتهجير المجني عليهم من بلد إلى آخر من أجل ممارسة الدعارة واستغلالهم في ذلك.

¹ - إدوار غالي الذهبي: مرجع سابق، ص 255 و 257.

² - إدوار غالي الذهبي: "الجرائم الجنسية"، مرجع سابق، ص 251.

³ - راجع الفصل 499 من القانون الجنائي.

⁴ - الذي أضيف بمقتضى القانون رقم 03.24 السالف الذكر.

⁵ - تمت إضافته بموجب القانون رقم 03.24 السالف الذكر.

⁶ - انظر بهذا الصدد، إدوار غالي الذهبي: "الجرائم الجنسية"، مرجع سابق، ص 286 وما يليها.

سادسا: استغلال الأطفال في المواد الإباحية

عاقب الفصل 503-2 بالجيبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من عشرة آلاف إلى مليون درهم كل من قام بأفعال التحريض أو التشجيع أو تسهيل استغلال الأطفال أقل من 18 سنة في مواد إباحية، وذلك بإظهار أنشطة جنسية بأية وسيلة كانت سواء أثناء الممارسة الفعلية أو بالمحاكاة أو المشاهدة أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للأطفال يتم لأغراض ذات طبيعة جنسية. والحقيقة أن المشرع المغربي استغل فرصة إصدار القانون رقم 24-03 لإضافة هذا الفصل الأول والذي من شأنه أن يحقق حماية فعالة للطفل المغربي من مخاطر استغلاله في المواد الإباحية عبر شبكة الأنترنت¹، ويعاقب بنفس العقوبة كذلك من قام بإنتاج أو توزيع أو نشر أو استيراد أو تصدير أو عرض أو بيع أو حيازة مواد إباحية من هذا النوع، وتضاعف العقوبة إذا كان الفاعل من أصول الطفل أو مكلفا برعايته أو له سلطة عليه²، وتسري قواعد الاختصاص الجنائي بخصوص هذه الأفعال حتى لو ارتكبت عناصرها خارج المملكة، إضافة إلى إتلاف ومصادرة المواد الإباحية وكذلك إمكانية نشر الحكم الصادر بالإدانة وسحب ترخيص المحلات أو الحكم بإغلاقها إما نهائيا أو بصفة مؤقتة، كما يعاقب على محاولة الجنب السابقة بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة.

سابعا: تجريم غسل عائدات الاتجار بالبشر

وقد عرف البعض جريمة تبييض الأموال بأنها كل فعل يقصد به تمويه أو إخفاء مصدر الأموال أو المداخل الناتجة بصورة مباشرة أو غير مباشرة على ارتكاب إحدى الجرائم³، وجرم القانون المغربي غسل الأموال⁴ في الفصل 574-1 من القانون الجنائي، حيث حدد الأفعال والسلوكات الإجرامية التي تشكل عملية تبييض الأموال في الفصل المذكور، كما حاول أن يحدد لائحة بمجموعة من الجرائم التي تشكل مصدر الأموال القذرة التي يراد تبييضها وذلك في الفصل 574-2، منها جرائم الاتجار في المخدرات والمؤثرات العقلية والاتجار بالبشر والجرائم الإرهابية وغيرها⁵، حيث يتضح أن هناك مفارقة غريبة من قبل المشرع المغربي، وهي أنه لم يعاقب بشكل صريح ومباشر على الاتجار بالبشر اللهم ما تعلق ببيع أو شراء أو استغلال الأطفال في المواد الإباحية أو العمل القسري، ومع ذلك يجرم الأموال الناتجة عن الاتجار بالبشر، مما يؤدي بنا هذا إلى نتيجة محيرة وتطرح أكثر من علامة استفهام، وهي إباحة وعدم تجريم فعل الاتجار، لكن في المقابل يعاقب على الأموال الناتجة عنه التي يراد غسلها...؟ كيف نحدد أولا أن أموالا ما هي نتيجة للاتجار بالبشر ونحن لم نحدد ونضبط بعد مفهوم الاتجار هذا في نظامنا القانوني المغربي..؟

المبحث الثاني: الجرائم الواردة خارج المجموعة الجنائية

سنتطرق في هذه النقطة إلى الأحكام العقابية التي جاءت بها مجموعة من القوانين والتي تصب في الوقاية والحماية من الاتجار بالبشر، خاصة ما جاء في قانون الشغل أو الهجرة أو قانون نقل وزرع الأنسجة والأعضاء البشرية والتبرع بها.

¹ - خالد عثمان: "مكافحة الجريمة الإلكترونية في ضوء التشريع المغربي"، مقال منشور بمجلة العلوم الجنائية، العدد الأول، 2014، مطبعة الأمنية الرباط، ص 42

² راجع Sylvain Jacopin: "droit pénal spécial", hachette livre, paris 2010, pp, 134-135.

³ - محمد عمر الحاجي: "غسيل الأموال"، دار المكتبي، دمشق- سوريا، الطبعة الأولى 2005، ص 70.

⁴ - تمت أحكام الفرع السادس مكرر، الباب التاسع من القسم الأول من الكتاب الثالث من مجموعة القانون الجنائي، وذلك بمقتضى القانون رقم 05.43 المتعلق بمكافحة غسل الأموال، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.79 في 17 أبريل 2007، الجريدة الرسمية عدد 5522 بتاريخ 31 ماي 2007، ص 1359. وقد تم تعديل بواسطة القانون رقم 10.13 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.02 في 20 يناير 2011، الجريدة الرسمية عدد 5911 بتاريخ 24 يناير 2011.

⁵ - راجع الفصل 2-574 من القانون الجنائي، وقد كان المشرع غير موفق في تحديده لتلك الجرائم لأنه تناسى جرائم بالغة الخطورة مثل جرائم سرقة وتهريب الآثار، وبالنظر لعمولة الجريمة فقد تستحدث أنشطة إجرامية جديدة ستبقى خارج هذا التعداد، راجع حول العديد من الجرائم الأولية لغسل الأموال في مؤلف محمد عمر الحاجي، مرجع سابق، من ص 14 إلى غاية ص 44.

أولاً: على مستوى مدونة الشغل

لقد عمل المغرب على المصادقة على العديد من الاتفاقيات الخاصة بحماية حقوق الإجراء على اختلاف فئاتهم، وخاصة الاتفاقيات الأساسية لمنظمة العمل الدولية من قبيل منع كل أشكال العمل الجبري أو القضاء على تشغيل الأطفال أو منع التمييز في مجال الشغل وإقرار حماية خاصة للأحداث والنساء.

كما أن ديباجة مدونة الشغل¹ أعطت إشارة واضحة بخصوص المبادئ التي تأسست عليها، وكذلك لما يجب أن يسود في علاقات الشغل، حيث أقرت بأن العمل ليس بضاعة، والعامل ليس أداة من أدوات الإنتاج، ولا يجوز في أي حال من الأحوال أن يمارس العمل في ظروف تنقص من كرامة العامل.

ومن بين النصوص الحمائية والعقابية في نفس الآن ما نصت عليه المادة 10 من مدونة الشغل حول منع وتحريم تسخير الأجراء لأداء العمل جبراً أو قهراً، كما نصت المدونة على مقتضيات حمائية كذلك للمرأة والحدث، من ذلك منع تشغيل الأحداث² قبل بلوغهم سن 15 سنة وفقاً للمادة 143، وهذا مسلم به في جل التشريعات لاعتبارات كثيرة منها، اعتبارات إنسانية تكمن في حماية الحدث والمحافظة على صحته وسلامته نموه، بإبعاده عن جو العمل المضني، والمخاطر التي قد تصيبه في فترة يكون الحدث فيها في أمس الحاجة إلى الرعاية والتربية والتعليم، فأصبح من الضروري توفير الظروف الملائمة للحدث من أجل السماح له بمتابعة دراسته، بدلا من تركه يعمل في سن مبكرة لما في ذلك من خطورة على صحته وتعليمه ونموه³، كما جرمت المادة 146 من مدونة الشغل القيام بكل إشهار استغلالي يهدف استقطاب الأحداث لممارسة المهن الفنية، كما أقرت عقوبات عن مخالفة المقتضيات السابقة⁴، ومنعت المدونة أيضا تشغيل النساء والأحداث ليلا أو في بعض أماكن الشغل الخاصة⁵، وكذلك جعلت المادة 40 من المدونة التحرش الجنسي الممارس من قبل المشغل اتجاه الأجير خطأ جسيماً⁶ يبرر الحصول على التعويض عند مغادرة المقابلة بسببه، ويعاقب على التحرش كذلك بمقتضى الفصل 1/503 من القانون الجنائي⁷.

كما تضمنت مدونة الشغل نصوص قانونية تنظم عمل ومراقبة وكالات التشغيل⁸، أي تلك التي تعمل على الوساطة في الشغل بين طالبي الشغل والمقاولات التي تبحث عن أجراء للعمل بها، وهذه خطوة هامة لتفادي استقطاب وإغراء الباحثين عن الشغل من قبل بعض مكاتب التشغيل لإمكانية استغلالهم في ما بعد في جرائم الاتجار بالبشر، ونظمت كذلك المدونة مسألة تشغيل الأجراء المغاربة بالخارج أو نظرائهم الأجانب⁹ بالمغرب وذلك بمقتضى البابين الرابع

¹ -- القانون رقم 99.65 المتعلق بمدونة الشغل الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.03.194 في 11 شتنبر 2003، الجريدة الرسمية عدد 5167 بتاريخ 8 دجنبر 2003، ص 3969

² المزيد من التفصيل حول حماية الأحداث في قانون الشغل، راجع: يونس الحكيم: "الضمانات القانونية لحماية الأحداث في التشريع الاجتماعي المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، بكلية الحقوق بطنجة، السنة الجامعية 2006/2005.

³ - للتوسع أكثر يراجع: صلاح علي علي حسن: "التنظيم القانوني لتشغيل الأحداث، دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2012 دون ذكر عدد الطبعة، ص 77.

⁴ - انظر المادتين 150 و 151 من مدونة الشغل.

⁵ - راجع المواد 172 و 179 و 180 و 181 و 183 من مدونة الشغل، وللتفصيل أكثر راجع: صلاح علي علي حسن، "التنظيم القانوني لتشغيل الأحداث"، مرجع سابق، ص 279 وما بعدها.

⁶ - راجع حول التحرش الجنسي في مدونة الشغل مؤلف، بشرى العلوي: "الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي"، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، الطبعة الثالثة 2014، ص 114-116.

⁷ - الذي أضيف بمقتضى القانون رقم 03-24، المشار إليه سابقا.

⁸ - وذلك بمقتضى الباب الأول من الكتاب الرابع من مدونة الشغل وخاصة المواد 489 و 490 و 491 و 494.

⁹ - راجع حول مسألة التأشير على عقد تشغيل الأجير الأجنبي من قبل السلطة الحكومية وكذلك تفسير العقد من قبل المحكمة، قرار محكمة النقض عدد 183 بتاريخ 2013/1/31، ملف اجتماعي عدد 2012/2/5/325، ص 77 إلى ص 80، منشور بمؤلف عمر أزوكار: "قضاء محكمة النقض في مدونة الشغل"، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، 2014، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

والخامس من مدونة الشغل. لكن رغم كل هذه المقتضيات إما الوقائية أو الجزائية الواردة في قانون الشغل فإنها تبقى قاصرة من عدة جوانب، سواء ما تعلق منها بالعقوبات والتي تقتصر في الغالب منها على الغرامات أو الجزاءات المقيدة للحرية البسيطة، والتي في نظرنا لا تتناسب وفداحة الأفعال المجرمة بمقتضاها وكذلك ضعف الرقابة من قبل الهيئات المكلفة بذلك لاحترام قواعد ومقتضيات الشغل، ومن جهة أخرى تبقى بعض الفئات الهشة والمستضعفة خارج حماية مدونة الشغل خاصة منها فئة العمال المنزليين، الذين يشتغلون في ظروف صعبة ومزرية وبأجور زهيدة وساعات العمل الطويلة ويتعرضون لسوء المعاملة من قبل أصحاب المنازل واستغلالهم والاعتداء عليهم إما جسدياً أو نفسياً ناهيك عن تشغيل الأطفال دون 15 سنة، وغيرها من الانتهاكات التي يعانيها خدم المنازل¹، لذا لا بد من خروج قانون يحدد ويحفظ حقوق العمال المنزليين وكذلك واجباتهم اتجاه أصحاب المنازل، ويمنع تشغيل الأطفال في المنازل أقل من 18 سنة لأن مكائهم الطبيعي والروحي هو المدرسة وبيت الأسرة. وفي العديد من القرارات اعتبرت محكمة النقض أنه يدخل ضمن خدم البيوت البستاني والحارس الخاص لمسكن الغير، وأن كل من له علاقة بالمهام المنزلية لصاحب البيت يصنف ضمن خدم البيوت ولا تسري عليهم مدونة الشغل²، ويظهر أن المحكمة المذكورة قد وسعت من مفهوم خدم البيوت وبناء عليه فقد تحرم الكثير من الفئات من الحماية المقررة في مدونة الشغل، وهذا لا يقبله العقل والمنطق.

ثانياً: قانون التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

خص المشرع المغربي بمقتضى القانون رقم 98.16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزعها³ عدة مقتضيات تروم بالأساس غايات علمية وعلاجية وكذلك حفظ الإنسان، ومن جهة أخرى منع ومكافحة الاتجار في الأعضاء البشرية، وذلك بعد اشتراطه على مبدأ المجانية بهذا الخصوص وإحاطة عمليات التبرع والزرع بعدة مساطر متبعة قبل إجرائها، وتحديد الأعضاء والأنسجة القابلة للتبرع بها، وتحديد واقعة الوفاة، وكذلك المؤسسات التي تتم فيها عمليات الزرع.

أما بخصوص المقتضيات الجزائية فإن القانون المذكور خصص المواد من 30 إلى 45 كلها أحكام عقابية، وعاقب على مخالفة المقتضيات المنظمة للتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، وأخذها وزرعها واستيرادها دون ترخيص بعقوبات متفاوتة الشدة، بعضها يشكل جنائيات وبعضها الآخر جناحاً، كما منع المحاكم من تطبيق المقتضيات المتعلقة بوقف تنفيذ الأحكام، وحدد حالات المنع من ممارسة كل مهنة أو نشاط في الميدان الطبي لمدد مختلفة، فضلاً عن مصادرة المبالغ المقبوضة لقاء تلك العمليات⁴.

وقد عاقبت المادة 30 من القانون أعلاه بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة ضد كل من عرض بأية وسيلة كانت تنظيم أو إجراء معاملة تجارية بشأن أخذ أعضاء بشرية، كما عاقبت الأشخاص الذين يقومون بمعاملة تجارية تتعلق بعضو بشري، وتحظر هذه الجريمة التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيا كانت طبيعته، ويقصد بالاتجار بالأعضاء البشرية كافة التصرفات غير

¹ لمزيد من التوسع حول هذا الموضوع انظر البوعناني عفاف: "الحماية القانونية للعمل المنزلي في ظل مشروع قانون رقم 12.19" رسالة لنيل دبلوم الماستر في العلوم القانونية (قانون الأعمال)، كلية الحقوق أكاد الرباط، السنة الجامعية 2011-2012.

² قرار محكمة النقض عدد 928 المعرف في 2010/11/04، ملف اجتماعي عدد 2009/1/5/1215، منشور في مؤلف عمر أزوكار، "قضاء محكمة النقض في مدونة الشغل"، مرجع سابق، ص 68 و69.

³ القانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.99.208 في 25 غشت 1999، الجريدة الرسمية 4726 بتاريخ 16 شتنبر 1999، ص 2299.

⁴ إدريس بلحمجوب: "مكافحة الاتجار في الأعضاء البشرية"، قراءة في القانون المغربي المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، مجلة القضاء والقانون العدد 160 سنة 2012، ص 19.

المشروعة التي من شأنها أن تحيل جسم الإنسان الذي كرمه الله إلى سلعة يتم التصرف في أجزائه كما يتصرف في قطعة ملابس¹.

كما جرم القانون رقم 98.16 الخاص بالتبرع بالأعضاء البشرية وزرعها كل عمليات أخذ عضو من شخص راشد على قيد الحياة دون موافقته، أو القيام بأخذ عضو من أعضاء شخص متوفى دون ترخيص من ذلك الشخص قبل حالة الوفاة²، ولهذا يتطلب ضرورة الإذن والرضا المسبق قبل إجراء أي عملية لأخذ الأعضاء البشرية بأي طريقة كانت عن طريق التحايل أو الإكراه أو غيرهما³.

كما جاء القانون بأحكام خاصة يراد منها حماية الأطفال من أن يكونوا عرضة لعمليات الاتجار بأعضائهم، وذلك بمقتضى المادة 35 التي عاقبت بالسجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة، كل من قام بأخذ عضو من أعضاء شخص قاصر على قيد الحياة، ولو تم الحصول على موافقته.

ثالثا: قانون دخول وإقامة الأجانب بالمغرب وبالهجرة غير المشروعة⁴.

لقد أصبحت ظاهرة الهجرة ببلادنا إشكالية صعبة لها انعكاسات دولية على مستوى علاقات المغرب بجيرانه الأوروبيين أو بلدان إفريقيا جنوب الصحراء، الأمر الذي استدعى اتخاذ عدة تدابير مهمة لمعالجتها، ويأتي في طليعتها تحيين وتوحيد النصوص التشريعية المنظمة لدخول الأجانب وإقامتهم بالمملكة وتجميعها في نص قانوني واحد وموحد، ويتعلق الأمر بقانون رقم 03.02 الذي جاء في روحه متلائما مع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمحاربة ظاهرة الهجرة السرية ومكرسا لما التزمت به بلادنا في مجال احترام حقوق الإنسان⁵.

وقد عاقب المشرع المغربي بمقتضى القانون رقم 03.02 على أفعال دخول الأجانب إلى المغرب خرقا لأحكام هذا القانون، وكذلك الناقل أو مقاولات النقل التي نقلت أجنبا إلى المغرب دون التوفر على وثيقة السفر، إضافة إلى أفعال مغادرة التراب المغربي بصفة سرية أو كان ذلك بمساعدة أحد الأشخاص المكلفين بمقتضى مهامهم بالحرص على احترام مقتضيات هذا القانون⁶.

كما جرم القانون المذكور بمقتضى المادة 52 منه كل الأفعال التي من شأنها تنظيم أو تسهيل دخول أشخاص مغاربة أو أجانب بصفة سرية إلى التراب المغربي أو خروجهم منه عن طريق الاحتيال أو استعمال وثائق مزورة أو انتحال اسم ما أو الدخول أو مغادرة المغرب من أماكن غير المراكز الحدودية المعدة لذلك، وقد عاقب على تلك الأفعال المذكورة بالجس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات والغرامة من 50.000 إلى 500.000 درهم، ويتم تشديد العقوبة إلى السجن من عشر إلى خمسة عشر سنة وغرامة قدرها من 500.000 إلى 1.000.000 إذا تم ارتكاب الأفعال المنصوص عليها في المادة 52 بصفة اعتيادية أو بواسطة عصابة أو اتفاق للقيام بذلك.

¹ - خالد مصطفى فيهي: "النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2012، ص 680.

² - المواد 34 و 36 من القانون رقم 98.16.

³ - راجع خالد مصطفى فيهي: "النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية"، مرجع سابق، ص 674 وما يليها.

⁴ - ظهير شريف رقم 1.03.196 صادر في 11 نونبر 2003، بتنفيذ القانون رقم 03.02 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة، الجريدة الرسمية عدد 5160 بتاريخ 13 نونبر 2003، ص 3817.

⁵ - الطيب الشرفاوي: "تقديم القانون رقم 03.02 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة"، ص 22، مداخلة ضمن أشغال الندوة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل ووزارة الداخلية بمرآش يومي 19 و 20 دجنبر 2003 حول إشكالية الهجرة على ضوء القانون 03.02 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 1، الطبعة الثالثة، مارس 2007.

⁶ - وذلك بمقتضى المواد 42 و 48 و 50 و 51 من قانون 03.02.

أما إذا نتج عن نقل الأشخاص المنظم دخول إلى المغرب أو خروجهم منه بصفة سرية عجز دائم فالعقوبة تصل إلى السجن من خمس عشرة سنة إلى عشرين سنة، والسجن المؤبد في حالة الوفاة من جراء تلك الأفعال المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 52 من القانون 03.02 الخاص بدخول وإقامة الأجانب بالمغرب وبالهجرة غير المشروعة، هذا علاوة عن مصادرة وسائل النقل التي استعملت في ارتكاب الجريمة¹، وكذلك الحكم على الشخص المعنوي بغرامة قدرها يتراوح بين 10.000 و 1.000.000 درهم إذا ما ثبت ضلوعه في الجرائم المتعلقة بالهجرة غير المشروعة المنصوص عليها في القسم الثاني من القانون السالف الذكر².

ومن بين أبرز الأحكام التي جاء بها القانون وفقا للمادة 54 منه باختصاص المحاكم المغربية بالبت في الجرائم التي سبق ذكرها حتى وإن ارتكبت بعض عناصرها بالخارج، وكذلك بكل أفعال المشاركة أو الإخفاء المرتكبة من طرف الأجانب خارج التراب المغربي، وفي هذا إشارة صريحة لصرامة المشرع المغربي في منع ومكافحة جرائم الهجرة غير المشروعة سواء ارتكبت داخليا أم خارجيا، وكذلك لمواجهة المنظمات أو العصابات الإجرامية التي تضطلع بهذه الأفعال غير المشروعة، وزيادة على تعزيز تدابير وإجراءات أمن ومراقبة الحدود، إذ في هذا الإطار ظلت العديد من التشريعات في الدول المستقبلية للهجرة مركزة أساسا على وضع المقتضيات القانونية والزجرية المتعلقة بالهجرة والمهاجرين السريين، بدل التركيز على ردع الشبكات الإجرامية المنظمة والمتخصصة في تهجير المواطنين من مختلف الجنسيات بطريقة غير مشروعة، حيث أصبحت هذه الشبكات الإجرامية تتحكم بشكل كبير في تيارات الهجرة بين الدول، نظرا لما تدره عليها هذه العملية من أموال طائلة شأنها في ذلك شأن الشبكات المختصة في تجارة المخدرات والأسلحة، حيث أثبتت التجربة أن هذه الشبكات الإجرامية تقوم باستغلال المهاجرين وإخضاعهم لظروف قاسية ومعاملات غير إنسانية خلال المدة اللازمة لإيصالهم إلى بلد الوجهة³.

خاتمة:

يتضح مما سبق أن القانون المغربي لا يعاقب مباشرة على الاتجار بالبشر وإنما تضمن فقط بعض الأفعال التي تشكل بعض صور هذا الاتجار، وإن كان قد جاء صريحا في بعض المقتضيات حول العقاب على الاتجار بالأطفال، إلا أن ذلك لا يشفع له بالاعتصام على الأفعال الجرمية التي وقفنا عندها نظرا لعدة اعتبارات، فمن جهة تلك النصوص القانونية تشوبها مجموعة من الثغرات موضوعية وشكلية وكذلك فهي في معظمها جنحا، ومن جهة ثانية فهي كذلك تبقى قاصرة عن استيعاب كل صور الاتجار بالبشر، ومن جهة ثالثة فاحتراما لمبدأ شرعية التجريم والعقاب ولبدأ التفسير الضيق للنصوص الجنائية فلا يمكن لقضاة الأحكام تكييف الجرائم التي سبق عرضها على أنها جريمة اتجار بالبشر، ومن جهة رابعة فهذه الأخيرة لا تقع إلا وفقا للمفهوم الذي أعطي لها بموجب البروتوكول الأممي للاتجار بالأشخاص، الذي حدد أفعال وأساليب وأهداف الاتجار، وهو ما لا يمكن تصوره في القانون المغربي لأنه عاقب على بعض الجرائم التي تقع بشكل أحادي متفرد ومتفرق عن ما يمكن أن يصطلح عليه اتجارا بالأشخاص، لأجل هذا نتمنى أن يتفطن المشرع المغربي وكل المهتمين بهذا الشأن من أجل التحرك لإيجاد بنين قانوني للوقاية والمكافحة والمعاقبة على الاتجار بالبشر، وأن يستفيد من الممارسات والتجارب السابقة في هذا الإطار، وأن يضع خطة عمل وطنية وأن يعزز

¹ - راجع المادة 53 من القانون رقم 03.02، وانظر كذلك محمد الطيب بوطيبي، "الموجز في القوانين الجنائية الخاصة وفق التشريع المغربي"، دار النشر الجسور- وجدة، 2004 دون ذكر عدد الطبعة، ص 222-223.

² - المادة 54 من القانون رقم 03.02.

³ - محمد أوزكان: "إشكالية الهجرة"، عرض قدم في الندوة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل ووزارة الداخلية بمراكش يومي 19 و 20 دجنبر 2003 حول: إشكالية الهجرة على ضوء القانون رقم 03.02 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 1، الطبعة الثالثة، مارس 2007، ص 37.

التعاون الدولي والثنائي في مكافحة هذه الجريمة والجرائم المنظمة بشكل عام، وأن يحدد مفهوما دقيقا وشاملا للاتجار بالبشر، وأن يهتم بضحايا هذه الجريمة، وأن يؤهل كل المتدخلين في مكافحة الاتجار بالبشر من قضاة وشرطة ودرك وغيرهم من أجل تطبيق أمثل للقانون الذي يمكن أن يصدر مستقبلا بهذا الشأن.

أزمة تدبير الموارد البشرية بالجماعات الترابية

د/ هشام بياض

باحث في العلوم القانونية

والإدارية والسياسية

مقدمة

إن أداء وفعالية الإدارة مرتبطان أوثق الارتباط بمستوى مردودية العنصر البشري المكون لها، فالموارد البشرية تعد ركيزة أساسية للنهوض بالإدارة وتأهيلها للاندماج في محيطها الاجتماعي والاقتصادي والمساهمة في رفع التحديات التي تفرضها العولة والتنافسية الدولية وانسجاما مع الإشارات القوية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله في أكثر من مناسبة للمكانة التي يجب أن يتبوأها العنصر البشري في أي مشروع إصلاح، و ركزت الحكومة على تطبيق مقتضيات برنامج الإصلاحات الاقتصادية والاجتماعية في جوانبه المتعلقة بحسن استعمال الموارد البشرية في الإدارة العمومية و الجماعات الترابية.

فالمسار التحدي للجماعات الترابية سيبقى رهينا ووثيق الصلة بمستوى النهوض بمنظومة الموارد البشرية، من خلال تعزيز كفاءتها، والرفع من مستوى أدائها، وتدعيم قدراتها على التدبير والابتكار. ومن منطلق هذا الوعي بما يجب أن تحظى به مسألة تنمية الطاقات البشرية للجماعات الترابية من عناية كاملة، وبما ينبغي أن يحتله تأهيل العنصر البشري في مسار الإصلاح والتحديث من مكانة متقدمة، فقد جعلت الحكومة، في نطاق برنامج عملها، من تثمين الموارد البشرية مرتكزا أساسيا للحكامة الجيدة، وهو البرنامج الذي يسعى إلى إحداث تغييرات جوهرية في طريقة تناول القضايا التي تهتم بها الإدارة، وفي أنماط وآليات التدبير التي تتبعها في نطاق اضطلاعها بما هو موكول إليها من مهام، وذلك في أفق تأهيل إدارتنا تأهيلا كاملا يجعل منها إدارة مواطنة، فعالة وشفافة ومسؤولة، وقريبة من انشغالات المواطنين، ومقدمة لخدماتها بأحسن جودة وبأقل تكلفة.

تعرف الجماعات الترابية تطورات متلاحقة على مستوى تحسين عملها الإداري، لذلك تسعى للجماعات الترابية لاتخاذ مجموع من الإجراءات التي من شأنها أن ترفع من فعالية الخدمات التي تقدمها وباعتبار تدبير التوظيف العمومي عملية جوهرية تضمن ولوج الموارد البشرية المتخصصة والكفاءة للجماعات الترابية فإن تدبيرها يجب أن يتم بطريقة فعالة وجيدة لضمان الكثير من الجهد والوقت والمال، مما يجعل من هذه العملية مدخل استراتيجي لتحديث الجماعات الترابية. هذا إضافة إلى تبسيط المساطر الإدارية الأخرى¹، وتحسين التواصل مع المرتفقين²، وتسهيل الولوج إلى المعلومة باعتبارها حق دستوري³، وتعزيز الإدارة الإلكترونية.

¹ - نص الفقرة (ب) من المادة 10 من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بأن "تبسيط الإجراءات الإدارية، عند الإقتضاء، من أجل تبسيط وصول الناس إلى السلطات المختصة التي تتخذ القرارات.

² - الفصل 157 من الدستور نص على ميثاق للمرافق العمومية يحدد قواعد الحكامة الجيدة المتعلقة بتسيير الإدارات العمومية والجماعات الترابية، لكن الميثاق لم يخرج إلى حيز التنفيذ.

³ - الحق في الحصول على المعلومة نصت عليها المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، و الفقرتين 2 و 3 من المادة 19 من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية.

الفقرة (ج) إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وتكرسا لهذا، نص الفصل 27 من الدستور على أنه يحق للمواطنين والمواطنات الحصول على المعلومات، الموجودة لدى الإدارة العمومية والهيئات المنتخبة، وذلك المكلفة بمهام المرفق العام، ولا يمكن تقييد الحق في الحصول على المعلومات إلا بموجب القانون. غير أن مشروع القانون رقم 31.13 المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات لم يخرج إلى حيز التنفيذ وقد صادق عليه مجلس الحكومة مع الأخذ بعين الإعتبار الملاحظات المثارة بشأنه والتي ستندرس من قبل لجنة وزارة برناسة رئيس الحكومة لاكما جاء في بيان اجتماع مجلس الحكومة المنعقد بتاريخ 31 يوليوز 2014.

ولتحديث الجماعات الترابية والرفع من أدائها العملي في علاقتها مع المواطنين والإدارات العمومية الأخرى، يجب تحديث منظومتها التدييرية، على مستوى الكفاءات والخبرات التي تشتغل بها في ارتباط هذه الأخيرة مع القواعد القانونية المتعلقة بتدبير عملية التوظيف العمومي. لذلك يجب اختيار أفضل العناصر وأكفئها بناء الأليات التدييرية الحديثة في مجال تدبير الموارد البشرية من جهة، وأجرات هذه الأليات بشكل يضمن نجاعتها وفعاليتها في إطار القواعد والقوانين التي تحكم تدبير عملية التوظيف من جهة أخرى. وبناء على ما سلف، فإن محاولة تحليل العلاقة بين تدبير التوظيف العمومي باعتباره حلقة أولية ومحورية تركز عليها منظومة تدبير الموارد البشرية، وبين تحديث الجماعات الترابية على مستوى الكفاءات والخبرات التي تحتاجها، تتطلب البحث بعمق في إشكالية جوهرية تتجسد في تحديد المكانة والعلاقة التي يحتلها كل واحد منهما في علاقته بالآخر؟ فالبحث في هذه العلاقة، يسهل معرفة ما إن كان تحديث الجماعات الترابية يمكن أن يتأتى دون تحديث مواردها البشرية، أم أن هذه الأخيرة ركيزة أساسية لعملية تحديث الإدارة؟ وما إن كانت الترسانة القانونية والتنظيمية المتعلقة بتدبير التوظيف وحدها آلية ناجعة في عملية تحديث الجماعات الترابية، أم أنها تحتاج إلى مقاربات تدييرية حديثة تساهم في تطوير عملية التوظيف العمومي في سبيل الحصول على استقطاب كفاءات جديدة ونشيطة لها القدرة على دعم تحديث وتجويد خدمات الجماعات الترابية؟ ومدى تجليات وتطبيقات هذا التحديث المتعلق بالموارد البشرية

بالجماعات الترابية على مستوى تنظيم وتديير مباريات التوظيف العمومي؟ وعليه، سنتناول فيما يلي تجليات سوء تدبير الموارد البشرية في المبحث الأول والصعوبات و الوسائل الحديثة لتدبير منظومة الموارد البشرية لدى الجماعات الترابية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: تجليات سوء تدبير الموارد البشرية

إن إشكالية أزمة تدبير الموارد البشرية بالجماعات الترابية تتميز بتعدد وتنوع أسبابها وتجلياتها، سواء منها المتعلق بإعداد الأطارات المرجعية لتدبير الموارد البشرية أو تلك المتعلقة بتتبع المسار الوظيفي: التوظيف، الترقية، التكوين، الحركية، التقاعد.

كما أن الوضع العملي لتدبير الموارد البشرية أبان عن غياب تصميم مديري لمنظومة الموارد البشرية، زيادة على غياب إعلامي لتدبيرها¹ حيث لا يستطيع أصحاب القرار الحصول على المعطيات الملائمة التي من شأنها أن تسمح لهم بتقييم التدبير وبوضع مخطط إصلاحي يأخذ بعين الاعتبار الحقائق الواقعية ومتطلبات الأطراف المعنيين، ولا بأس من إعطاء نظرة موجزة عن أهم تجليات أزمة التدبير الإداري لمنظومة الموارد البشرية خاصة تلك المتعلقة بإشكالية محدودة الأطارات المرجعية لنظامي توصيف وتحليل الوظائف، وكذا غياب التخطيط لمنظومة الموارد البشرية.

المطلب الأول: غياب إطار مرجعي لتوصيف وتحليل الوظائف

تفتقر الجماعات الترابية إلى دليل مرجعي للوظائف والكفاءات باستثناء بعض القطاعات الإدارية التي قطعت أشواطاً هامة في هذا الميدان، خاصة قطاع التجهيز والمالية، حيث انتهت هذه القطاعات العمومية من إعداد الدلائل المرجعية للوظائف، في حين لا تزال بعض القطاعات لم تنتهي بعد من إعداد هذه الدلائل كوزارة العدل والحريات، التي

¹ - في هذا الإطار تم وضع نظام معلوماتي لتدبير الدليل المرجعي لمنظومة الموارد البشرية في أول تجربة في إطار الإنطلاقة لبرنامج الإدارة الإلكترونية، والذي أنجزته وزارة تحديث القطاعات العامة منذ أكتوبر 2009.

بدأت الاشتغال عليها منذ 2005 ولا تزال إلى يومنا هذا¹ لكن يبقى العمل بهذه الدلائل تعرقله عدة صعوبات تتعلق بإنجاز المساطر، وبروتوكول التواصل.

إن غياب هذه الآلية التديرية لا يسمح بضمن الانتقال من تدير إداري محض للموظفين نحو تدير توقعي ونوعي للموارد البشرية، ولقد ترتب عن هذه الممارسة العديد من المشاكل في مجال التدير العشوائي للكفاءات والمؤهلات، يمكن رصدها فيما يلي:

غياب التحليل التوقعي للمؤهلات وعدم تحديد حاجيات التوظيف بناء على توصيف دقيق للوظائف ومناصب الشغل، إضافة إلى ضعف آليات التوظيف وعدم الإلمام بالتقنيات الخاصة بدراسة الملف والمقابلات والاختيار الانتقائي. غياب منهجية لضبط مواطن الضعف والقصور لدى الموظف، وإن ضعف التصور الاستراتيجي في مجال الموارد البشرية وكيفية² استثمارها انعكس بشكل سلبي على التنمية، وبغض النظر عن الأوضاع والقوانين التي تحكم الموظفين، فإن اعتماد إطار مرجعي شمولي من شأنه أن يحدد المبادئ والتوجهات المتجددة التي تمكن من الانتقال من منطق التسيير القانوني الصرف لشؤون الموظفين إلى منطق التدير الحديث الموارد البشرية³.

إن غياب مثل هذه المنظومة من شأنه أن يؤدي إلى التدير العشوائي لهذه الموارد البشرية، حيث أن غياب التناسب ما بين مؤهلات العنصر البشري والمهام الواجب ممارستها، يؤدي لا محالة إلى إهدار الكفاءات والمؤهلات. وقد تم العمل به أول مرة من طرف وزارة المالية والتجهيز في انتظار تعميمه، وما زالت الجهودات لم ترق إلى المستويات المطلوبة من طرف الإدارات في اعتماد هذا المنهج العلمي، ومرد ذلك بالدرجة الأولى إلى أن إدارة الموارد البشرية لم تنتقل بعد من منطق التدير الكلاسيكي نحو تدير نوعي واستشرافي للموارد البشرية، إن أغلب الإدارات لم تقم بإعداد دلائل كافية توضع رهن إشارة مسؤولي إدارة الموارد البشرية تحدد القواعد والضوابط التي من شأنها عقلنة تدير موظفي الدولة وتطوير مساهمهم المني من حيث التوظيف والتكوين والحركية والترقية والتقييم⁴.

وعلى العموم، فإن ضعف وشبه غياب لهذا الإطار المرجعي مرده إلى:

- غياب رؤية مشتركة بين الوزارات في إعداد هذا المشروع.

- غياب الخبراء المختصين في إعداد هذا النظام⁵

- ضعف التنسيق بين مجموعة من الخبراء المختصين في هذا الميدان.

- عدم توفير الموارد اللازمة لإنجاح نظام تصنيف الوظائف.

أما من الناحية العملية، نلاحظ أن الجماعات الترابية أو الإدارات العمومية نادرا ما يتم إشراك موظفيها في إعداد هذه الدلائل، الأمر الذي يترتب عنه إحساس بالإحباط، فلا يقدمون المعلومات اللازمة للجن المختصة بإعداد هذا الإطار⁶.

¹ مداخلة سعد كدار، رئيس مصلحة إعداد الإحتياجات التكوينية والتدابير بوزارة العدل والحريات، تحت عنوان: الدليل المرجعي والتدير التوقعي للوظائف و الكفاءات بوزارة العدل والحريات، بالجامعة الربيعية الأولى تحت شعار " من أجل عدالة فعالة وناجعة"، بتأطير من مكتب الدراسات لإصلاح وتحديث الإدارة القضائية من تنظيم ودادية موظفي العدل، يومي 17 و 18 ماي 2013، بالمعهد العالي للقضاء، الرباط.

- نرجس بربار: دور التدير التوقعي في عقلنة وترشيد أداء الجهاز الإداري، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، تخصص تدير الشأن العام، كلية العلوم القانونية² والاقتصادية والاجتماعية- السوسية، الرباط 2011.

³ - Gestion des ressources humaines: pilotages social et performances, Bernard matory et daniel CROZET-6^{ème} edition DUNOD 2005.

⁴ - كريمة شادي " دور التدير التوقعي للموارد البشرية في ترشيد وعقلنة الجهاز الإداري " بحث لنيل دبلوم سلك التكوين في التدير الإداري، المدرسة الوطنية للإدارة، 2006.

⁵ - في الدليل المرجعي للوظائف والكفاءات تم الاستعانة في هذا الإطار من أجل إعداد الدليل المرجعي للموارد البشرية بالنسبة لوزارة التربية الوطنية بمكتب الدراسات الكندي، وبالنسبة لوزارة الصحة من قبل مكتب الدراسات الفرنسي. لكل من وزارة التربية الوطنية ووزارة الصحة.

⁶ - نرجس بربار، مرجع سابق.

المطلب الثاني: غياب التخطيط لمنظومة الموارد البشرية

يعاب على نظام تدبير الموارد البشرية بالإدارة المغربية أنه لا يساير الإكراهات والحاجيات الجديدة لتدبير الشأن العام، ولا يستجيب لطموحات الموظفين في تنظيم مساهمهم الوظيفي بشكل أفضل وأمثل. وبالرغم من الإرتقاء بمصالح تسيير شؤون الموظفين إلى مستوى مديريات لتدبير الموارد البشرية، فإن غياب التخطيط على الصعيد الوطني يحد من التوجهات العامة لتدبير الموارد البشرية. لذا بات من الضروري إجراء دراسة ميدانية بواسطة إحدات بنك للمعطيات حول تطور عدد الموارد البشرية بمختلف الإدارات والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية وتتضمن الدراسة جملة من العناصر يمكن إجمالها فيما يلي:

- التوجهات العامة للتصميم المديرى والخاص بكل قطاع وبكل الوظائف المختلفة.
- التحديد الدقيق لمختلف المهن المزاولة من طرف الموظفين (تقنية، تديرية، إشرافية تنظيمية، تأطيرية، تنسيقية، الخ).
- تجميع وتحميل وتصنيف المعطيات الأساسية لإنجاز التصميم.
- وضع برنامج متكامل بتنسيق تام مع ممثلي اللجنة المعنية بهذا البرنامج¹.
- كما أن التصميم المديرى يقتضي إتباع مقاربة منهجية متكاملة لهذا الغرض، لذا يجب على مديريات الموارد البشرية بمختلف القطاعات الإدارية توفير المعطيات اللازمة لإعداده وتتضمن ما يلي:
- التفكير والتخطيط لتطوير المهن.
- تطوير وتحسين نظام المباريات.
- إعداد إطار مرجعي للمؤهلات والكفاءات.
- رصد المعطيات والبيانات اللازمة حول تدبير الموارد البشرية.
- طيبة مناهج تقييم أداء الموظفين.
- مسار حركية وانتشار الموظفين².

لكن في الواقع العملي نجد أن مديريات الموارد البشرية تفتقر إلى جهاز حقيقي وفعال في إعادة التأهيل، ولتجاوز هذه الوضعية لابد من تطوير جهاز حقيقي للإعلام بشأن الموارد البشرية، وتوحيد مناهج وأساليب تسيير الموظفين، وخلق مرصد وطني للمهن والكفاءات في الوظيفة العمومية. ومن أجل ربح رهان التدبير التوعوي للموارد البشرية بات من اللازم اعتماد سياسة اللاتمرکز في مجال تدبير الموارد البشرية³، وهذا أمر يتطلب اعتماد مهنية أكبر في هذا المجال وإعداد منظومة للتواصل.

إن التواصل المديرى للموارد البشرية بات أساسيا بحجم الرهانات الكبرى والخيارات الإستراتيجية لتأهيل العنصر البشرى بالجماعات الترابية ولمواجهة التحديات التي تفرضها إكراهات الظرفية الاقتصادية والاجتماعية. وبالرغم مما بذلته الإدارة من جهود في تدبير الموارد البشرية، حيث لا يستطيع أحد أن ينكر مدى أهميتها في تفعيل النشاط الاقتصادي والاجتماعي، إلا أن الدراسات والأبحاث الإدارية أبانت عن عدة اختلالات ونقائص تطل الجهاز المكلف بتدبير المنظومة البشرية وتعزى بالأساس إلى:

- غياب رؤية موحدة ومشاركة لبرنامج إعداد هذا التصميم.

¹ - المسكيني وسيلة، "تدبير الموارد البشرية في الإدارة العمومية: الإدارة البرلمانية كنموذج"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال الرباط.

² - كريمة شادي، مرجع سابق.

3 - Meriam Messaoudi: " la gestion des compétences dans l'administrations publiques marocaine".

ضعف تنسيق الوزارات.

- التمركز المفرط للمصالح والسلطات وضعف الإمكانيات.
- عدم انسجام بعض مقتضيات النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية.
- عدم تطور أساليب الموارد البشرية.
- غياب التخطيط الاستراتيجي للموارد البشرية¹.

المبحث الثاني: الصعوبات و الوسائل الحديثة لتدبير منظومة الموارد البشرية

تسعى الجماعات الترابية في تدخلها بمواردها البشرية إلى تحقيق التنمية الشاملة ولاسيما التنمية الاقتصادية، ولذلك فإن الجماعات المحلية وحتى تحقق تنمية اقتصادية فعالة ومتوازنة مطالبه بأن تعتمد عدة آليات و وسائل حديثة في تحقيق هذه التنمية. وتعتبر المخططات وبرمجة المشاريع من أهم هذه الآليات وأبرزها على الإطلاق، وللتنفيذ الإيجابي لهذه المشاريع والمخططات لابد من وجود موارد بشرية كافية وهذا ما حدا بالجماعات الترابية إلى مراجعة نظامها المالي واعتماد سياسات مغايرة، وللتفصيل في هذا المبحث فإننا سنحلله بناء على مطلبين رئيسيين :

المطلب الأول: صعوبات تدبير الموارد البشرية بالجماعات الترابية

إن تدبير الموارد البشرية المحلية تواجهها إكراهات عدة ترتبط بالخصوص بضعف الموارد المالية المحلية من حيث بنية النظام المالي المحلي ومن حيث الطريقة المعتمدة في توزيع هذه الموارد المالية المحلية على المشاريع المحلية ذات الأهمية والأولوية. وربما يعزى هذا إلى طبيعة العقلية للمورد البشري المتحكم في بنية هذا النظام المالي والتي لم تستوعب آليات التدبير الحديث في هذا النظام والذي يتعلق هنا بعقلية المنتخب المحلي والموظف الجماعي واللذان لا يرقيان إلى المستوى العلمي المطلوب والمقبول في اعتماد التدبير.

الفقرة الأولى: محدودية الموارد البشرية في المجال المالي المحلي

إن ممارسة الجماعات الترابية لاختصاصاتها يفرض بالإضافة إلى توفر الموارد المالية وجود موارد بشرية، حيث إن تدبير الشأن العام المحلي يتأثر بعقلية مسيريه، وبأسلوب الذي ينهجونه في ذلك. لدى فإن تحقيق الأهداف المسطرة لبلوغ التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، يستدعي باستمرار بعض المؤهلات، لأن للمنتخبين المحليين صلاحيات هامة ومتعددة ترتبط بكل مجالات التسيير المحلي، دون إغفال دور الموظف العمومي المحلي، إذ أنه وبالرغم من إقرار الميثاق الجماعي لأول مرة نظاما خاصا بالمستشار الجماعي بغية تدعيم مكانته وتوسيع حقوقه وضبط اختصاصاته ومسؤولياته، فإن التعديلات التي حملها القانون 78.00 و القانون 17/08 بهذا الخصوص تبقى ناقصة ولم ترق إلى مستوى التطلعات فيما يتعلق بمسألة تكوين المنتخب الجماعي. وإذا كانت تطرح مجموعة من الإشكاليات المرتبطة بالمنتخب المحلي، فإن الموظف المحلي بدوره لم ينجو منها، ذلك نظرا للدور المهم الذي يلعبه على مستوى تدبير الشأن المحلي، بحيث أن أي خلل يمس التنسيق العام المحلي يؤدي إلى عرقلة التنمية المحلية.

ومنه فإن الجماعات الترابية بمختلف أصنافها، تحتاج لممارسة اختصاصاتها إلى وجود تدبير و تنظيم لمواردها البشرية، بشكل ينسجم مع متطلبات تدبير الشأن المحلي. غير أن العنصر البشري في الإدارة الترابية يعاني من عدة صعوبات، مما يحول دون تحقيق التنمية المحلية المنشودة، حيث أن توزيع العنصر البشري على الخريطة الجماعية بالمغرب لا يتسم بالعدالة ولا بالتساوي سواء من الناحية الكمية أو الكيفية.

¹ - السعدية حساك. "تدبير الموارد البشرية ودوره في التنمية: الإدارة المغربية كنموذج"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط 2007. 2008

ففي ما يخص الناحية الكمية، وإن شهدت الجماعات الترابية تطورا كبيرا إلا أن ذلك لا يعكس حقيقة التوزيع البشري فهناك مناطق تشهد اكتظاظا بشريا كبيرا فيما هناك مناطق أخرى أقل استقطابا أما من الناحية الكيفية، فبالنظر إلى التطور الذي شهدته الموارد البشرية المحلية، فإن أغلب الموظفين ينتسبون إلى الأطر المتوسطة والأعوان، فيما لم تحظى الأطر العليا إلا بالقليلة، وهنا يظهر المشكل بحيث أن الكفاءة والمهارة لا تتوفر إلا في الأطر العليا المتخصصة والتي للأسف تمثل نسبة قليلة.

إضافة إلى المشكل الذي يطرح على مستوى التوزيع اللامتكافئ للموارد البشرية، فإن هناك صعوبات أخرى تعترض الوظيفة العمومية المحلية والتي يمكن إجمالها في القانونية والمالية والبيداغوجية وأخرى استراتيجية.

الفقرة الثانية: ضرورة تكوين الموارد البشرية في الميدان المالي والمحاسباتي.

إن أهمية تدعيم آليات التدبير المالي المحكم لا تنضب إلا بضرورة تكوين الموارد البشرية في المجالين المالي والمحاسباتي.

وهكذا يحتل التكوين موقعا بارزا ضمن القضايا التي تخص تدبير الموارد البشرية حيث أنه يعد الوسيلة الأمثل لإيجاد الحلول لمجموعة من الإشكاليات المرتبطة بتنظيم وتحديث وتنمية القدرات المهنية للموظفين وتأهيلهم للتكيف مع التحولات التي يعرفها مجال التدبير الإداري بالجماعات المحلية.

فتحقيق تدبير للجماعات الترابية يستلزم من مجالسها الرفع من قدرات مواردها البشرية حتى تتمكن من تدبير شؤونها المعقدة كما يجب، وذلك باعتماد سياسة تكوينية ترمي أساسا إلى تأهيل الموظفين الجماعيين للاستجابة للحاجيات المتجددة للمواطنين والاضطلاع بالمهام التنموية التي أصبحت تناط بهم، وذلك بوضع مخطط طويل المدى لعصرنة الإدارة المحلية وجعلها قادرة على النهوض بمهامها، ويجب أن يشارك في وضع المخطط، الإدارة المركزية والمنتخبون والموظفون الجماعيون، وذلك انسجاما مع فلسفة الحكامة المحلية التي تقتضي اعتماد مقاربة تشاركية في التدبير.

هذا ويجب أن يتوجه التكوين في المرحلة الحالية إلى تأهيل الموارد البشرية الجماعية وتوجيهها إلى الجانب التقني والتخصصات الجديدة التي تفتقر إليها الجماعات المحلية من قبيل التدبير المالي، الجبايات المحلية، القروض، التخطيط، مراقبة التسيير، التدقيق الداخلي... الخ.

عموما فإن كل ما قيل عن التدبير المالي للجماعات الترابية في علاقته مع تحقيق التنمية الاقتصادية يعتبر من باب تقديم تصور أولي لرصد مكامن الاختلال في هذا التدبير حتى يتأتى لنا إعطاء الخلاصات الضرورية لأجل إعداد رؤيا جديدة تنبئ على المرتكزات الواقعية والحقيقية وحتى يمكن لهذا التدبير المالي أن يواكب كل تطورات التنمية الاقتصادية المحلية ويعمل على إشباع ما أمكن من الحاجيات الاقتصادية المحلية الضرورية خصوصا وأن الشأن المحلي الاقتصادي يعرف تطورات مستجدة لا تنقطع بفعل ديناميكية الوسط المحلي الذي يوجد دائما في حركة مستمرة تفرز لنا معطيات محلية اقتصادية في حاجة إلى تغيير النظرة التدييرية المالية في إطار حكمتي يراعي الخصوصيات الحاجية في راهنتها ووقتها حتى لا يظهر هناك اختلال على المستوى التدييري للمال المحلي.

وبالتالي فإن هذه الأدوار والوظائف التي تقوم بها الجماعات الترابية في تحقيقها للتنمية الاقتصادية عبر ماليتها المحلية بقدر ما تبدو طموحة وواعدة بقدر ما ستفقد أهميتها إذا لم يواكها توفير الدعم المادي وتأهيل العنصر البشري.

المطلب الثاني: الوسائل الحديثة لتدبير منظومة الموارد البشرية

تعتبر وزارة الداخلية السلطة الحكومية الوصية بتدبير الوظيفة بالجماعات الترابية، وذلك باعتبار السلطة الموكول لها العمل على إيجاد الوسائل والآليات التدييرية الحديثة في مجال الوظيفة العمومية وتفعيلها بهدف تحديث الجماعات الترابية المغربية. ولتحقيق ذلك قامت بإعداد النسخة الأولى للمرجع المشترك لتدبير الموارد البشرية الذي يتكون من: دليل

مفاهيم تدبير الموارد البشرية لوصف المفاهيم المتداولة في تدبير الموارد البشرية للجماعات الترابية، ودليل المساطر ويضم النصوص القانونية التي تحكم منظومة تدبير الموارد البشرية وقواعد التدبير المتعلق بها، بالإضافة معجم المعطيات، التسميات، بروتوكولات التواصل، ونماذج المطبوعات¹.

وقد شمل هذا المرجع المشترك جل النصوص القانونية المنظمة للوظيفة العمومية بمختلف أنواعها، وبين كيفية تدبيرها من قبل المكلفين بتدبير الموارد البشرية في الإدارات العمومية. غير أن ما يلاحظ على السلطة المكلفة بتدبير الوظيفة العمومية هو غياب الإطار المرجعي للتدبير المتوقع للموارد البشرية الذي جأت به التوصية رقم 73 للمناظرة الوطنية الأولى للإصلاح الإداري سعياً لعقلنة طرق وأساليب تدبير الموارد البشرية بالإدارات العمومية المغربية، وقد تمت التوصية بهذه الألية التدييرية الحديثة المتبعة في مجال تدبير الموارد البشرية باعتبارها منهجية استراتيجية تعتمد مخطط توقعي ينطلق من الأهداف المسطرة والتطور الحاصل داخل الإدارة،² فالتدبير التوقعي، وكما هو الشأن بالنسبة لأي تدبير ذي بعد استراتيجي، يجب خلاله اتباع واحترام قواعد وإجراءات عند تحديد مواطن الضعف المتمثلة في الجوانب السلبية التي تحول دون قيام الإدارة بوظيفتها، ومواطن القوة المتمثلة في كل العوامل الإيجابية في الإدارة، والتي تعتمد عليها الإدارة عند بناء مخططها الاستراتيجي، والفرص المتاحة والمتجسدة في الإمكانيات التي تتوفر عليها الإدارة سواء الداخلية كالميزانية وأجهزة المنظمة، أو الخارجية المتمثلة في المجال الاقتصادي والسياسي والاجتماعي للمنظمة. وأخيراً المخاطر وهي التحديات القائمة في محيط الإدارة والتي تشكل تهديداً على نشاط وخطة الإدارة.³

إن عملية التوظيف العمومي باعتبارها الحلقة الأولى في ولوج الجماعات الترابية، ينبغي أن تحظى باهتمام كبير ليس فقط على مستوى الإطار القانوني، وإنما أيضاً على المستوى التدييري عبر تفعيل مقاربات ووسائل تدييرية حديثة من شأنها عقلنة تدبير التوظيف العمومي تأسيساً عليه، لا يمكن تصور تحديث الجماعات الترابية دون تحديث مواردها البشرية، لذلك يجب على الجماعات الترابية حصر ومعرفة الكفاءات البشرية التي تحتاجها بشكل دقيق من أجل الحصول على أعلى مستوى في الأداء الإداري الذي تقدمه للمرتفقين بها، حيث أن هذه المعرفة تمكن من الحصول على إدارة عمومية حديثة بمواصفات عصرية، ولتكريس هذا المنعى أسفرت المراجعة الشاملة للنظام الأساسي العام للوظيفة العمومية عن مقترحات وتوصيات على المستوى التدييري من بينها:

- عدم حصر مراجعة منظومة الوظيفة العمومية في الجانب القانوني فقط، وإنما يجب توفير الآليات الكفيلة للتطبيق السليم لهذه النصوص القانونية؛

- ضرورة اعتماد آليات التدبير الحديثة كالتدبير التوقعي للوظائف والأعداد والكفاءات، مع ضرورة تأسيس مهنة تدبير الموارد البشرية وإرساء دعائمها؛

- وضع قواعد كفيلة بتسهيل الانتقال إلى منظومة تدبير موارد بشرية تتأسس على الوظيفة والكفاءة.⁴

يمكن بتفعيل هذه التوصيات تحقيق تدبير معقلن و حكاماتي للموارد البشرية. فإنتاج النصوص القانونية ليس قادر لوحده على تدبير فعال للموارد البشرية، لذلك يجب أن يقترن تفعيل القوانين المؤطرة لولوج الوظائف العمومية بآليات تدييرية حديثة تستطيع توفير النجاعة والفعالية في تنظيم مباريات التوظيف العمومي سعياً للرفع من فعالية ونجاعة

¹ - موقع الوزارة المنتدبة لدى رئيس الحكومة المكلفة بالوظيفة العمومية وتحديث الإدارة تاريخ إجراء الزيارة 2015/03/11.

² - عبد المجيد علاك، تدبير الموارد البشرية في الإدارة العمومية - علاقة التدبير بالتنمية الإدارية بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق الدارالبيضاء، سنة 2003-2004.

³ - محمد السكتاوي، مبادئ التدبير والتواصل داخل الإدارة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، سنة 2003.

⁴ - التقرير العام للمناظرة الوطنية حول المراجعة الشاملة للنظام الأساسي العام للوظيفة العمومية سنة 2013.

الأداء الإداري بإدارات الدولة والجماعات الترابية. عبد المجيد علاك، تدبير الموارد البشرية في الإدارة العمومية - علاقة التدبير بالتنمية الإدارية بالمغرب-، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق بالدار البيضاء،

خاتمة

لا شك أن تحديث الجماعات الترابية يتحقق بوسائل وآليات متقاطعة فيما بينها مثل تبسيط المساطر الإدارية المتبعة أمام الإدارة العمومية، تعميم الإدارة الإلكترونية، تخليق المرافق العامة، وتبقى نقطة تقاطع هذه الوسائل والآليات التدييرية المحورية هي الموارد البشرية. فتنفيذ استراتيجية الإدارة العمومية بفعالية ونجاعة على مستوى تبسيط المساطر الإدارية، أو تحديثها بوسائل التكنولوجيا الحديثة، لا يتأتى إلا بوجود موظفين عموميين لهم الكفاءة العلمية والقدرة العملية اللازمة. وباعتبار الموظف محور تواصل الإدارة العمومية مع المواطنين، فإنه ينبغي أن يتم الحرص على ولوج موارد بشرية متمكنة وتتوفر على كفاءة للقيام بالأعمال الإدارية التي تضطلع بها الجماعات الترابية، وهنا تبرز أهمية عملية التوظيف العمومي التي تعد الخطوة الأولى في تحديث الجماعات الترابية وتتخذ بعدين رئيسيين: أولهما البعد القانوني والمؤسسي الذي تضطلع به الهيئات المعنية بالوظيفة العمومية، وذلك بوضع قواعد قانونية وتنظيمية قادرة على تدبير عملية التوظيف بشكل فعال وناجع، ويحترم المساطر والقواعد الموضوعية. وثانها وضع آليات ووسائل تدييرية حديثة خلال تدبير توظيف الموارد البشرية، إذ أن هذه الوسائل والآليات، لها القدرة على تحديد الكفاءات والتخصصات المطلوبة التي تحتاجها الإدارة وسد العجز والخصائص الحاصل في بعض المهام الإدارية من جهة، ومن جهة ثانية تيسير تطبيق المتطلبات القانونية والتنظيمية المتكاملة في عملية التوظيف العمومي وضمان الغاية من وضعها وإقرارها. إنه لتحديث الجماعات الترابية والرفع من جودة الخدمات التي تقدمها، ينبغي إجراء دورات تكوينية منظمة تنصب أساساً على دعم القدرات والكفاءات للموظفين بها. فالجماعات الترابية الحديثة لا يتوقف تطورها عند عملية تدبير التوظيف وجلب موظفين متخصصين في مجالات ووظائف تحتاجها فقط، بل يجب أن تواكب التطورات المستمرة في مجال تدبير الموارد البشرية، على اعتبار أن الرأس مال البشري هو الخيار الاستراتيجي والفعال لضمان إدارة عمومية حديثة على جميع المستويات والأصعدة.

ملف العدد

الأمن القضائي ومسار بناء دولة الحق والقانون

د/ عبد الواحد القرشي

أستاذ باحث

كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية فاس

شكل بناء دولة الحق والقانون مفهوما مركزيا في الخطاب السياسي المغربي وهادفا حثت على تحقيقه مجموعة من الخطب الملكية، وتبعاً لذلك تم تحديث الترسانة القانونية وإحداث مجموعة من المؤسسات ارتبطت بالأساس مع الخطاب الملكي لثامن ماي 1990 الداعي الى احداث المحاكم الادارية والمجلس الاستشاري لحقوق الانسان. ومنذ هذا التاريخ عرف المغرب تطورا تشريعيًا ومؤسسيًا ملحوظًا لا يتردد الباحث بمناسبة تتبع هذا التطور في القول بأن المغرب يسعى فعلا الى أن يؤسس لدولة الحق والقانون وتكريسها.

وطبيعي أنه من غير الممكن أن توصف دولة بأنها دولة للحق والقانون إلا بتوفر مقوماتها المتمثلة في :

- وجود قانون يتصف بجودة عالية، يحمي الحقوق والحريات ويخضع كل نشاط لمبدأ تدرج القاعدة القانونية ؛
- وجود نظام سياسي قائم على مبدأ الفصل بين السلط وعلى الديمقراطية والمواطنة والتشاركية ؛
- وجود جهاز قضائي مستقل وفعال في تطبيق القاعدة القانونية والمساهمة في تجديدها؛
- وجود مواطن واعي ومتصف بكل قيم المواطنة الحقة.

كما أنه لا شك في أن أي مقوم من هذه المقومات إلا وله دور كبير في تحقيق بناء دولة الحق والقانون يستحق أن يحظى بالعناية والتمحيص، غير أنه ونظرا للترابط الوثيق بين جهاز القضاء ودوره في بناء دولة الحق والقانون¹، بين جهاز القضاء وضمان ممارسة الحقوق والحريات وحمايتها، بين جهاز القضاء وجودة النص التشريعي، فإننا نتساءل عن مفهوم الأمن القضائي وعلاقته بمسار بناء دولة الحق والقانون، هذا المفهوم الذي تم التنصيص عليه دستوريا بمقتضى الفصل 117 الذي نص على أنه: << يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون >>

الظاهر من هذا النص هو أن مسؤولية تحقيق الأمن القضائي تقع على عاتق القاضي لفائدة الأشخاص والجماعات.

وهي مهمة يتولاها القاضي إلى جانب حماية حقوق الأشخاص والجماعات وتطبيق القانون.

مفهوم الأمن القضائي في ارتباطه بالقضاة وبجهاز القضاء يمكن أن يحيل إلى دور القضاء بمختلف مكوناته مدنيا دستوريا، اداريا، جنائيا وتجاريا إلى إقرار الحق وضمان التطبيق السليم للنصوص القانونية وإلى جودة العمل القضائي التي تنطلق من تدبير القضايا والبت فيها إلى تنفيذها والمساهمة في خلق القاعدة القانونية.

غير أننا نعتبر أن الأمن القضائي لا تنحصر حمايته على القاضي لكونه أوسع وأشمل لاقترانه بمسار دولة الحق والقانون، وبذلك فهذا المفهوم يحيل ليس فقط إلى الحماية القضائية للحقوق والحريات والتطبيق السليم للنصوص القانونية، وإنما أيضا إلى حماية القضاة أنفسهم وإلى الضمانات التي تمكنهم من أداء المهام المنوطة بهم باستقلال وتجرد ونزاهة، يحيل مفهوم الأمن القضائي أيضا إلى الظروف الممكنة من الولوج إلى حق التقاضي وتبسيط مساره، وإلى محيط القضاء وما يرتبط به من ثقة في جهاز القضاء وهيبته لأحكامه.

¹ انظر: القرشي عبد الواحد، القضاء الاداري ودولة الحق والقانون بالمغرب، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2009، 303 ص.

وعلى هذا الاساس تتضح العلاقة الوثيقة بين تحقيق الامن القضائي ومسار بناء دولة الحق والقانون. وهذا ما سنتناوله باتباع التصميم الاتي :

أولا : تجليات الامن القضائي المرتبطة بالسلطة القضائية

1 - استقلال السلطة القضائية

2- الخطلّ القضائي والامن القضائي

ثانيا : الأمن القضائي على مستوى الخدمة القضائية

1 - التدبير الإداري للخدمة القضائية

2- جودة الاحكام القضائية

ثالثا : الامن القضائي والمحيط

1 - الثقة بجهاز القضاء

2- الامن القضائي سبيل التنمية

أولا : تجليات الأمن القضائي المرتبطة بالسلطة القضائية

الأمن القضائي وإن كان يكتسي صعوبة على مستوى التحديد المفاهيمي، فإنه بالمقابل يظهر بوضوح على مختلف المستويات المرتبطة بإصدار الأحكام والبث في القضايا انطلاقا من جهاز السلطة القضائية الى محيطها. وهكذا فمفهوم الأمن القضائي على مستوى السلطة القضائية تجسده تلك الضمانات التي تحيط بالقاضي وهو يؤدي مهمته، إنها مختلف الضمانات التي تشعر القاضي والمتقاضى بالأمن والتي وردت بالتشريعات الدولية والوطنية. ان استقلال السلطة القضائية يعد احد ابرز الضمانات المجسدة للامن القضائي، استقلال يؤدي الى احساس المتقاضين بالامن القضائي، والى احساس القضاة انفسهم غير انه بالنسبة للقضاء يظل هذا الاحساس معلقا بعدم وقوع القضاة خطأ قضائي.

1 - استقلال السلطة القضائية

نظرا لاهمية مبدأ استقلالية السلطة القضائية فقد نصت عليه مجموعة من الاتفاقات والمواثيق الدولية¹ حيث نصت المادة العاشرة مثلا من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948 على أنه << لكل انسان على قدم المساواة أن تنظر في قضيته محكمة مستقلة ومحيدة نظرا منصفاً وعلنياً، للفصل في حقوقه والتزاماته في أية تهمة جنائية توجه إليه.>>

أهمية المبادئ والمرجعية الدولية في استقلالية السلطة القضائية تكمن في كون المغرب في تصدير دستور سنة 2011 يؤكد على تشبث المملكة المغربية بحقوق الانسان كما هي متعارف عليها عالميا، كما أنه جعل من الاتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق احكام الدستور، وقوانين المملكة وهويتها الوطنية الراسخة تسمو فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملاءمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه تلك المصادقة. انسجاما وهذه المقتضيات تضمن دستور 2011 مقتضيات مهمة تتعلق باستقلال السلطة القضائية حيث نجد بالباب السابع منه ما يمكن اعتباره ضمانات مؤسسة لاستقلال القضاة والسلطة القضائية، والتزامات عليهم تجسيدها لهذا الاستقلال.

¹ مثلا العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والذي صادق عليه المغرب بتاريخ 03 ماي 1979. الاتفاقية الدولية للقضاء على كل أشكال التمييز العنصري والتي صادق عليها المغرب بتاريخ 18 دجنبر 1970 مبادئ الامم المتحدة المتعلقة باستقلال السلطة القضائية الت اقرتها الامم المتحدة بقرارها 30/40 بتاريخ 29 نونبر 1885 وقرارها 146/40 بتاريخ 13 دجنبر 1985.

ففيما يخص الضمانات فانها تتمثل فيما يلي :

- السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية ؛
- عدم تلقي القضاة لأي أمر أو تعليمات ولا يخضعون لأية ضغوط ؛
- معاقبة كل من حاول التأثير على استقلالية القاضي ؛
- المجلس الاعلى للسلطة القضائية هو من يسهر على تطبيق الضمانات الممنوحة للقضاة، ولا سيما فيما يخص استقلالهم وتعيينهم وترقيتهم وتقاعدهم وتأديبهم ؛
- المقررات المتعلقة بالوضعية الفردية الصادرة عن المجلس الاعلى للسلطة القضائية قابلة للطعن بسبب الشطط في استعمال السلطة أمام أعلى هيئة قضائية ادارية بالملكة ؛
- أما ما يتعلق بالتزامات القضاة في تحقيق استقلال السلطة القضائية فتمثل فيما يلي :
- يلتزم القاضي بواجب الاستقلال والتجرد، ويعد كل اخلال خطأ مهنيا جسيما، بصرف النظر عن المتابعات القضائية المحتملة ؛

• يسعى القضاة الى تحقيق المحاكمة العادلة ؛

• الالتزام بواجب التحفظ والأخلاقيات القضائية ؛

• يمنع على القضاة الانخراط في الاحزاب السياسية والمنظمات النقابية ؛

• وبصفة عامة يتولى القضاة حماية حقوق الاشخاص والجماعات وحريةهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون؛

• على قضاة النيابة العامة تطبيق القانون، كما يتعين عليهم الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها.

ان استقلال السلطة القضائية شكل محورا مهما أثناء الحوار الوطني حول اصلاح منظومة العدالة، جزء من هذه النقاشات تمت ترجمتها الى مواد قانونية بمشروع القانون التنظيمي للنظام الاساسي للقضاة والذي نصت منه المادة 34 على أنه: <<طبقا للفصل 117 من الدستور يجب على كل قاض أن يسهر خلال مزاوله مهامه القضائية على حماية حقوق الاشخاص والجماعات وحريةهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون.>>

كما ان مشروع القانون التنظيمي للسلطة القضائية أكد بدوره على استقلالية السلطة القضائية من خلال عدة مقتضيات منها :

• تأكيد المبدأ الدستوري المنصوص عليه في الفصل 107 من الدستور المغربي على أن السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، والملك هو الضامن لاستقلال السلطة القضائية ؛

• يمارس المجلس الاعلى للسلطة القضائية مهامه بصفة مستقلة ؛

• يتمتع المجلس الاعلى للسلطة القضائية بالاستقلال الاداري والمالي ؛

• لم يبق وزير بالعدل هو الرئيس المنتدب للمجلس الاعلى للسلطة القضائية، بل أصبح هو الرئيس الاول لمحكمة النقض ؛

• يمنع على أعضاء المجلس اتخاذ أي موقف أو القيام بأي عمل يمكن أن يمس بتجردهم واستقلال المجلس ؛

• يسهر المجلس الاعلى للسلطة القضائية على تعزيز استقلالية القضاة وحمايتهم من أي تأثير أو ضغوطات ؛

• من حق القضاة الطعن في المقررات المتعلقة بوضعيتهم الادارية أمام الغرفة الادارية بمحكمة النقض؛

هذا وبالإضافة الى مجموعة من المقتضيات الاخرى فقد نصت المادة 99 من مشروع القانون التنظيمي للسلطة القضائية على أن المجلس الاعلى للسلطة القضائية سيضع مدونة للأخلاقيات القضائية تتضمن القيم والمبادئ والقواعد التي يتعين على القضاة الالتزام بها أثناء ممارستهم لمهامهم ومسؤولياتهم القضائية. لكن ما تجب الإشارة اليه هو انه مهما تضمن القانون من مقتضيات، فإن هفوات أو أخطاء قد تقع، ولذلك تم التنصيص أيضا على مقتضيات تتعلق بالخطأ القضائي.

2- الخطأ القضائي والأمن القضائي

تعتبر الحماية من ارتكاب اخطاء قضائية احد العناصر الاساسية المتصلة بتحقيق الامن القضائي، وفي هذا الاطار نص الفصل 122 من الدستور على انه: << يحق لكل من تضرر من خطأ قضائي الحصول على تعويض تتحمله الدولة >> واذا كانت العبارات الواردة بهذا الفصل يمكن تفسيرها على انها تتعلق بالخطأ القضائي المرفقي على اعتبار ان الدولة هي من تتحمل التعويض عن مثل هذه الاخطاء القضائية، وعلى اعتبار النزاعات التي عرضت أمام القضاء الاداري المغربي، فإنه بالرجوع الى مشروع القانون التنظيمي للنظام الاساسي للقضاة نفق على صنف ثاني من الاخطاء القضائية وهو الخطأ القضائي المنسوب إلى القاضي شخصيا.

فقد نصت المادة 88 على أنه: << يكون كل اخلال من القاضي بواجباته المهنية او بالشرف أو بالوقار أو الكرامة خطأ من شأنه أن يكون محل عقوبة تأديبية >> كما أن المادة 89 نصت على أنه: << يمكن توقيف القاضي حالاً عن مزاولة مهامه اذا توبع جنائياً أو ارتكب خطأ جسيماً.

ويعد خطأ جسيماً بصفة خاصة :

- إخلال القاضي بواجب الاستقلال والتجرد والنزاهة والاستقامة ؛
 - الخرق العمدي والواضح لقاعدة مسطرية تشكل ضماناً أساسية لحقوق الأطراف؛
 - خرق السر المهني وافشاء سر المداولات ؛
 - الامتناع العمدي عن التجرع التلقائي في الحالات المنصوص عليها في القانون ؛
 - الامتناع عن العمل المدبر بصفة جماعية ؛
 - وقف أو عرقلة السير العادي لعقد الجلسات والمحاكم ؛
 - اتخاذ موقف سياسي أو الادلاء بتصريح يكتسي صبغة سياسية ؛
 - ممارسة نشاط سياسي أو نقابي أو الانتماء إلى حزب سياسي أو نقابة مهنية.>>
- والملاحظ أن إقرار الخطأ القضائي وان كان يهدف الى الاحتراز من الهفوات أو الانزلاقات التي قد تقع حماية للمتقاضين، فإنها تؤثر من جانب آخر على إحساس القاضي بالأمن وارتياحه وهو يؤدي مهامه، وهذا ما يؤثر بلا شك على جودة الخدمة القضائية بصفة عامة.

ثانياً : الأمن القضائي على مستوى الخدمة القضائية

تعتبر جودة الخدمة القضائية هدفاً ومعياراً لقياس مستوى الخدمة القضائية، فالجودة مؤشر ومطلب لتحقيق المحاكمة العادلة في نفس الوقت.

ولقياس جودة العدالة وضع عدة معايير منها تلك المعتمدة من الاتحاد الاوربي والمستنبطة من خلال المعاهدة الاوربية لحقوق الانسان والحريات الاساسية وهي كما يلي¹:

¹ جمعية عدالة، الامن القضائي وجودة الاحكام، دار القلم، الرباط، 2013، ص: 81.

- سهولة الولوج الى مرفق العدالة والاستفادة من خدماتها ؛
- نزاهة القضاة واحترامهم لشرف مهنتهم ؛
- احترام حق الدفاع وحضور المحامي ؛
- حياد القاضي ؛
- احترام حق التعرض وضمائه لكل من يرغب في استعماله ؛
- امكانية اطلاع المتقاضين على الملفات التي تهم مصالحهم ؛
- الحق في الاستعانة بمرجم في التعامل مع القضاء ؛

• التزام المحاكم بتعليل القرارات التي تصدرها

وإذا كان الامن القانوني باعتباره دعامة أساسية لترسيخ دولة الحق والقانون يقتضي أن كل شخص له الحق في استقرار القاعدة القانونية، وأن يكون في مأمن من التعديلات المفاجئة التي يمكنها ان تؤثر على ذلك الاستقرار¹، فإن الامن القضائي يشترك مع الامن القانوني في الصفتين معا باعتباره اولا دعامة اساسية لبناء دولة الحق والقانون، وثانيا باعتبار أن أي شخص يمكنه أن يتوقع ولو في حد أدنى حكم القضاء وفصله في النزاعات المحتملة التي قد تهمه إن من الجانب التدبيري الاداري أو الجانب القضائي الصرف.

1 - التدبير الاداري للخدمة القضائية

ويتركز هذا الشق من الخدمة القضائية على التسيير الجيد لمرفق القضاء، هذا التسيير الذي يمس مختلف جوانب سير العملية القضائية والتي تهم على الخصوص :

• التدبير الزمني

• الهيئات الفاعلة في العملية القضائية

• الخريطة القضائية

• أنواع المحاكم

• تفتيش المحاكم

• التحديث القضائي

إنها فقط بعض جوانب التسيير الاداري والذي يعرف بدوره مستجدات تضمنها مشروع القانون التنظيمي للتنظيم القضائي للمحاكم.

التسيير الاداري وان أسند للمسير الاداري للمحكمة، فإن جزء مهم من يظل من اختصاص المسؤولين القضائيين لكل محكمة، الى جانب سهرهم على تحسين الخدمة القضائية.

2 - جودة الاحكام القضائية

جودة الاحكام القضائية أو الخدمة القضائية في معناها الضيق التي ينتجها القضاة لها اهمية كبرى في تحقيق الامن القضائي، انها تتأثر بمختلف العوامل المصاحبة لإصدار الاحكام، وتلك العوامل نفسها هي التي ترسخ أو تضعف الاحساس بالأمن القضائي، ومن أهمها :

¹ غميعة عبد المجيد مبدأ أمن القانوني وضرورة الامن القضائي، عرض مقدم في اطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الافريقية للاتحاد العالمي للقضاة بالدحار البيضاء في 28 مارس 2008، الموقع الالكتروني :

• تكوين القضاة

• السلطة التقديرية للقاضي

• استقرار الاجتهادات القضائية

• هندسة الاحكام والقرارات القضائية

التكوين الرصين للقاضي يعد أحد الضمانات المهمة لتحقيق الامن القضائي، إن من شأن ضعف التكوين ان يرتب نتائج سلبية على القاضي نفسه، وعلى جودة الخدمة القضائية، انه يؤثر على مكانة القاضي ومهنيته، انه يؤثر في النهاية على المساس بالامن القضائي لدى المتقاضين والدفاع ومختلف الهيئات المهنية من عدول، موثقين، كتابة الضبط.... وحتى من طرف نفس الهيئة أي الهيئة القضائية، بصفتهم زملاء، مسؤولين قضائيين أو مفتشين.

أما السلطة التقديرية للقاضي فإنها وان كانت اختصاصا أصيلا للقاضي بناء على ملاسبات كل نزاع يعرض أمامه، فإنها قد تشكل مصدر قلق لدى المتقاضين لأنها في أحيان كثيرة تختلف من قاض الى آخر، كما هو الامر بالنسبة لأسلوب النيابة العامة المبني على الملاءمة والحفظ¹، هذا الامر لا يمس الامن القضائي فقط بل انه يمس الامن القانوني أيضا.

وإذا كان الاجتهاد القضائي يعتبر أحد الوسائل المدعمة للامن القضائي وبته في المجتمع من خلال المحاكمة العادلة، والمساهمة الفعالة في انشاء القاعدة القانونية، فإنه يجب أن يتم التعامل مع الاجتهاد القضائي أيضا بنوع من الحكمة والضبط خاصة من طرف محكمة النقض، حتى لا نكون أمام الاجتهاد والرجوع عن الاجتهاد، كما أن على المحاكم الدنيا اتباع الاجتهادات المتوصل إليها من محكمة النقض، والا صرنا امام عدم قدرة أي احد على توقع ما قد تتوصل إليه بعض المحاكم من اجتهادات، انه التخوف من الاجتهاد، ولا احساس بالامن مع التخوف.

لا إحساس بالامن أيضا فيما يخص شكل الاحكام والقرارات القضائية وصياغتها، فيما يخص هندستها من الديباجة، الاسباب والمنطوق، والتي بعدم احترامها قد يهدم الحكم أو القرار برمته، استئنفا أو نقضا، وهذا بلا شك يؤثر على جودة الأحكام، يؤثر على وظيفة القضاء من حيث مساهمته في تحقيق الامن القضائي ويؤثر أيضا في زعزعة الثقة بجهاز القضاء والذي يؤثر بدوره في تحقيق التنمية.

ثالثا: الأمن القضائي والمحيط

مهما تجرد القاضي وتعامل بموضوعية، فهو يظل ابن بيئته، وكما يتأثر بالمحيط فهو يؤثر في هذا المحيط ويبقى دوره مهما في تحقيق التنمية والتي لن تكون الا بدعم الثقة في جهاز القضاء واستقلاليته.

1 - الثقة في جهاز القضاء

الثقة في جهاز القضاء تنمو كالبدرة، لا تقوم الا بالرعاية والعناية المتواصلة، الثقة تنمو بالشفافية والنزاهة والاستقلالية، تنمو بالسرعة في احقاق الحق والفعالية، تجسد من خلال تنفيذ الاحكام النهائية. تجسد أيضا من خلال²:

• المساهمة في ضمان تيسير الوصول للعدالة :

• المساهمة في توعية الجمهور بدور السلطة والتعريف بجهود التطوير القضائي :

• المساهمة في التوعية بحقوق وواجبات المواطن وحياته الاساسية ومساواتهم أمام القانون في ظل سيادة القانون
الثقة في جزء هام منها تبنى على تصحيح تصور المواطن تجاه قضائه، وابداء الدور الكبير الذي يقوم به من خلال انفتاح القضاء على محيطه من خلال ايام مفتوحة ووسائل الاعلام وعبر جميع الوسائل المتاحة.

¹ غميعة عبد المجيد، مبدأ الامن القانوني وضرورة الامن القضائي، م س، ص: 18.

² جمعية عدالة، استقلال السلطة القضائية بالمغرب، دار القلم، الرباط، 2013، ص: 145.

وتندثر الثقة بالمقابل بصعوبة الولوج الى العدالة، ببطء العدالة، بالاختفاء القضائية، بضعف التكوين،.... كلها عوامل تؤدي الى أزمة ثقة وأزمة حول مشروعية المرافق العمومية¹.
تندثر بالأساس في نظام يفتقد لقيم الديمقراطية والنزاهة والشفافية، ويفتقد فيه الامن القانوني والقضائي، تفتقد الثقة في كل نظام قانوني متخلف عن ركب التنمية.

2- الأمن القضائي سبيل للتنمية

اقتران الامن القضائي بتحقيق التنمية لا يقتصر على التنمية الاقتصادية وجلب الاستثمارات باعتبار المتقاضي زبونا كما تذهب الى ذلك دراسات عديدة، ولكننا ننظر الى الامن القضائي على أنه دعامة أساسية لتحقيق التنمية على جميع مستوياتها الاقتصادية وثقافية وسياسية واجتماعية.

فالأمن القضائي سبيل لتحقيق التنمية السياسية من خلال حرص القضاء على ضمان الحق في المشاركة السياسية وسلامة آليات الديمقراطية التمثيلية وحتى التشاركية :

ثم ان الامن القضائي سبيل لتحقيق التنمية الثقافية والاعلامية والضامن لممارسة الحقوق المدنية، غير انه وفي مقابل ما يقدمه جهاز القضاء من دعم للممارسة القانونية للحقوق والحريات ويحميها من كل تعسف، فإنه بالمقابل يجب أن يحى من كل تهجم أو مساس باستقلاله :

والامن القضائي سبيل لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية من خلال ضمان التطبيق السليم للنصوص القانونية ذات الصلة مهدين المجالين، ومن خلال النظر اليه كسلطة قضائية قادرة على احقاق الحق واطهار الباطل، سلطة ودعامة أساسية لبناء دولة الحق والقانون.

in :L'Etat moderne et l'administration . sous la direction de Christian Join-Lambert >>, Pour un Etat plus visible <<¹ RABATE Laurent .
.L.G.D.J, Librairie générale de droit et de jurisprudence ?Paris. 1994 .pp : 36.

الاختصاص النوعي للقضاء الإداري المغربي: بين إشكالية الفاعلية وأفاق التنمية

أحمد السكسيوي

طالب باحث في المنازعات العمومية

جامعة محمد الخامس الرباط

مقدمة:

يعد القضاء الإداري ملجأ المظلوم والمتضرر من أعمال وتصرفات الإدارة، للدفاع عن حقوقهم وحرياتهم وحل نزاعاته مع الإدارة، وهذه الأخيرة كسلطة عامة تستهدف تحقيق المصلحة العامة في قيامها بأنشطتها ومهامها قد تتجاوز السلطة أو تتعسف في استعمالها، الأمر الذي يؤدي في كثير من الأحيان إلى المساس بالحقوق والحريات.¹ وإن القانون الإداري، لا يمكن أن يمارس تقييده على الإدارة، دون وجود سلطة قضائية تراقب أعمال الإدارة والمتمثل بالأساس في القضاء الإداري.

فالإدارة تكتسب سلطات واسعة على أرض الواقع، بعيدا عن التقييد القانوني، وبذلك فالحل الوحيد من أجل الحد من سلطاتها، هو القضاء الإداري، الذي يشكل ضمانا أساسية وفعالية في يد المواطن، وعلى غرار باقي الدول الأخرى فإن القضاء الإداري يحتل مكانة متميزة في المغرب، فالطريق نحو الدولة الحق بالقانون² يتطلب من المغرب الاهتمام كثيرا بالقضاء الإداري.

ولقد أثبت القضاء الإداري المغربي جدارة وقوة في أحكامه، واجتهادا قضائيا أغنى به القانون الإداري الذي يعتبر قانونا قضائيا بالدرجة الأولى، وأخص بالذكر محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، باعتبارها المركز الأساسي للقضاء الإداري بالمغرب، إلى جانب الغرفة الإدارية بالمحكمة النقض، في انتظار تنزيل حقيقي للاختصاص الوظيفي والذي سيضمن تأسيس محكمة إدارية عليا توحد الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية.

لكن رغم الفعالية والنجاعة على مستوى إصدار المقررات القضائية ضد الدولة، والتي يعيها القضاء الإداري المغربي، فإن هناك عديد من المشاكل التي يطرحها القضاء الإداري³ أنفسهم، يعاني منها القضاء الإداري، ويمكن إجمالها في مستويين:

على المستوى الشكلي: والمتمثل أساسا في التنظيم القضائي الإداري والموارد البشرية، وكل ما له علاقة بالجانب الشكلي والإجرائي في المنازعات الإدارية.

على المستوى الموضوعي: أي مضمون المقرر القضائي ومواجهته لدولة باعتبارها طرفا في العلاقة من خلال إشكالية عدم تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهة الإدارة، وهذا أمر يشكك في مدى نجاعة القضاء الإداري في فرض رقابته على أعمال الإدارة، ولعل هذا المشكل نابع من تطبيق المسطرة المدنية على المنازعات الإدارية وعدم الإهتمام بالخصوصيات التي تميز المنازعة أمام القضاء الإداري.

¹ أسامة الأنصاري، دور القضاء الاستعجالي الإداري في تحقيق التوازن بين المصلحة العامة ومصلحة الفاعلين الاقتصاديين، رسالة لنيل دبلوم الماستر، مسلك القانون ماستر قانون الأعمال والمقاولات، جامعة محمد الخامس الرباط، كلية الحقوق سوسبي، السنة الجامعية: 2010/2011، ص.1

² في رأي المتواضع أن مفهوم دولة الحق والقانون مفهوم خاطئ لأن وظيفة القانون هي حماية الحق، فما جدوى وجود قانون لا يحمي الحق الذي يعتبر الأصل الموجود والمنبثق عن الحرية، وبذلك فالمفهوم دولة الحق بالقانون هو الأصح، لأن الحق مصلحة يصهر على حمايتها القانون.

³ نخص بالذكر الأستاذ محمد الهبتي في مقاله، صرخة قاض: دفاعا عن إحداث المحكمة العليا الإدارية، منشور بالمجلة العلوم القانونية:

والملاحظ للاختصاص الموكل للمحاكم الإدارية يجد مجموعة من الإشكالات التي تؤثر في عملها، ويمكن تعريف الاختصاص بأنه صلاحية المحكمة في البث في الدعوى المعروضة أمامها، ويمكن التمييز بين الاختصاص الوظيفي والاختصاص النوعي والمكاني. وتعتبر المحاكم الإدارية أحد المحاكم التي تكون التنظيم القضائي المغربي ولها اختصاصها المحدد قانوناً، إلا أنه يزداد الأمر تعقيداً عند الحديث عن الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية فتطفوا إلى السطح مجموعة من الإشكالات تؤثر في عمل القضاء الإداري، وتقلل من مكانته السامقة، وهي إشكالات تضرب في صميم القضاء الإداري المغربي، فهل الاختصاص النوعي الحالي للقضاء الإداري كايح أم سانح لعمل القاضي الإداري؟ وكيف يتعامل القاضي الإداري مع كم هاته التعقيدات قصد تصويب ما يشوبها من أمراض؟

إن أهم الإشكاليات التي يفرضها هذا الموضوع، ترتبط أساساً بدعوى الإلغاء (المحور الأول)، وكما أن دعوى التعويض تعاني هي الأخرى من إشكالات تحد مهمة القضاء الإداري (المحور الثاني)، وأخير الإشكالات المرتبة بدعوى نزع الملكية لأجل المنفعة العامة (المحور الثالث).

المحور الأول: الإشكالات المرتبطة بدعوى الإلغاء

يمكن تعريف القرار الإداري بأنه، إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بمالها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح في الشكل الذي يتطلبه القانون، بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه تحقيق مصلحة عامة¹. وفي تعريف أخر للأستاذ جورج فوديل، G. Vedel، يعرفه بكون القرار الإداري:

" العمل القانوني الذي يصدر عن الإدارة بصورة انفرادية بهدف تغيير التنظيم الإداري، انطلاقاً من الالتزامات التي يفرضها أو الحقوق التي يمنحها"².

أما الفقيه جون ريفيرو فقد عرف القرار الإداري بأنه ذلك التصرف الذي تقوم به الإدارة من خلاله بتعديل مركز قانوني مستعملة امتيازات السلطة العامة³.

أما "J. Chevalier" فقد عرف القرار الإداري بأنه "وسيلة يظهر من خلالها امتياز إخضاع الذي تتمتع به الإدارة في شكل القدرة على الإلزام القانوني. هذه القدرة هي الوسيلة التقليدية لنشاط الإدارة في تسييرها للمجتمع، إذ يعتبر التصرف الانفرادي مركز القدرة القانونية للإدارة والتعبير الجوهري لسموها"⁴.

كما عرف الأستاذ نواف كنعان القرار الإداري بأنه "عمل قانوني نهائي صادر بالإرادة المنفردة والملزمة لجهة الإدارة العامة الوطنية، بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة، وفي الشكل الذي يتطلبه القانون، بقصد إنشاء أو تعديل أو إلغاء حق أو التزام قانوني معين، متى كان ذلك ممكناً أو جائزاً قانوناً وابتغاء المصلحة العامة..."⁵

إلا أن بعضاً من الفقه لم يتفق مع هذا التعريف وبالخصوص الأستاذ سليمان أبو حسان بحيث يرى بأن هذا التعريف طويل ويتضمن عناصر تتعلق بصحة القرار وامتيازات سلطات الإدارة دون أن تتعلق بمضمونه، وقد قدم تعريفاً هو الآخر بأن "القرار الإداري هو إفصاح الإدارة عن إرادتها المنفردة قصد إحداث أثر قانوني معين"⁶، هذا وسنعمد على هذا التعريف الأخير للقرار الإداري في ما تبقى من هذه المقالة.

¹ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة السادسة، عام 1991، ص. 23 ومايلي.

² أورد هذا التعريف:

محمد كرامي، القانون الإداري- التنظيم الإداري والنشاط الإداري، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الثانية، ص. 222.

³ Jean Rivero-Jean Waline, *Droit français Administratif, 18ème Edition, Dalloz, p. 79*

⁴ .1988, p. 57 Jacques Chevalier, *le droit administratif droit privilege, pouvoir n° 46,*

⁵ نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص. 237.

⁶ سليمان أبو حسان، القانون الإداري، النشاط الإداري، دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى، 2012، ص. 168

ولن نطيل في مجال تعريف القرار الإداري لأن ما قدم في مجال التعريف هو نسبي، ويتضح فيه جانب من القصور، إذ تعريفات تبقى متميزة بالثبات الذي يجعلها لا تساق التطور الذي يتميز به القانون الإداري وإدارة ملزمة بتعليل قراراتها السلبية الصادرة لغير فائدة المعنيين وإلا كانت معرضة للإلغاء أمام القضاء الإداري بسبب مخالفة القانون¹.

وهذا ما أكدته المحكمة عدد 8 المؤرخ في 2006/01/10 في الملف رقم 478/ع/04 المحكمة الإدارية بفاس (قضية السيد حميد البحرية)، والقاضي بإلغاء قرار السيد النائب بعدم نقل المدعي:

"... خاصة وأن السيد النائب الإقليمي المطعون في قراره لم يدل بما يبرر بقبول اختياره للأستاذة أ.م من أساتذة مادة العلوم الطبيعية العاملين بالمؤسسات المتواجدة في الإقليم وذلك خارج نطاق الحركة الانتقالية المحلية..."

من خلال ما سبق نستنتج أن القرار الإداري لأهميته وخطورته، رتب عليه المشرع الرقابة، من طرف القضاء الإداري إذا تجاوز السلطة.

ويعتبر هذا المقتضى أهم هذه الاختصاصات الموكولة للمحاكم الإدارية، لما يضمنه من مبدأ سيادة القانون، فالقرار الإداري دائما يخضع لرقابة القضاء، لكن تبقى مشكلة واحدة تحد من هذه الرقابة وهي السلطة التقديرية للإدارة تجعل هذه الرقابة فارغة من مضمونها، وتتجه محكمة النقض في نفس المنحى، وهذا ما أكدته في قرار صادر بتاريخ 9 نونبر 1995 حيث جاء فيه:

"وحيث إنه من الواضح أن الإدارة تتوفر على السلطة التقديرية لتسيير المصالح الإدارية التابعة لها وفق ما تملية المصلحة العامة وليس من حق الموظف الطعن في مثل هاته القرارات ما دامت لا تمس حقوقه وما دام لم يثبت أن الإدارة قد انحرفت في استعمال سلطتها التقديرية، فإن ذلك لا يكتسي أي شطط في استعمال السلطة ما دام يدخل نطاق السلطة التقديرية مما يجب معه رفض طلب الإلغاء"²

يستفاد من القرار أعلاه أن الإدارة تتميز بالسلطة التقديرية تحت ذريعة المصلحة العامة وهذا يعتبر إشكال من بين الإشكالات التي توطد سلطة الإدارة، على حساب سلطة القضاء.

ويعتبر هذا القيد أهم القيود الواردة على سلطة القاضي الإداري، وأكثرها تطبيقا من لدن الإدارة، فهي مخرج أساسي للإدارة من أجل التملص من رقابة القضاء الإداري، وهذا ما يجعل في كثير من الأحيان تعمل الإدارة في إطار التقدير كهامش للحرية في التصرف.

ولقد كتب حول السلطة التقديرية للإدارة العديد من الكتب والدراسات، ورغم غزارة الأبحاث والمقالات التي تناولت هذا القيد فإنها تبقى غير موفية أو كافية³ ولو على مستوى تعريف السلطة التقديرية وبيان مظاهرها وتطبيقاتها.

وإن موضوع السلطة التقديرية للإدارة يطرح إشكالا آخر مرتبطا بمدى رقابة القضاء على هذه السلطة التقديرية أو بصفة عامة حدودها القضائية والقانونية، أي ممارستها من قبل الإدارة في إطار القانون.

إذا تمعن الباحث في مفهوم السلطة التقديرية يجده مصطلحا بالغ الصعوبة، يحمل بين طياته تعقيدات كبيرة، مرد هذه الصعوبة إلى الاختلاف بين التعارف المقدمة لهذا المفهوم.

¹ أكرم عارف، القرار الإداري دراسة مقارنة بين مصر والأردن، المطبعة غير مذكورة، 1992، ص. 35

² قرار عدد 473 بتاريخ 9 نونبر 1995 ملف إداري 10\10626، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقي، 2000، عدد 49-50 ص. 112

³ بوجمعة بوعزاوي، الاتجاه الحديث في رقابة القاضي الإداري على ممارسة السلطة التقديرية للإدارة، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 47، 2004، ص. 141.

كما أن تطبيق هذا المفهوم على أرض الواقع، وممارسته من قبل الإدارة يؤدي إلى مجموعة من الإشكالات التي تجعله مفهوماً غير مرغوب فيه.

أولاً: إشكالية تعريف السلطة التقديرية¹. تتولى السلطة التنفيذية مهمة تنفيذ القوانين المشرعة من قبل السلطة التشريعية مما يقتضي والحالة هذه أن تعكس تلك السلطة بصدق وأمانة ونكران ذات إرادة المشرع التي تمثل في اغلب أحوالها إرادة الشعب سيد السلطة التشريعية من دون نقص أو زيادة أو تحريف².

غير أنه وأمام مقتضيات وضرورات العمل الإداري، كان لا بد أن يمنح المشرع للإدارة حيزاً من الحرية في اتخاذ قراراتها مراعيًا بذلك طبيعة عمل الإدارة، وهي ما أطلق عليها اسم السلطة التقديرية.

لكن يعاني هذا المصطلح من اختلاف جوهري في تعريفه وتحديد مفهومه، إلا أنه يمكن الاتفاق في البداية أن السلطة التقديرية ليس خروجاً عن القانون كما يظن البعض، بل هي عمل إداري ترك فيه المشرع جانباً من الحرية للإدارة.

هنالك اتجاهين مختلفين في تعريف السلطة التقديرية.

الاتجاه الأول: مقارنة السلطة التقديرية للإدارة مع السلطة المقيدة للإدارة من خلال إرادة المشرع؛ يمكن تعريف هذه الأخيرة بأنها السلطة التي خول للإدارة الحرية في أن تتدخل أو تمتنع، ووقت التدخل وكيفية، وفحوى القرار الذي تتخذه، فالسلطة التقديرية هي التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله، وما يصح تركه³.

إن هذا التعريف المقدم دليل على تشبث هذا الاتجاه بالربط السلطة التقديرية بالقانون، من خلال القول بأن المشرع لإعطاء تقدير للإدارة، فإنه يتم استخدام في النص، كلمة "السلطة". في الحالات التي سوف تستخدم علامة واحدة، عبارة "يجب" أو "مؤهلة" سيتم ربط اختصاص الإدارة لنص أو تقييد عمل الإدارة. يرى الفقيه "بونار" بأن السلطة التقديرية هي ما يتركه القانون للإدارة، من حرية في التدخل أو الامتناع عن التدخل، ومضمون القرار الذي تصدره في هذا الشأن⁴.

وقد ذهب عبد القادر باينة إلى نفس الاتجاه الذي يرى بأن السلطة التقديرية هي أن تترك للإدارة قدراً من الحرية في التصرف لتقدر استعماله تبعاً للظروف... المحيطة بعملها⁵.

يتضح أن هنالك تمييز بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية، في كون الأولى يحاول المشرع دائماً فرض تقييد تشريعي على عمل الإدارة، أما السلطة التقديرية للإدارة فهي ما يتركه المشرع من مجال تمارس فيه الإدارة التقدير⁶.

¹ إن المعنى اللغوي لكلمة تقدير (Discretion) هو إمكانية التقرير الحر لإرادة صاحب التصرف طبقاً لمحض رغبته الذاتية، أما المعنى القانوني لهذه الكلمة فيفترض تعدد القرارات المتاحة تحت تصرف صاحب التصرف وإمكانية أن يختار بين هذه القرارات المتعددة، فكما كان لرجل الإدارة أن يختار بين قرارات عدة أمكن القول أنه يملك سلطة تقديرية.

انظر: عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه دكتوراه في القانون العام، تم مناقشتها بكلية الحقوق - جامعة القاهرة، سنة 1970، ص. 61.

² عادل حسين شيع، القيود الواردة على اختصاص القضاء الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية القانون في جامعة بغداد، سنة 2004، ص. 140.

³ سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص. 23 ومايلي.

⁴ R. bonnard, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, R.D.P, Paris, 1952, p. 2.

⁵ عبد القادر باينة، القضاء الإداري الأسس العامة والتطور التاريخي، دار توبقال للنشر، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1988، ص. 23.

⁶ Philippe Parini, *Institutions et Droit Administratif*, Armand Colin, Paris, p. 155-156-157.

لذلك فالسلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة، إنما هي لوضع القانون موضع التنفيذ على أكمل وجه وتبعا للظروف المختلفة¹.

الاتجاه الثاني: يربط تعريف السلطة الإدارية من خلال القاضي الإداري: مادام أن عدد كبير من القواعد القانونية المتعلقة بالإدارة، ذات إنشاء قضائي، باعتبار أن القانون الإداري ينقسم إلى صنفين²:

الصنف الأول متعلق بالقانون الإداري الوصفي الذي يروم إلى تنظيم أجهزة الإدارة العمومية سواء للدولة أو الجماعات الترابية وبشكل هذا الجزء القانون المكتوب في القانون الإداري الصنف الثاني هو القانون الإداري الذي ينظم مختلف العلاقات التي تدخل فيها الإدارة، ويكون للإجتihad القضائي الدور الأساسي في إنشاء القواعد القانونية المرتبطة بامتيازات الإدارة وواجبها إلى غير ذلك من المواضيع. وهكذا فيربط أصحاب هذا الاتجاه بين السلطة التقديرية وما يتركه القاضي من مجالات لا يراقبها، بمعنى أن السلطة التقديرية تعني هي الحرية المعطى للإدارة بسبب عدم بث القاضي الإداري فيها³، وعلى هذا المنوال يعرف "دلويادير" السلطة التقديرية للإدارة بأنها ذلك الهامش من الحرية التي يتركها القانون للإدارة كاستثناء لمبدأ المشروعية⁴.

وعرفت محكمة القضاء الإداري المصري السلطة التقديرية للإدارة، في حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 13-12-1953 بحث جاء في الحثية التالية: "إن قضاء هذه المحكمة قد إستقر على أن الجهة الإدارية تستقل بتقدير مناسبة إصدار قراراتها وتترخص في تقدير ملاءمته ومراعاة ظروفه ووزن ملاحظاته المحيطة به طالما أن الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة لم يشبه عيب إساءة استعمال السلطة أو مخالفة القانون"⁵

إن التعريفات المقدمة لهذا المفهوم تبقى قاصرة من حيث أن كل اتجاه يحاول تغليب مرجعية على الأخرى. فالسلطة التقديرية في نهاية المطاف تفهم في كلها، أي بتوافر كل عناصرها، بحيث يمكن تعريفها بأنها ذلك الهامش الممنوح من قبل القانون، كامتياز من امتيازات السلطة العامة، بسبب أن العمل الإداري يستمد قوته من السلطة، وبذلك فتصبح الإدارة لها الحق في التصرف الكامل وفق ما تمليه عليها الظروف وخصوصيات العمل الإداري، فحين يترك القانون للإدارة حرية تقدير الظروف وتكييف الوقائع المعروضة أمامها ولا يلزمها بإصدار قرار محدد بمضمون معين خلال مدة معينة فهي في هذه الحالة تتمتع بسلطة تقديرية.

يتضح إذن أن خصائص السلطة التقديرية للإدارة هي ثلاثة :

- أنها ممنوحة من طرف القانون: كمبدأ الموازنة للمشروعية الإدارية، لكن هذا لا يعني أن استعمال السلطة التقديرية من قبل دولة ما، يدل على أنها دولة استبدادية تسلطية، لكن مع ذلك إن استعمال هذا المبدأ بالطريقة مبالغ فيها، يجعل منه أداة لخرق القانون في كثير من الأحيان.

- ترتبط بالسلطة العامة كامتياز من امتيازاتها: وبما أن السلطة التقديرية امتياز فإن الإدارة تتمتع بها، حينما تمارس اختصاصاتها وصلاحياتها⁶، فإن خاصيتها امتياز من امتيازات السلطة العامة

¹ L. Lopez Rodo, *Le Pouvoir Discretionnaire De L'administration*, R.D.P, 1953, p. 573.

² محمد يعقوبي، القانون الإداري المقارن، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2009، ص. 26

³ بوجمعة بوعزاوي، مرجع سابق، ص. 141 و142.

⁴ 20. Paris, p 1953 DELAUBADERE. *Traité élémentaire de droit adminstratif*.

⁵ حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 13-12-1953 السنة الثامنة ص. 239.

⁶ فادي نعيم جميل علوانة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري و ضمانات تحقيقه، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، نوقشت سنة 2011، ص. 53.

- تتميز بأنها تستعمل في ظروف خاصة بالعمل الإداري: أي في أمور وأعمال فنية لا يمكن للقانون أن ينظمها.
ثانياً: تطبيق السلطة التقديرية للإدارة: لاشك أن هنالك اعتراف بوجود السلطة التقديرية، ففي فرنسا تعترف بالسلطة التقديرية، وقد أعترف مجلس الدولة الفرنسي في بعض من القضايا الصادرة عنه، وقد جعلها مجلس الدولة الفرنسي كمبرر على بعض الأعمال الإدارية¹، وأهم هاته الأحكام التي برر فيها بالسلطة التقديرية حكم fontenilles الصادر في سنة 21 نونبر 1879².

كما أن مصر تعترف بالسلطة التقديرية للإدارة، وقد جاء في حكم الإدارية العليا المصرية في قضية رقم 928، لسنة 4 القضائية جاء فيها في إحدى حيثيات هذا الحكم مايلي:

"من ثم فإن المحكمة التشريعية تقوم على إعتبارين أساسيين أولهما: ترك الإختيار في من يشغلون المناصب الرئيسية لتقدير الإدارة المطلق بحسب ما تقدره وما تطمئن إليه، من حيث توافر عناصر الكفاءة والصلاحية وقوة الشخصية، حتى يكون زمام جهاز الأمن في يد أحسن العناصر بحسب تقديرها، وحتى ينفسح المجال للترقي أمام عدد كبير من الطباط في جميع الرتب الذي إرتأه القانون، وغني على البيان أن القانون حينما يطلق التقدير للإدارة فلا معقب على تقديرها مادام خلا من عيب إساءة استعمال السلطة..."³

وبذلك فإن مصر تعتبر من بين الدول التي قامت بالاعتراف للإدارة بالسلطة التقديرية مع تقييدها بعدم وجود إساءة في استعمال السلطة، واعتبرت هذا الانحراف أو الإساءة في استعمال السلطة، عيب قصدي يشترط فيه العمد، وأن القضاء الإداري مختص بهذا المجال، وقد قضت المحكمة العليا الإدارية بأنه:

"القول بأن الإدارة إذا عرضت على موظف اعتزال الخدمة ولوحت بتطبيق القانون رقم 600 لسنة 1953 في شأنه يكون مسلك المشروعية إذا تبين لها أنه صالح، هذا القول لا يستقيم إلا إذا كانت الإدارة حيث سلكت هذا المسلك توفق بأن الموظف صالح ومع ذلك حملته على إعتزال الخدمة بالتهديد بتطبيق القانون عليه، إذا يكون مسلكها عندئذ معيبا بإساءة استعمال السلطة وبالانحراف بها... إذا غني على البيان بأن إساءة استعمال السلطة في السلوك الإداري قوامه لدى الإدارة قصد إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها"⁴

كما أن الأردن تعترف بالسلطة التقديرية للإدارة ويظهر ذلك في كثير من القرارات أهمها قرار عن محكمة التمييز وأ محكمة العدل العليا، في قضية رقم 127-1986، تحت رقم 3 بتاريخ 18-03-1987، والذي جاء فيه:

"وحيث أن الفقه والقضاء الإداريين استقرا على أنه إذا ألزم القانون الإدارة بموجب تسبب قراراتها فيجب التقيد بهذا الإلزام وإلا كان قرارها مخالفا للقانون، هذا فضلا على من المبادئ المستقرة أن يكون كل قرار إداري أيا كانت السلطة التي يصدر منها مقيدة أم تقديرية يجب أن يقوم على سبب يدعو إلى إصداره، وهذا السبب هو ركن من أركان القرار الإداري وشرط لصحته"⁵

¹ Mohamed El Yaagoubi, *Réflexions sur Contentieux Administratif, EL Maarif AL Jadida, RABAT, 2013, p. 237.*

² Mohamed El Yaagoubi, *La Motivation Obligatoire des Actes Administratifs entre la Compétence liée et le Pouvoir Discretionnaire, Revue de Droit et d'Economie, RDE. 1997. N 14, p. 14.*

³ أورده: حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى 2003، الرياض، ص. 135.

⁴ أورده: أحمد رزق رياض، إساءة استعمال السلطة في القرار الإداري، مبادئ القضاء الإداري 1947-2007، المطبعة غير مذكورة، الإسكندرية 2009، ص. 12.

⁵ أورده: حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص. 137.

وهناك أمثلة أخرى على السلطة التقديرية في القانون المغربي والمقارن¹: نقل موظف من مكان إلى مكان بدعوى المصلحة والنظام العام، وقد اعتبر الأستاذ حمد عمر حمد بأن المغرب من الدول التي تعترف بالسلطة التقديرية للإدارة إلى جانب الجمهورية العربية المصرية والمملكة الأردنية الهاشمية كما سبق البيان أعلاه، إضافة إلى دولة السودان ودولة الكويت.

ودليل كلامنا هذا يأخذ حجته من خلال قرار للمحكمة النقض بالمغرب الإدارية جاء فيه: "... ومن جهة أخرى حيث أن التنقيط خاضع للإدارة لتقدير الإدارة ولا رقابة للمجلس الأعلى على هذا التنقيط ما دام الطاعن لم يدل بما يثبت أنها قد إنحرفت في إستعمال سلطتها الأمر الذي يجعل الطلب غير مرتكز على أساس ولذا رفض الطلب"²

لقد حاول الفقه أن يضع أساسا قانونيا للسلطة التقديرية، ما دام أنه لا تخرج عن مبدأ المشروعية. إن السلطة التقديرية في جانب كبير ترتبط بعناصر وجود القرار الإداري، والتي حددها الفقه في خمسة أركان الاختصاص والشكل كركنين خارجيين، والغاية والسبب والمحل كأركان داخلية ويرتب عليها عدم وجودها عيبا يقتضي الإلغاء³.

وغالبا لا توجد للإدارة سلطة تقديرية في ركن الاختصاص والشكل والغاية، في حين تتجسد أبرز معالم السلطة التقديرية للإدارة وبشكل واضح في ركني السبب والمحل. والمقصود بأسباب القرار الإداري، العناصر المادية والقانونية التي تدفع الإدارة لإتخاذ قرار معين⁴، فالقاعدة القانونية والواقعة المادية هما أساسين في تسيب القرار الإداري.

وعرف القضاء المغربي في إحدى الأحكام على أن: "السبب في القرار الإداري هو مجموع الوقائع التي تسبق القرار الإداري وتدفع إلى إصداره فهو المبرر والدافع إلى اتخاذ القرار الإداري باعتباره مجموعة العناصر الواقعية والقانونية التي تسمح للإدارة بالتصرف واتخاذ القرار الإداري"⁵.

¹ ومن الأمثلة الحديثة على إمكانية إساءة استخدام السلطة التقديرية قرار النائب العام الفلسطيني في غشت 2011، وقف بث حلقات المسلسل الكوميدي الساخر وطن على وتر الذي أعده وأنتجه تلفزيون فلسطين، بحجة أن هذا المسلسل يسيء إلى المقامات العليا "وقد استند النائب العام في إصدار قراره إلى قانون المطبوعات والنشر لسنة 1995 الذي تم تفسير عباراته العامة والفضفاضة بأنها تجيز للنائب العام مثل هذه الصلاحية، ويلاحظ في ذات السياق أن الشخصيات العامة تستغل النصوص القانونية الواردة في قانون العقوبات لسنة 1960 والمخالفة للمعايير والمتطلبات الدولية التي تحمي حرية التعبير والصحافة من أجل التقدم إلى النائب العام بشكاوى ضد من يتعرضون لهم بالنقد، وهذا ما حدث في مسلسل وطن على وتر، إلا أن المحكمة حكمت برد الدعوى لعدم الإختصاص، على إعتبار أن ما ورد عن النائب العام لا يرقى إلى مستوى القرار الإداري، ولم تتطرق المحكمة لأي من المبادئ المتعلقة بحرية الرأي والتعبير.

- محمد فوزي الخضري، القضاء والإعلام حرية التعبير بين النظرية والتطبيق، المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية (مدى)، رام الله -فلسطين - كانون أول 2012، ص. 71.

² قرار محكمة النقض، الغرفة الإدارية عدد 80، ملف إداري رقم 34/71/1، بتاريخ 19/4/1987، أورد في المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد التاسع أبريل، 1989، الرباط، ص. 373.

³ Roger Bonnard, Précis de droit administratif, L.G.D.J Quatrième édition, 1943, Paris, p. 98.

⁴ عبد الكريم حيزرة، تطور الرقابة على الأسباب المادية للقرار الإداري، مقال منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية REMALD، ص. 105.

⁵ حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، بتاريخ 26 أكتوبر 2011، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية REMALD، العدد 108، ص. 166.

إن العناصر القانونية للسبب لا تطرح أي سلطة تقديرية للإدارة ما دام أنها ثابتة غير متحركة، وتتقيد بها الإدارة لأنها صادرة عن القانون، وخرقها يترتب الإلغاء لعدم المشروعية في القرار الإداري¹.

في حين إن العناصر المادية للسبب تطرح مجموعة من التصرفات التقديرية للإدارة، ويتجلى هذا الأمر في:

- إذا كان منازع هو البحث في صحة قيام الحالة التي تدخلت الإدارة على أساسها
- وتكون سلطة الإدارة تقديرية في الحالة التي لا يحدد فيها القانون سبب القرار أو يحدده ولكن بصورة غير جامدة.
- أما المحل هو الأثر القانوني الفوري والمباشر الذي يترتب على صدور القرار الإداري، بمعنى هو عملية التغيير التي تحدث في المركز القانوني التي قصد مصدر القرار الإداري إحداثها، سواء بالإنشاء أو التعديل أو بالإلغاء.
- إن استخدام هذه السلطة التقديرية في المغرب لها مبررات وأسناد قانونية وفنية وعملية ومنطقية تحتم وجودها وتمتع السلطات الإدارية المختصة بها عند القيام والاضطلاع بوظائفها.

❖ المبرر الأول: عدم إمكانية القانون لتنظيم العمل الإداري بأكمله:

- إن أول المبررات التي يمكن نبتدئ بها هذا الجزء هو السبب العملي والذي يتجلى بالأساس في كون القانون لا يمكنه أن يمارس دورا جامعا وشاملا في ضبط كل الأعمال الإدارية وذلك راجع للأسباب التالية:
- أولا: العمل الإداري حركي وهذه خاصية أساسية تجعل منه ميدانا صعب التقنين.
- ثانيا: أن العمل الإداري متشعب، صادر عن الإدارة والتي يصعب حصرها وضبطها.
- ثالثا: أن العمل الإداري مرتبط بالمصلحة العامة، إن إرادة المشرع تتجه دائما للوقوف دون تنظيم هذا المجال لأنه مرتبط بالنظام العام، والتي تعتبر المصلحة العامة أهم فروعه.

ويرى الأستاذ توفيق شحاتة بأن المشرع لا يستطيع أن يتنبأ عند إصداره للقانون بكل ما يحدث من وقائع، ولا يستطيع أن يحل مقدما كل المشكلات التي سوف تثور عن تطبيق القانون²، وهذا أمر لا جدال فيه ورأي وجيه ومعقول، ولا يمكننا نحن أن ندحضه بأي وجه كان، ويؤكد الأستاذ محمد محمد بدران، بأنه يجب إعطاء الإدارة مجالا واسعا للسلطة التقديرية، وذلك قصد مواجهة الحالات التي تنشأ والتي تكون قد تنبأ بها³.

لكن هذا أمر نخالفه من ناحية أنه لا يجب وضع الإدارة بدون قانون، بدعوى أن القانون لا يمكن تنظيم العمل الإداري في بعض الأحيان، إن الإدارة في مجموعة من الحالات تقوم بالتملص من القانون وبالطريقة القانونية، الحال يقاس عند عدم وجود القانون.

❖ المبرر الثاني: السلطة التقديرية للإدارة تخلق روح الإبداع:

هذا مبرر معقول وله دعائمه التي يستند إليها بحيث إذا ما تم تحكم النصوص القانونية بالعمل الإداري وتوجيهه بطريقة معينة، ستضيق روح الإبداع، على اعتبار أن القانون هو مجموعة من الإجراءات الجامدة روتينية. لكن عموما فالسلطة التقديرية للإدارة قد تتعدى الحدود المرسومة لها وتصبح آلة طيعة في يد الإدارة تستعملها لأغراض معينة وتستخدمها لدرء ما يحوم حولها من شبهات في شأن فاعلية القرار الإداري الذي تنوي اتخاذه⁴.

¹ يمكن الإطلاع بهذا الخصوص: حكم المحكمة الإدارية بالرباط، بتاريخ 10 دجنبر 2012، منشور منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية

REMLAD، عدد 115، مارس-أبريل 2014، ص. 254 - 255 - 256.

² توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، دار النشر للجامعات المصرية، سنة 1955، ص. 667.

³ محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، سنة 1985، ص. 83.

⁴ محمد الأعرج، المنازعات الإدارية والدستورية في تطبيقات القضاء المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 83، 2013، الطبعة الثانية، ص. 91.

وأمام هذا الإتساع المهول للسلطة التقديرية في مجال العمل الإداري، عمل القاضي الإداري في كل من فرنسا ومصر إلى تكريس بعض النظريات التي تراقب السلطة التقديرية للإدارة، والمغرب كذلك اتبع نفس النهج القضائي المعمول به في كل من فرنسا ومصر.

فالقول بأن السلطة التقديرية مطلقة، ولا رقابة عليها، قول قابل للمناقشة والرفض الضمني.

يقول الفقيه جيرو: (إن السلطة التقديرية للإدارة ينبغي أن تخضع من دون تحفظ للرقابة القضائية)¹.

يطرح موضوع السلطة التقديرية الكثير من إشكاليات في إعطاء الإدارة فرصة في التقدير، وحماية حريات المواطنين، حسب الفقيه الفرنسي فالين بأنه "إذا رغبتنا أن نعطي للقانون الإداري تعريفا في كلمات معدود لقلنا بأنه دراسة السلطة التقديرية للسلطات الإدارية وضوابط ممارستها لهذه السلطة"².

لذلك ذهب القضاء الفرنسي والمغربي منذ مدة إلى محاولة بسط رقابة جزئية على السلطة التقديرية للإدارة، كاتجاه قديم في الرقابة، لكن حاول القضاء الإداري -الفرنسي والمغربي- تطوير أوجه الرقابة على السلطة التقديرية. إضافة إلى ذلك فإن المشرع حاول جاهدا أن يحد من نطاق السلطة التقديرية، باعتبارها وسيلة قانونية لكنها تطرح إشكالات متعددة.

وتأسيسا على ذلك عمل القضاء الإداري الفرنسي في بسط رقابة على السلطة التقديرية، ولو في حدها الأدنى، وقد كان القضاء الفرنسي يطور وسائل المراقبة في كل مرة تسمح فيها الفرصة، وهكذا تم التوصل إلى وسائل حديثة تلاءم تطور القضاء الإداري، يمكن إجمال مراحل تطور رقابة القضاء على السلطة التقديرية في مرحلتين مهمتين: المرحلة الأولى: عدم الخضوع الكامل للرقابة القضاء، ويتجلى هذا الأمر في مراقبة القضاء للوجود المادي دون محاولة الملائمة التي كانت اختصاصا حصريا للإدارة، بمعنى أن القضاء في هاته المرحلة كان لا ينظر في مدى تطابق الوجود المادي مع الإجراء المتبع.

إن المتمتع في هاته المرحلة يرى أنها مرحلة محتشمة للقضاء الإداري في التعاطي مع رقابته على السلطة التقديرية للإدارة.

المرحلة الثانية: وهي مرحلة بدأت فيها معالم الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة بالبروز، وكما أن السلطة التقديرية المطلقة بدأت بالأقول، لأجل ذلك إبتكر القضاء الفرنسي مجموعة من النظريات قصد تقييد السلطة التقديرية، تبقى أهمها نظرية الموازنة أو الحصيلة، وقد نهج القضاء المغربي نفس النهج في أواخر التسعينات، كما أن القضاء المصري إبتكر نظرية سماها نظرية الغلو كنظرية تراقب مدى غلو الإدارة في سلطتها التقديرية الممنوحة لها قانونا. ولا يتسع المجال لتفصيل في هاته النظريات القضائية التي حاولت أن تحد من السلطة التقديرية وأن تضعها في مجال الرقابة القضائية.

المحور الثاني: الإشكالات المرتبطة بدعوى التعويض

يمكن تعريف المسؤولية³، بأنها تحمل الشخص القانوني للخطأ المرتكب من طرفه والذي سبب ضررا لشخص آخر، ومن المعلوم أن الدولة من أشخاص القانون العام وبذلك يمكنها أن تصيب أثناء أعمالها بضرر، فتتحمل تبعات هذا الضرر⁴، وبذلك يلتجأ القضاء للمطالبة بالتعويض.

¹ عصام عبد الوهاب البرزنجي، مرجع سابق، ص. 205.

² M. Waline, *Etendue et Limites du Contrôle du Juge Administratif sur Les Actes de L' Administration, E.D.C.E, PARIS, 1956, p. 25.*

³ عبد القادر العرعري، مصادر الالتزامات، المسؤولية المدنية، الكتاب الثاني، مطبعة دار الأمان الرباط، 2011، ص. 7.

⁴ لا يمكن التسليم بأن مسؤولية الإدارة تشكلت من الوهلة الأولى، على الصورة التي هي عليها اليوم، بل إنها نتجت عن تطور مستمر لفكرة المسؤولية من عهد إلى عهد، ومن تشريع إلى تشريع، ويمكن إجمالها في المراحل التالية:

(1) مسؤولية الإدارة لدى الشعوب القديمة.

ويسميه الفقه والقضاء بقضاء التعويض، أي التعويض عن الأخطاء التي ترتكها الدولة وما يدور في فلكها من أجهزة إدارية، والخطأ عموماً هو الإخلال بالتزام قانوني، والالتزام القانوني ملزم لشخص القانوني، بعمل شيء، أو الامتناع عن عمل¹، يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في هذا الصدد أن الخطأ: " هو الإخلال بالتزام قانوني... وهو في المسؤولية التقصيرية ما يكون ببذل عناية... فإذا انحرفت عن هذا السلوك الواجب... كان هذا الانحراف خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية"².

وتخضع هذه المسؤولية الإدارية في المغرب لمقتضيات الفصل 79 من ظهير الالتزامات والعقود، فالدولة بمقتضى هذا الفصل مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها. ولقد استقر العمل القضائي المغربي على أن مسؤولية الدولة تقوم بالأساس على وجود خطأ تم إثباته استناداً للفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود المغربي³. وقد تجلّى هذا في قرار لمحكمة الإستئناف بالرباط عدد 4559 بتاريخ 19/5/1953 والمعروف بقضية بنحمو والذي جاء في حيثياته:

لم تكن مسؤولية الإدارة تجاه مواطنها مقررة بصورة عامة في ظل النظام الذي كان سائداً لدى تلك الشعوب باستثناء حالات قليلة وردت في قوانينها منها ما نصت عليه شريعة حمورابي من أن الدولة عندما لا تتمكن من معرفة القاتل تعتبر نفسها المسؤولة عن الجريمة وتدفع التعويض.

(2) مسؤولية الإدارة في القانون الروماني:

في بداية الأمر وجب التلميح إلا أن القانون الروماني لم تكن لديه أحكام خاصة ومجموعة تحت مسمى المسؤولية المدنية، لكن رغم ذلك عرف هذا المفهوم إتساع ملحوظ في تطبيقه.

ومع ظهور قانون إكيليلا سنة 289 قبل الميلاد، والذي نص على صورة خاصة للفعل الضار، أما بخصوص مسؤولية الإدارة فإن الرومانيون كانوا يعلون مصلحة الحاكم (الإدارة) على مصلحة المواطن، وبذلك لم يفكر القانون بمسؤولية إزاء موظفيهم.

(3) مسؤولية الإدارة في الشريعة الإسلامية:

ترتبط مسؤولية الإدارة في الشريعة الإسلامية بمدى معرفة هذه الشريعة للمسؤولية عن فعل الغير باعتبارها إستثناء عن القاعدة، فإن مسؤولية الأمير والولاة عن أعمال خدمهم هي مسؤولية عن فعل الغير وفقاً للعلاقة تبعية القائمة بينهم، بما أن القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية هي أن كل فرد مسؤول عن الضرر الصادر عنه دون الغير، فإن كثير من الفقه سار في تأييد هذا الرأي. لكن هناك رأي ثاب أقروا مسؤولية الدولة مستندين على حديث لرسول الله صلى الله عليه وسلم "كلم راع وكل مسؤول عن رعيته فالإمام راع وهو مسؤول عن رعيته".

ومن تطبيقاتها ما كان يقوم به أبا بكر وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما، من تعويض كل ضرر جاز عمل لأحد موظفي الدولة.

(4) مسؤولية الإدارة في تشريع الفرنسي:

لقد شهدت المسؤولية الإدارية تطوراً مهماً، إبان ظهور التقنين المدني الفرنسي لسنة 1804 ملادية، وتطور المبادئ الخاصة بالديمقراطية، واحترام حقوق الإنسان، فتأسس الحق في التعويض جراء الضرر من أعمال السلطة الإدارية.

وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي، مبدأ المسؤولية الدولية والإدارة، كنظرية جديدة في مجال القانون العام، والتي إعتبر فيما بعد الحجر الأساس للقانون الإداري وقد كان حكم مجلس الدولة في قضية روتشليد سنة 1855 فاتحة الطريق للمسؤولية الإدارية تبعها بعد ذلك حكم في قضية بلانكو كما سبق ذكرها.

راجع في نفس الموضوع:

عبد الملك يونس محمود، أساس المسؤولية الإدارية وقواعدها، دراسة مقارنة بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج، مطبعة جامعة صلاح الدين أربيل، الطبعة الأولى 1999، ص: 15 وما بعدها.

سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1971، ص: 8.

¹ عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود، الكتاب الأول للالتزامات بوجه عام، الجزء الأول مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 2002، ص: 377.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998، ص: 644.

³ عبد الوهاب رافع، مقاضاة الدولة والمؤسسات العمومية في التشريع المغربي، دراسة تطبيقية، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 1987، ص: 54.

" حيث إنه طبقا لمقتضيات الفصل 79 من ق.ل.ع، فإن الدولة والبلديات مسؤولة عن الأخطاء الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية التي يرتكبوها موظفوها.

وان المشرع بوضعه مقتضيات خاصة لتنظيم مسؤولية الإدارات العمومية يكون بطريقة ضمنية، لكن بصورة ضرورية، قد استبعد تطبيق القواعد العادية للمسؤولية المدنية على هذه الإدارات، ولا يمكن إذن مقتضيات القانون الخاص الواردة في الفصل 88 من ق.ل.ع، المتعلقة بالمسؤولية عن الأشياء على الإدارات العمومية ما دام الأمر يتعلق بتسيير الإدارة العمومية بأخطاء ارتكبتها أحد الموظفين"¹
وقد أكد هذا المقتضى قرار المحكمة النقض جاء فيه:

" لكن لما كانت مسؤولية الدولة والمؤسسات العمومية طبقا للفصل 79 من ظهير الالتزامات والعقود ثابتة في حقها بناء على نظرية المخاطر ولا يمكن إعفاؤها منها الا بإثبات خطأ جسيم من طرف الضحية أو قوة قاهر أو حادث فجائي"²

الفصل 80 منه³ نص على أن مستخدمي الدولة والبلديات مسؤولون شخصا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم، والفصل 85 مكرر⁴ الذي يحمل المسؤولية عن فعل الغير لموظفي وزارة الشبيبة والرياضة ووزارة التربية الوطنية.

ونورد حكم للمحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2014/1/23 جاء في أحد حيثياته: " وحيث إن السياسة الوقائية يجب تشكل أساس تدخل الدولة في مجال إنجاز البنية التحتية والتهيئة القروية الفلاحية المائية ولاسيما بناء سدود

¹ مجموعة قرارات محكمة الإستئناف بالرباط، 54-53، ص. 675

² قرار محكمة النقض عدد 1014 المؤرخ في 2002-12-26 ملف إداري عدد 13070-4-2-2002 غير منشور أورده الدكتور عمر أزوكار في المرشد القانوني، جريدة الصباح عدد 4339 بتاريخ 2014-03-29

³ الفصل 79 الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها.
الفصل 80 مستخدمو الدولة والبلديات مسؤولون شخصا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم.

ولا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب هذه الأضرار، إلا عند إفسار الموظفين المسؤولين عنها.

⁴ جاء فيه:

(ظهير 4 مايو 1942) يسأل المعلمون وموظفو الشبيبة والرياضة عن الضرر الحاصل من الأطفال والشبان خلال الوقت الذي يوجدون فيه تحت رقابتهم.

والخطأ أو عدم الحيطة أو الإهمال الذي يحتج به عليهم، باعتباره السبب في حصول الفعل الضار، يلزم المدعي إثباته وفقا للقواعد القانونية العامة. وفي جميع الحالات التي تقوم فيها مسؤولية رجال التعليم وموظفي إدارة الشبيبة نتيجة ارتكاب فعل ضار أو بمناسبةه إما من الأطفال أو من الشبان الذين عهد بهم إليهم بسبب وظائفهم وإما ضدهم في نفس الأحوال، تحل مسؤولية الدولة محل مسؤولية الموظفين السابقين، الذين لا تجوز مقاضاتهم أبدا أمام المحاكم المدنية من المتضرر أو من ممثله.

ويطبق هذا الحكم في كل حالة يعهد فيها بالأطفال أو الشبان إلى الموظفين السابق ذكرهم قصد التهذيب الخلقي أو الجسدي الذي لا يخالف الضوابط، ويوجدون بذلك تحت رقابتهم، دون اعتبار لما إذا وقع الفعل الضار في أوقات الدراسة أم خارجها.

ويجوز للدولة أن تباشر دعوى الاسترداد، إما على رجال التعليم وموظفي إدارة الشبيبة وإما على الغير، وفقا للقواعد العامة. ولا يسوغ، في الدعوى الأصلية، أن تسمع شهادة الموظفين الذين يمكن أن تباشر الدولة ضدهم دعوى الاسترداد.

وترفع دعوى المسؤولية التي يقيمها المتضرر أو أقاربه أو خلفاؤه ضد الدولة باعتبارها مسؤولة عن الضرر وفقا لما تقدم، أمام المحكمة الابتدائية أو محكمة "قاضي الصلح" الموجود في دائرتها المكان الذي وقع فيه الضرر.

وتم التقادم، بالنسبة إلى تعويض الأضرار المنصوص عليها في هذا الفصل بمضي ثلاث سنوات، تبدأ من يوم ارتكاب الفعل الضار.

- ظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود.

أو قنوات كبيرة لصرف المياه، وذلك بهدف الحماية الدائمة للسكان والمراكز والأنشطة الاقتصادية والفلاحية الموجود في المناطق المهتدة بالفيضانات.

حيث إن الأمطار الغزيرة والاستثنائية المسببة للفيضان لا تشكل قوة قاهرة وإنما قرينة على ترتب المسؤولية، لكون وقوعها في فصل الشتاء من الأمور المتوقعة وليست قوة قاهرة أو سبباً أجنبياً للإعفاء من المسؤولية، مما يعطي للقوة القاهرة في حقل القانون والقضاء الإداري مفهوماً متميزاً وخصوصاً يتلاءم وطبيعة روابط القانون العام تتحمل آثاره الدولة عن القانون المدني الذي يتحمل آثاره الدائن

وحيث المكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي مسؤول بحكم مهامه عن تأمين مرفق تصريف المياه لدرء الخطر عن أراضي المواطنين الفلاحين ومسؤول عما تحدثه من أضرار للغير، وهذه المسؤولية موضوعية مبنها الضرر طبقاً لقواعد العدالة والإنصاف والموجبات الإنسانية المبنية على التضامن الوطني الذي تتكفل دول المعمور بموجبه وعلى سبيل الإسعاف والمساعدة وفي حدود الإمكان بصرف تعويضات لكل متضرر كلما وقعت أضرار بيئية خطيرة، والمغرب بدوره لم يحد عن هذه القاعدة بصرفه مبالغ محددة من الميزانية العامة لفائدة ضحايا الكوارث "صندوق الكوارث" وهو ما يبرر بالقياس وفي إطار المعاملة بالمثل - تعويض المدعي المضروب في هذه النازلة في نفس الاتجاه يراجع (قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 935 بتاريخ 2005/12/4 ملف إداري عدد 2002/1/4/461)¹ وقد حكمت المحكمة في هذا الحكم على الدولة بتحملها الأضرار التي تسببت فيها الفيضانات، لأن الدولة يجب أن تكون قد استبقت وقوع الضرر، يظهر من هذا القرار أن القضاء الإداري خطى خطوات جريئة على مستوى إصدار الأحكام ضد الدولة.

وفي أحد القضايا التي عرضت على أنظار المحكمة الإدارية بالرباط، والتي تنصب بالأساس في مسؤولية الدولة الممثلة في هاته القضية بالجماعة الحضرية بالرباط فتقدم المتضرر بالمقال الافتتاحي المسجل والمؤداة عنه الرسوم القضائية بصندوق هذه المحكمة بتاريخ 26/1/2001، يعرض فيه المدعي أنه تعرض لحادثة سير بسيارته من نوع مرسيدس بتاريخ 14-2-98 على الساعة الواحدة صباحاً، أتيا من ساحة ابن رشد ومتوجه نحو حي الفتح بالرباط عبر شارع الحسن الثاني، وفوجئ بحفرة عميقة هوت بها السيارة فزاغت إلى اليمين وارتطمت بشجرة منتصبة وخلفت له أضراراً بدنية جسيمة إضافة للخسائر المادية التي أصابت سيارته لذلك يلتمس الحكم بإجراء خبرة طبية وتعويض مسبق قدره 10.000 درهم.

وجاء في حيثيات هذا الحكم:

" وحيث ارتأت المحكمة بعد دراستها لمختلف الوثائق المدرجة بالملف، وتأكدتها من ظروف وملابسات الحادث الذي وقع للمدعي بتاريخ 14/2/1998، أن مسؤولية الجماعة الحضرية للرباط المسؤولة عن تتبع وصيانة الطرق العمومية الواقعة داخل دائرتها، تعتبر قائمة بالنظر إلى أن الحفرة الموجودة بالطريق شكلت عاملاً أساسياً في وقوع الحادث، قررت معه المحكمة تحميل مسؤوليتها في حدود الثلثين للجماعة والثلث المتبقي للمدعي الذي ساهم عدم تبصره في وقوع الحادث.

وحيث استناداً إلى مختلف الوثائق والمعطيات المتوفرة، ارتأت المحكمة في حدود سلطتها التقديرية تحديد مختلف الأضرار التي لحقت بالمدعي بسبب الحادث، سواء البدنية أو المادية الناتجة عن الخسائر التي لحقت بسيارته، في مبلغ إجمالي قدره 90.000,00 درهم، تتحمل الجماعة ثلثيه وفق ما تقدم ليكون مجموع التعويض الذي يتعين إلزامها بأدائه هو مبلغ 60.000,00 درهم وحيث يتعين جعل الصائر حسب النسبة ورفض طلب شمول الحكم بالنفاذ المعجل لعدم وجود ما يبرره.²

¹ حكم المحكمة الإدارية رقم 251، بتاريخ: 2014/1/23 ملف رقم: 2010/12/807 منشور بموقع www.marocdroit.com

² حكم المحكمة الابتدائية بالرباط، عدد: 1075 بتاريخ 25-7-2006 عدد 01-57 ش ت، غير منشور

نخلص مما سبق ذكره إلى إشكاليتين تعطلان عمل القضاء الإداري بالمغرب في مجال قضاء التعويض:
أ) إشكالية الإثبات:

حيث أن هناك صعوبة في إثبات الخطأ الذي يرتكبه الشخص المعنوي العام، أي هل تحميل المسؤولية تقع على عاتق الموظف أم الدولة؟، فقد كان الاعتقاد السائد لدى أنصار النظرية التقليدية إلى عدم مسائلة الشخص المعنوي، سواء العام أو الخاص، لكن هذا الأمر غير سليم إطلاقاً ما دام أن الدولة تتحمل مجموعة من الإجراءات والإمكانات في عديد من المستويات، وبذلك وجب مسائلتها شأنها في ذلك شأن الشخص القانون الطبيعي. وكذلك عبء الإثبات في الفصل 85 مكرر على المتضرر مما يؤدي إلى تملص الدولة من المسؤولية، فالمتضرر هو الذي يثبت، عكس القاعدة العامة التي تضع عبء الإثبات على عاتق مرتكب الخطأ.

ب) إشكالية الاختصاص:

ليست كل الأضرار التي ترتبها الدولة ينعقد اختصاصها للمحكمة الإدارية، بل هناك استثناءات عن القاعدة والتي تختص بها المحاكم العادية، أهمها الأضرار التي تتسبب فيها المركبات التابعة إلى أشخاص القانون العام، وبذلك هناك تضارب واضح بين الاختصاصات القضائية في دعوى التعويض عن الأخطاء التي يرتكبها أشخاص القانون العام. وهذا ما يؤكد الفصل نفسه المذكور في فقرته السابعة:

" وترفع دعوى المسؤولية التي يقيمها المتضرر أو أقاربه أو خلفاؤه ضد الدولة باعتبارها مسؤولة عن الضرر وفقاً لما تقدم، أمام المحكمة الابتدائية أو محكمة "قاضي الصلح" الموجود في دائرتها المكان الذي وقع فيه الضرر."

المحور الثالث: الإشكالات المرتبطة بدعوى نزع الملكية لأجل المنفعة العامة.¹

الأصل أن حق الملكية هو حق خاص يبقى على وجه الدوام، لكن المشرع، وضع له استثناء، والمتمثل في نزع الإدارة العمومية للملكية الخاصة تحت ذريعة المنفعة العامة، وهو إجراء قانوني تلجأ إليه الدولة والمؤسسات العامة الأخرى لإجبار الخواص على التخلي عن ملكيتهم العقارية من أجل المنفعة العامة مقابل تعويض مناسب. ويعتبر موضوع نزع الملكية من أجل المنفعة العامة من الإشكالات المطروحة على الصعيد الوطني والدولي، لأنه تتقاطع فيه المصلحة الخاصة بالعام، بحيث كل مصلحة تريد العلو على الأخرى، إلا أن الغلبة دائماً تكون للمصلحة العامة، والفصل في ذلك

يكون من خلال التأكد من تحقق المصلحة العامة.²

وحسب المادة 8 المذكور سابقاً فإن المشرع منح صلاحية البث في نزاعات المتعلقة بنزع الملكية للقضاء الإداري، ونسجل حول هذا الاختصاص إشكاليتين هما:

¹ تتميز مسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة بعدة خصائص هي:

- نزع الملكية يقتصر على العقارات المادية دون العقارات الحكيمة والمنقولات.
- أوكل المشرع اختصاص نزع الملكية للأشخاص المعنوية العامة
- وجود تعويض للمزوجة ملكيتهم
- تحقيق المنفعة العامة

لمزيد من التوسع:

محمد الكشور، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، قراءة في النصوص وفي مواقف القضاء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2007، ص. 42.

² العربي محمد مباد، قضاء محكمة النقض في مجال نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، دار القلم، الطبعة الأولى 2012، ص. 3.

أ- الإشكالية الأولى:

متعلقة بنزع الملكية نفسها، والتي يتم تفسير المنفعة العامة بطريقة فضفاضة نوعاً ما، مما يجعلها نهياً للممتلكات أكثر منه خدمة للمصلحة العامة.

فبعد قراءتنا لقانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت¹، وبالخصوص الفصل الثاني منه الذي جاء فيه: "يتم نزع الملكية لأجل المنفعة العامة بحكم قضائي".

ونستشف في الفصل أعلاه أننا لم نجد أي تعريف أو تحديد لمفهوم المنفعة العامة من قبل المشرع مما يجعل انحراف الإدارة أمر بالغ الوقوع، وإن جعل مثل هذا المفهوم المهم، فضفاضا في تعريفه وتحديده، يؤدي إلى نزع الملكية من طرف الإدارة، تحت ذريعة المنفعة العامة.

أما على مستوى القضاء المغربي فقد جاء في قرار للمحكمة النقض، الغرفة الإدارية عدد 217 بتاريخ 1-10-1987

جاء فيه:

" حيث أن إنشاء مأرب في العقار المنزعة ملكيته لاستعماله كمستودع لنقلات الجماعة يكون المنفعة العامة التي يتطلبها القانون لتبرير نزع الملكية، فإن القرار المطلوب إلغاؤه لا يشوبه أي شطط ولا إساءة استعماله"²

في حين ذهب القضاء المقارن المتمثل في المحكمة الإدارية العليا المصرية، التي جاء في أحد أحكامها:

" ومن حيث إن المستفاد مما تقدم أن المشرع توفيقاً بين حماية الملكية الخاصة بمكانتها (الاستغلال - الاستعمال - التصرف) والدور الاجتماعي لها باعتبارها أحد مصادر الثروة القومية صدر القانون رقم 1954/577 وتعديلاته منظماً نزع ملكية العقارات التي تلزم لتنفيذ المشروعات باعتبارها وسيلة استثنائية تهدف خدمة المصلحة العامة، ومن هذه الوسائل تقرير صفة المنفعة العامة لبعض العقارات والاستيلاء المؤقت عليها، ونزع الملكية للمنفعة العامة وقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على مناهة هذه السلطات هو ثبوت واستمرار المنفعة العامة المراد تحقيقها بتلك الوسائل وثبوت لزوم العقارات المملوكة للأفراد لتحقيق ذات المنفعة العامة التي حددتها جهة الإدارة وقدرت أن تحقيقها لا يتم إلا بتلك الوسائل الاستثنائية (في هذا المعنى الطعن رقم 34/1606 في جلسة 1990/6/9)³

وعموماً يجب أن يكون المشرع المغربي أكثر حرصاً على حقوق الأشخاص وملكياتهم الخاصة، من النزع المبني على غير منفعة عامة حقيقية، والذي يفتحه غياب النص القانوني.

إن الإحتياج العام، للمباني والعقارات حتى تبنى فيها المرافق والمصالح العامة، يؤدي إلى التفكير العميق حول:

ما مدى نجاعة هذا القانون؟، وهل نحن قادرين على تركه وعدم إستعماله؟

بالطبيعة الحال فإن السؤال الثاني نجيب عنه بكل بساطة، بحيث لا يكمن التخلي عن هذا المسلك بصفة مطلقة وأكيدة، فإنه أمر تحتاجه الدولة ويحتاجه المجتمع في إطار المصلحة العامة، وبالخصوص بما تعانيه الدولة من فشل- هذا الفشل نابع في تقديرنا من غياب الاستثمار والاقتصاد على النظام الضريبي والوقفي في تدبير اقتصاد الدولة- اقتصادي واجتماعي ومرفقي- إداري.

لكن السؤال الأول يمكننا الإجابة عنه بأنه يجب الحسم في تعريف المنفعة العامة بالتعريف الصحيح والحاسم لكل خرق واختلاف.

¹ ظهر شريف رقم 1-81-254 صادر في 11 من رجب 1402 بتنفيذ القانون رقم 7-81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت منشور بالجريدة الرسمية، بتاريخ 3 رمضان 1403 - 15 يونيو 1983، عدد 3685، ص. 980.

² قرار عدد 217 ملف عدد 84-7250 بتاريخ 1-10-1987

³ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 30 لسنة 44 قضائية عليا بجلسة 2010/3/6 منشور بموسوعة القضاء الإداري المصري، لدكتور عاطف سالم.

بحيث يعتبر الحقل الدلالي-المفاهيمي، لأي قانون الأساس لحماية أطراف العلاقة، إن ضبط المفاهيم، يقطع مع أي تجاوزات أو خروق للقانون، وما أصعب خرق القانون بالقانون، والحديث عن قانون نزع الملكية يطرح العديد من التساؤلات حول غموض بعض نصوصه، أهمها فكرة المنفعة العامة، وتبدو أهمية المنفعة العامة بالنسبة إلى الدولة في أنها تشكل غطاء ضرورياً لممارسة سلطتها، وبمعنى آخر كي تصبغ تصرفاتها بالشرعية المطلوبة، ويسهل قبول الأفراد لهذه التصرفات.¹

استخدمت فكرة المنفعة العامة بوصفها مبرراً لامتيازات الإدارة، وبنيت عليها معظم النظريات المهمة في القانون الإداري. وساد اعتقاد مفاده أن الدولة هي حامية المنفعة العامة، وإن ما تقوله لجهة تحقيق المنفعة العامة فإنه محقق لها. وبذلك وجب على المشرع أن يراعي في تحديد هذا المفهوم الجوانب التالية:

- مجموع المنافع الخاصة يحقق المنفعة العامة: هذا الجانب رأى به بعض الفقه²، بحيث يحدد بأن المنفعة العامة هي مجموعة من المنافع الخاصة المتواجدة بالمجتمع، تشكل عنصر الأغلبية، أي أن المنفعة العامة هي مجموعة من التوازنات والمصالح الخاصة التي تتجه إلى إحداث أثر أو إرادة واحدة، فلا يمكن وجود منفعة عامة، دون استنادها لمجموع المنافع الخاصة، فمثلاً إذا ما عازمت الدولة على إنشاء مدرسة في إحدى المدن ونزعت الملكية لأحد الملاك بدعوى المنفعة العامة، فإنها في حقيقة الأمر هي مجموع المنافع الخاصة، فكل شخص سيحتاج للمدرسة للانتفاع بها، لكن ما لا يمكن قبوله أن تكون المنفعة المحصل عليها من نزع الملكية، تخدم مصالح شخصية لشخص واحد أو مجموعة أشخاص محددين دون تحقق مصلحة عامة.

إن في أول الوهلة نرى بأن هذا المعيار معقول ومنطقي وعادل لأنه يتجه نحو تغليب الإرادة العامة للمواطنين، لكن عملياً يطرح صعوبات جمة وعديدة، في تحديد أن هذا النزاع للملكية هو في صالح أغلب المواطنين.

- سمو المنفعة العامة: إن سمو المنفعة العامة أمر ضروري ولا يمكن أن نستغني عنها، وهو معيار قضائي أخذ به مجلس الدولة المصري في بعض أحكامه، من فكرة أن المنفعة العامة هي منفعة المجتمع ككل، إنها مستقلة ومنفصلة عن أحاد تكوينها، ووفقاً لهذا الاتجاه فإن الجمع لا يمكن أن يرد إلا على الأشياء المتماثلة التي لها الطبيعة ذاتها، أما المنافع الخاصة فهي متعارضة، ومتضاربة، فلا يمكن إضافة بعضها إلى بعض للقول إن المنفعة العامة هي ناتج الجمع، فالمجتمع يشكل وحدة مستقلة عن الأفراد المكونين له، ومن ثم فإن هناك صالحاً مشتركاً فيما بين أفرادها، وغاية واحدة تجمعهم، وهي المنفعة العامة، بغض النظر عن مصلحة كل فرد منهم.³

- المنفعة العامة هي المنفعة الأرجح: ليست كلها خيراً محضاً، ولا شراً محضاً، وإنما ما يحقق الخير في جانب قد يسبب الضرر في جوانب أخرى، والمنفعة العامة هي المنفعة التي تتغلب لأهميتها سواء من حيث عدد المستفيدين منها، أم لضرورتها الملحة، أم للحاجة إليها لدفع ضرر شديد.⁴

ويمكن من خلال الاعتبارات التي طرحنا أعلاه أن نصوغ تعريفاً للمنفعة العامة وليس تعريفاً مكتملاً، إنما تعريف أولي، على الشكل التالي:

Reims¹ Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie Variations autour de l'ideologie de l'interet general, volume 1, 1978, P.13 et s.

² Jean- Claude VENEZIA, Administration et secteur prive, colloque d'Aix-en-Provence, 1er et 2e juin 1972, p.12.

³ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 1/3 في القضية 655 1969. مجموعة المكتب الفني، السنوات الثلاث، 21، 22، 23، ص.780. أوردتها: نجم الأحمد، المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الاستملاك، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد 29- العدد الثاني- 2013، ص.14.

⁴ نفس المرجع السابق، ص.14.

" المنفعة العامة هي مجموع المنافع الخاصة، التي تحقق المصلحة العامة للمجتمع، في إطار نشاط إداري بعيد عن الأنشطة الفردية، ومقيدة بمبدأ المشروعية الذي يراقب القضاء الإداري إحترام الإدارة لهذا المبدأ".

هذا التعريف الذي وضعنا لمفهوم المنفعة العامة نستنتج منه خصائص لها:

✓ الخاصية الأولى هي مجموعة من المنافع الخاصة؛

✓ الخاصية الثانية تحقق المصلحة العامة؛

✓ الخاصية الثالثة ذات طابع إداري؛

✓ الخاصية الرابعة مراقبة من طرف القضاء؛

ب- الإشكالية الثانية:

وعلى مستوى آخر، فإذا كان قرار نزع الملكية للمنفعة العامة يعد اعتداء قانونيا على حق الملكية الخاصة بل تعديا على هذا الحق، فإن المنطق القانوني يفرض ضرورة إعطاء مقابل لمزوعي الملكية عن حقوقهم الضائعة وعن الامتيازات التي كانت تخولها فإعطاء تعويض عادل لمزوعي الملكية يشكل أهم الضمانات المخولة للملكية الخاصة وبشكل مقابل عن المساس والتعدي على هذا الحق، وعادة ما يكون رقابة هذا التعويض للقضاء أي كانت وسيلة تقديره.¹ وعموما نؤكد أن الرقابة القضائية تحسنت كثيرا، على مستوى نزع الملكية من خلال الرقابة أو التعويض. ونورد مقررا في الموضوع:

قرار المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية بتاريخ 1992/12/10) الذي تبين قفزة نوعية وتطورا كبيرا في رقابة القضاء للسلطة التقديرية للإدارة.

ويتعلق الأمر بتزاع بين الشركة العقارية ميموزة ووزارة السكنى، فبعد أن قامت الشركة ملكة العقار المسى "كاربا" بموضوع الرسم العقاري 8066 بطلب رخصة لإنجاز تجزئة على الأرض المذكورة مساهمة منها في مشروع التنمية السكنية والقضاء على مدن الصفيح وبعد ما قسمت الأرض إلى ثلاث أجزاء وحصلت على الرخصة، ودققت التجزئة على القطعة الأولى مبالغ مالية مهمة، وبدأت تضطر تجهيز القطعة الثانية، لكنها فوجئت بصور مشروع بنزع الملكية عن السيد الوزير، فقامت الشركة بالطعن في القرار طالبة إلغاء المرسوم وقضى المجلس الأعلى بإلغاء المرسوم معللا قراره كالتالي:

"وحيث أن الإدارة إذا كانت تتوفر على السلطة التقديرية بخصوص المنفعة العامة التي تسعى إلى تدقيقها من وراء نزع الملكة فإن ذلك لا يمنع القضاء الإداري لمراقبة مضمون وأغراض المنفعة العامة وما إذا كان المنزوع ملكيته كما هو الحال في النازلة يسعى إلى تدقيق نفس الأغراض والأهداف بموافقة الإدارة المسبقة"

مما استنتجت معه محكمة النقض أن المنفعة العامة التي تدرع بها الإدارة لإصدار المرسوم المطعون فيه، وقد دقت فيه عبر المشروع الذي أنجزت الطاعنة جزئا هاما منه.

وأضاف في تعليقه:

"حيث يتضح من كل ذلك أن المنفعة العامة التي تدرع بها الإدارة بإصدار الرسوم المطعون فيه، قد تدقت بالفعل عبر المشروع الذي أنجزت الطاعنة طرفا منه باعتراف الإدارة وبموافقتها الواضحة والصرحة، مما يجب معه إلغاء المقرر المطعون فيه"

يشكل إذن هذا القرار تطورا كبيرا في ميدان حماية الملكية الخاصة، وقد غير المجلس الأعلى من أسلوب رقبته للمنفعة بعد أن كان أمر تقديرها متروكا للسلطة التقديرية للإدارة.

¹ السيد المستشار/ رئيس مجلس الدولة المصري، نزع الملكية للمنفعة العامة، ورقة العمل المقدمة من الوفد المصري المشارك في المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم الإدارية المعقود ببيروت - لبنان في الفترة من 16 إلى 18 ديسمبر 2013.

ولم يقف تطور هذه الرقابة عند هذا الحد بل واکب ذلك قرارات أخرى أكدت النضج الكبير الذي وصل إليه القضاء في مجال مراقبته لأعمال الإدارة.

جاء في قرار للمحكمة النقض بتاريخ 1997/05/07:

" وحيث إن الاتجاه الحديث في القضاء الإداري لا يكتفي بالنظر إلى المنفعة العامة المتوخاة من نزع الملكية نظرة مجردة بل يتجاوز ذلك إلى النظر فيما يعود به القرار من فائدة، تحقق أكبر قدر من المصلحة العامة وذلك عن طريق الموازنة بين الفوائد التي سيحققها المشروع المزمع إنشاؤه والمصالح الخاصة المتعارضة التي يمسه وبالتالي تقييم قرار نزع على ضوء مزاياه وسلبياته والمقارنة بين المصالح المتعارضة للإدارة والخواطر المتزوع ملكيتهم¹ ".
من خلال هذا القرار نستنتج أن القضاء الإداري انعطف على مستوى الرقابة في قضايا نزع الملكية لأجل المنفعة العامة إلى الأحسن بالمقارنة مع السابق²، وقد سميت بالنظرية الحصيلة، لمقارنتها بين الحصيلة الناتجة من المنفعة العامة، والمصلحة الشخصية للمزوعة ملكيته.

خاتمة:

من خلال ما تقدم في هذه الدراسة المتعلقة بإشكالات المرتبطة بالاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية بالمغرب، يمكننا إبداء الملاحظات والتلميحات التالية:

الملاحظة الأولى: رغم تقييد القرار الإداري، بالرقابة القضائية والمتجلية، في قضاء الإلغاء، والذي يقوم أساسا على إلغاء القرارات الإدارية التي تتجاوز السلطة، لكن الإدارة تملص من هاته الرقابة، عن طريق السلطة التقديرية، والمصلحة العامة. الدين كما رأينا سابقا أنهما مفسران بطريقة فضفاضة وخاطئة.

الملاحظة الثانية: هو وجود ارتباك واضح وقع فيه المشرع في التنصيص على الاختصاص، بين اختصاصات المحكمة الابتدائية، باعتبارها صاحبة الولاية العامة، والمحكمة الإدارية، حيث ينص الفصل 18³، من قانون المسطرة المدنية أنها تختص بأي المحكمة الابتدائية، بالنظر في القضايا المدنية وقضايا الأحوال الشخصية والميراث والتجارية والإدارية، والاجتماعية.

وقد جاء في قرار لمحكمة نقض، عدد 22، بتاريخ 1-4-1996، في الملف عدد 95-200:

" الإدارة عندما تكون مكترية وتغل بالتزاماتها التعاقدية لا يمكن مساءلتها في إطار الفصل 8 من قانون رقم 41.90 لطلب التعويض عن أضرار تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام أمام المحكمة الإدارية الدعوى تقام في هاته الحالة أمام القضاء العادي في نطاق مسؤولية المكترية عن هلاك العين أو إساءة الإستعمال"⁴

الملاحظة الثالثة: كملاحظة عامة وأخيرة فإن المغرب، قد خطى خطوات مهمة في تأسيس دعائم القضاء المزدوج، وكانت أولى هذه الخطوات بتشديد المحاكم الإدارية، لكن مازال لم يحقق هذه الأزدواجية، وذلك لأمرين هما:

الأمر الأول: توحيد محاكم المملكة في محكمة النقض، مما يجعل الاختصاص الوظيفي غير منزل على أرض الواقع.
الأمر الثاني: هناك تضارب الاختصاص بين المحاكم، والسبب في ذلك عدم وجود محكمة تنازع، تفصل في تنازع الاختصاص.

¹ قرار محكمة النقض رقم 500 صادر بتاريخ 7 ماي 1997، منشور بمجلة المجلس الأعلى، الإصدار الرقعي، عدد 51 سنة 2000، ص. 191.

² كانت محكمة النقض في أحكام سابقة تعتمد على المشروعية الشكلية، المتمثلة في المساطر والنصوص، في حالة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة. مشال روسي، القانون الإداري المغربي، الرباط، 1984، ص. 44 وما إليها.

³ ظهير شريف بميثاق قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية

الجريدة الرسمية، عدد 3230 مكرر بتاريخ 13 رمضان 1394 بموافق 30 شتنبر 1974 ص. 2741.

⁴ محمد بغير، قانون المسطرة المدنية والعمل القضائي المغربي، دار النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2012، ص. 71 و72

وجب التفكير لتجاوز كل ما تحدثنا عنها من الإشكالات، أو المعيقات والمشاكل التي لم يتسع المكان لذكرها، والمؤثرة في عمل القضاء، القيام بما يلي:

(1) إنشاء محكمة إدارية عليا أو مجلس الدولة المغربي ليكون أداة لرفع من منسوب عمل القضاء الإداري المغربي، ليساوق نظيره الفرنسي، كما أن إنشاء محكمة تنازع لها مهمة أساسية في حسم تنازع الإختصاص بين المحكمة الإدارية والمحاكم الأخرى.

(2) في حين لا بد من التفكير جيدا في التخلص من تطبيق المسطرة المدنية أمام المحاكم الإدارية، التي لا تحترم الخصوصيات التي تتحلل بها المنازعة الإدارية، هذا ما حاولت فرنسا ومنذ زمن طويل أن تطبقه، بحيث أسست قانونا للمنازعات الإدارية، بمثابة قانون جامع لكل ما يرتبط بالقضاء الإداري، الشيء الذي جعل فكرة أن القانون الإداري، قانون غير مقنن، يعاد فيها النظر.

المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية دراسة في القانون الليبي

منير الشيباني

ثار الكثير من الجدل حول الطبيعة القانونية للعقود التي تبرمها الدولة مع الغير، وقد دار هذا النقاش بين قديسيه الالتزامات التعاقدية وبين امتيازات الدولة التشريعية والإدارية التي تمارس من خلال أجهزتها لتحقيق المصلحة العامة. ولاشك أن العقد الإداري ناتج عن توافق إرادتين على إنشاء الالتزام شأنه شأن عقود القانون الخاص وفي هذا المعنى يتضح أن العناصر الأساسية في كلا العقدين واحدة، فيجب أن يتوافر الرضا ويجب أن يكون صحيحاً وصادراً من الجهة الإدارية المختصة، وسليماً من العيوب، إلا فيما يتعلق بالأهلية فأحكامها في العقد الإداري ليست كما هي عليه في العقد المدني لاختلاف أهلية الإدارة عن أهلية الشخص الطبيعي في الحكم.¹ كما يتميز العقد الإداري في أن الإدارة تكون دائماً طرفاً فيه، وأن تكوينه وإن كان يتم بتوافق إرادتين لا يكون بمجرد إفصاح فرد معين من أعضاء السلطة الإدارية عن أرائته وإنما يتكون من عدة أعمال قانونية، يشترك فيها أكثر من عضو من أعضاء السلطة الإدارية، لأن الاختصاصات الإدارية لا تتركز في يد واحدة.

تعريف العقد الإداري

اختلف القضاء والفقه في وضع تعريف محدد للعقد الإداري، وقد حاول المشرع الليبي حسم هذا الخلاف بتحديد المبادئ الرئيسية للعقود الإدارية.

وفي ذلك نجد المادة 4 من قانون القضاء الإداري رقم 88 لسنة 1971، نصت على أنه: "تفصل دائرة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بالعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد".

فالعقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره، والذي تظهر فيه نية الأخذ بأحكام القانون العام وذلك بتضمينه العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص أو السماح للمتعاقد مع الإدارة، بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام.²

معياري العقد الإداري الخاضع لاختصاص القضاء الإداري

إن المشرع الليبي بتحديد اختصاص دوائر القضاء الإداري في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد، على عكس ما فعل المشرع الفرنسي والمصري اللذان عهدا إلى القضاء الإداري باختصاص عام في كافة العقود الإدارية، يكون قد أعفى هذه الدوائر من عناء البحث عن معيار للعقد الإداري الخاضع لاختصاصها، وعلى الأساس تقول دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف طرابلس في الدعوى رقم 24 لسنة 72 م بجلسة 1973/8/20 م "حيث إن العقود الإدارية التي تختص بها دوائر القضاء الإداري قد حددها المشرع في المادة 4 من قانون 88 لسنة 1971 م في شأن القضاء الإداري وحصرتها في ثلاثة عقود هي عقد الالتزام وعقد الأشغال العامة، وعقد التوريد، ومن ثم فإن أي عقد آخر ولو توافرت فيه مقومات العقد الإداري يخرج عن اختصاص هذه الدوائر".

غير أن القضاء الإداري الليبي نظراً لتأثره الشديد بالقضاء الإداري المصري قد لجأ في كثير من الأحيان إلى تبني بعض اتجاهاته في مجال تحديد معيار العقد الإداري داخل نطاق العقود الثلاثة التي نص عليها المشرع، ففي مصر يتمتع القضاء الإداري باختصاص عام وشامل لكافة العقود الإدارية، وبالتالي اضطر القضاء الإداري في هذه الدول إلى البحث

¹ - عبد الرحمان العلام: موقف القضاء المدني إزاء العقود الإدارية.. بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الثالث، 1962، ص 4.

² - صبيح مسكوني: القضاء الإداري الليبي، منشورات جامعة بنغازي، كلية الحقوق، 1974، ص 231.

عن معايير معينة لتحديد العقود الإدارية التي يختص بها، فاشتراط أن يكون أحد أطراف العقد على الأقل شخصاً إدارياً عاماً وأن يكون العقد متعلقاً بتسيير مرفق عام وأن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في مجال العقود المدنية. وعليه، يمكن القول أن دوائر القضاء الإداري قد التزمت بدورها بهذه المعايير في تحديدها لاختصاصاتها في مجال العقود الإدارية المشار إليها أعلاه.

وهو ما أكدته المحكمة العليا، حيث ميزت بين أنواع العقود التي تبرمها الإدارة والتي لاتخضع جميعها لنظام قانوني واحد. إذ هناك عقود الإدارة التي تضم كل العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها أياً كان القانون الذي يحكمها؛ أي القانون العام أو الخاص، وهناك العقود الإدارية التي تكون الإدارة طرفاً فيها وتخضع للقانون الإداري والقضاء الإداري. وهذه العقود يشترط فيها أن تتوافر الشروط التالية¹:

- أ- أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً إدارياً.
ب- أن يتعلق العقد بتنظيم مرفق عام أو استغلاله أو تسييره.
ج- أن تكون قد قررت إخضاع العقد للقانون العام بتضمينه شروطاً استثنائية لا مثيل لها في عقود الإدارة الأخرى التي تخضع للقانون الخاص.

وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع الليبي بالرغم من نصه صراحة على العقود الإدارية التي يعقد بشأنها اختصاص القضاء الإداري، مما يجعل هذه العقود إدارية بنص القانون، فإن المحكمة العليا - كما يبدو من استعراض قراراتها واتجاهاتها - أردت أن لاتحصر اختصاصاتها بالحدود التي نص عليها التشريع، أي في نطاق العقود الإدارية المسماة، حيث بسطت ولايتها على عقود أخرى هي أدارية بطبيعتها ومقاربة في أحكامها للعقود المعتبرة إدارية بنص القانون.

نطاق اختصاص دوائر القضاء الإداري في منازعات العقود الإدارية

تولى المشرع الليبي تنظيم الأحكام العامة الخاصة بالعقود الإدارية والمنازعات المتعلقة بها خلال فترتين زمنييتين بدأت أولاهما منذ العام 1953 حيث أنشئت المحكمة العليا والتي أوكلت إلى دائرة القضاء الإداري بها مهمة الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية حيث جاء في المادة 24 من قانون إنشاء المحكمة العليا مانصه " تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الامتيازات، وعقود الالتزام، وعقود الأشغال العامة، وعقود التوريد التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر من العقد، إلا إذا نص العقد أو القانون على خلاف ذلك."

والمحكمة العليا تعتبر محكمة أول وأخر درجة، غير أن هذا الاختصاص لم يكن مقتصرًا عليها وحدها، حيث كان بإمكان المتعاقدين مع الإدارة أن يسلك بدعواه طريق القضاء العادي، وهذا الاختصاص المشترك أنتقده الفقه لما قد يترتب عليه من اختلاف في تأصيل الأحكام وإمكانية التعارض بينهما، فضلا عن تحديده للعقود الإدارية التي تخضع للقضاء الإداري واستمر الوضع حتى صدور القانون رقم 88 لسنة 1971 الذي بموجبه نقلت اختصاصات الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا إلى مجموعة الدوائر الإدارية التي أنشأها القانون بكل محكمة من محاكم الاستئناف المدنية، مستهدفاً بذلك تقريب العدالة من المواطنين من ناحية مع الإبقاء على دائرة القضاء الإداري بالمحكمة العليا كدرجة ثانية وأخيرة يطعن أمامها في الأحكام الصادرة عن الدوائر الإدارية بمحاكم الاستئناف، ومستبعداً في ذات الوقت اختصاص أية جهة أخرى بالعقود الإدارية غير الدوائر الإدارية بمحاكم الاستئناف المدنية تفادياً لحدوث أي تعارض أو تناقض في الأحكام بين جهتي القضاء الإداري والمدني فيما يخص العقود الإدارية، مما يعني أن المشرع الليبي قد منح دوائر القضاء الإداري اختصاصاً مانعاً فيما يخص منازعات العقود الإدارية، ملغياً بذلك نص الفقرة الأخيرة من المادة 24 من قانون المحكمة العليا التي نصت على أنه: ".....إلا إذا نص العقد أو القانون على خلاف ذلك"

¹ - محمد عبد الله الحراري: الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، الطبعة الثالثة، 1999، المركز القومي للدراسات والبحوث العلمية، طرابلس، ص 119.

وقد أجمّل الفقهاء¹ الأسباب الداعية إلى جعل المشرع الليبي يمنح الاختصاص المانع لدوائر القضاء الإداري فيما يخص منازعات العقود الإدارية في القانون 88 لسنة 1971م في الآتي:

السبب الأول: يرجع إلى تأثير المشرع الليبي باتجاهات المشرع المصري، حيث أصدر المشرع المصري القانون رقم 65 لسنة 1955م عدل بموجبه قانون مجلس الدولة لسنة 1949م حيث الغي اختصاص المشترك بين مجلس الدولة والمحاكم العادية في شأن منازعات العقود الإدارية اختصاصاً عاماً وشاملاً في هذا الخصوص.

السبب الثاني: يكمن في أن هذه العقود الثلاثة تمثل في الواقع العقود الرئيسية التي يتم بواسطتها تنفيذ مشاريع خطة التحول، ونظراً لهذه الأهمية رأى المشرع ضرورة إخضاعها لنظام قانوني خاص وتمييز عن قواعد القانون المدني والتجاري، وهذا الأمر لن يتأتى إلا بسلب المحاكم امدنية حق النظر في المنازعات الناشئة عن هذه العقود، وجعل الاختصاص بشأنها معقوداً لدوائر القضاء الإداري وحدها.

والسبب الأخير: يتمثل في أنه قبل صدور القانون 88 لسنة 1971م كانت هناك دائرة واحدة للقضاء الإداري موجودة بالمحكمة العليا، ولم يشأ إن يثقل كاهل المتقاضين المتواجدين في مناطق بعيدة عن مقر المحكمة العليا عناء السفر والإقامة فأجاز لأطراف العقد حرية الاتفاق على رفع دعاوهم إلى المحاكم المدنية القريبة منهم، ولكن مع صدور القانون المذكور أعلاه الذي أجاز إنشاء دوائر للقضاء الإداري بمحاكم الاستئناف المدنية أصبح هناك دوائر متعددة للقضاء الإداري قريبة نسبياً من المتقاضين.

وعلى هذا الأساس منح الاختصاص لدوائر القضاء الإداري وحدها بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد.

طبيعة الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية

تنقسم الدعاوى التي يختص القضاء الإداري بنظرها، من حيث طبيعتها إلى صنفين دعاوى القضاء الكامل (دعوى التعويض) ودعاوى الإلغاء.

وستتناول فيما يلي دعوى القضاء الكامل، ودعوى الإلغاء بشئ من الأيجاز كالآتي:

دعوى القضاء الكامل

الأصل في منازعات العقود الإدارية هو انتماؤها إلى القضاء الكامل، لأن أساس هذه الدعوى التي يرفعها الأفراد ضد الإدارة المتعاقدة معهم هو اقتضاء حق تنازعهم فيه، وعليه يشترط لإقامتها وجود الحق المتنازع عليه، وتمتد ولاية القضاء في هذه الحالة إلى التحقق من الواقع والقانون.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 15 يونيو سنة 1970 على أنه: "قضاء العقود الإدارية ينتهي أساساً إلى القضاء الكامل وتتسع فيه سلطة القضاء إلى تصفية النزاع برمته، وما يترتب عليه من نتائج إيجابية وسلبية في إجراءات التقاضي ومدده، كما إن ما يصدر من قرارات تنفيذاً للعقد الإداري تدخل في منطقة العقد لأنها مستمدة من نصوصه لامن نصوص القانون، فهي منازعات حقوق تكون محلاً للطعن على أساس استعداد ولاية القضاء الكامل وتفصل فيها المحكمة الإدارية على نحو لا يختلف عن ولاية المحكمة المدنية"².

وعليه، فإن المسائل التي تدخل في منطقة العقد وتكون محلاً للطعن على أساس دعوى القضاء الكامل لا دعوى الإلغاء هي:

بطان العقد، دعاوى التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد المتعاقدين نتيجة إخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته التعاقدية، المنازعات الخاصة بالتصرفات الصادرة عن الإدارة تنفيذاً للعقد (غرامات التأخير، فسخ العقد)، دعاوى

¹ - محمد عبد الله الحراري؛ أصول القانون الإداري الليبي، منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 1988، ص 226.

² - طعن إداري رقم 16/17، م.ع، أكتوبر 1970، غير منشور.

التعويض المرفوعة على الإدارة المتعاقدة عند اختلال التوازن المالي للعقد وفقاً لنظرية فعل الأمير أو الظروف الطارئة، المسائل المتفرعة عن العقد كالتطلبات المستعجلة.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد يجوز الطعن فيها بدعوى الإلغاء، سواء كان الطاعن من المتعاقدين مع الإدارة أو غير المتعاقدين معها ومن أمثلتها القرارات التي تصدرها الإدارة في المرحلة التمهيديّة لإنشاء العقد حتى إبرامه بشكل نهائي.

وقد أقر القضاء الليبي بصورة عامة المبادئ السابقة معتبراً العملية التعاقدية التي تكون الإدارة طرفاً فيها عملية مركبة نظراً لتكوينها من قرارات إدارية مستقلة عن العقد قابلة للطعن بالإلغاء وهي القرارات التي تسبق أو تترافق إبرام العقد.

إلا أنه يجب أن يلاحظ أن هذه النظرية قررت أساساً لصالح الغير الذين هم ليسوا طرفاً في العقد، وبالتالي هم وحدهم الذين يجوز لهم الطعن على القرارات الإدارية المنفصلة بدعوى الإلغاء، أما المتعاقدين أطراف العقد فليس لهم أن يطعنوا على هذه القرارات إلا أمام قاضي العقد وعلى أساس دعوى التعويض الكامل في دائرة القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف.

وهو ما أشارت إليه دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف طرابلس عى الدعوى رقم 22 لسنة 71م بجلسة 1973/3/25م على أنه: "وحيث إنه بالنسبة للغير فإنه ليس أمامه سوى الطعن بدعوى الإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية وذلك للحيلولة دون إبرام العقد، وليس له أن يتخذ سبيل القضاء الكامل أمام قاضي العقد لانه لم يكن طرفاً فيه، أما فيما بين المتعاقدين فإن قضاء العقود الإدارية وما يترفع عنها من منازعات ينتهي أساساً إلى القضاء الكامل".¹

دعوى الإلغاء

يقصد بدعوى الإلغاء تلك الدعوى التي يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء الإداري بطلب إعدام قرار إداري مخالف للقانون، فهي دعوى قضائية موضوعية أو عينة ترفع للمطالبة بإعدام قرار إداري صدر مخالفاً للقانون بمعناه الواسع، ومن فهي تعد أهم وسائل حماية المشروعية إذ تؤدي إلى الحكم بالبطلان كجزاء للقرار الغير مشروع.²

وتعتبر دعوى الإلغاء وسيلة في يد الأفراد في مواجهة الإدارة للحد من تصرفاتها غير القانونية خصوصاً مع اتساع النشاط الإداري في الوقت الحاضر وماترتب عنه من توسع في مبدأ المشروعية من جهة أخرى نفهم الدافع الذي جعل القضاء يعترف للأفراد بحرية أكبر في رقابة أعمال الإدارة، وذلك عن طريق قبول الطعن بالإلغاء بشروط أكثر تسامحاً واتساعاً ومرونة، غير أن القضاء وإن استجاب للأعتبارات السابقة بشكل كبير إلا أنه لم يساير هذا الاتجاه إلى حد اعتبار كل فرد بصفته كموطن يدافع عن المصلحة العامة، يستطيع الطعن في قرار إداري غير مشروع، ذلك أن السير في هذا الاتجاه سيؤدي حتماً إلى تدفق طعون الأفراد بشكل كبير وتعدد القضايا التي ليست كلها جديّة وذات أهمية وبالتالي تتحول دعوى الإلغاء إلى دعوى شعبية كتلك التي عرفها القانون الروماني أو دعوى حسبة كالتى عرفتها الشريعة الإسلامية.

فالخصومة في دعوى الإلغاء خصومة عينية مناطها اختصاص القرار الإداري في ذاته استهدافاً لمراقبة المشروعية، ولما كان القرار الإداري على هذا النحو هو موضوع الخصومة ومحلها في دعوى الإلغاء فإنه يتعين أن يكون القرار قائماً ومنتجاً

¹ - طعن إداري رقم رقم 5/14، ق.م.ع، أشار إليه صبيح مسكوني: القضاء الإداري الليبي، مرجع سابق، ص 242.

² - سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، 1976، ص 119.

آثاره عند إقامة الدعوى، فإذا ماتخلف هذا الشرط بأن زال هذا القرار قبل رفع الدعوى بإلغائه أو بانتهاء فترة تأقيته دون أن ينفذ على أي وجه، كانت الدعوى غير مقبولة إذا لم تنصب على قرار إداري قائم¹. وفي قضاء الإلغاء يملك القاضي الإداري سلطة إلغاء القرارات الإدارية المطعون فيها أمامه إذا خالفت مبدأ المشروعية بسبب إصابتها بعيب أو أكثر من العيوب الخمسة المحددة بنص القانون وهي، عيب عدم الاختصاص، وعيب الشكل، وعيب مخالفة القوانين واللوائح، وعيب السبب، وأخيراً إساءة السلطة أو الانحراف بها. وينتهي قضاء الإلغاء إلى القضاء الموضوعي أو العيني، لأنه يتعلق بمخاصمة قرار إداري فردي أو لائحي لمخالفتة لمبدأ المشروعية بهدف إصدار حكم بإلغاء القرار تكون له حجية في مواجهة الكافة.

مما تقدم نخلص إلى أن العقود الإدارية تدين بوجودها للقضاء الإداري الليبي الذي قام لها أساسها وابتدع أحكامها المتميزة عن أحكام عقود القانون الخاص، وهو ما تؤكد بنص المادة الرابعة من القانون رقم 88 لسنة 1971 (حيث تفصل دائرة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة والتوريد)، إلا أن هذا النص أبقى على الاختصاص المشترك في نظر المنازعات الناشئة على العقود الإدارية بين القضاء الإداري والقضاء العادي، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها. ومع ذلك لم تتقيد المحكمة العليا بالتعداد الذي أورده المشرع في المادة 4 من القانون المذكور أعلاه، بل سعت إلى مد اختصاصها ليشمل عقود إدارية أخرى عن طريق تفسيرها الواسع لمفهوم الأشغال العامة وعقود التوريد وعقود الإلتزام التي أوردها المشرع على سبيل الحصر.

¹ - أمينة جبران: بحث شرط المصلحة في دعوى الإلغاء في كل من القانون الفرنسي والمصري والمغربي، مجلة العلوم الإدارية، العدد السادس، 1986.

ضمانات المحاكمة العادلة في النظام القانوني الجزائري

د. / بوطيب بن ناصر

أستاذ محاضر

جامعة قاصدي مرباح ورقلة

يقصد بحقوق الإنسان جملة الحقوق اللصيقة بالشخص الإنساني والتي نصت عليها المواثيق الدولية والتي يتمتع بها الإنسان ولا يجوز بأي حال تجريدته منها لأي سبب كان وبصرف النظر عن جميع مظاهر الاختلاف سواء في الدين أو اللغة أو العرق أو الجنس.

وإن التتبع التاريخي لحقوق الإنسان يثبت لنا أنها سابقة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1848، لأن الديانات القديمة والتراث البشري كرس بصفة عامة جملة هذه المبادئ التي تقوم على العدل والإنصاف ومبادئ الرحمة. غير أن الحديث عن المعنى المعاصر لحقوق الإنسان يقصد به مجموعة المبادئ الملزمة التي اتفقت عليها الإنسانية بعد الانتهاء من الحرب العالمية الثانية وعملت على الالتزام بها في القوانين الدولية والداخلية، وتحولت مفاهيم حقوق الإنسان في العصر الحديث من قيم فاضلة إلى التزامات قانونية الواجب التقيد بها، ومخالفتها ترتب المسؤولية على المستوى الدولي والإقليمي والوطني، ولعل من أهم المبادئ التي يضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هي حق المتهم في المحاكمة العادلة. وتبدأ مراحلها من تاريخ إيقافه مروراً بمرحلة احتجازه قبل المحاكمة والاحتفاظ به أثناءها إلى غاية استنفاد جميع طرق الطعن الممكنة قانوناً في الأحكام الصادرة ضده. وتعد المحكمة العادلة من أسس مبادئ حقوق الإنسان.

ولقد عرفت المحاكمة العادلة بأنها أحد الحقوق الأساسية للإنسان وتقوم على توافر مجموعة من الإجراءات التي تتم بها الخصومة الجنائية في إطار حماية الحريات الشخصية وغيرها من حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة. وقد سارعت معظم الدول إلى تكريس هذا المبدأ في نظمها القانونية بغية ضمان المحاكمة العادلة للمتهم لكونه إنساناً. ولعل الجزائر من بين هذه الدول التي حاولت تكريس هذه المبادئ وأوجدت ضمانات لذلك.

ومن هنا نثار التساؤلات حول أهم الضمانات الدستورية والتشريعية للمحاكمة في النظام القانوني الجزائري؟

وللإجابة على جملة هذه التساؤلات التي تطرحها هذه الدراسة ستم الإجابة عليها وفقاً لثلاث محاور أساسية:

المحور الأول: الضمانات الدستورية للمحاكمة العادلة

يعتبر الحق في المحاكمة العادلة أهم الحقوق المدنية اللصيقة بشخص الإنسان وتستمد أصولها من شخصيته الارتباط بينهما وثيق لأن المحاكمة العادلة تعد من صميم الحقوق والحريات التي يجب أن يتمتع بها الأفراد ودليل ذلك أنها لا تزال محل اهتمام من قبل الإعلانات العالمية والمواثيق الدولية والدول لا تزال تسعى جاهدة لتكريس هذا الحق في دساتيرها وتشريعاتها الداخلية، والمشروع الجزائري من بين هذه الدول التي سعت إلى تكريس الحق في المحاكمة العادلة في دساتيرها المختلفة. وبالعودة إلى دستور 1963 الذي بمقتضاه صادقت الجزائر على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بموجب المادة 11 منه، صدر في الجريدة الرسمية رقم 64 المؤرخة في 10 ديسمبر 1963، وقد تضمن الدستور العديد من المواد التي أرست الحق في المحاكمة العادلة، حيث نصت المادة 15 من دستور 1963 بأنه لا يمكن إيقاف أو تتبع أي شخص إلا في الحالات التي حددها القانون وإن القضاة المعنيين بمقضاته طبقاً للكيفيات المقررة بموجبه.

نلاحظ أن المشرع الدستوري في صريح المادة 15 قد نصت على عدم جوازية إيقاف أو تتبع أي شخص إلا في الحالات المحددة في القانون وأن تتم عمليات الإيقاف والمتابعة بأمر من القضاة المختصين، أما في عدا هذه الحالات فإن أي عملية إيقاف أو متابعة تعد باطلة بحكم الدستور.

وكذلك نص المادة 61 التي تضمنت الحق في الدفاع ونصت على ما يلي يعترف بحق الدفاع ويكون مضمونا في حقل القضاء الجنائي.¹

المشرع الدستوري قد كفل حق الدفاع في القضايا ذات الطابع الجنائي باعتبار أن حق الدفاع يعد من الضمانات الأساسية لحقوق المتهم في مرحلة المحاكمة. كما أنها تعد من أهم ضمانات حقوق الإنسان التي تضمنتها المواثيق والمعاهدات الدولية وقد سعى المشرع الجزائري إلى تكريس هذه الحقوق شأنه شأن باقي الدول الموقعة على اتفاقية حقوق الإنسان التي من أهمها ضمان المحاكمة العادلة للمتهم.

كما نجد أن دستور 1963 قد نص في أحكام المادة 62 على أنه لا يخضع القضاة في أدايمهم لوظائفهم لغير القانون ومصالح الثورة الاشتراكية.

وهذه الضمانة تعد من أهم الضمانات الأساسية لتكريس فكرة المحاكمة العادلة على اعتبار أن استقلالية القضاء تعد من أهم الآليات الفعالة لضمان المحاكمة المنصفة، وقد تم التنصيص على هذا المبدأ في مواثيق حقوق الإنسان المختلفة، وسعى المشرع الجزائري لتكريس ذلك لأن القضاء يعد صمام أمان لضمان الحماية اللازمة لحقوق الإنسان.

أما في دستور 1989 الاختلاف يبدو جليا حيث أن المشرع الدستوري قد سعى إلى تكريس ضمانات دستورية أكبر لضمان المحاكمة العادلة وهذا ما نستشفه من خلال النصوص التي كرس ذلك، فالمادة 42 من دستور نصت بأن كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري في نص المادة 42 قد كرس ما جاء به أحكام المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ومفاد هذه المادة أن الإنسان يولد بريئا وهذا هو الأصل، ويبقى بريئا إلى غاية صدور حكم قضائي بات لإدانة الشخص عن فعل مجرم قانونا، أما في حال نسبة الجرائم إلى المتهم فإن عبء الإثبات يقع على الادعاء العام وعليه أن يقيم الدليل، ولا تتم الإدانة إلا في حال وجود أدلة مقنعة ويقينية وكفل هذا الحق للمتهم ابتداء من الضبطية القضائية إلى قاضي التحقيق وصولا إلى مرحلة المحاكمة، فإن تمت إدانته تحول إلى مذنب وإذا تمت تبرئته يخلى سبيله. بالإضافة إلى نص المادة 42 نجد أيضا في نفس الباب المتعلق بالحقوق والحريات ما تضمنه نص المادة 43 التي تنص على أنه لا إدانة إلا بمقتضى القانون ويصدر قبل ارتكاب الفعل المجرم، ويقصد أنه لا تتم إدانة أي شخص بأي جرم ما لم يكن القانون ينص على ذلك صراحة، ويجب تجريم الفعل قبل ارتكاب الجريمة، ومن هنا نجد أن المشرع الدستوري قد نص صراحة على مبدأ الشرعية أي انه لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون فإذا لم نجد النص انتفت العقوبة.

وفي نفس الفصل المتعلق بالحقوق والحريات نجد المادة 44 من نفس الدستور نصت لا يتابع احد ولا يوقف ولا يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون وطبقا للأشكال التي نص عليها.

وتعد هذه المادة من أهم ضمانات حقوق المتهم حيث نص المشرع الدستوري بأنه لا يجوز متابعة أو إيقاف أي شخص أو احتجازه إلا في ظل الحالات المحددة في القانون ويجب أن تتم وفقا للنصوص القانونية التي تحدد حالات المتابعة أو الاحتجاز أو الإيقاف، وإلا فإن جميع هذه الإجراءات تكون باطلة وترتب المسؤولية الجزائية على مرتكب هذه الأفعال، إلى جانب ذلك نجد أن نص المادة 45 من نفس الدستور جاء لتكريس مبدأ راسخ من أهم الركائز التي تؤسس عليها المحاكمة العادلة وقد نصت المادة 45 على خضوع التوقيف للنظر في مجال التحريات الجزائية للرقابة القضائية ولا يمكن أن يتجاوز 48 ساعة.

¹: المادة 61 من دستور 1963.

وما نستشفه من هذه المادة أن المشرع الدستوري قد حاول تقييد عملية التوقيف للنظر في مجال التحريات الجزائية وضرورة خضوع جميع العمليات المتعلقة بها في جميع المراحل لرقابة السلطة القضائية، وهذا ضمان لعدم التعسف من قبل رجال الضبط القضائي وحماية حقوق المتهم، وانه وفي حالة توقيف فانه لا يجوز بأي من الأحوال أن تتجاوز مدة التوقيف 48 ساعة.

وقد مكن المشرع الدستوري في الفقرة الثانية من نفس المادة المتهم من حق الاتصال بأسرته فور توقيفه وهذا يعد كذلك من أهم الضمانات الدستورية المكفولة للمتهم.

وفي الفقرة الثالثة من نفس المادة السابقة نصت على أنه لا يمكن تمديد مدة التوقيف للنظر إلا استثناء ووفقا للشروط المحددة قانونا، ولدى الانتهاء من التوقيف للنظر يجب أن يجري فحص طبي على الشخص الموقوف إن طلب ذلك وعلى أن يعلم بهذه الإمكانية من خلال هذه الفقرة نص المشرع الدستوري بعدم إمكانية تمديد مدة التوقيف إلا في الحالات الاستثنائية وفقا لما تم التنصيص عليه في القوانين وإلا فإنها تعد باطلة ويتحمل مرتكب هذا الخطأ المسؤولية الجزائية عن فعله كما نصت هذه المادة على أنه يجب إجراء فحص طبي للموقوف إذا طلب ذلك ويجب أن يتم إعلامه بهذا الحق (أي أنه يمكنه إجراء هذا الفحص الطبي)، والغاية من الفحص الطبي بعد انتهاء مدة التوقيف هو ضمان عدم تعرض الموقوف لأي صورة من صور التعذيب أو الإكراه، وهذه تعد من الضمانات الأساسية التي كفلت للمتهم في دستور 1989، وهذا بالنسبة لدستور 1989.

أما في التعديل الدستور لـ 28 نوفمبر 1996 أو دستور 1996 كما يسميه البعض فان المشرع قد عمل جاهدا على تكريس جملة الضمانات الأساسية التي تؤسس لضمان المحاكمة العادلة للمتهمين، وسعيا من المشرع الدستوري لتكريس الحماية الفعالة لحقوق الإنسان خاصة وأن هذا التعديل أو الدستور قد جاء بعد الفترة العصيبة التي مرت بها الجزائر في تسعينات القرن الماضي فيما يعرف بالعشرية السوداء أو الحمراء.

وتعد مادة 45 من دستور 1996 التي نصت على أن كل شخص بريء حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلها القانون.

بمقتضى هذه المادة أن الأصل في الذمة هو البراءة ومن ثمة فان المشتبه فيه وعلى الرغم من سماعه أمام الضبطية القضائية وتوجيه الاتهام له أمام قضاة التحقيق وإحالة دعواه على الجهة القضائية المختصة يبقى بريئا إلى غاية إدانته بالتهم المنسوبة إليه من قبل المحكمة، مع كامل الضمانات التي يكفلها القانون:

- كالحق في الدفاع، الحق في إنكار التهم، الحق في الطعن في الأحكام القضائية.

- توفر النص القانوني الذي يجرم الفعل.

وقد كرست المادة 45 حق من أهم الحقوق المكفولة للمتهم وهو أن الأصل في الإنسان البراءة وهو ما نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 11 منه وذلك ما جاءت به المادة 46 إذ أنه لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل تجريم الفعل، ونلاحظ أن المشرع قد عمل على تكريس هذا المبدأ الذي جاء به دستور 1996 وأهم الضمانات الأساسية لحقوق الإنسان أي تضمن عدم إدانة أي شخص ما لم يكن الفعل الذي ارتكبه هذا الأخير يعد من قبل الجرائم التي يتم التنصيص عليها مسبقا.

وذلك ما جاء في أحكام المادة 47 لا يتابع أحد أو يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة قانونا وطبقا للأحكام التي نص عليها.

وما يفهم من صريح المادة 47 أن المؤسس الدستوري منع متابعة أي شخص أو إيقافه أو احتجازه إلا في الحالات التي يحددها القانون وطبقا للأشكال المنصوص عليها وإلا وقع ذلك تحت طائلة البطلان.

أما بخصوص المادة 48 من دستور 1996 فهي جاءت بنفس صياغة المادة 45 من دستور 1989 والتي تنص على أن مدة التوقيف لا تتعدى 48 ساعة، وأن يتم تمكين الموقوف من الاتصال بأسرته وعلى أن يجري له فحص طبي إذا طلب ذلك مع ضرورة إعلامه بهذا الحق.

أما في الفصل الثالث المتعلق بالسلطة القضائية نجد أن المشرع الدستوري قد نص في أحكام المادة 138 على أن السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون. واستقلالية السلطة تعد هذه الأخيرة من الضمانات الأساسية للمحاكمة العادلة وقد تضمنتها اتفاقيات والمواثيق المختلفة لحقوق الإنسان، وقد نصت عليها المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكذلك المادة 11 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان، وكذلك ما جاءت به المادة 26 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان. ويقصد باستقلال السلطة القضائية - كضمانة لحقوق المتهم - ويقصد بها تحرير الجهات القضائية من جميع المؤثرات والأضطالغ بالرسالة المنوطة بها، حيث تتيح لكل شخص حق اللجوء إليها واستيفاء حقوقه أو دفع الاتهام الموجه ضده وحمايته من أي اعتداء، وهذا لن يتأتى إلا أن كانت السلطة القضائية مستقلة كباقي السلطات (السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية). وعليه فان استقلالية القضاء تعد الأداة الفعالة لتحقيق العدالة وحماية حقوق الإنسان وذلك ما سعى المشرع الدستوري إلى تكريسها. كما أنه وبالعودة إلى أحكام المواد 139، 140، 141، 142، 143 إلى غاية المادة 148. فمجملة هذه المواد قد تناولت مبادئ أساسية يقوم عليها القضاء في الجزائر.

المادة 139 أناطت بالسلطة القضائية مهمة حماية المجتمع والحريات وضمن الحقوق الأساسية. أما المادة 140 فنصت أن أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة وأن الكل سواسية أمام القضاء. أما في أحكام المادة 142 نص المؤسس الدستوري أن العقوبات الجزائية يجب أن تخضع وجوباً لمبدأ الشرعية والشخصية، وكل هذه الضمانات تؤسس لمحاكمة عادلة.

وقد تضمنت المادة 144 على ضمانات أساسية تعد من أهم الضمانات الأساسية للمحاكمة العادلة، حيث اشترط المشرع الدستوري أن تكون الأحكام القضائية معللة وينطق بها في جلسات علنية لأن العلنية تعد ضمانات أساسية لحياة القاضي وإبعاده عن التحيز والتأثر هذا من جهة، ومن جهة ثانية خلق نوع من الثقة والطمأنينة لما يصدره القاضي من أحكام وهذا ما كرسته المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

أما بخصوص المادة 148 و149 فقد تضمنتا أن القاضي لا يخضع في إصدار الأحكام إلا لما تمليه عليه النصوص القانونية والتشريعية وهو محمي من جميع أنواع الضغوط والتدخلات التي قد تؤدي إلى المساس بنزاهة الأحكام. أما المادة 150 فقد نصت أن القانون يحمي المتقاضين من أي تعسف يصدر عن القاضي. والمادة 151 قد تضمنت حق الدفاع وأنه معترف به ويضمن في جميع القضايا الجزائية وهنا قد سائر المؤسس الدستوري جميع الإعلانات والمواثيق الدولية التي اعتبرت الحق في الدفاع من أهم حقوق الإنسان ويعد ضمانات أساسية للوصول إلى محاكمة عادلة. وخلاصة القول أن المؤسس الدستوري الجزائري قد سعى إلى تكريس الضمانات الأساسية للمحاكمة العادلة في مختلف الدساتير التي شهدتها الجزائر إلا أنه يلاحظ أن دستور 1989 ودستور 1996 قد عملا على تكريس العمل بهذه الضمانات ونص عليها صراحة بغية الحد من الانتهاكات الجسيمة التي لحقت بحقوق الإنسان خاصة بعد الأزمة السياسية التي عاشتها البلاد بعد صدور دستور 1989، فجاء دستور 1996 ليضع حداً للتجاوزات التي وقعت في مجال حقوق الإنسان ويعمل على تكريس المبادئ الأساسية لضمان المحاكمة العادلة التي تعد من أهم الحقوق الأساسية التي يجب أن يتمتع بها المتهم باعتباره إنساناً.

كما يلاحظ أن النصوص الدستورية غالباً ما تكون ذات طبيعة عامة وتفسيرها يكون بالقوانين والتشريعات الداخلية وهذا ما سنحاول شرحه في المحور الموالي.

المحور الثاني: الضمانات التشريعية للمحاكمة العادلة في النظام القانوني الجزائري.

بعد التعرض لأهم الضمانات الدستورية للمحاكمة العادلة سنحاول في هذا المحور استعراض أهم ضمانات المحاكمة العادلة في التشريع الجزائري وذلك من خلال دراسة أهم الضمانات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية وقانون العقوبات ومن أهم هذه الضمانات هي الهيئة القضائية المستقلة والمحايدة، مبدأ افتراض البراءة، قانونية المحاكمة، الحق في الدفاع وإمكانية الطعن في الأحكام القضائية.

1- المحكمة المستقلة والمحايدة:

لعل من أهم الضمانات التي تم التنصيص عليها في قانون الإجراءات الجزائية هي الهيئة القضائية المستقلة وأول إشكالية تثار في هذا السياق هو أن تكون المحكمة مختصة، والمشرع الجزائري قد أولى أهمية بالغة لقواعد الاختصاص واعتبارها من النظام العام أي أن مخالفتها تؤدي إلى البطلان المطلق للإجراءات، كما أنه بالإمكان إثارتها في جميع مراحل الدعوى، وقد نظمت القواعد العامة للاختصاص بأحكام المواد من 246 إلى 252 من قانون الإجراءات الجزائية، كما عالج إشكالية تنازع الاختصاص في أحكام المواد 545 إلى 548 من نفس القانون وهذا دليل على نية المشرع إرساء قواعد تضمن محاكمة عادلة للمتهمين.

أما بالنسبة لاستقلالية المحكمة ويهدف من ورائها للوصول أو ضمان محاكمة عادلة لان هذا الدور منوط بالسلطة القضائية ويجب أن تكون هذه الأخيرة مستقلة عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية. أما مبدأ الحياد فيقصد به أن لا يكون للقاضي أي تصورات مسبقة حول القضية المعروضة عليه للفصل فيها. هذا بالنسبة لحياد القاضي، وكذلك الحال بالنسبة لحياد المحكمة باعتبارها جهازا قضائيا، لأنه من غير المعقول أن نطالب القاضي بالحياد ونستثني حياد المحكمة.

ولقد كرس المشرع الجزائري فكرة حياد القاضي في قانون الإجراءات الجزائية وذلك من خلال إمكانية رد القضاة طبقا لأحكام المواد 545-566 حيث إذا اتضح للمتهم ما يشكك في عدم إمكانية إنصافه من قبل القاضي له الحق في طلب تعويضه بقاض آخر.¹

كما أنه لا يجوز وبالعودة إلى مبدأ الفصل بين السلطات فانه لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يتم التداخل بين سلطة الحكم وسلطة التحقيق ويجب أن يتم الفصل بينهما وهذا بحسب صريح نص المادة 38 من قانون الإجراءات الجزائية² لأن ذلك يعد من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته. القاضي الذي قام بإجراءات التحقيق في دعوى ما لا يمكن أن يكون في نفس تشكيلة القضاة الذين سيفصلون في القضية، كما لا يجوز لعضو في غرفة الاتهام أن يشترك في محكمة الجنايات لان القضية قد عرضت عليه من قبل، هذا بالإضافة إلى أن تنظيم الجهات القضائية يعد أيضا من النظام العام، فعدم قانونية التشكيلة قد تؤدي إلى بطلان المحاكمة، فالقاضي الذي ضمن تشكيلة الدرجة الأولى لا يمكن أن يشارك في تشكيلة الدرجة الثانية وعليه فان استقلالية وحياد واختصاص المحكمة تعد من الضمانات الأساسية للمحاكمات العادلة وضمانا لعدم المساس بحقوق المتهمين، وهو ما عكف المشرع الجزائري على تكريس.

2- مبدأ افتراض البراءة:

¹: ماروك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار هومة، الجزء الأول، الجزائر، 2003، ص 618.
²: المادة 38 من قانون الإجراءات الجزائية. "تتعلق بقاضي التحقيق إجراءات البحث والتحرير ولا يجوز له أن يشترك في الحكم في قضايا نظر فيها بصفته قاضيا للتحقيق والإلا كان ذلك الحكم باطلا.

وله في سبيل مباشرة مهام وظيفته أن يستعين مباشرة بالقوة العمومية. ويختص بالتحقيق في الحادث بناء على طلب من وكيل الجمهورية أو شكوى مصحوبة بادعاء مدني ضمن الشروط المنصوص عليها في المادتين 67 و 73.

في حالة الجناية أو الجناية المتلبس بها يباشر قاضي التحقيق السلطات المخولة له بمقتضى المادة 57 وما يليها."

الأصل العام ان الإنسان بريء وأن مجرد الاتهام لا يقلل ولا يمس ببراءته، أي أن الشخص يبقى بريئا حتى وإن كان مشتتها فيه أو متهم ومهما كانت جسامه الفعل المنسوب إليه، فانه يبقى بريئا حتى تتم الإدانة من قبل جهة قضائية مختصة.

وعرف الدكتور محمد محدة قرينة البراءة بأنها معاملة الشخص مشتتها فيه كان أم متهما، في جميع مراحل الإجراءات مهما كانت جسامه التهم المنسوبة إليه على أنه بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، وفقا للضمانات التي يقرها القانون للشخص في كل مراحله.¹

ومنه فان احترام مبدأ البراءة يقضي بعدم جواز إدانة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه عبثا، فله الحق أن يحيطه قاضي التحقيق عند حضوره عنه علما بجميع الوقائع المنسوبة إليه ليتمكن من الدفاع عن نفسه وليفند أدلة الاتهام وقد نصت على ذلك المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية²، وله الحق في إنكار جميع التهم المنسوبة إليه ويتمسك بمبدأ قرينة البراءة مادام لا يوجد ما ينفي ذلك، وقد نصت المادتان 369 وكذا المادة 404 على أنه إذا رأت المحكمة أن الواقعة موضوع المتابعة لا تكون أي جريمة في قانون العقوبات وأنها غير ثابتة أو غير مسندة للمتهم، قضت ببراءته من المتابعة بغير عقوبة ولا مصاريف.

أما نص المادة 404 فجاءت كالتالي إذا رأت المحكمة أ، الواقعة لا تكون أي جريمة في قانون العقوبات أو كانت الواقعة غير ثابتة أو غير منسوبة للمتهم قضت ببراءته منها بغير عقوبة ولا مصاريف.

وعليه فان المشرع الجزائري - الجزائري- قد كرس حق المتهم في افتراض مبدأ البراءة وهذا لضمان عدم المساس بحرية المتهمين وهذه الضمانة تعد ضمانا فعالة وحقيقية للمحاكمات العادل، وتكريسا لمبادئ وحقوق الإنسان الأساسية.

3- الحق في الدفاع والاستعانة بمحام:

يحق للمتهم الدفاع عن نفسه وإبداء أوجه دفاعه دحضاً لادعاءات الاتهام، ولا يعني ذلك أن المتهم يقع عليه عبء إثبات براءته، لأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته من قبل جهة الاتهام³ ويعد الحق في الدفاع من أهم الضمانات القانونية التي يخولها القانون للمتهم أمام الجهات القضائية، فله الحق في اختيار محامي أو محامين للدفاع عنه بكل حرية، وقد نصت المادة 271 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه يتم اختيار المحامي من قبل المتهم وأن يطلب ذلك من قبل الرئيس وعليه ذكر اسم أو أسماء المحامين الذين اختارهم لتسجيلهم.

وألزمت المادة 271 الرئيس في حال عدم اختبار المتهم لمحاميه أن يعين له محام على وجه الإلزام، كما يجب أن تكون هناك حرية في الاتصال بين المتهم ومحاميه وهذا ما كرسته أحكام المادة 272 من قانون الإجراءات الجزائية.⁴

ومنه فالمشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية قد ساير جميع التشريعات المقارنة التي تمكن المتهم من الدفاع عن نفسه والاستعانة بمحاميين وذلك سعيا للوصول إلى محاكمات عادلة للمتهمين وضمانا لعدم المساس بالحقوق والحريات الأساسية للإنسان.

4- علنية المحاكمة:

يقصد بالعلنية تمكين الجمهور من حضور جلسات المحاكمة وسماع ما يدور فيها من نقاشات ومرافعات وجميع ما يتخذ فيها من إجراءات وقرارات وأحكام⁵. ولا تنتهي العلنية عند هذا الحد بل تتعداه إلى الحق في حرية نشر جميع ما يدور

¹ محدة محمد، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، دار الهدى، الطبعة الأولى، الجزائر، 1992، ص 38.

² عبد الله زايدية، شرح قانون الإجراءات الجزائية - التحقيق والتحري، دار هومة، الطبعة السادسة، الجزائر، 2006، ص 357.

³ عبد الله زايدية، نفس المرجع السالف الذكر، ص 357.

⁴ المادة 272 من قانون الإجراءات الجزائية " يتم النطق بالأحكام الفاصلة في النزاع علنيا.

يصح بالأوامر الولاية بغير ذلك"

⁵ عوض محمد عوض، المبادئ العامة لقانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص 596.

في جلسات المحاكمة عبر وسائل النشر المعروفة، ونظرا لأهمية هذه الضمانة سعى المشرع الجزائري لتكريس هذا الحق في قانون الإجراءات الجزائية وهذا ما تضمنته المادة 285 من قانون الإجراءات الجزائية وكذا المادة 430 من نفس القانون حيث قضت أن مبدأ العلنية في محاكم الجنايات والجنح والغرف الجزائية، إلا أن العلنية كأصل عام أورد عليه المشرع الجزائري بعض الاستثناءات التي يمكن من خلالها أن تعقد الجلسات في سرية تامة. ففي حالة النظام العام والأداب العامة (المادة 468 من قانون الإجراءات الجزائية).

وتعد المادة 285 من أكثر المواد وضوحا للدلالة وتقرير حق المتهم في محاكمة علنية، ومبدأ العلنية يعتبر ضمانة أساسية لحياد القاضي وأبعاده عن التحيز والتأثر وتعزيز الثقة فيما يصدره من أحكام وهذا ما سعى المشرع الجزائري لتكريسه إنصافا للمتهم وتقريراً لحقه في المحاكمة العادلة.

5- إمكانية الطعن:

يعد الحق في الطعن في الأحكام القضائية من الضمانات الأساسية التي تقرها جميع المواثيق والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، وقد عمل المشرع الجزائري على تكريس هذا الحق للمتهمين في قانون الإجراءات الجزائية، فقد أعطى الحق للمتهم في حال أصدرت في حقه أحكاما غيابية أن يقوم بمعارضة أمام الجهة المصدرة للحكم وهذا ما نصت عليه أحكام المادتين 346 من قانون الإجراءات الجزائية وذلك خلال مدة 10 أيام من تاريخ تبليغه بالحكم محل المعارضة أما في حال الأحكام الحضورية فإن إمكانية الطعن تكون عن طريق الاستئناف أمام الغرف الجزائية بالمجلس وذلك ما نصت عليه المادة 417 من قانون الإجراءات الجزائية خلال مدة 30 يوما من النطق بالحكم كما أنه له إمكانية الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا والطعن في هذه الحالة يكون لصالح القانون وفقا لأحكام المواد 530-531 من قانون الإجراءات الجزائية، وتعد إمكانية الطعن من الضمانات الأساسية للمحاكمة العادلة كونها تفتح الباب لمواجهة ما يصدر عن المحاكم من أحكام وضمانة لحقوق المتهمين.

أما بالنسبة لضمانات المحاكمة العادلة في قانون العقوبات فتمتدحور أساسا حول مبدأ الشرعية باعتباره أحد المبادئ الأساسية التي تضمن المحاكمة العادلة للمتهم حيث تضمن له المساواة والحماية، فبالعودة إلى المادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية والتي تنص على أنه لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن من غير قانون أو نص، فالمشرع من خلال نص هذه المادة أراد أن يبين أنه عند انتفاء القانون أو النص القانوني أو عدم وجوده يؤدي ذلك بالتبعية لا محالة إلى بطلان كل الإجراءات التي قد تتخذ ضد الشخص سواء كانت إدانة أو عقابا أو تدبير أمن ومنه فالمشرع الجزائري أراد حماية الأشخاص وكذا المتهم فممنع المساس بها خارج الأطر القانونية ويعتبر هذا المبدأ وليد الفقه الفرنسي.

كما أن مبدأ عدم رجعية القوانين والذي تناولته المادة الثانية من قانون العقوبات نصت على أن قانون العقوبات لا يسري على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة وهذا ينطبق على نص المادة 46 من الدستور، إذ أن عدم الرجعية يعد من أكثر الضمانات المقررة للمتهم ومنه عدم الرجعية يعني عدم إمكانية توقيع أي عقوبة على أي شخص بنص لم يكن موجودا وقت وقوع الجريمة.

وخلاصة القول أن التعديلات الأخيرة لقانون الإجراءات الجزائية وقانون العقوبات قد سعى المشرع من خلالها جاهدا لتكريس حق المتهم في الحصول على محاكمة عادلة وقد اتضح ذلك من خلال أهم الضمانات التي استعرضناها في هذه الورقة البحثية.

هذا بالإضافة إلى حق المتهم في الإنكار. وحقه في استبعاد الأدلة غير المشروعة وضمان حضر محاكمته على نفس الجريمة مرتين وضمان السرعة في المحاكمة، وجميع هذه الضمانات تعد صمام أمان للوصول إلى محاكمات عادلة تضمن من خلالها حقوق الإنسان الأساسية، فانه وبالرغم من هذه الضمانات الدستورية والتشريعية لا تزال هناك العديد من النقائص لضمانات المحاكمة العادلة في التشريع الجزائري، وهو ما سنتناوله في المحور الموالي.

المحور الثالث: مدى فعالية ضمانات المحاكمات العادلة في النظام القانوني الجزائري.

سعى المشرع الجزائري لتكريس ضمانات حقيقية للمحاكمات العادلة باعتباره حقا من حقوق الإنسان الأساسية لذلك تم التنصيص عليها في الدساتير المختلفة وكذا قانون الإجراءات الجزائية وقانون العقوبات، والمشرع الجزائري كباقي التشريعات المقارنة يسعى إلى تبنى الآليات والضمانات التي تهدف إلى حماية حقوق الإنسان وتمجيدها وذلك من خلال المصادقة على اتفاقيات ومواثيق حقوق الإنسان المختلفة، إلا أنه هذه الضمانات الدستورية والتشريعية في النظام القانوني الجزائري لا تزال غير كافية لضمان المحاكمات العادلة.

بالنسبة للضمانات الدستورية نلاحظ أنه رغم مصادقة الجزائر على أغلب اتفاقيات حقوق الإنسان، والدستور الجزائري نص صراحة أنه في حال المصادقة على الاتفاقيات فإنها تسمو على القوانين الداخلية، إلا أن الممارسة الفعلية من قبل القضاة تثبت العكس، حيث في الغالب ما يتردد القضاة في تطبيق أحكام الاتفاقيات الدولية التي وقعت الجزائر عليها ويولون الأهمية للتشريعات الداخلية وهذا ما يطرح إشكالية خاصة في مجال حماية حقوق الإنسان لأن بعض الاتفاقيات التي وقعت عليها الجزائر في مجال حقوق الإنسان قد تحمي المهتم أكثر من القوانين الداخلية، وهذا يعد مساسا بحقوق الإنسان سواء في مجال المحاكمات العادلة أو في مجال حماية حقوق الإنسان بصفة عامة.

كما أن فكرة استقلالية السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية لا تزال تثار حولها العديد من التساؤلات والشكوك، فالتتبع الكرونولوجي يبين أن السلطة القضائية في دستور 1963 وتعديل سنة 1976 اعتبرا القضاء مجرد وظيفة، وهذا يعد مساسا صارخا باستقلالية الجهات القضائية باعتبار أن استقلال القضاء يعد من أهم ضمانات المحاكمات العادلة، كما يلاحظ أن تعداد الضمانات في حد ذاتها في هذه الفترة كان ضئيلا والمشرع لم يولي أهمية لهذه الضمانات بالرغم من توقيع الجزائر على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان منذ سنة 1963.

وبعد صدور دستور 1989 وتبني فكرة الانفتاح في الجزائر، فإن المشرع سعى إلى تكريس أهم الضمانات الأساسية لضمان محاكمات عادلة للمتهمين إلا أن الانزلاق الخطيرة التي عاشتها البلاد في تلك الفترة (العشرية السوداء) أدت إلى انتهاكات خطيرة في مجال حقوق الإنسان وتحديدًا ضمانات المحاكمات العادلة حيث كانت تتم محاكمة المتهمين أمام المحاكم العسكرية وذلك بعد إعلان حالة الطوارئ بموجب المرسوم الرئاسي 92-44 المؤرخ في 09/02/1992 وكذلك صدور المرسوم التشريعي الخاص بمكافحة التخريب والإرهاب الصادر في سبتمبر 1992 لافتقادهما لشروط المحاكمة العادلة، فأمام المحاكم العسكرية كان قبول المحامي في هذه المحاكم يخضع لسلطة رئيس المحكمة والذي له الحق في رفض المحامي أو رده دون تحليل وهذا يعد مساسا صارخا بحق دستوري راسخ ألا وهو حق وحرية اختيار دفاعه.

أما بالنسبة لدستور 1996 فقد سعى المشرع الجزائري إلى تبنى جملة من الضمانات الفعالة للحد من الانتهاكات التي شهدتها فترة التسعينات، فتعددت النصوص التي تفصل في تحديد الضمانات الأساسية للمحاكمات العادلة إلا أنه يلاحظ أن فكرة استقلالية السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية لا تزال مطروحة، كما أن العمل بهذه الضمانات يوقف العمل إذا تعلق الأمر بالجرائم ذات الطابع السياسي والإرهابي، وهذا بالنسبة للضمانات الدستورية.

أما بالنسبة للضمانات التشريعية خاصة في قانون الإجراءات الجزائية مع العلم أننا في هذه الورقة البحثية أثرنا الحديث عن الضمانات في مرحلة المحاكمة إلا أننا في الانتقادات سنحاول تبيين جميع النقائص أثناء كل المراحل ابتداء من التحقيق وصولا للمحاكمة والطقن في الأحكام القضائية.

ففي مرحلة التحقيق الأولي أمام ضباط الشرطة القضائية حيث أن أول إشكالية تثار في تعديل 06-22 من قانون الإجراءات الجزائية هي أن المشرع دعم صلاحيات الضبطية القضائية بشكل يمس بمبدأ التوازن المفترض في هذا القانون فمن الواجب أن تتم الموازنة بين سلطة الاتهام وحقوق الدفاع لأن المشرع الجزائري قد اقتبس واخذ عن المشرع الفرنسي فكرة اعتراض المراسلات والتسرب، ولم يمكن المحامي من التأسيس أمام الضبطية القضائية وهذا يعد مساسا بالمحاكمة

العادلة لان المشرع لم يساير التشريع الفرنسي الذي أعطى الحق في تأسيس المحامي أمام الضبطية القضائية بموجب القانون الصادر في 2000/06/15 المتعلق بقرينة البراءة وحقوق الضحايا. أما في مرحلة التحقيق الابتدائي فلم يلزم القانون الإجراءات الجزائية قاضي التحقيق بما يسمى بالأجل الهادفة.....وعند انتهاء القاضي من التحقيق في التشريع الفرنسي مثلا يبلغ جميع الأطراف بأن له مهلة 20 يوما من أجل تقديم أي طلب يخص القضية في حين أن المشرع الجزائري لم ينص على ذلك وترك الأمر إلى فترة المحاكمة فمثلا المحامي قد يطلب ندب خبير أو مواجهة بين شاهد ومتهم فتكون أثناء فترة المحاكمة هذا ما يطيل من مدة المحاكمة، وسرعة المحاكمة تعد من الضمانات الأساسية للمحاكمة العادلة.

أما في مرحلة التحقيق النهائي، في محكمة الجench في اعتقادها أنه إذا كان القانون يجيز للنياية العامة إحالة المتهم عن طريق إجراءات التلبس طبقا لأحكام المواد 91-59-383 من قانون الإجراءات الجزائية كذلك يجب أن يكون مطابقا لمبادئ المحاكمة العادلة، إذ أن المادة 59 تجيز لوكيل الجمهورية إذا لم يقدم المتهم ضمانات كافية للمثول أمام المحكمة أن يصدر أمرا لإيداع المتهم للمؤسسة العقابية على أن يحاكم في أجل أقصاه 8 أيام، وهذا في اعتقادنا يعد مساسا بالمحاكمة العادلة على أساس أن النياية خصم ولا يمكن أن يتصور أن يكون أحد الأطراف حكما وخصما في آن واحد، حيث من الواجب تقديم هذه الضمانات أمام قاضي التحقيق والذي سيفصل في الملف.

وكذلك إشكالية طرح الأسئلة: حيث أن النياية مكنت من طرح الأسئلة مباشرة في حين لا يجوز للمحامي توجيه وطرح الأسئلة مباشرة بل مروراً على الرئيس الذي له سلطة رفض السؤال ان كان لا يتعلق بالوقائع، وهذا كذلك يعد مساسا بضمانات المحاكمة العادلة.

أما بالنسبة لمحكمة الجنايات فانه نفس الأمر بالنسبة لطرح الأسئلة وغياب الاستئناف في مادة الجنايات ويعد مساسا صارخا بمبادئ وضمانات المحاكمة العادلة.

بعد استعراضنا لأهم الضمانات الدستورية والتشريعية للمحاكمة العادلة في النظام القانوني الجزائري نلاحظ أن المشرع الجزائري في مختلف الدساتير والتشريعات مع الإشارة إلى التعديلات التي مست قانون الإجراءات الجزائية، فان المشرع الجزائري يسعى دوما إلى ضمان أسس ومبادئ المحاكمات العادلة إلا أن هذه الضمانات لا تزال تتخللها بعض النقائص التي قد تؤدي في بعض الحالات إلى المساس بحقوق الإنسان، فعلى المشرع السعي إلى تدارك هذه النقائص بغية الوصول إلى محاكمات تضمن فيها جميع حقوق المتهمين وتكون صونا لحقوق الإنسان.

سبل إصلاح وتحديث المحاكم المالية بالمغرب : إصلاح المحيط الداخلي

أحمد طويل

الطالب الباحث بسلك الدكتوراه

كلية الحقوق وجدة

مقدمت

إن تنامي الفكر الديمقراطي وثقافة حقوق الإنسان فرض ضرورة إشراك مختلف الفاعلين، ومنهم الشعب، في تتبع التدبير المالي العمومي وحققهم في المطالبة بحماية المال العام ومراقبة مجالات صرفه وتحسينه من عمليات التبذير أو الهب والاختلاس أو سوء الاستعمال من طرف الموكل إليهم مسؤولية حمايته وحسن تديره وصرفه أو مراقبة صرفه، في إطار قواعد الشفافية والأمانة والتزاهة، والخضوع للمساءلة عند ثبوت المخالفات التي تشكل مظهرا من مظاهر خيانة ثقة الشعب ومؤسساته والاعتداء على أمواله، وهو ما ترتب عنه اختلاف الأنظمة وأساليب المراقبة المالية والأجهزة الموكل إليها ذلك، وما يهمننا في هذا الإطار هي الرقابة القضائية على الأموال العمومية.

وبالرجوع إلى التجربة المغربية في ميدان الرقابة العليا على الأموال العمومية، فإننا نؤكد على فشل تجربة اللجنة الوطنية للحسابات لسنة 1960 وتجربة المجلس الأعلى للحسابات بمقتضى قانون 12.79¹ لاعتبارات دستورية أساسا وسياسية وتنظيمية، والتي على إثرها جاءت المراجعة الدستورية لسنة 1996² التي ارتقت بالمجلس الأعلى للحسابات إلى مؤسسة دستورية، والتنصيب لأول مرة على إحداث المجالس الجهوية للحسابات في الفصول من 96 إلى 99، ومحاولة الرقي بأدائها في دستور 2011³ من الفصول 147 إلى 150، وتم تأكيد هذا الأمر من خلال الكتاب الثاني من مدونة المحاكم المالية لسنة 2002، كاتجاه قوي نحو الاهتمام بالقضاء المالي المحلي وتكريسا للامركزية الرقابية. وفي هذا الإطار نحا المغرب شأنه في ذلك شأن باقي الدول إلى تجميع المقتضيات المتعلقة بالمحاكم المالية في مدونة واحدة، فخصص الكتاب الأول منها للمجلس الأعلى للحسابات والكتاب الثاني للمجالس الجهوية للحسابات والكتاب الثالث للنظام الأساسي لقضاة المحاكم المالية تحت قانون رقم 62.99⁴.

إن هذه الدراسة تشكل مناسبة للوقوف على النتائج العملية التي حققتها المحاكم المالية في هذه الفترة القصيرة من حياتها في حلها الجديدة أي منذ 2003 سنة بداية اشتغالها، والمجالس الجهوية اعتبارا من سنة 2004، وبالتالي ملامسة العراقيل والإكراهات التي تعوق سير المحاكم المالية والوقوف على مكامن القصور التي يعرفها عمل هذه الأجهزة، سواء الجوانب المرتبطة بالبنية التنظيمية والقانونية أو ما تعلق بالجوانب العملية، ومن ثم الاطلاع على مختلف الإصلاحات التي يجب القيام بها في هذا المجال ومحاولة تجاوز هذه الإكراهات وبالتالي تحسين وظيفتها الرقابية وتأهيلها لأداء دورها التنموي.

¹ .ظهير شريف رقم 1.79.175 بتاريخ 22 شوال 1399 (14 شتنبر 1979). يتضمن الأمر بتنفيذ القانون رقم 12.79 المتعلق بإحداث المجلس الأعلى للحسابات .

² .الدستور المغربي لسنة 1996 الصادر بتنفيذ نصه الظهير الشريف رقم 1.96.157 المؤرخ بـ 23 من جمادى الأولى 1417 (7 أكتوبر 1996). ج.ر. عدد 4420 بتاريخ 26 من جمادى الأولى 1417 (10 أكتوبر 1996).

³ .ظهير شريف رقم 1.11.91. صادر في 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011) بتنفيذ نص الدستور المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة في 28 شعبان 1732 (30 يوليوز 2011) .

⁴ . الظهير الشريف رقم 1.02.124. صادر في 13 يونيو 2002 بتنفيذ القانون رقم 62.99 المتعلق بمدونة المحاكم المالية، الجريدة الرسمية عدد 5030 بتاريخ 15 غشت 2002 .

إن فعالية القضاء المالي ونجاحه في أداء مهامه الرقابية إنما يرتبط وجودا وعمدا بمدى قدرته على الاندماج في محيطه سواء الداخلي أو الخارجي، وبالتالي بمدى استطاعة الأجهزة العليا للرقابة على الأموال العمومية تجاوز المعوقات والإكراهات التي تعترض طريقها.

ومنه فإن الإصلاح المنشود ينبغي أن يشمل البنية الداخلية للمحاكم المالية، وبالتالي إعادة النظر في المنظومة القانونية للرقابة المالية القضائية، بما يضمن جودة النصوص القانونية والتنظيمية وفعاليتها في حماية المال العام، كما أن هذا الإصلاح يجب أن يطال الجانب المؤسساتي للمحاكم المالية، وهذا ما سنتناوله في هذه المقالة. لكن نجاح أي إصلاح يطال المحاكم المالية يجب ألا يقتصر على النسق الداخلي لهذه المحاكم، بل ينبغي أن يشمل محيطها الخارجي أيضا والمرتبط أساسا بالنسق السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي للمغرب، وبالتالي ضرورة تبني استراتيجية شاملة لإصلاح الرقابة العليا على الأموال العامة، وهو ما سنتطرق إليه في مقالة لاحقة. هذه الاعتبارات مجتمعة ساهمت في صياغة إشكالية دراستنا هاته، وقد تمت بلورتها على النحو التالي :

ما هي شروط الإصلاح الداخلي للمحاكم المالية بالمغرب وتأهيلها للقيام بوظيفتها الرقابية ودورها التنموي ؟ ومن هذا المنطلق فإن تناولنا لموضوع إصلاح المحيط الداخلي للمحاكم المالية يقتضي منا مناقشة جملة الإصلاحات الضرورية لهذا المحيط، بدءً بإصلاح وتحديث الترسنة القانونية المؤطرة للرقابة العليا على المال العام (الفصل الأول)، مروراً بإصلاح الجانب المؤسساتي لأجهزة الرقابة العليا على الأموال العمومية خصوصا ما يتعلق بالموارد البشرية والمالية والمادية لهذه الأجهزة (الفصل الثاني).

الفصل الأول : إصلاح وتحديث الترسنة القانونية المؤطرة للرقابة العليا على المال العام

للارتقاء بالأجهزة العليا للرقابة على الأموال العامة ولاستكمال حلقات الجودة في أداء وظيفتها، وجعل النظام الرقابي يتسم بالفعالية والنجاعة، وفي محاولة لتصحيح الانحرافات وتجاوز الإكراهات القانونية، وبالتالي الوصول إلى الأهداف المرجوة من إحداث هذه المحاكم، وهو تحقيق الشفافية المالية وترشيد استخدامها، كأحد الركائز الأساسية للحكامة في مختلف جوانبها، فإن الموقف يقتضي مراجعة بعض النصوص القانونية التي تحمل مكامن الضعف أو عدم الملاءمة مع التطورات والمستجدات التي يعرفها

الحقل السياسي والاجتماعي والاقتصادي سواء الوطني أو الدولي.

من هنا سنخصص محاور هذا المبحث لدراسة خطوات مراجعة بعض المقتضيات القانونية لمدونة المحاكم المالية سواء ما تعلق بمسطرة تنفيذ قرارات وأحكام هذه المحاكم ونشرها (المبحث الأول) بمساواة المتقاضين أمام المحاكم المالية أو حالة التقادم الخماسي (المبحث الثاني) أو ما تعلق بتفعيل مراقبة وتتبع التصريح بالممتلكات وحسابات الأحزاب ونفقات العمليات الانتخابية (المبحث الثالث).

المبحث الأول : إصلاح المقتضيات القانونية المتعلقة بمسطرة تنفيذ ونشر الأحكام

إن أهم مواطن الضعف القانونية التي تعترض عمل القضاء المالي إنما ترتبط بمسطرة تنفيذ أحكام وقرارات المحاكم المالية، ثم بمسألة نشر هذه الأحكام والقرارات، إن هذه المعوقات والإكراهات تؤثر بشكل سلبي على عطاء المؤسسات الرقابة العليا في المغرب، وبالتالي وجب تعديلها وتحسين الصياغة القانونية لها.

المطلب الأول : مراجعة النصوص القانونية المتعلقة بمسطرة التنفيذ

يمكن القول أن مرحلة تنفيذ الأحكام القضائية تمثل أهم مرحلة على الإطلاق في مسيرة التقاضي، لأنه في الواقع لا قيمة للقانون بدون تنفيذ ولا أهمية لأحكام القضاء بدون سريان مقتضياته، ولا جدوى لمبدأ الشرعية في الدولة ما لم يقرن بمبدأ آخر مضمونه احترام أحكام القضاء وضرورة تنفيذها.

إن عدم التنفيذ يضرب في الصميم حرمة وهيبة وقدسية القضاء . والقضاء المالي جزء منه . وتزرع الشك حول فعالية وجدوى قضاء يقتصر دوره على معاناة عدم مشروعية العمليات المالية أو أي خلل يعترض الحسابات أو عمليات

من شأنها هدر المال العام والتلاعب به. وعلى هذا الأساس فإن المقتضيات القانونية المتعلقة بمدونة المحاكم المالية في مجال تنفيذ الأحكام تظل غير كافية من أجل حماية المال العام وبالتالي ففسح المجال أمام مزيد من النهب والتلاعب بالأموال العمومية. كما أنه وبالمقارنة مع القانون الفرنسي فإن مدونة المحاكم المالية لم تتضمن الإشارة إلى مخالفة لصيقة بعلاقة الإدارة بالقضاء وبمفهوم دولة الحق والقانون، وهذه المخالفة تتعلق بعدم تنفيذ قرارات وأحكام هذه المحاكم، التي استحدثها المشرع الفرنسي بموجب القانون المؤرخ في 16 يونيو 1980، هذا القانون ينص على فرض غرامة تأديبية على كل خاضع لولاية محكمة التأديب المالي ما لم ينفذ أحكام المحاكم التي صدرت لصالح الأفراد ضد الإدارة والتي حازت على قوة الشيء المقضي به. وهذه الأحكام غالباً ما تتعلق بالأحكام المتصلة بالديون المستحقة على الإدارة للأفراد¹.

وتأسيساً على ما سبق فإن مدونة المحاكم المالية لا تتضمن في طياتها أي مقتضى قانوني يتعلق بتنفيذ القرارات والأحكام الصادرة عنها، وبالتالي فإن مسار المحاكم المالية والعدالة عموماً يبقى موضع تساؤل وشك، لأن مرحلة تنفيذ الأحكام تعد أهم مرحلة من مراحل التقاضي على الإطلاق، وبالتالي وجب على المشرع المغربي إيلاؤها ما تستحقه من اهتمام وعناية، وبات من اللازم ضرورة تدخل

تشريعي على وجه الاستعجال للحد من ظاهرة عدم تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم المالية. وعليه نقترح في هذا المجال إنشاء مؤسسة قاضي تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم المالية، لأن مقتضيات تنفيذ الأحكام كما جاء بها قانون المسطرة المدنية من حجز وإكراه بدني وغرامة تهديدية لا يتلاءم في أحيان كثيرة مع خصوصية القضاء المالي، وبالتالي نقترح إيجاد مسطرة خاصة لتنفيذ قرارات وأحكام المحاكم المالية، وذلك بإقرار ما يلي:

أولاً: تخويل كتابة الضبط، على غرار نظيرتها في المحاكم العادية، صلاحيات وآليات لتنفيذ الأحكام بدل جعلها كخزانة للتوثيق والأرشفة.

ثانياً: تحديد المنفذ عليه بكل دقة سواء المحاسبون العموميون أو المراقبون أو الأمرون بالصرف...

ثالثاً: التنصيب على مسؤوليته الشخصية عن الامتناع أو التباطؤ في تنفيذ الأحكام الصادرة في حقه أو عرقلة تنفيذها.

رابعاً: التنصيب على مسؤوليته التأديبية والجنائية في حالة العود.

خامساً: جعل صيغة تنفيذية خاصة بأحكام القضاء المالي.

سادساً: خلق مؤسسة قاضي التنفيذ بالمحاكم المالية.

إن إقرار مثل هاته المبادئ بخصوص تشريعية واضحة ودقيقة هو الكفيل بتنفيذ أحكام القضاء المالي واحترام مبدأ قوة الشيء المقضي به، والذي باحترامه تحترم هيبة القضاء المالي ومبدأ سيادة القانون والنظام العام.

وبالمقارنة فإن المشرع المغربي في القانون 41.90² المحدث للمحاكم الإدارية في الفصل 49 منه أكد على أنه يتم التنفيذ بواسطة كتابة ضبط المحكمة الإدارية التي أصدرت الحكم ويمكن للمجلس أن يعهد تنفيذ قراراته إلى محكمة إدارية كما أن المادة 7 منه نصت على أن تطبق أمام المحاكم الإدارية الفواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية ما لم ينص على خلاف ذلك من أجل الإجماع على التنفيذ.

¹ محمد براو: الوجيز في شرح قانون المحاكم المالية بالمغرب، مطبعة طوب بريس، الرباط، الطبعة الأولى، غشت 2004، ص: 216.

² الظهير الشريف 1.91.225 الصادر في 22 ربيع الأول 1414 (10 شتنبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية، ج: عدد 4227 بتاريخ 3 نونبر 1993، ص: 2168.

كما تم إقرار إجراء الحجز على أموال بعض المؤسسات العمومية اعتمادا على كون ملاءة ذمتها لا يعفي الإدارة من التنفيذ على أموالها في حالة امتناعها عن التنفيذ بصورة تعسفية وعلى أساس أن التنفيذ يتم على أموال المؤسسة العمومية غير المرصودة لسير المرفق العمومي. كما تم إقرار الغرامة التهديدية فقها وقضاء في مواجهة الإدارة العمومية وكذا في مواجهة الموظف المسؤول الممتنع دون عذر مشروع عن التنفيذ. لذا فإن المشرع المغربي مطالب بالعمل على ضبط وتوضيح آليات تتبع تنفيذ القرارات والأحكام القضائية الصادرة عن كل من المجلس الأعلى والمجالس الجهوية للحسابات، لأن معرفة مآل القرارات والأحكام السابقة أمر ضروري من الناحيتين القانونية والمسطرية قبل تصفية حسابات التسيير الحالية والمستقبلية الذي يفرضه المنطق القانوني والمحاسباتي ومبدأ حسن سير العدالة، فيما يتعلق بميدان البت في الحسابات، قبل إبراء ذمة المعنيين بالأمر، كما أن هيئة المحاكم المالية وفعالية إجراءاتها القضائية. سواء تعلق الأمر بتقديم الحسابات والتحقق والبت فيها، أو بالتحقيق والبت في ميدان التأديب المالي. رهين باحترام سلطة الشيء المقضي به.

المطلب الثاني: تعديل النصوص القانونية المتعلقة بنشر قرارات وأحكام المحاكم المالية

تشكل نشر الأحكام والقرارات القضائية آلية لخلق تواصل بين الأجهزة القضائية والمجتمع بكل مكوناته، سواء الأحزاب السياسية أو المجتمع المدني أو المواطن، كما أن من شأن هذا النشر أن يكون وسيلة لتحقيق الردع العام والخاص في نفس الوقت، لما لها من آثار معنوية ونفسية على الخصوص. وفي هذا الإطار نلاحظ أن مقتضيات مدونة المحاكم المالية اتسمت بالضعف فيما يخص نشر الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن المحاكم المالية. فالمادة 113 مثلا تنص على أنه: "يمكن للرئيس الأول أن يأمر بموجب مقرر، بعد استشارة هيئة الغرف المجتمعة، بأن تنشر كلياً أو جزئياً¹ القرارات التي يصدرها المجلس والأحكام التي تصدرها المجالس الجهوية باقتراح من رؤساء تلك المجالس الجهوية، وذلك بمجرد ما تكتسي تلك القرارات والأحكام طابعاً نهائياً". فأسلوب صياغة هذه المادة يغلب عليه طابع التشكيك وعدم الوضوح، فعبارات مثل "يمكن" و"كلياً أو جزئياً" قد تفتح الباب للسلطة التقديرية للرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات. كما أن عدم نشر هذه القرارات والأحكام يتعارض مع مقتضيات الفقرة الرابعة من الفصل 148 من الدستور المغربي 2011 والتي تفرض على المجلس الأعلى للحسابات نشر جميع أعماله، بما فيها التقارير الخاصة والمقررات القضائية.

إن أهمية هذه الفقرة تكمن في أن الدستور السابق لم ينص عليها، أما في قانون المحاكم المالية فقد كان تفعيل مبدأ النشر مقتضراً على التقرير السنوي الذي لا يتضمن سوى ملخص للأعمال السنوية للمجلس ولم يكن يتضمن عملياً جميع أعماله، أي جميع التقارير الخاصة التي من المفترض أن يكون التقرير السنوي قد تضمن ملخصات لها. أما الآن أصبح المجلس ملزماً بنشرها بمجرد انتهاء المسطرة. إضافة إلى التقارير الأخرى الخاصة بالأحزاب والانتخابات والممتلكات... فلا سرية ولا حجب للمعلومات بعد اليوم، مما سيكرس دخول الرأي العام على خط المراقبة الديموقراطية للحكومة. أما نشر المقررات القضائية فمسألة في غاية الأهمية، إذ أن مدونة المحاكم المالية كانت تجيز نشر الأحكام وتنص على اختصاص هيئة الغرف المجتمعة في المصادقة على الأحكام المقرر نشرها، لكن منذ صدور مدونة المحاكم المالية ودخولها حيز التنفيذ سنة 2003 لم ينشر ولو حكم قضائي واحد. فعدم النشر قد يزيد من عزلة المحاكم المالية والتي عانت منها طيلة تجربة المجلس الأعلى للحسابات والتي باتت إلى وقت قريب مؤسسة مجهولة لدى الرأي العام الوطني.

¹ وهذا ما يتناقض مع مقتضيات الفقرة الرابعة من الفصل 148 من الدستور المغربي لـ 2011 والتي تؤكد على أن: "ينشر المجلس الأعلى للحسابات جميع أعماله، بما فيها التقارير الخاصة والمقررات القضائية".

ويعزى هذا الجهل بالدرجة الأولى إلى غياب وسائل التواصل بين المجلس الأعلى للحسابات والرأي العام وعزلة المؤسسة وعدم انفتاحها على محيطها¹، والتي لن تزداد إلا اتساعا مع مقتضيات مثل المادة 113 من مدونة المحاكم المالية. ومن هذا المنطلق، فإن المهمة الأساسية للمحاكم المالية هي فك هذه العزلة من خلال استعمال الوسائل القانونية التي منحت لها مثل نشر التقرير السنوي ونشر أحكامها وقراراتها القضائية، وهي وسيلة للتواصل والانفتاح على مختلف فعاليات المجتمع، لأن من خصائص الرقابة والمساءلة المالية العصرية الفعالية والشفافية والعقلنة والانفتاح على الرأي العام².

كما أن نشر أعمال المحاكم المالية من شأنه تحريك النقاش حول نتائج الرقابة، ومن ثم ستتعدد الاقتراحات والآراء التي ستغني هذا المجال بما يفيد، لكونها توصلت إلى المعلومة الصحيحة³، ولكون أن هذا النشر سيكون مصدرا للإشعاع اللازم سواء على المستوى الوطني أو على المستوى المحلي والجهوي، وفي انتظار هذه المراجعة من اللازم على المجلس الأعلى للحسابات العمل على نشر وتعميم أكبر قدر ممكن من نتائج أعمال المجالس الجهوية للحسابات، خاصة في إطار التقرير السنوي الذي يعده المجلس، وأن يهتم النشر بالملاحظات الأكثر أهمية، كما يجب أن يهتم الجوانب الأكثر حداثة من أجل أن تكون لها قيمة⁴.

من هنا نخلص إلى ضرورة إصلاح النص القانوني بما يتماشى وروح الفقرة الرابعة من الفصل 148 وبما لا يدع مجالاً للشك أو التاويلات التي قد تقع في تداخل المسؤوليات وغموضها والتي قد تؤثر على عمق الحقيقة القانونية، وبالتالي تحديد المسؤوليات.

المبحث الثاني: تعزيز مبدأ مساواة المتقاضين أمام المحاكم المالية ومراجعة حالة التقادم

إن الأنظمة الديمقراطية الحقبة تتأسس على مبادئ سيادة القانون ومساواة المواطنين أمامه، باعتباره أسوأ تعبير لإرادة الأمة كما ينص على ذلك الدستور المغربي المعدل لسنة 2011 في إحدى مواد الأساسية⁵. من هنا كان من الضروري إعمال مبادئ العدالة والمساواة أمام القانون كأحد أبرز وأسمى ركائز الدولة الحديثة. وعلى هذا الأساس وحين استقرارنا لمقتضيات مدونة المحاكم المالية يتجلى لنا أن هذه الأخيرة استثنت بعض الفئات من الخضوع لبعض مقتضياتها، وبالتالي فإن المشرع المغربي مطالب مستقبلا بمراجعة هذه المقتضيات لتعزيز حماية المال العام من جهة، ولإخضاع الجميع لمبادئ العدالة والمساواة من جهة أخرى. هذه المراجعة تهم بالخصوص حالة الامتياز القضائي أو الحصانة (المطلب الأول) ثم حالي طلب الإعفاء من المسؤولية وطلب إبراء الذمة على وجه الإحسان (المطلب الثاني)، ثم النصوص القانونية المتعلقة بالتقادم الخماسي (المطلب الثالث).

¹ أحمدوش مدني: المحاكم المالية بالمغرب، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، مطبعة: فضالة، المحمدية، ط: 1، 2003، ص: 369.

² محمد حركات: دور الرقابة والمساءلة في تحقيق التنمية والوحدة، مجلة المستقبل العربي، السنة 14، العدد 154، دجنبر 1991، ص: 52.

³ عبد العلي بنيعيش: عبد العلي بنيعيش: إشكالية ترشيح المالية في المغرب ورهانات المحاكم المالية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية: 2007-2008، ص: 123.

⁴ محمد المجيدي: دور المجالس الجهوية للحسابات في تطوير أداء الجماعات المحلية، نقلا عن أشرف البقالي الفاسسي: أداء المجالس الجهوية للحسابات بين ملاءمة الإطار القانوني وإكراهات الواقع العملي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، السوسبي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية: 2008-2009، ص: 76.

⁵ ينص الفصل 19 من الباب الثاني من الدستور المغربي لسنة 2011 على أن " يتمتع الرجل والمرأة على قدم المساواة بالحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية ... ".

المطلب الأول: إعادة النظر في حالة الامتياز القضائي والحصانة

إن دولة الحق والقانون تراعي بالمنطوق والملموس مبدأ مساواة المواطنين جميعا أمام القانون والالتزام بالقاعدة القانونية واحترامها من لدن الحاكمين والمحكومين. وتترتب عن هذه المسلمة المدنية مسؤولية السلطات الثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية المنصوص عليها دستوريا في اتخاذ الجزاءات ضد كل من أوعزت له نفسه أو استغل سلطته للمساس بالقانون أو دوسه، وبالتالي نهب المال العام أو التلاعب به، بل وخضوع هذه الأجهزة لمقتضيات حماية المال العام. وبالتالي جعل القضاء يتربع على قمة الهرم المؤسساتي للدولة، وهذا يحيلنا بالضرورة إلى خضوع الجميع مهما كانت صفته لمبادئ العدالة والمساواة والشرعية. وعلى هذا الأساس فإن المشرع المغربي مدعو أكثر من أي وقت مضى لإعادة النظر في حالة الامتياز القضائي أو ما يمكن تسميته بالحصانة، مما يجعل فئة مهمة من المسؤولين لا تخضع في كثير من الأحيان للمقتضيات القانونية لمدونة المحاكم المالية، خصوصا ما يتعلق بمقتضيات المادة 52 من المدونة¹. هذه المادة تنص على عدم خضوع فئة معينة من الأمرين بالصرف لمقتضياتها. فأعضاء الحكومة وأعضاء مجلس النواب ومجلس المستشارين غير خاضعين بموجب هذه المادة لمسطرة التأديب المالي أمام المحاكم المالية، فالوزراء هم المسؤولون عن القرارات المالية الهامة في الدولة²، بل يعتبرون المبتكرين الحقيقيين لنفقات الدولة³.

إن عدم إخضاع هذه الفئة يكون له لا محالة آثار سلبية على أداء المحاكم المالية لوظيفتها الرقابية، إذ لا يوجد مبرر موضوعي لإقصائهم من هذا النوع من الرقابة خصوصا في ظل محدودية الرقابة السياسية التي يمارسها البرلمان من خلال الأسئلة الشفوية والكتابية والتصويت على قانون التصفية، هذا إضافة إلى صعوبة إثارة المسؤولية الجنائية للوزراء أمام محاكم المملكة بسبب تعقد مسطرة المتابعة الجنائية أصلا وعدم صدور القانون الذي يحدد المسطرة المتعلقة بهذه المسؤولية⁴، وبسبب إلغاء دستور 2011 للمحكمة العليا، وهي محكمة جنائية مكونة من برلمانيين ينتخبهم مجلس النواب والمستشارين، وتختص بمحاكمة أعضاء الحكومة عن الجرائم التي يرتكبونها أثناء ممارستهم لمهامهم. كما أن مشروع قانون عرض على أعضاء الحكومة، في اجتماع للمجلس الحكومي، منذ حوالي سنتين (6 نونبر 2013) يحدد المسؤولية الجنائية للوزراء باعتبارهم مسؤولين جنائيا أمام محاكم المملكة عما يرتكبون من جنایات وجنح، أثناء ممارستهم لمهامهم، ذلك أن عضويتهم داخل جهاز السلطة التنفيذية لا تعفيهم من المتابعة القانونية عن الأفعال التي يرتكبونها، وهو ما يعني أن الحصانة الوزارية لأعضاء الحكومة يجب أن تكون مقيدة بشرط احترام القانون. ولكن هذا المشروع لم ير النور إلى حد كتابة هذه السطور.

إن استثناء هذه الفئة من الموظفين أو الأمرين بالصرف من هذه الرقابة يعني فتح هامش كبير لمسألة اختلاس وتبذير الأموال العمومية في هذه الدول⁵.

وفي تقديرنا فإنه ينبغي التعامل مع منظومة المراقبة والمحاسبة برؤية محددة الأهداف والمعالم في أفق استراتيجية واضحة تسودها الوطنية والمصلحة العامة وإعمال مبادئ المساءلة والمحاسبة والشفافية، وإخضاع الجميع مهما كانت مسؤوليتهم وصفهم لمثل هذه المبادئ.

¹ تنص المادة 52 من مدونة المحاكم المالية على ما يلي: "لا يخضع للاختصاص القضائي للمجلس في ميدان التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية أعضاء الحكومة وأعضاء مجلس النواب ومجلس المستشارين عندما يمارسون مهامهم بهذه الصفة".

² (A) Fikri : Le parlement Marocain et les finances de l'état, Edition Afrique Orient, Casablanca, 1988, p:173.

³ Said Oujemaa : Le contrôle des finances publiques au Maroc, Éditions Wallada, Casablanca, 1995, p:116.

⁴ الفصل 94 من الدستور المغربي لسنة 2011.

⁵ (A) Fikri : Le parlement Marocain ..., op cit , p : 173 .

المطلب الثاني : مراجعة حالتني طلب الإعفاء من المسؤولية وطلب إبراء الذمة

إذا كان المحاسب العمومي يخضع لرقابة المحاكم المالية، من خلال مرحلي البت في الحساب والتأديب المالي، وتماشيا مع القولة المأثورة التي مفادها أن قاضي الحسابات لا يقاضي المحاسبين العموميين بل يقاضي حساباتهم، فإن أجهزة الرقابة العليا لا تتمتع بصلاحيه تخفيف أو إعفاء المحاسب العمومي من مسؤوليتها، بل تعود هذه الصلاحيه إلى الوزير المكلف بالمالية، وجدير بالذكر في هذا الإطار أن هناك من ينتقد استعمال هذه الطريقة في التجربة الفرنسية (أي إبراء الذمة على وجه الإحسان) باستمرار وبكثرة من طرف وزير المالية، لأن هذا الأمر سيؤدي لا محالة إلى إلحاق الضرر بتزاهة ومصداقية قرارات العدالة من جهة، وفتح الباب أمام استغلال مثل هذه المقتضيات القانونية للتلاعب بالمال العام ونهبه، مما ينتج عنه ضياع موارد مهمة على خزينة الدولة من جهة أخرى وربما يصل الأمر إلى التأثير على توازن هذه الميزانية، بالإضافة إلى تكريس ثقافة الاعتداء على المال العام، وإضعاف موقع القضاء المالي.

وبناء على ما سبق، تبدو مراجعة المقتضيات القانونية المؤطرة لإعفاء المحاسب العمومي من المسؤولية أو التخفيف منها، بالشكل الذي يمنح الضمانات الكافية لحماية المال العام ورجحان كفة المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ويقطع الطريق أمام إمكانية تسييس هذا المقتضى القانوني، هذه المراجعة باتت مطلبا ملحا ومستعجلا.

المطلب الثالث : مراجعة النصوص القانونية المتعلقة بالتقادم الخماسي

إذا كان أصل التقادم هو القانون المدني وما يتعلق بالمعاملات التجارية، إذ نصت مثلا المادة 391¹ من قانون الالتزامات والعقود على التقادم كآلية للمطالبة بالديون المستحقة، ومن أجل تسريع الحركة الاقتصادية، فإنها وفي مقابل هذه الوضعية نجد التقادم الخماسي الذي نصت عليه مدونة المحاكم المالية² يختلف عن التقادم في المعاملات المدنية والتجارية، إذ التقادم في الوضعية الأولى مرتبط بالأموال العمومية المال العام عكس ما هو عليه في الحالة الثانية، والذي يتعلق بأموال خاصة.

وعليه فإن المقتضى القانوني المتعلق بالتقادم الذي نصت عليه مدونة المحاكم المالية من شأنه أن يفتح الباب أمام نهب المال العام ودوس قدسيته. ومن هذا المنطلق فإن المشرع المغربي مدعو إلى مراجعة هذه المادة، والحرص على حماية المال العام وعدم فتح ثغرات قد تستغل لتحقيق المصلحة الخاصة من قبيل الاعتناء دون الأخذ بعين الاعتبار المصلحة العامة وحرمة الأموال العمومية.

المبحث الثالث : إدراج مراقبة وتبعية التصريح بالتملكات وحسابات الأحزاب ونفقات العمليات الانتخابية

ضمن مدونة المحاكم المالية

إن المشرع المغربي مطالب بجعل القضاء المالي مواكبا للتعدلات والمستجدات الدستورية، وبالتالي تكريس الاختصاص الدستوري والحصري للعام للمجلس الأعلى للحسابات فيما يخص مراقبة وتبعية التصريح بالتملكات وتدقيق حسابات الأحزاب السياسية وفحص نفقات العمليات الانتخابية وفيما يرتبط بأموال الدعم العمومية، ولئن كان هذا الاختصاص منصوبا عليه في قوانين أخرى خاصة، فإن مدونة المحاكم المالية مدعوة لإدراج مقتضيات قانونية جديدة

¹ تنص المادة 391 من قانون الالتزامات والعقود على : " الحقوق الدورية والمعاشات وأكبر الأراضى والمباني والفوائد وغيرها من الأدوات المماثلة تتقادم في مواجهة أي شخص كان بخمس سنوات ابتداء من حلول كل قسط "

² تنص المادة 107 على أنه : " تتقادم المخالفات المنصوص عليها في المواد 54 و55 و56 أعلاه، إذا لم يتم اكتشافها من طرف المجلس أو كل سلطة مختصة، داخل أجل خمس (5) سنوات كاملة يبتدىء من التاريخ الذي تكون قد ارتكبت فيه . يدقق المجلس ويبت بقرار تمهيدي في الحسابات قبل انصرام أجل خمس (5) سنوات يبتدىء من تاريخ تقديم الحساب إلى المجلس. ويعتبر كل قرار نهائي يصدر عن المجلس بعد هذا الأجل يثبت عجزا في حساب المحاسب العمومي، غير قابل للتنفيذ إذا لم يكن مسبوقا بقرار صادر عن المجلس داخل الأجل المشار إليه في الفقرة الثانية أعلاه، وتطبق هذه المقتضيات كذلك على الحسابات المتعلقة بالسنوات التي لم يصدر في شأنها قرارات نهائية قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ. غير أن مقتضيات هذه المادة لا تطبق على التسيير بحكم الواقع "

من أجل تمكين المجلس الأعلى للحسابات من أداء اختصاصاته في هذا المجال. وهكذا فإن التصريح بالامتلاكات أمام المجلس أصبح يشمل أيضا ثروات القضاة وقضاة المحاكم المالية، وعندما يحدد الدستور في الفصل 147 في فقرته الرابعة المجلس الأعلى للحسابات¹ فهذا يعني نزع هذا الاختصاص من المجلس الأعلى للقضاء بالنسبة للقضاة ومن مجلس قضاء المحاكم المالية بالنسبة لقضاة المحاكم المالية وتحويله إلى غرفة التصريح بالامتلاكات بالمجلس الأعلى للحسابات وإلى نظيرتها بالمجالس الجهوية للحسابات مما يضع على كاهل هذه الغرفة الوليدة مهاما جساما، مما يتطلب أيضا تأهيلها بشريا وماديا وفنيا للاضطلاع بهذه الاختصاصات والمهام الجديدة. وبهذا التجديد والتعديل يصبح جميع المسؤولين معينون ومنتخبون وقضاة وقضاة المحاكم المالية، ملزمين بوضع تصريحاتهم لدى جهة واحدة. ونفس الأمر ينطبق على تدقيق الحسابات وفحص النفقات المتعلقة بالعمليات الانتخابية، حيث لم يعد المجلس مكتفيا بتروؤس لجنتي الفحص والتدقيق متعددتي الأطراف فقط بل أصبح صاحب الاختصاص الحصري مما يستلزم إجراء تعديل جزئي في القانون الحالي الخاص بالأحزاب وإدماج هذا النص صراحة في مدونة المحاكم المالية المفترض تعديلها. ويترتب على ذلك أمور هامة على رأسها أن هذا النص سيشمله النص الوارد في الفصل 148 بعده الذي يلزم المجلس بنشر مجموع أعماله من بينها الآن التقارير التي كان ينجزها حول فحص نفقات العمليات الانتخابية ويكتفي بإحالتها على ما كان يسميه المجلس الجهة المختصة (وزارة الداخلية). أما الآن فقد أصبح ملزما بنشر هذه التقارير وهو شيء هام يعزز من دلائل الحكامة السياسية الحزبية.

الفصل الثاني: الإصلاح المؤسساتي للمحاكم المالية

لا يمكن لأية مؤسسة أن تحقق الأهداف التي أنشأت من أجلها دون الاهتمام بتدعيم بنيتها الداخلية وإصلاحها من كل الشوائب التي تعترضها، وكذا مراعاة محيطها الداخلي، وتوفير الشروط اللازمة ليساهم هذا المحيط في إنجاح عمل هذه المؤسسة. ووفق هذا الاتجاه وفي إطار تناولنا موضوع إصلاح البنية الداخلية للمحاكم المالية بالمغرب، سوف نتطرق لأهم المضامين الإصلاحية التي يجب أن تظال مدونة المحاكم المالية بموجب قانون رقم 62.99 على المستوى المؤسساتي، خصوصا فيما يرتبط ببنيتها البشرية (المبحث الأول)، وبالموارد المالية والمادية (المبحث الثاني) وبتعزيز اللامركزية من خلال تطوير عمل المجالس الجهوية للحسابات (المبحث الثالث).

المبحث الأول: إصلاحات متعلقة بالموارد البشرية للمحاكم المالية

تحضى الأجهزة القضائية في مختلف دول العالم باهتمام متزايد بمواردها البشرية، وخاصة منها أجهزة الرقابة العليا التي تتمتع بتحفيظات مهمة مقارنة مع أجهزة الدولة، وذلك لضمان عدم تأثرها بأية ضغوطات أو إغراءات خارجية، وتقوية استقلاليتها والحفاظ على هيبتها ووقارها من أجل أداء رقابة فعالة وعقلانية، وقد راعى الإسلام مثلا هذه المسألة من خلال توفير مستلزمات الحاسب حتى يؤدي واجبه على أكمل وجه، مثل توفير الأموال والدواب وغيرها من المستلزمات حتى لا يتأثر بإغراءات المخالفين².

وعلى هذا الأساس وجب إيلاء الموارد البشرية للمحاكم المالية بالمغرب ما تستحقه من عناية، وذلك من أجل حمايتهم من كل تأثير مادي أو معنوي، وهو ما حثت عليه توصيات المنظمات الدولية والإقليمية للرقابة المالية (الأنتنوساي، الأفروساي، الأرابوساي...) وتهم هذه الإصلاحات الجوانب المتعلقة بتأهيل وتكوين الموارد البشرية (المطلب الأول) ثم الجانب المتعلق بتحفيظ هذه الموارد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اعتماد استراتيجية فعالة وحديثة للتأهيل والتكوين

¹ تناط بالمجلس الأعلى للحسابات مهمة تتبع ومراقبة وتبعية التصريح بالامتلاكات وتدقيق حسابات الأحزاب السياسية وفحص النفقات المتعلقة بالعمليات الانتخابية.

² أبو القاسم أحمد آدم: الفكر الإداري عند ابن تيمية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، السنة الجامعية: 1990، 1991، ص: 128.

يشكل تكوين وتأطير وتدريب الموارد البشرية رهانا ومفتاح نجاح أي جهاز للوصول إلى طاقات ذات كفاءة وجودة عاليتين وللتين بإمكانهما الدفع بعجلة التنمية وتحقيق أهداف المؤسسة. وفي هذا الإطار نؤكد أن المحاكم المالية لن تستطيع أن تضطلع بالمهام الرقابية المنوطة بها إلا إذا توفرت على الموارد البشرية اللازمة والمؤهلة لذلك، على اعتبار أن العنصر البشري هو طاقة مهمة ومصدر قوة أي إدارة أو جهاز إذا ما تم استغلاله على الوجه المطلوب، وإلا فأى ضعف أو خلل يمس هذا الجانب إلا ويكون له آثار سلبية على أداء هذه المؤسسة أو تلك، كما أن حسن تدبير الموارد البشرية ليس مرتبطا فقط بإعادة النظر في النصوص القانونية أو حسن اختيار الموظف وحسن تدريبه وتكوينه، بل كذلك على الجهاز أن يضمن الشروط التي تكفل للعنصر البشري الاطمئنان والاستقرار التامين في مستقبله المهني¹، كما أن مستقبل الرقابة العليا لا يقتصر فقط على السلطات المخولة لهذه الأجهزة ولكن بالخصوص على رجالها الذين سيفعلون هذه السلطات والصلاحيات².

ومن هذا المنطلق فإن المحاكم المالية مدعوة لتجاوز الضعف الذي عرفتته تجربة المجلس الأعلى للحسابات سواء من الجانب الكمي والكيفي أو من حيث ضعف التأطير أو من حيث ضعف التحفيز³، مما يستدعي إصلاحات تهم هذا الجانب.

إن مسألة التأطير وضمان تكوين جيد لقضاة المحاكم المالية يعد لبنة أساسية في إصلاح المنظومة الرقابية بالمغرب، خصوصا وأن التحولات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المتسارعة تستدعي إعادة النظر في برامج التكوين حتى تكون المحاكم المالية مسارية لهذه المتغيرات والتي أصبحت تتطور باستمرار⁴. كما أن القضاة يشكلون عنصرا جوهريا في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية الشاملة، لأنه يفترض في القاضي العامل في الحقل الرقابي الخبرة والمهارة والمعرفة العلمية النظرية والتطبيقية العالية، والتكوين الفقهي والنقدي والمنهجي حتى يحظى باحترام الجميع، وأن يكون أكثر خبرة ومعرفة وله مؤهلات وقدرة على مواكبة شتى التطورات الإستراتيجية والتقنية التي تعرفها علوم التدبير والتدقيق، وذلك لكي ينال احترام المرافق التي تخضع لرقابته⁵. أضف إلى ذلك أن عمل القاضي المالي أصبح يتجاوز وظيفة الرقابة والتدقيق الشامل، بل أصبح من اختصاصاته أيضا تقييم السياسات العمومية.

وإلى جانب التكوين والتأطير، فإن أجهزة الرقابة العليا على الأموال العمومية تحتاج إلى تفعيل برامج محكمة لتدريب قضائها على نحو يؤهلهم للقيام بوظائفهم بكفاءة وجودة. وتحتاج أجهزة الرقابة العليا إلى تدعيم التدراب التي يقوم بها القضاة الجدد والموظفين سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي، كإقامة تدراب في مؤسسات عليا للرقابة في الدول الصديقة أو الدول الأعضاء في المنظمات الدولية للرقابة العليا المتقدمة في مجال التدقيق والرقابة⁶. وقد حاولت

¹ مريم سقاوي : دور العنصر البشري في التنمية الإدارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2002. 2003، ص: 66.

² (A.P) Mirmonde , La cour des comptes , cité par : (M) Harakat : Contribution à une théorie générale du contrôle supérieur des finances publiques: cas du Maroc, 1991, Thèse d'Etat, p : 598.

³ (M) Harakat : L'audit dans le secteur public au Maroc Tome2 : Cas de la cour des comptes La fondation Hanns Seidel , 1994 , p : 35.

⁴ المهدي بنمير : الإدارة القضائية بالمغرب رهان الإصلاح القضائي، دار وليمي للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2005، ص: 72.

⁵ محمد محمد حركات: التدبير الاستراتيجي والمنافسة ورهانات الجودة الكلية بالمقاولات المغربية، مطبعة فضالة، المحمدية، 1997، ص: 114.

⁶ جمال السليمانى : المحاكم المالية بالمغرب . دراسة مقارنة. أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية: 2007. 2008.

المحاكم المالية السير على هذا النهج من خلال دورات التكوين والتدريب التي نظمها في السنوات الأخيرة. وفي هذا الصدد جاء في التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات ببعض المعطيات التي توضح هذا الجانب¹.

ما ينبغي الإشارة إليه أيضا هو أن التكوين ينبغي أن ينظر إليه في شموليته، بحيث يجب ألا يقتصر على التكوين العام² الذي يتلقاه القاضي المالي قبل ولوجه للمحاكم المالية، حيث أن هذا الأخير لا يؤدي إلى تأهيله بكيفية تجعله قادرا على مساندة مهامه ومواكبة التطورات والتحول التي يعرفها باستمرار المناخ الاقتصادي والاجتماعي³. وإنما يجب أن يمتد إلى التكوين المستمر لما لهذا الأخير من مزايا وفوائد تتجلى في كونه يربط العمل الرقابي بالمحيط السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي لأي دولة. وفي هذا الإطار يتخذ التكوين المستمر أشكالا مختلفة، فهناك التكوين على مستوى المجالس الجهوية للحسابات ذاتها أو بالتعاون مع المجلس الأعلى للحسابات، وذلك من أجل الاستفادة من خبرات وتجارب بعض القضاة، وهناك التكوين خارج المحاكم المالية، كربط اتفاقيات للتعاون والشراكة بين المحاكم المالية والمعاهد المتخصصة والجامعات، والعمل بالتالي على تنظيم أيام دراسية وندوات ودورات تكوينية لفائدة قضاة المحاكم المالية، والانفتاح بالتالي على تجارب أخرى والاستفادة من نتائج البحث العلمي في هذا المجال، كما يمكن أن يخضع القضاة الماليين لتكوين خارجي وذلك بإرسال أفواج منهم إلى مختلف المنظمات الدولية والإقليمية والعربية للرقابة والمحاسبة. كما يمكن أن نذكر شكلا آخر من أشكال التكوين المستمر وهو تبادل الخبرات بين المحاكم المالية وباقي الإدارات العمومية والخصوصية من أجل الاطلاع على أساليب التدبير والتسيير المعمول بها في تلك الإدارات والأجهزة⁴.

وفي هذا الإطار يمكن الاستفادة من التجارب المقارنة ومنها التجربة الفرنسية، حيث يوجد تبادل مستمر للأطرين مختلف الإدارات من جهة والغرف الجهوية للحسابات من جهة ثانية، إذ بالإضافة إلى التزام القضاة خريجي المدرسة الوطنية للإدارة بالعمل لوقت معين خارج الغرف الجهوية للحسابات في إدارة عمومية أخرى، يلاحظ أن مجلس الحسابات يشجع التبادل بين هذه الغرف الإدارات الأخرى، حيث نجد بشكل دائم تقريبا عددا من قضاة الغرف الجهوية يتولون مناصب: كاتب عام أو مدير مالي أو رئيس مصلحة في الجماعات المحلية أو في إدارات أخرى كالعملات والأقاليم⁵. وبالنظر إلى الأهمية التي يحتلها التكوين والتحفيز داخل الأجهزة الرقابية، فإنه يستوجب إعادة النظر في هاتين العمليتين وفرض مراجعة جذرية لعلاقة العمل ونظام التعويضات⁶ حتى يتجزأ العمل الإداري في ظروف غير التي تهيمن حاليا⁷.

¹ لمزيد من التفاصيل يراجع تقرير المجلس الأعلى للحسابات لسنة 2012، الجزء الثاني، من: ص: 351 و 352.

² المهدي بنمير: الإدارة القضائية... مرجع سابق، ص: 73.

³ محمد كادة: تدبير الموارد البشرية بالإدارة العمومية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، أكاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية: 2000. 2001، ص: 80.

⁴ هشام الحسكة: المجالس الجهوية للحسابات وإشكالية إرساء شفافية تدبير الأموال العمومية المحلية. دراسة نظرية/تطبيقية مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية: 2007. 2008، ص: 259.

⁵ محمد مجيدي: دور المجالس الجهوية للحسابات في تطوير أداء الجماعات المحلية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، أكاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية: 2006. 2007، ص: 206.

⁶ مرسوم رقم 952.9.52 ل 6 شوال 1418، الموافق ل 41 فبراير 1998 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 2.82.52 ل 28 ربيع الأول 1403 الموافق ل 13 يناير 1983 المعدل للتعويضات والامتيازات الممنوحة لقضاة المجلس الأعلى للحسابات، ج.ر عدد 4562، بتاريخ 19 فبراير 1998، صص: 124. 125.

⁷ علي سدجاري: الدولة والإدارة بين التحديث والتقليد، دار المناهل للطباعة والنشر، سلسلة البحوث الإدارية، الرباط، 1999، ص: 358.

وتأسيسا على ما سبق، يتضح لنا بأن العنصر البشري هو الدعامة الحقيقية لأي تطور شمولي، ولذلك أصبحت تنمية الموارد البشرية وتحديث نظام تديرها يكتسي طابع الرأهنية والأولوية¹، وبشكل يحق المدخل الحقيقي للرفع من كفاءة ومردودية المحاكم المالية وبالتالي تحقيق أحد المؤشرات الأساسية لأية تنمية مستدامة.

المطلب الثاني : إصلاحات متعلقة بتحفيظ الموارد البشرية

من أجل أداء المحاكم المالية بالمغرب لدورها الرقابي بفعالية وكفاءة وإنتاجية، وجب إيلاء الموارد البشرية لهذه المحاكم ما تستحقه من عناية، وذلك من أجل حمايتهم من كل إغراء مادي أو معنوي، وهو ما حثت عليه توصيات المنظمات الدولية والإقليمية للرقابة المالية (الأنتوساي، الأفروساي، الأرابوساي). إن توفير الضمانات المادية والمحفظات المعنوية لقضاة المحاكم المالية ليعد وسيلة أساسية

لرفع من جودة الأداء الرقابي للمحاكم المالية. ومن أجل مناقشة هذا الموضوع سنعمد إلى دراسة مقارنة لبعض التجارب الأجنبية خصوصا الفرنسية وبعض الدول العربية.

ففي فرنسا فإن نظام التحفيظات الذي يستفيد منه قضاة المحاكم سواء على الصعيد المركزي أو الجهوي يتمثل في إعطاء أهمية كبيرة للمنح مقارنة مع التعويضات الشهرية، فأعضاء المحاكم المالية شأهم في ذلك شأن أعضاء مجلس الدولة الفرنسي يتلقون منح وتعويضات نموذجية. فعلى سبيل المثال فإن مسؤولهم الكبار حصلوا شهريا على ما يقارب 50 ألف فرنك فرنسي سنة 1984. كما يتلقى الرئيس الأول لمحكمة الحسابات شهريا 25.500 فرنك فرنسي، إضافة على تعويض على الإقامة من 12 ألفا إلى 140 ألف فرنك فرنسي من المنح إضافة إلى سيارة بسائق وكاتبة². أما المستشار "conseillé maitre"، بمحكمة الحسابات الفرنسية فإنه يتقاضى شهريا 23 ألف فرنك فرنسي زيادة على ما يقارب 1000 إلى 8000 فرنك فرنسي بالنسبة للعلاوات وحسب المردودية.

أما على مستوى بعض الدول العربية، وحسب بحث أجراه الدكتور محمد حركات حول الوضعية المالية لأجهزة الرقابة العليا في العالم العربي والتي شملت ثلاث دول عربية استجابت للبحث الميداني من أصل 24 دولة عربية، وهي تونس وقطر والأردن، فإن نتيجة هذا البحث مفادها أن الوضعية المادية لقضاة كل من تونس وقطر اعتبرت حسنة، أما في الأردن فقد اعتبرت متوسطة³. وعموما فإن وضعية القضاة الماليين في كثير من الدول العربية أحسن من نظيرتها في المغرب.

أما فيما يخص نظام التحفيظات للقضاة الماليين بالمغرب، فإن وضعية هؤلاء مقارنة مع وضعية زملائهم في فرنسا أو في بعض الدول العربية أو المغاربية على الخصوص تتميز بالضعف والنقص، إذ أن المعوقات المسببة لفشل المجلس الأعلى للحسابات في أداء وظائفه المنوطة به في هذا الصدد متعددة ومنها ضعف المحفظات المالية والمعنوية كما نص على ذلك قانون 20.80، الصادر بتاريخ 25 دجنبر 1980، والمتعلق بالنظام الأساسي لقضاة المجلس الأعلى للحسابات، إضافة إلى ضعف نظام الترقية بالمجلس⁴.

ولتجاوز هذه الوضعية المتسمة بالضعف نؤكد على ضرورة توفير ضمانات وتحسين ظروف عمل القضاة وكل أطر الأجهزة العليا للرقابة في اتجاه ضمان استقلاليتهم وحمايتهم من كل الإغراءات المادية أو المعنوية التي قد يتعرضون لها. وجدير بالذكر في هذا الإطار أن أعضاء المؤسسات العليا للرقابة في كل الدول هم أكبر هيئات الدولة مكافأة وأكثرهم امتيازاً.

¹ بشرى خاخي: تدير الموارد البشرية. نموذج وزارة الاقتصاد والمالية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية: 2002. 2003، ص: 10.

² Harakat (M) op. cit² - (M) Harakat : L'audit dans le secteur public , p : 44

³ Harakat (M) : contribution à une théorie p : 428 .

⁴ جمال السليمانى : المحاكم المالية بالمغرب مرجع سابق، ص: 263.

وعلى هذا الأساس عملت جل الدول على إعطاء منح وتحفيزات تصل عند كبار المسؤولين في المحاكم المالية في فرنسا إلى 50 ألف فرنك فرنسي سنويا، أما في بريطانيا، وحرصا على استقلالية وفعالية الجهاز الرقابي، فإن السلطات تمنح القضاة شيكا على بياض يضعون فيه المبلغ الذي يتركمهم بعيدين عن كل إغراء أو تأثير، الشيء الذي يجعلهم يقومون بمهامهم في جو من النزاهة والابتعاد عن التلاعب بالمال العام.

المبحث الثاني : إصلاحات خاصة بالجوانب المالية والمادية للمحاكم المالية

تعد الموارد المالية من بين أهم الدعائم الأساسية لعمل المحاكم المالية، فهي تساعد على التمتع بالاستقلالية والحياد في أداء وظائفها الرقابية. إلا أن المحاكم المالية تعاني من عدة إكراهات ذات طبيعة مالية ومادية مما يستدعي الوقوف بجدية على هذا الوضع، ومحاولة إصلاح مواطن الخلل من أجل توفير جوسليم لاشتغال المحاكم المالية. ويرتبط الإصلاح المتوخى تحقيقه في هذا الجانب بمعطين أساسيين، الأول يتعلق بإصلاحات متعلقة بميزانية المحاكم المالية (المطلب الأول)، فيما يتمثل المعطى الثاني في ضرورة إدخال إصلاحات فعالة فيما يخص الجوانب المادية للمحاكم المالية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : إصلاحات متعلقة بميزانية المحاكم المالية

إن الموارد المالية المرصودة للمحاكم المالية تتسم بالضعف والمحدودية، مما أثر سلبا على الأداء الرقابي للمحاكم المالية، وهذا الوضع لم يساعد المجلس الأعلى للحسابات في تجربته السابقة على تحقيق الشرط الأساسي في الممارسة الرقابية، وهو شرط الاستقلال العضوي والوظيفي والمالي الذي يستلزم التوفر على ميزانية مستقلة، هذا فضلا عن التحكم في تنفيذها¹. لكن رغم هذه المستجدات المهمة فإن ميزانية المحاكم المالية تبقى دون مستوى الأهداف والوظائف المرسومة لهذه المحاكم مما تطلب الأمر التدخل من أجل إجراء إصلاحات وتعديلات تهم بالخصوص تعزيز ميزانية المحاكم المالية (الفرع الأول) وضرورة إخضاع المحاكم المالية للرقابة (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعزيز ميزانية المحاكم المالية

إن الجديد الذي جاءت به مدونة المحاكم المالية في هذا الصدد هو أن ميزانية المحاكم المالية أصبحت موحدة ومسجلة بالميزانية العامة للدولة²، بعدما كانت تابعة لميزانية الوزارة الأولى، كما يبيئ مشروعها الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات الذي يعتبر الأمر بصرفها، كما أنها غير خاضعة للرقابة السابقة. لكن رغم كل هذا فإن الموارد المالية المخصصة للمحاكم المالية تبقى ضعيفة ومحدودة بالنظر إلى ثقل الوظائف وتعدد مواطن تدخل هذه المحاكم. وفي هذا الصدد أشار التقرير الأخير للمجلس الأعلى للحسابات أي لسنة 2012، أن من بين أهم الإكراهات التي تعرقل سير المحاكم المالية هي الإكراهات المالية، رغم التطور المهم الحاصل في ميزانيتها.

إن الاعتمادات المالية والمادية للمحاكم المالية تبقى دون مستوى التطلعات التي تسعى إلى تحقيقها الرقابة العليا على المال العام بالمغرب، وهذا ما أكدته التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات سنة 2012، وبالتالي رد الاعتبار للمال العام الذي يعد أساس كل تنمية. كما يجب إصلاح الخلل وعدم التوازن الذي تعانيه ميزانية المحاكم المالية على مستوى توزيع

¹ سعيد جفري : الرقابة على المالية المحلية بالمغرب . محاولة نقدية في الأسس القانونية، السياسية، الإدارية والمالية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، 1997، 1998، ص : 331.

² تنص المادة 112 على أن : " تدرج ميزانية المحاكم المالية في الميزانية العامة للدولة، ولتنفيذ هذه الميزانية التي لا تخضع لمراقبة سابقة، يلحق محاسب عمومي بالمجلس بقرار من الوزير المكلف بالمالية، للقيام بباقي الصلاحيات إلى المحاسبين العموميين طبقا للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل".

مواردها، إذ مثلا تشكل نفقات الموظفين أكثر من 65.12% من ميزانية التسيير، فيما تبقى 34.88% فقط مخصصة لشراء العتاد ونفقات أخرى¹.

الضلع الثاني: إخضاع المحاكم المالية للرقابة المالية

إن تفعيل مبدأ الرقابة وتقديم الحساب والمساءلة كلها آليات حديثة لقياس مدى خضوع جهاز ما لمبدأ الشرعية والتي تعد كذلك من المبادئ المهمة للتدبير الجيد والرشيد أو ما يصطلح عليه بالحكامة، الشيء الذي يجعلنا نؤكد على ضرورة خضوع جميع الأجهزة والهيئات المرتبطة بالمال العام بما فيها جهاز المحاكم المالية نفسه للرقابة. وفي اعتقادنا أن التنصيص في مدونة المحاكم المالية على إعفاء المحاكم المالية من المراقبة السابقة التي يمارسها جهاز الرقابة على الالتزام بنفقات الدولة²، الذي تم إدماجه في جهاز الخزينة العامة للمملكة في إطار الإصلاحات المؤسساتية والقانونية المتعلقة بالمنظومة الرقابية. ليس له ما يبرره دستوريا وتقنيا بحكم شمولية الرقابة التي تطل القوانين. واتجاه المؤسسات إلى دعم المساءلة والشفافية وتقديم الحساب، حيث أنه في زمن ترشيد استعمال الأموال العامة وترسيخ مبادئ الرقابة الشاملة، ينبغي أن تكون المحاكم المالية نموذجا يتحدى به ورائدة للشفافية وحسن التدبير³، وهذا ما نصت عليه توصيات الندوة الدولية السادسة حول: "المجالس الجهوية للحسابات والحكامة الجيدة"، من خلال التأكيد على دور الرقابة والشفافية في تحقيق أداء اقتصادي متميز مع التوصية بإخضاع أجهزة المراقبة المالية هي نفسها للمراقبة والتقويم من أجل التعرف على كلفة اشتغالها، وما يمكن أن تدره على ميزانية الدولة من مداخيل وما يمكن أن تلعبه المحاكم المالية بصفة خاصة من تكريس لقيم الاقتصاد وحسن التدبير⁴. إضافة إلى أن تكريس حالة التنافي، عند التنصيص على الرقابة اللاحقة للمحاكم المالية من خلال تشكيل لجنة إدارية تحت رئاسة المفتش العام للمالية وعضوية المراقب العام للالتزام بالنفقات ومدير الميزانية للسهر على الرقابة اللاحقة لهذه المحاكم. إن التنصيص على هذه الوضعية من شأنه إخضاع هذه المحاكم للرقابة من لدن الجهاز الإداري (مدير الميزانية بوزارة المالية) الذي يخضع بدوره لرقابة المحاكم المالية، فكيف يمكن في هذه الحالة للجهاز الخاضع للرقابة من المحاكم المالية أن يراقب مراقبه؟ كما أننا في هذا الإطار نتساءل حول مدى جدوى التقرير المدرج في التقرير السنوي للجهاز الأعلى للرقابة، إذا كانت فرضياته لا تحترم مبدأ فصل السلط، وهو مبدأ جوهر في علم التدقيق والمراقبة الداخلية على المال العام⁵؟

ولمعالجة هذا الإشكال المؤسساتي والقانوني والتقني في نفس الوقت، فإن بعض الباحثين المتخصصين في مجال الرقبة العليا على الأموال العمومية اقترحوا ضرورة استبدال اللجنة المنصوص عليها في مدونة المحاكم المالية بمكتب تدقيق خارجي في إطار تعاقد، كما هو معمول به في إسبانيا وإنجلترا⁶.

المطلب الثاني: إصلاح الجوانب المادية للمحاكم المالية

بالإضافة إلى الجوانب المالية، تشكل الإمكانيات المادية للمحاكم المالية مؤشرا على نجاح أو فشل المحاكم المالية في القيام بوظائفها واختصاصاتها، وبدورها فإن هذه الجوانب تعرف ضعفا ومحدودية، وهذا ما كان له تأثير مباشر على

¹ للمزيد من التفاصيل انظر تقرير المجلس الأعلى للحسابات لسنة 2012، الجزء الأول، ص: 349.

² تنص المادة 112 من مدونة المحاكم المالية على أن: "تدرج ميزانية المحاكم المالية في الميزانية العامة للدولة. ولتنفيذ هذه الميزانية التي لا تخضع لمراقبة سابقة، يلحق محاسب عمومي بالمجلس بقرار من الوزير المكلف بالمالية، للقيام بباقي الصلاحيات إلى المحاسبين العموميين طبقا للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل".

³ محمد حركات: الرقابة العليا على المال العام. الوظائف والإكراهات، في المالية بالمغرب. المجلة المغربية للتدقيق والتنمية، العدد: 13، دجنبر 2001، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص: 101.

⁴ توصيات الندوة الدولية السادسة حول: "المجالس الجهوية للحسابات والحكامة الجيدة"، منشورات المجلة المغربية للتدقيق والتنمية، سلسلة التدبير الاستراتيجي، العدد: 7، 2005، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص: 31.

⁵ محمد حركات: الرقابة العليا على المال العام ...، مرجع سابق، ص: 102.

⁶ نفس المرجع، ص: 102.

الأداء الرقابي لهذه المؤسسات، الشيء الذي يجعلنا نؤكد على أهمية إصلاح الجوانب المادية للمحاكم المالية، من خلال تعزيز منظومة المعلومات في عمل هذه المحاكم.

إن إنتاجية أي مؤسسة رهين بتوفرها على الوسائل المادية المعتمدة في عملها وبنوعية وحدثة هذه الوسائل والإمكانات، من هنا تظهر أهمية هذا الجانب، والمحاكم المالية مطالبة بتوفير هذه الجوانب للرفع من جودة أداؤها والرفع من مستوى عملها، واعتماد الأساليب الحديثة في الرقابة، والتي تتطلب الاستعانة بتقنيات المعلومات والحواسيب والوسائل الحديثة لمعالجة المعلومات والإحصائيات لمواجهة متطلبات الافتتاح والرقابة¹، ذلك أن الحاسوب الإلكتروني مثلا يقوم بتوفير المعلومات الكافية بسرعة فائقة حيث يتم الوصول إلى النتائج المرجوة في الوقت المناسب²، وبالتالي فالرقابة والمعالجة بواسطة الحاسوب تعمل على توفير المعلومات الممكن استعمالها، كما أنها تضمن مراقبة وتحليل هامين، هذا فضلا عن إلمامها بالنظام الإجرائي للمراقبة³.

وفي نفس الإطار تشكل التكنولوجيا الحديثة للإعلام والاتصال آلية مهمة لتحقيق الشفافية، وذلك من خلال التدبير الجيد إثر تبادل المعلومات، وكذا الرفع من مردودية المؤسسة، هذا فضلا عن المعالجة الإحصائية السريعة لمجموعة من القضايا التي تهم الشأن العام⁴.

كما أن دور المعلومات تزداد أهمية في حالة تحول المعطيات التي تنتجها الأجهزة الخاضعة للمراقبة من معطيات مضمنة في أوراق إلى معطيات رقمية، حيث سيكون بإمكان القاضي المالي فرز تلك المعطيات وفحصها حسب معايير محددة بناء على محاور المراقبة التي سبق له تحديدها مع ضمان جواب كامل وسريع⁵، الشيء الذي يجعل من المعلومات وسيلة للتأسيس لوضع تسوده الشفافية والديموقراطية والانفتاح على المحيط الاجتماعي⁶.

وفي هذا الإطار دعت المنظمات الدولية والإقليمية للرقابة العليا على الأموال العمومية من خلال توصياتها وإعلاناتها إلى ضرورة اعتماد أسلوب المعلومات، وأكدت على ضرورة التحكم في التقنية المعلوماتية واستعمالها في مجال الرقابة، حيث يتعين على الأجهزة التزود بجميع المناهج العصرية، والفحص التحليلي والمعلومات الآلية⁷. وهكذا فإن الرقابة من خلال الحكومة الإلكترونية تعد من بين الأدوات الرئيسية التي تمكن من تعميق إصلاح شامل لإدارة الأموال العمومية، وتحسين الأداء وتطوير الخدمات بصورة أفضل وإزالة التعقيدات الإدارية، ومن ثم فهي نواة حقيقية في طريق التحول الهادف إلى تحقيق الأداء الإداري للمال العام الأكثر اقتصادا وكفاءة وفعالية⁸.

وتأسيسا على ما سبق ولتطوير معايير الرقابة بناء على نظم المعلومات نقتح ما يلي :

وضع إطار قانوني وإصدار تشريعات لتقنين نظم تكنولوجيا المعلومات.

¹ سعيد جفري : الرقابة على مالية... مرجع سابق، ص : 323.

² احميدوش مدني، المحاكم المالية بالمغرب... مرجع سابق، ص : 359.

³ Harakat (M) : L'audit dans le secteur..., op.cit , p : 44.

⁴ Moutmihi (M) : Les nouvelles technologies de l'information et de la communication et les collectivités locales, R.E.M.A.D , n° 12, 2000, p : 44.

⁵ محمد مجيدي : دور المجالس الجهوية... مرجع سابق، ص : 199.

⁶ عبد القادر البوي : تكنولوجيا المعلوماتية وتأثيرها على العنصر البشري . الإدارة العمومية المغربية نموذجا، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية : 2002. 2003، ص : 87.

⁷ محمد حركات : مناهج وتقنيات الرقابة على المال العام المبادئ التوجيهية الأوروبية المتعلقة بتطبيق معايير الأنتوساي، المحكمة الأوروبية للحسابات، 2001، ص : 52.

⁸ عبد العلي بنيعيش : إشكالية ترشيد المالية... مرجع سابق، ص : 120.

. تأهيل الموارد البشرية في الأجهزة العليا للرقابة على الأموال العمومية في مجال الرقابة عن طريق الحاسوب ونظم تكنولوجيا المعلومات.

. توفير أدلة وبرامج المراجعة في مجال رقابة الحاسوب ونظم تكنولوجيا المعلومات.

. تبادل المعلومات ما بين الأجهزة العليا للرقابة في مجال تطبيقات الرقابة على نظم تكنولوجيا المعلومات.

. تعزيز التنسيق بين المجلس الأعلى للحسابات والمجالس الجهوية للحسابات وأجهزة المراقبة المالية الأخرى والجهات

المسؤولة عن تكنولوجيا المعلومات في الدولة.

. قيام الأجهزة العليا للرقابة بالعمل على بناء قاعدة بيانات إلكترونية متكاملة تتعلق بمهام المراجعة المختلفة.

. المراجعة والتحديث الدائمين للسياسات والإجراءات والمعايير المطبقة لدى جهاز الرقابة، فيما يتعلق

بنظم المعلومات بما يضمن لها مواكبة التطورات والمستجدات في هذا المجال.

وخلاصة القول، فالمحاكم المالية مدعوة لإنشاء وتطوير نظم معلومات متكاملة تتولى تجميع ومعالجة البيانات

والمعلومات المتداولة، إذ أصبح نظم المعلومات المبنية على استخدام الحاسبات بتطبيقاتها المتعددة والمتنوعة مستخدمة

في مختلف الأنشطة والمجالات وفي كافة التنظيمات الإدارية الحديثة¹. وفي هذا الإطار يجدر بنا أن نلاحظ أن ميزانية

المخصصة لشراء عتاد إعلاميات بسنة 2012 عرفت انخفاضا كبيرا وصل إلى حد 41.79% مقارنة بسنة 2011².

المبحث الثالث: تعزيز اللامركزية من خلال تطوير عمل المجالس الجهوية للحسابات

في إطار سياسة اللامركزية واللامركزية الإداري، وحرصا على تدعيم هذه السياسة، ومن أجل تحسين تدبير الجماعات

المحلية³ عمد المشرع المغربي إلى إعطاء المجالس الجهوية للحسابات سندها الدستوري بمقتضى المادة 98 من دستور

1996، والتي نصت على أن: "تتولى مجالس جهوية للحسابات مراقبة حسابات الجماعات المحلية وهيئاتها وكيفية قيامها

بتدبير شؤونها"، ثم أكدها دستور 2001 في مادته 149 وتتجلى اللامركزية في هذا المجال في كون هذه المجالس أحدثت

لتمارس على الصعيد المحلي كافة الاختصاصات المخولة للمجلس الأعلى للحسابات على الصعيد الوطني، لممارسة الرقابة

على حسابات وتسيير الجهات والجماعات الترابية الأخرى وهيئاتها، وكيفية تدبير شؤونها، وهو ما من شأنه أن يشكل قفزة

نوعية لنظام الرقابة عموما والمحلية خصوصا.

إن التنصيب الدستوري على المحاكم المالية الجهوية يجعل من هذه الأخيرة مؤسسة مرموقة ذات مكانة متميزة في

النسيج المؤسساتي للدولة المغربية، ينتظر منها تدعيم اللامركزية وتحسين الديمقراطية المحلية، كما أنها تعد آلية

لتحقيق شفافية العمل الجماعي، وأن إحداثها يستجيب لأهداف تقنية وأخرى سياسية⁴، فضلا عن المساهمة في

النهوض بمشاريع التنمية والاقتصادية والاجتماعية التي تعرفها ربوع المملكة⁵، خصوصا على الصعيد الجهوي والمحلي.

وترجمة للمقتضيات الدستورية فقد قام المشرع المغربي بإصدار مدونة المحاكم المالية سنة 2003 خصوصا في

الكتاب الثاني المتعلق بالمجالس الجهوية للحسابات، لكنها لم تبدأ في الاشتغال عمليا إلا سنة 2004. فاعتماد جهوية

¹ المناظرة الوطنية للإصلاح الإداري بالمغرب حول "الإدارة المغربية وتحديات 2010" المملكة المغربية، وزارة الوظيفة العمومية والإصلاح

الإداري، التقرير التركيبي حول تنمية استعمال تكنولوجيا المعلومات والاتصال"، الرباط، في 7 و 8 ماي 2002، صص 3 و 36.

² للمزيد من التفاصيل انظر تقرير المجلس الأعلى للحسابات لسنة 2012، الجزء الأول، ص: 349.

³ Fadoua Laghzaoui: Audit et contrôle interne des collectivités locales au Maroc, mémoire pour l'obtention du diplôme d'études supérieures en sciences économiques, juillet 1999, faculté Mohamed V – Suissi, Rabat, p: 79.

⁴ (M).Harakat: Transparence, Mondialisation et Démocratie (bref regard sur la cour des comptes à l'heure de la réforme, in R.E.M.A.D, série « management stratégique », Rabat, janvier, 1999, p: 12.

⁵ محمد براو: المجالس الجهوية للحسابات: تنظيمها وتسييرها واختصاصاتها ومسارها، سلسلة الرقابة على المال العام والمنازعات المالية،

مطبعة طوب بريس، الرباط، الطبعة الأولى، 2006، ص: 51.

الرقابة المالية العليا وشروط إدماجها على الصعيد الجهوي والمحلي اعتبر من بين العناصر الأساسية التي حظيت باهتمام المناظرة التي انعقدت بتعاون مع برنامج الأمم المتحدة الإنمائي¹ بتاريخ 14 و 15 شتنبر 1998 حول موضوع " دور الأجهزة العليا للرقابة على الأموال العمومية في مسلسل تدبير الشأن العام".

إن ضرورة إيجاد امتداد جهوي للمجلس الأعلى للحسابات يساير التوجه الرقابي الحديث الذي يقتضي تقريب الرقابة من الهيئات المحلية، كما أن هذا التقريب يساعد على دعم مبدأ الحفاظ على الموارد المحلية ويسد النقص الذي تعرفه كل من الرقابة السياسية والإدارية، إلا أن الامتداد الجهوي عن طريق إحداث مجالس جهوية للحسابات يتطلب ضرورة تفعيل عملي لآلياته الرقابية².

ولتفعيل هذا الامتداد الجهوي ونجاحه في تحقيق وتوسيع نظام المراقبة لا بد من توفر الشروط اللازمة لتفعيل الدور الرقابي للمجالس الجهوية للحسابات، ويتعلق الأمر بالعناصر الأساسية التي يمكن أن تعتبر سر نجاح هذه المجالس، وهي كل ما يتعلق بالموارد البشرية والمادية، فالاهتمام بهذه الجوانب سيساعد على تجاوز الإكراهات السابقة، وتحقيق نجاح فعال لهذه التجربة كما هو الشأن بالنسبة للنموذج الخاص بالغرف الجهوية للحسابات الفرنسية، الذي يبني على الإطار القضائي لهذه الغرف والذي يتمتع بتكوين عال، وإعداد كاف وتواجد فعلي وقريب من الهيئات المراقبة، واستقلالية تمكنه من القيام بدوره دون الخضوع لأي تأثير في ممارسة مهامه³. وهكذا أصبح وضع الغرف الجهوية للحسابات متميزا وأكثر فاعلية من محكمة الحسابات بحكم العامل الجغرافي الذي يساعد المجالس على تقدير الوضع المحلي وكذلك تشخيص المشاكل المالية من حيث تدبيرها في الوقت المناسب وفي أسرع وقت ممكن⁴، على الرغم من وجود تبعية قانونية⁵ ووظيفية وعضوية لمحكمة الحسابات. كما أن تفعيل دور المجالس الجهوية للحسابات وتقوية صلاحياتها، ومدتها بالإمكانات البشرية والمالية والمادية واللوجيستية، واستفادتها من التجارب الأجنبية في مجال الرقابة المالية القضائية المحلية، كلها عناصر من شأنها أن تساهم في تكريس اللامركزية الرقابية وتعزيزها. غير أن هذه الشروط لن تكفي لوحدها لتحقيق هذا المبتغى، بل لا بد من تبني مقاربة شمولية للإصلاح خصوصا ما تعلق بالمحيط الخارجي للمجالس الجهوية للحسابات لتشمل واقع الجماعات المحلية بالمغرب من خلال تجاوز معوقات العمل الجماعي، وضرورة منحها الاستقلالية اللازمة والتخفيف من حدة الوصاية المركزية ومدتها بالوسائل المادية والبشرية الكافية، والسهر على تكوين المنتخبين تكوينا جيدا يساير المستجدات السياسية والاقتصادية والاجتماعية الوطنية والدولية، وضرورة عقلنة وتحديث وترشيد الإنفاق العمومي المحلي، وكذا تبني شراكة حقيقية بينها وبين المواطنين ومختلف الفعاليات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والجمعوية، وبتنسيق مع المجالس الجهوية للحسابات للمساهمة في تقوية الشفافية والديموقراطية على المستوى المحلي⁶.

¹ عبد الفتاح برغوت : دور الأجهزة العليا للرقابة على الأموال العامة في مسلسل تدبير الشأن العام . منشورات المجلة المغربية للتدقيق ، سلسلة التدبير الاستراتيجي ، عدد : 1 ، 1999 . ص : 85 .

² عبد القادر بانيه : قراءة متأنية في مراجعة الدستور على الاستفتاء يوم 13 شتنبر 1996 . المستجدات في مراجعة الدستور، جريدة الاتحاد الاشتراكي ، عدد 5261 بتاريخ 21 أكتوبر 1996 .

³ سعيد فزري : الرقابة على المالية مرجع سابق ، ص : 370 .

⁴ احميدوش مدني : المسألة الجهوية بالمغرب ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، عدد : 52 ، 2006 . ص : 84 .

⁵ (D) Khoudry : « Le contrôle des finances de l'Etat au Maroc », Ed. EDIPRIM, Casablanca, 1992 , p : 56 .

⁶ (M.A)Rachidi : La cour régionale des comptes – outil de transparence de la vie locale , mémoire de D.E.S.A , université

Mohamed 1 , faculté des sciences juridiques , économiques et sociales , 2001 , p : 30 .

وبصفة عامة، فنجاح الأجهزة العليا للرقابة على الأموال العمومية المحلية يتطلب محيطا محليا مساعدا¹، ويحتاج إلى تغيير جذري للأسس التي تنبني عليها، والتي تتطلب ضرورة إشراك هيئات أخرى ودعمها لمساعدة المجالس الجهوية للحسابات على تحقيق أهدافها ولتخفيف المسؤولية الملقاة على عاتقها، ثم توفير حماية أكثر للمال العام من خلال توسيع نظام المراقبة ليشمل كل الأجهزة موضوع المراقبة².

خاتمة:

إن الوضع الذي تعيشه المحاكم المالية جعلنا نتطلع إلى آفاق الإصلاح من أجل تجاوز مواطن الضعف وتصحيح مكامن الخلل في سبيل تطوير الأداء الرقابي لهذه المحاكم خصوصا وتحديث المنظومة الرقابية عموما، مما ينعكس إيجابا على مسألة حماية المال العام وتكريس مبادئ الشفافية المالية وارساء ثقافة تقديم الحساب والمساءلة والمحاسبة، وهي كلها أسس مهمة من أسس الحكامة الجيدة والتدبير الرشيد.

وتجاوزا للإكراهات والمعيقات التي تعترض عمل المحاكم المالية، سواء الداخلية أو الخارجية، ومن أجل الرفع من أداء وكفاءة الأجهزة العليا للرقابة وتحسين جودتها، ولمواكبة التطورات والمستجدات في جميع الميادين وللحفاظ على المال العام من التبذير والإسراف ومن أجل تحقيق التنمية المستدامة، فإن الإصلاح يجب أن يترجم من خلال فتح العديد من الأوراش تأسيا بالتجارب المتقدمة والرائدة في هذا المجال التي أصبحت فيها هذه الأجهزة مؤسسات من الوزن الثقيل، وتماشيا مع المعايير الدولية الحديثة والمتغيرات الواقعية في مختلف المجالات.

إن نجاح القضاء المالي رهين بمدى تحسن ظروف اشتغاله وتحديث بنيته التنظيمية والقانونية وكذا إصلاح محيطه الخارجي، وهذا النجاح مرتبط كذلك بإعمال مفهوم جديد لتدبير المال العمومي والرقابة عليه، إلا أن الحديث عن مفهوم جديد لطرق تدبير المال العام وللرقابة عليه إنما هو مرتبط بتكريس حكم القانون وبتفعيل دور الإرادة العامة في إنشاء مؤسسات الدولة وفي المحافظة عليها بتفعيل الأسس الديمقراطية والشرعية، فلا يمكن تصور تحقيق الاستقامة في أداء الوظائف العامة، والقضاء المالي واحد من أهم هذه الوظائف، دون تحديد المسؤوليات، ولا يمكن النجاح في تحديد المسؤوليات في غياب الانضباط الديمقراطي الذي لا تتحقق النزاهة والاستقامة بدونه، فالاستقامة والديموقراطية والنزاهة هي شقائق وبنات أسرة واحدة ولا يمكن أن تفصل إحداهن عن الأخرى³.

إن تحسين المناخ العام الوطني على كل مستوياته خصوصا السياسي والإداري هو مفتاح كل نجاح لعمل القضاء المالي، وبالتالي منح الضمانات الكافية والأساسية لتفعيل الرقابة على الأموال العمومية، هذا كله مرتبط بمدى عمق الإصلاحات والمراجعات التي يجب اتخاذها في هذا الاتجاه، وبإعادة النظر في المحيط الخارجي الذي يشتغل في ظله القضاء المالي.

وختاماً لكل ما سبق نخلص إلى العديد من النتائج والاقتراحات والتوصيات التي نعتقد أن من شأنها تفعيل أجهزة الرقابة العليا على الأموال العمومية ببلادنا حيث أن الحكم المالي الرشيد مرتبط بشكل أساسي بفاعلية هذه الأجهزة واستقلاليتها والإمكانيات المرصودة لها في سبيل قيامها بوظائفها، وقد بلورنا هذه التوصيات والاقتراحات على النحو التالي :

¹ أحمد حاسون : رقابة المجالس الجهوية للحسابات على المالية المحلية بالمغرب . دراسة سوسيو قانونية. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سطات، السنة الجامعية: 2006/2007، ص 312.

² سناء سرايري : دور المجالس الجهوية للحسابات في حماية المال العام . المجلس الجهوي للحسابات للرباط نموذجاً ، جامعة محمد الخامس ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، أكادال ، الرباط ، السنة الجامعية : 2008 . 2009 ، ص : 30 .

³ مقتطف من كلمة جلالة الملك الراحل الحسن الثاني بمناسبة افتتاح المناظرة الوطنية للجماعات المحلية بالدار البيضاء بتاريخ 19 أكتوبر 1998.

• تعزيز الإطار الدستوري للمحاكم المالية وإرساء إصلاحات قانونية : إذ أن المقتضيات الدستورية رغم تنصيبها بوضوح على استقلالية المحاكم المالية، إلا أنه ولتفعيل هذه الاستقلالية وجب إدراج هذه المحاكم ضمن السلطة القضائية، كما وجب أن تظل هذه الإصلاحات المقتضيات القانونية المتعلقة بطلب الإعفاء من المسؤولية وطلب إبراء الذمة، وكذا المرتبطة بالتقدم الخماسي والحصانة أو الامتياز القضائي بالشكل الذي يمنح الضمانات الكافية لحماية المال العام ورجحان كفة المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ثم إعادة النظر في الجوانب المتعلقة بمسطرة تنفيذ أحكام وقرارات المحاكم المالية، وبالتالي ضرورة تدخل تشريعي على وجه الاستعجال للحد من ظاهرة عدم تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم المالية.

• الإصلاح المؤسساتي لمنظومة الرقابة المالية ضرورة حتمية : وذلك من خلال إرساء آليات التنسيق والتعاون بين الأجهزة العليا للرقابة المالية ودعم وتنمية القدرات البشرية والمادية للأجهزة العليا للرقابة ليسقط رقابتها على مختلف الأجهزة المكلفة بإدارة المال العام وربط جسور التواصل بينها وبين باقي الأجهزة المعنية بحماية المال العام بمختلف القطاعات، وتوسيع نطاق عملها لتحقيق أهدافها ونقل خبراتها إلى الجهات الخاضعة للرقابة، ومن جهة أخرى إقامة شراكة وتعاون وتنسيق فعال بين المحاكم المالية والمحاكم الجنائية، لتجاوز إشكالية الاستخدام المزدوج لعمل القاضي المالي الجنائي، بحيث تصبح أحكام وقرارات المحاكم المالية خاضعة لأسس معقولة ومنطقية، وبالتالي تكون حالة القضايا إلى القضاء الجنائي حالة مناسبة تخدم حماية المال العام. وضرورة إحداث جهة عليا للرقابة تكون مهمتها الإشراف على التنسيق ومد الجسور بين كل مؤسسات الرقابة الموجودة.

• تحديث آليات ومقتربات اشتغال المحاكم المالية : وذلك من خلال تحديث وسائل وأساليب الرقابة واستخدام البرمجيات الحديثة، وإعادة النظر في مناهج عمل المحاكم المالية واعتماد مقتربات حديثة وفعالة في الرقابة العليا على الأموال العامة كمقرب التدقيق أو الفحص بجميع أشكاله، وخاصة منهج التدقيق المندمج، ومقرب السياسات العمومية، ومن خلال تبني مراقبة شاملة، وتفعيل مقرب الحكامة الجيدة للشأن العام، كمقرب حديث يهدف إلى السهر على حسن تدبير الشأن العام وتحديث آليات تسييره.

• تدعيم اللامركزية الرقابية وذلك من خلال منح ميزانية خاصة بالمجالس الجهوية للحسابات ومستقلة عن المجلس الأعلى للحسابات، ودعم استقلالية المجالس الجهوية للحسابات بتوفير جميع الإمكانيات البشرية والمالية والمادية، وكذا توسيع تمثيلية القضاة الماليين بالمجالس الجهوية للحسابات بمجلس قضاة المحاكم المالية.

• تأهيل الأجهزة الخاضعة لمراقبة المجالس الجهوية للحسابات وعلى رأسها الجماعات المحلية وبالتالي إعادة النظر في نظام الوصاية المفروض على الهيئات اللامركزية، وذلك لفسح المجال أمام المجالس الجهوية للحسابات من أجل أداء دورها الرقابي دون قيود أو ضغوط.

• ضرورة إدراج التقارير الصادرة عن المجالس الجهوية للحسابات ضمن التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات، وعدم الاكتفاء بجزء منه، مما يساهم في تنوير الرأي العام وإرساء ثقافة المساءلة والشفافية وتقديم الحساب.

• توسيع دائرة الأشخاص المؤهلين لرفع القضية فيما يتعلق بمسطرة التأديب وعدم حصرها في وكيل الملك ووزير الداخلية ووزير المالية، وذلك بتحويل هذا الحق للممثلين القانونيين للأجهزة العمومية المعنية، إضافة إلى أعضاء المجالس التداولية لهذه الأجهزة.

وأخيرا ما يمكن قوله ونحن قد أتينا على الانتهاء من هذه الدراسة أن النتائج المتوصل إليها والاقتراحات والتوصيات التي استعرضناها هي محاولة لتحسين وتطوير آليات حماية المال العام وتجويد تدبير الشأن العمومي. وبالتالي كسب رهان التنمية المستدامة والحكامة الجيدة.

ملاحظات حول قرارات المجلس الدستوري المتعلقة بالقوانين التنظيمية للجماعات الترابية

حجاجي امحمد

باحث في سلك الدكتوراه

جامعة الحسن الأول - سطات-

أصدر المجلس الدستوري بتاريخ 30 يونيو 2015 ثلاث قرارات تهم الجماعات الترابية، وهي على التوالي: القرار رقم 666.15 المتعلق بالقانون التنظيمي للجهات⁽¹⁾ رقم 111.14، والقرار رقم 667.15 المتعلق بالقانون التنظيمي للعمالات والأقاليم رقم 112.14⁽²⁾ والقرار رقم 668.15 المتعلق بالقانون التنظيمي للجماعات (المحلية) رقم 113.14⁽³⁾. تأتي أهمية هذه القرارات من جهة أولى، كونها تعطي الضوء الأخضر لتزليل قواعد القانون الدستوري للجماعات الترابية المنصوص عليها في الباب التاسع من دستور 2011، ومن جهة ثانية، أنها قدمت بعض الأجوبة التفسيرية لبعض المقتضيات الدستورية والإشكاليات التي كانت تحيط بهذه المقتضيات الدستورية، وذلك على مستوى الشكل والمضمون، ويمكن بيان ذلك على الشكل التالي:

أولاً: على مستوى الشكل

قبل عرض هذه القوانين التنظيمية على المجلس الدستوري للبت في مدى مطابقتها للدستور، كان هناك نقاش دستوري وسياسي يدور حول مسطرة إقرار هذه القوانين التنظيمية، ويمكن تلخيص هذا النقاش في ثلاث نقاط، وهي:

1. تقديم الحكومة في شخص وزارة الداخلية لثلاثة مشاريع قوانين تنظيمية مستقلة

بمجرد طرح وزارة الداخلية مسودة القانون التنظيمي للجهات والقانون التنظيمي للعمالات والأقاليم ومسودة القانون التنظيمي للجماعات على الأحزاب السياسي والعموم، بدأ يظهر نوع من النقاش الدستوري يتعلق بمدى دستورية تقديم الحكومة ثلاث مشاريع قوانين تنظيمية منفصلة عوض قانون تنظيمي واحد في شكل «مدونة الجماعات الترابية». وبرز في هذا الصدد ثلاثة آراء، الأول، يدافع عن إقرار هذه القوانين التنظيمية في صيغة قانون تنظيمي واحد، على اعتبار أن الفصل 146 من الدستور يتحدث عن قانون تنظيمي واحد، والرأي الثاني، لا يرى في تقديم الحكومة لثلاث قوانين تنظيمية منفصلة ومستقلة بعضها عن البعض أي إشكال دستوري، وذلك إسوة بالقانون التنظيمي لانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية رقم 59.11⁽⁴⁾ الذي يندرج ضمن مشمولات الفصل 146 من الدستور. أما الرأي

¹ - قرار المجلس الدستوري رقم 666.15، الصادر بتاريخ 30 يونيو 2015، الجريدة الرسمية، عدد 6376، الصادرة بتاريخ 09 يوليو 2015، ص، 6423

² - قرار المجلس الدستوري رقم 667.15، الصادر بتاريخ 30 يونيو 2015، الجريدة الرسمية، عدد، 6376، الصادرة بتاريخ 09 يوليو 2015، ص، 6427

³ - قرار المجلس الدستوري رقم 668.15، الصادر بتاريخ 30 يونيو 2015، الجريدة الرسمية، عدد، 6376، الصادرة بتاريخ 09 يوليو 2015، ص، 6431

⁴ - ظهير شريف رقم 1.11.173، الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 2011، بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 59.11 المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية، الجريدة الرسمية، عدد 5997 مكرر، الصادرة بتاريخ 22 نوفمبر 2011، ص، 5537، الذي وقع تغييره وتتميمه بموجب القانون التنظيمي رقم 34.15 الصادر بشأن تنفيذ الظهير الشريف رقم 1.15.90، الصادر بتاريخ 16 يوليو 2015، الجريدة الرسمية، عدد، 6380، الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2015، ص، 6713

الثالث، فهو قريب من الرأي الثاني، يرى أن المهم في الأمر هو إقرار المواضيع الواردة في فحوى الفصل 146 عن طريق قوانين تنظيمية ولا يهم أن يتم صياغتها في قانون تنظيمي واحد أو أكثر.

وبعد إحالة هذه القوانين التنظيمية من قبل رئيس الحكومة على المجلس الدستوري الذي يستمر في ممارسة صلاحيته إلى حين تنصيب المحكمة الدستورية، عملا بمقتضيات الفصل 177 من الدستور، صرح المجلس الدستوري بدستورية تقديم الحكومة لثلاث مشاريع قوانين تنظيمية منفصلة ومستقلة بعضها عن البعض في الباب المتعلق بالجماعات الترابية، مستدلا بمقتضيات الفصل 135 من الدستور الذي ميز في نظره بين ثلاث فئات من الجماعات الترابية، تتمثل في الجهات، العمالات والأقاليم، والجماعات (المحلية)، ويضيف المجلس، أن الفصل 146 من الدستور نص على أن المواضيع الواردة فيه يجب أن تحدد بقانون تنظيمي، (علما أن صياغة هذا الفصل تحدث عن قانون تنظيمي وجاءت بصيغة المفرد وليس الجمع)، لأن الغاية من اشتراط المشرع الدستوري وفق المجلس سن القواعد القانونية المتعلقة بمواضيع معينة بمقتضى قوانين تنظيمية تكمن في إخضاع هذه القواعد لشروط دستورية خاصة ومتميزة (عن القوانين العادية المنظمة بالفصل 71) وفق مقتضيات الفصلين 49 و 85 من الدستور. وبالتالي، ما دامت هذه القوانين التنظيمية تنطوي على المواضيع المنصوص عليها في الفصل 146 وتم إخضاعها للشروط المنصوص عليها في الفصلين 49 و 85، فليس فيها ما يشوب دستوريتهما من حيث أنها جاءت منفصلة ومستقلة بعضها عن البعض.

وبذلك يتضح من استدلال المجلس الدستوري في هذه النقطة أنه انتصر للرأي القائل بأنه لا يهم أن يتم إقرار المواضيع المنصوص عليها في الفصل 146 في قانون تنظيمي واحد (جامع مانع) أو أكثر، وإنما الأساسي من ذلك أن يتم تنظيمها بموجب قوانين تنظيمية، وبالتالي، يكون المجلس الدستوري قد أسدل الستار عن هذه الإشكالية الدستورية.

2. قاعدة الأسبقية والمبادرة التشريعية لأعضاء البرلمان في مجال القوانين التنظيمية

طرحت القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية إشكالية دستورية مفادها: أي مجلس من مجلسي البرلمان سيتداول بالأسبقية في القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية؟ وحول هذه الإشكالية برز رأيين مختلفين، الأول يرى أن هاته القوانين التنظيمية يجب إيداعها بالأسبقية لدى مجلس المستشارين، بدعوى أن الفصل 78 من الدستور يقرب بأن مشاريع القوانين المتعلقة بالجماعات الترابية وبالتمنية الجهوية والقضايا الجهوية، تودع بالأسبقية لدى مكتب مجلس المستشارين، وبالتالي لما كان مضمون القوانين التنظيمية المتحدث عنها يدخل في إطار الجماعات الترابية يجب من باب أولى إيداعها لدى مكتب مجلس المستشارين. في المقابل هناك رأي ثان يدافع عن فكرة إيداع هذه القوانين التنظيمية على مكتب مجلس النواب بالأسبقية، بحجة أن الفصل 85 من الدستور يقرب بأن مشاريع ومقترحات القوانين التنظيمية يتداول فيها بالأسبقية لدى مجلس النواب، معززا موقفه بالقانون التنظيمي لانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية رقم 59.11 الذي أحيل على مجلس النواب بالأسبقية رغم أنه يندرج ضمن المواضيع المتعلقة بالجماعات الترابية، والذي عرض على المجلس الدستوري وقضى بدستورية من حيث الشكل، بمعنى آخر، أن المجلس الدستوري لم يعتبر إيداع رئيس الحكومة لهذا القانون التنظيمي بالأسبقية لدى مكتب مجلس النواب أية مخالفة دستورية.

وبعد عرض هذه القوانين التنظيمية الثلاثة، أثار المجلس الدستوري من جديد هذه الإشكالية، واعتبر أن إيداع هذه القوانين المتعلقة بالجماعات الترابية بالأسبقية لدى مكتب مجلس النواب مطابق للدستور، بمعنى آخر، أن المجلس الدستوري انسجم مع ما انتهى إليه في القرار رقم 821.11⁽¹⁾ المتعلق بالقانون التنظيمي لانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية السالف الذكر، الذي تم إيداعه لدى مكتب مجلس النواب بالأسبقية.

¹ - قرار المجلس الدستوري رقم 821.11، الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 2011، الجريدة الرسمية، عدد، 5967 مكرر، الصادرة بتاريخ 21 نوفمبر 2011،

غير أن تعليل المجلس الدستوري للنتيجة التي توصل إليها بخصوص قاعدة الأسبقية، يحتمل في طياتها الكثير من الغموض واللبس، ترتبط أساس بالمبادرة التشريعية البرلمانية في ميدان القوانين التنظيمية وخاصة أعضاء مجلس المستشارين.

وفي هذا الإطار ارتكن المجلس الدستوري لتبرير موقفه الرامي إلى أسبقية مكتب مجلس النواب التداول في مشاريع القوانين التنظيمية للجماعات الترابية، إلى الفصل 85 من الدستور الذي ينص على أنه لا يتم التداول في مشاريع ومقترحات القوانين التنظيمية من قبل مجلس النواب إلا بعد مضي عشرة أيام على وضعها لدى مكتبه، وذلك رغم أن الفصل 78 من الدستور يتحدث عن أن مشاريع القوانين المتعلقة بالجماعات الترابية وبالتنمية الجهوية وبالقضايا الاجتماعية تودع بالأسبقية لدى مكتب مجلس المستشارين، بصيغة أخرى، - دائما حسب المجلس الدستوري- أن أسبقية مكتب مجلس المستشارين فيما يخص الجماعات الترابية تنحصر فقط في النصوص التي تقدم في شكل قوانين والتي لا يندرج مضمونها في الفصل 146، وكذلك لا تمتد إلى القوانين التنظيمية التي يخضع إيداعها سواء تقدمت في شكل مشاريع أو مقترحات بمبادرة من أعضاء مجلس النواب أو مجلس المستشارين لأحكام الفصل 85، ويفهم من هذا التعليل في شقه الأول، أن أسبقية مكتب مجلس المستشارين تقتصر فقط على القوانين العادية التي تكون ذات مبادرة حكومية في مجال الجماعات الترابية، بشرط أن لا تندرج في مضمون الفصل 146، أما الشق الثاني من هذا التعليل « لا تمتد إلى القوانين التنظيمية التي يخضع إيداعها سواء تقدمت في شكل مشاريع أو مقترحات بمبادرة من أعضاء مجلس النواب أو مجلس المستشارين لأحكام الفصل 85»، يبدو أنه فيه نوع من اللبس والغموض جراء الصيغة التي وردت بها، على اعتبار أن الفصل الذي أحال عليه المجلس الدستوري (الفصل 85) يدل بالصيغة التي جاء بها، على أن جميع مشاريع القوانين التنظيمية تودع بالأسبقية لدى مكتب مجلس النواب، وكذلك مقترحات القوانين التنظيمية المقدمة من أعضاء مجلس النواب، والتي من البدهة أن يحظى مجلس النواب بأسبقية التداول فيها، لأنه ليس من المعقول أن يقوم أعضاء مجلس النواب بمبادرة تشريعية في مجال القوانين التنظيمية ويحيلها على مجلس النواب للتداول فيها بالأسبقية! وبالتالي فإن إضافة المجلس الدستوري في الشق الثاني من تعليله عبارة « أعضاء مجلس المستشارين» لا تنسجم تماما، بل تتعارض مع النص الذي استند إليه (الفصل 85 من الدستور) الذي يتحدث فقط عن أسبقية مجلس النواب التداول في مشاريع القوانين التنظيمية.

وبالتالي، يستفاد من هذا الاستدلال، أن أسبقية مكتب مجلس المستشارين الواردة في الفصل 78 من الدستور لا تشمل القوانين التنظيمية التي تندرج في الفصل 146، وبما أنها لا تشمل هذا الفصل، فبمفهوم الموافقة أنها لا تشمل - الأسبقية- أيضا القوانين التنظيمية الأخرى، ما دامت القوانين التنظيمية تخضع لأحكام الفصل 85 من الدستور. والدليل على ذلك استدلال المجلس الدستوري بالفصل 85 الذي كما رأينا يتحدث فقط على أسبقية مجلس النواب. وينجر على هذا التعليل أن جميع القوانين التنظيمية كيفما كان موضوعها ذات المصدر الحكومي تودع بالأسبقية على مكتب مجلس النواب.

3. التصويت على القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية.

بداية نشير إلى أنه يجب التمييز بين مسطرة التصويت على القوانين العادية والقوانين التنظيمية، فالأولى تخضع للفقرة الثانية من الفصل 84 من الدستور، إلا أنه يجب التمييز بينها بين القوانين العادية المتعلقة بالجماعات الترابية والمجالات ذات الصلة بالتنمية الجهوية والشؤون الاجتماعية التي يجب أن يتم التصويت النهائي عليها بالأغلبية المطلقة لأعضاء مجلس النواب الحاضرين، في حين القوانين العادية الأخرى، يتم التصويت النهائي عليها بالأغلبية النسبية من أعضاء مجلس النواب. أما الثانية، أي القوانين التنظيمية فهي تخضع فيما يرجع لمسألة المصادقة عليها نهائيا لمقتضيات الفصل 85، الذي بدوره ميز بين فئتين من القوانين التنظيمية، الأولى القوانين التنظيمية الخاصة بمجلس المستشارين أو

الجماعات الترابية حيث تتم المصادقة عليها نهائياً بأغلبية أعضاء مجلس النواب، أما الثانية، أي القوانين التنظيمية الأخرى، فيتم المصادقة عليها نهائياً بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين من مجلس النواب. وبالتالي يتبين من خلال قرارات المجلس الدستوري أن مجلس النواب قد تقيد بمقتضيات الفصل 85 فيما يخص المصادقة النهائية على القوانين التنظيمية المتعلقة بالجهات والعمالات والأقاليم، والجماعات. إذن، تلك كانت أهم الملاحظات التي استطعنا أن نبدئها على قرارات المجلس الدستوري الصادر بشأن القوانين التنظيمية للجماعات الترابية وذلك كان على مستوى الشكل، أي إقرار هذه القوانين التنظيمية، وفيما يلي نمر إلى الإدلاء ببعض الملاحظات على مستوى مضمون هذه القرارات.

ثانياً: على مستوى المضمون

يمكن تلخيص الملاحظات المتعلقة بمضمون قرارات المجلس الدستوري المتعلق بالقوانين التنظيمية في النقاط التالية:

1. التصويت العلي على انتخاب رؤساء مجالس الجماعات الترابية ونوابهم وأجهزتها
- يلاحظ من خلال قرارات المجلس الدستوري المتعلقة بالجماعات الترابية، أنه أقر بدستورية مقتضيات المادة 6 الفقرة الأولى من القانون التنظيمي رقم 113.11 المتعلق بالجماعات⁽¹⁾، والمادة 7 الفقرة الأولى من القانون التنظيمي المتعلق بالعمالات والأقاليم⁽²⁾ رقم 112.11، والمادة 8 الفقرة الأولى من القانون التنظيمي للجهات⁽³⁾ رقم 111.14، التي تنص جميعها على أن التصويت على رؤساء مجالسها ونوابهم وأجهزتها يكون عن طريق التصويت العلي، والمثير في هذا التصريح أن المجلس الدستوري قد عدل عن اجتهاده المتعلق بالتصويت على الأشخاص، حيث سبق له أن صرح في القرار رقم 938.14 المتعلق بالنظام الداخلي لمجلس المستشارين⁽⁴⁾ المحال عليه بتاريخ 22 ماي 2014 بعدم دستورية بعض مقتضيات هذا النظام الداخلي التي أوردت أنه بإمكان اللجان الدائمة المطالبة بإجراء تصويت سري على كل مقترح أو مشروع قانون، مستدلاً بأن الفصل 68 من الدستور لئن كان يسمح لكل من مجلسي البرلمان أن يعقد جلسات سرية إلى جانب الجلسات العمومية، وكذلك يسمح للجان الدائمة عقد اجتماعات عمومية إلى جانب الاجتماعات السرية (وهي الأصل)، فإنه هذا لا يعني أن التصويت على مشاريع ومقترحات القوانين أن يكون سرياً، باستثناء حالات الانتخاب أو الحالات التي تهم الأشخاص، مما يعني بمفهوم الموافقة أن التصويت على أشخاص يكون دائماً سرياً وليس علنياً.
- بيد أن في الحالة التي نحن بصدها، سمح بإجراء تصويت علي لانتخاب رؤساء مجالس الجماعات الترابية ونوابهم وأجهزتها، كاستثناء من قاعدة التصويت السري المتعلقة بانتخاب الأشخاص، وبرر المجلس الدستوري موقفه هذا بتخليق الحياة السياسية وضمن الشفافية والالتزام الحزبي.

¹ - ظهير شريف رقم 1.15.85، الصادر بتاريخ 07 يوليو 2015، بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات، الجريدة الرسمية، عدد

6380، الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2015، ص. 6660

² - ظهير شريف رقم 1.15.84، الصادر بتاريخ 07 يوليو 2015، بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم، الجريدة الرسمية،

عدد 6380، الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2015، ص. 6625

³ - ظهير شريف رقم 1.15.83، الصادر بتاريخ 07 يوليو 2015، بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 111.14، المتعلق بالجماعات، الجريدة الرسمية، عدد

6380، الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2015، ص. 6585

⁴ - قرار المجلس الدستوري رقم 938.14، الصادر بتاريخ 14 يونيو 2014، الجريدة الرسمية، عدد 6267، بتاريخ 23 يونيو 2014، ص. 5449

2. الترحال السياسي

نصت المادة 51 من القانون التنظيمي للجماعات والمادة 52 من القانون التنظيمي للعمال والأقاليم والمادة 54 من القانون التنظيمي جميعها على أنه: طبقاً لأحكام المادة 20 من القانون التنظيمي رقم 29.11 المتعلق بالأحزاب السياسية⁽¹⁾، «يجرد العضو المنتخب بمجلس الجماعة الترابية الذي تخلى خلال مدة الانتداب عن الانتماء للحزب السياسي الذي ترشح باسمه من صفة العضوية في المجلس» وعلى أنه «يعتبر عضو مجلس الجماعة الترابية من منظور هذا القانون التنظيمي في وضعية تخلي عن الحزب الذي ترشح بتزكية منه، إذا قرر هذا الحزب وضع حد لانتماء العضو المنتسب إليه، بعد استنفاد مساطر الطعن الحزبية والقضائية».

صرح المجلس الدستوري بدستورية الفقرة الأولى من هذه المواد التي تنص على «يجرد العضو المنتخب بمجلس الجماعة الترابية الذي تخلى خلال مدة الانتداب عن الانتماء للحزب السياسي الذي ترشح باسمه من صفة العضوية في المجلس»، وبعدم دستورية الفقرة الثانية التي تنص على «يعتبر عضو مجلس الجماعة الترابية من منظور هذا القانون التنظيمي في وضعية تخلي عن الحزب الذي ترشح بتزكية منه، إذا قرر هذا الحزب وضع حد لانتماء العضو المنتسب إليه، بعد استنفاد مساطر الطعن الحزبية والقضائية».

يستفاد من هذه المواد أن المشرع التنظيمي لم يميز بين التجريد من العضوية الناتج عن التخلي (فعل إرادي) عن الانتماء السياسي الذي ترشح باسمه للانتخابات، وإقالة من هذا الحزب أو الهيئة التي ينتمي إليه (فعل ناجم عن تدخل إرادة ثانية). ربما هذا الخلط أو عدم التمييز ناتج عن التأويل والتفسير الواسع للفصل 61 من الدستور وكذلك سوء فهم لاجتهاد المجلس الدستوري المتعلق بالمادة 20 من القانون التنظيمي للأحزاب السياسية رقم 29.11.

وبالعودة إلى أحكام الفصل 61 من الدستور نجدتها تتحدث فقط عن التجريد من العضوية بالنسبة لأعضاء مجلسي البرلمان الذين تخلو عن انتمائهم السياسي الذي ترشحوا باسمه للانتخابات، أو عن الفرق أو المجموعات البرلمانية التي ينتمون إليها، ومن جهة أخرى أن هذا الفصل يتحدث فقط عن التخلي من طرف العضو البرلماني ولم يذكر الإقالة أو الطرد أو شيء من هذا القبيل.

غير أن المجلس الدستوري في قراره رقم 818.11 المتعلق بالقانون التنظيمي بالأحزاب السياسية⁽²⁾ سمح للمادة 20 من هذا القانون أن تشمل أولئك الذين يقعون تحت طائلة التجريد من العضوية، أعضاء مجالس الجماعات الترابية والغرف المهنية الذين يتخلون عن انتمائهم السياسي، مبرراً ذلك بمبدأ الوفاء السياسي من قبل المنتخبين تجاه ناخبيهم من خلال الهيئات السياسية التي ترشحوا باسمها، وكذلك جعل حرية المنتخب في تغيير انتمائه السياسي مقيدة بحقوق الناخبين وحقوق الهيئات السياسية التي رشحته لمهام انتدابية، في نطاق تعاقد معنوي بين الطرفين.

وعليه، يتضح من الفصل 61 وقرار المجلس الدستوري أعلاه، أنهما لم يشيرا إلى مفهوم الإقالة التي قد يتعرض لها العضو المنتدب في إحدى هذه المجالس أو أجهزته، وإنما اقتصرنا فقط عن التخلي من طرف العضو عن انتمائه السياسي، وهي الحالة الوحيدة التي يطبق على التجريد من العضوية في المجلس أو الهيئة التي كان ينتمي إليها.

وبذلك يكون المجلس الدستوري قد حالفه الصواب عندما أبطل الفقرة الثانية من هاته المواد التي كانت تنص على «يعتبر عضو مجلس الجماعة الترابية من منظور هذا القانون التنظيمي في وضعية تخلي عن الحزب الذي ترشح بتزكية منه، إذا قرر هذا الحزب وضع حد لانتماء العضو المنتسب إليه، بعد استنفاد مساطر الطعن الحزبية والقضائية».

¹ - ظهير شريف رقم 1.11.166، الصادر بتاريخ 22 أكتوبر 2011، بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 29.11 المتعلق بالأحزاب السياسية، الجريدة الرسمية، عدد، 5989، الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر 2011، ص. 5172، كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون التنظيمي رقم 33.15، الصادر بشأن تنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.89، الصادر بتاريخ 16 يوليو 2015، الجريدة الرسمية، عدد، 6380، الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2015، ص. 6712

² - قرار المجلس الدستوري رقم 818.11، الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 2011، الجريدة الرسمية، عدد 5989، بتاريخ 24 أكتوبر 2011، ص. 5201

وبالتالي، يكون ما انتهي إليه المجلس الدستوري بخصوص الفقرة الثانية من هذه المواد، يروم حماية المنتخب الذي فاز في الانتخابات لأداء مهامه بعيدا عن الضغوطات الحزبية، لأن هذه الفقرة كانت ترمي إلى تقييد العضو المنتخب واستبعاده كلما تبين للحزب الذي ينتمي إليه أنه غير مرغوب فيه لدواعي معينة، وكذلك ترهن مصيره في يد الحزب، ضرب عرض الحائظ مصداقية الانتخابات، وإرادة المواطنين الذين صوتوا عليه.

غير أن المجلس الدستوري لم يتوقع تبعات هذا الاجتهاد، والتي أسفرت عنها بعض الممارسات بعد استحقاق الرابع من سبتمبر 2015، لاسيما عند تشكيل مجالس الجماعات الترابية، حيث أبأت الممارسة عدم امتثال بعض المنتخبين لتوجهات الأحزاب السياسية التي ينتمون إليها، والنزاعات بين مترشحين من نفس الحزب السياسي على ترأس بعض الجماعات خصوص تلك التي ينتخب أعضاء مجالسها بالاقتراع الأحادي الاسمي، بالإضافة إلى مسألة التحالفات الحزبية، وبالتالي، في هذه الحالة لا يستطيع الحزب السياسي أن يقوم بتجريد المنتخب الذي لم يمثل لأوامر الحزب السياسي من عضويته جراء السلوك المخالف لتوجهات الحزب، ما دام أن هذا العضو محصن باجتهاد المجلس الدستوري.

3. تقديم العرائض إلى مجلس الجهة

نص البند الأخير من المادة 121 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات على أن «من الشروط التي يجب على الجمعيات استيفاؤها لتقديم عريضة إلى مجلس الجهة»: أن تكون الجمعية متوفرة على فروع قانونية في كل أقاليم الجهة».

وصرح المجلس الدستوري بعدم دستورية هذا البند، لكون هذا الشرط يروم الحد من ممارسة حق دستوري مخوّل للجمعيات بموجب الفصل 139 من الدستور، قصد تقديم عرائض إلى مجلس الجهة لمطالبته بإدراج نقطة تدخل في اختصاصه ضمن جدول أعماله.

ويبدو أن هذا التصريح يحمل رسالة واضحة إلى الجهات المعنية بإعداد القوانين التنظيمية المتعلقة بالملتزمات التشريعية المنصوص عليها في الفصل 14 من الدستور والقانون التنظيمي المتعلق بتقديم العرائض المنصوص عليه في الفصل 15 من الدستور، مفادها أن ممارسة المواطنين أو المواطنين سواء بشكل فرادى أو في إطار جمعيات، لحقهم الدستوري المتمثل في تقديم الملتزمات التشريعية أو العرائض، يتعين أن يكون مقيد بأقل القيود وكذلك يجب أن تكون هذه القيود قائمة على مبررات قانونية معقولة.

إذن كانت هذه بعض الملاحظات التي سجلناها عن القرارات التي أصدرها المجلس الدستوري حول القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية، والتي لمسننا من خلالها بعض الإشكاليات الدستورية التي كانت مطروحة قبل عرضها على المجلس الدستوري، لاسيما فيما يتعلق بإجراءات وشروط إقرار هذه القوانين التنظيمية.

إيقاف تنفيذ مقررات مجالس الجهات وباقي الجماعات الترابية الأخرى: ساحة للتدافع القانوني بين المشرع التنظيمي والمشرع العادي والقاضي الإداري

يونس أبلانغ
طالب باحث في سلك الدكتوراه،
في سلك الدكتوراه، كلية الحقوق - سلا

هشام برجواي
طالب باحث في سلك الدكتوراه،
كلية الحقوق - الدار البيضاء

"إذا أبقى المجلس المعني على المقرر موضوع التعرض، أحالت السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية الأمر إلى القضاء الاستعجالي لدى المحكمة الإدارية الذي يبت في طلب إيقاف التنفيذ داخل أجل 48 ساعة ابتداء من تاريخ تسجيل هذا الطلب بكتابة الضبط لديها، ويترتب على هذه الإحالة وقف تنفيذ المقرر إلى حين بت المحكمة في الأمر"¹.

تبدو أحكام المادة 114 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، واضحة في إسنادها اختصاص فحص طلبات إيقاف تنفيذ مقررات مجالس الجماعات الترابية، إلى رئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضيا للمستعجلات. وهذا ما يتعلق بظواهر الأمور، ويوحى بأن المسألة تكتسي بعدا تقنيا صرفا، بيد أن باطنها يكشف عن إحدى الأسئلة الشائكة التي أفرزتها نصوص القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية².

لا شك أن المقتضيات السالفة الذكر، ستترتب عنها نتائج وأثار قانونية مباشرة وغير مباشرة³، تتجلى أهمها في فك الارتباط بين قاضي الموضوع وإيقاف تنفيذ التصرفات الإدارية من جانب واحد⁴، والانتقال باختصاص البت في طلبات إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية من هيئة المحكمة إلى رئيسها بصفته قاضيا للمستعجلات⁵. وغني عن البيان أن من شأن ذلك أن يعيد النظر في الكثير من البراديكمات، على رأسها عدم قبول قاضي المستعجلات، على مر الزمن، النظر في طلبات إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية، بدعوى أنه لا يملك سلطة التوسع في الصلاحيات الموكولة لقاضي الموضوع في هذا الشأن، والمحددة بنص المادة 24 من القانون رقم 41.90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية⁶.

يُعرف إيقاف التنفيذ بكل طلب يرمي إلى وجوب الامتناع عن القيام بأي إجراء من إجراءات التنفيذ إذا لم يتم التنفيذ بعد. أما إذا شرع فيه، فيعني بذلك وجوب إرجاع الأمور إلى الحالة التي كانت قبل التنفيذ أو الشروع فيه، بحيث أن إيقاف التنفيذ يرتبط أجله بمأل الدعوى الأصلية. وتبعاً لما سيصدر في ضوء هذه الدعوى يتقرر إما متابعة إجراءات

¹ الفقرة الثالثة من المادة 114 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.83، الجريدة الرسمية عدد 6380، بتاريخ 23 يوليوز 2015، ص 6603.

² الفقرة الثالثة من المادة 108 من القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.84، الجريدة الرسمية عدد 6380، بتاريخ 23 يوليوز 2015، ص 6642 - الفقرة الثالثة من المادة 117 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.85، الجريدة الرسمية عدد 6380، بتاريخ 23 يوليوز 2015، ص 6682.

³ بوجمة بوعزاوي، انهيار المعيار العضوي في تحديد القرار الإداري بعد دستور 2011، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد مزدوج 106-105، يوليوز-أكتوبر 2012، ص 11.

⁴ Charles Eisenmann, centralisation et décentralisation, esquisse d'une théorie générale, L.G.D.J, Paris 1948, p 170.

⁵ المادة 19 من القانون رقم 41.90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.91.225 بتاريخ 10 شتنبر 1993، الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 3 نونبر 1993 الصفحة 2174.

⁶ المادة 24 من القانون رقم 41.90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية، نفس المرجع.

التنفيذ إذا لم يتمكن المنفذ عليه من تغيير مشتملات الحكم محل الدعوى الأصلية، أو الاستكفاف عن التنفيذ نهائيا إذا تمكن المنفذ عليه من استصدار حكم يبطل مفعول الحكم موضوع التنفيذ.¹

وحيث درج العمل القضائي منذ إحداث المحاكم الإدارية سنة 1993، بعدم صلاحية رئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضيا للمستعجلات للبت في هذا النوع من الطلبات، الذي هو جزء من قضاء الإلغاء حيث تنص المادة 24 من القانون رقم 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية على إسناد إيقاف تنفيذ هذه الطلبات إلى محكمة الموضوع.²

وحيث، من جهة ثانية، يصدر قاضي المستعجلات أوامر بعد توفر عنصر الاستعجال، ورجحان الحق المراد حمايته بجدية الوسائل المثارة لإيقاف تنفيذ القرارات والمقررات إلى حين حسم قضاء الموضوع في النزاع، وبهذا يتحقق التوازن بين أطراف الخصومة، وفقا للمبدأ الأصولي القائل إذا اجتمع ضرران روعي أعظمهما ضررا، ويجب ارتكاب أخفهما. فهل هذا ما أرادته المشرع في مضامين نصوص القوانين التنظيمية للجماعات الترابية فيما يخص طلبات إيقاف تنفيذ مقررات المجالس³، رغم أن القاعدة العامة الناظمة لهذه الطلبات مستمدة صراحة من المادة 24 من القانون رقم 12.90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية، كما أن مجال الأوامر الاستعجالية معروف في المادة 19 من القانون المذكور وكذا في الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية؟

إن البحث في ماهية إيقاف تنفيذ مقررات مجالس الجماعات الترابية ليس ترفا فكريا، وإنما ضرورة تستجيب لمطالبات الأمن القانوني. فتحديد ماهيته يدخل ضمن دائرة تسليط الضوء على جودة القوانين التنظيمية للجماعات الترابية، التي أسست لانتبأق ما يمكن اعتباره: "مدونة"⁴ للجماعات الترابية، تبعا لمبادئ ومقتضيات اعتمادها الباب التاسع من الدستور المراجع لفاتح بوليوز 2011.⁵

لقد عمل المشرع التنظيمي على توسيع هامش المبادرة الترابية، بتلئين الوصاية على الجماعات الترابية وتطوير آليات المواكبة والتحفيز لتسيير الشؤون المحلية من خلال إقرار المراقبة الإدارية التي يمارسها ولاة الجهات وعمال العمالات والأقاليم، ثم وزير الداخلية في مجالات ضيقة⁶. فضلا عن رقابة قضائية، تقوم بها المحاكم الإدارية كجهة محايدة، بعد

¹ محمد بونيات، وجهة نظر حول إيقاف التنفيذ الأمور به خلافا للقانون والحجية الوقتية للأحكام المدنية، منشورات مجلة المحقق القضائي، العدد العاشر، أكتوبر 1988، ص 98.

² حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 3373 الصادر بتاريخ 22 يوليوز 2015 في الملف رقم 15/7106/87 (غير منشور).

³ القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات- القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم- القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات، مرجع سابق.

⁴ نشير في هذا الصدد إلى أن العناصر التكوينية لظهور ما اعتبرناه "مدونة للجماعات الترابية"، على منوال ما هو معمول به في النموذج الفرنسي، تظهر من خلال التدرج في اعتماد القواعد القانونية الناظمة للنشاط القانوني للجماعات الترابية، حيث أرسى الدستور المبادئ العليا المنظمة للامركزية الترابية، ثم جرى تدخل المشرع التنظيمي لإتمام وتوضيح المحددات الكبرى التي وضعها الدستور، وفي الأخير، قامت السلطة التنفيذية باعتماد النصوص التنظيمية التطبيقية، فتكون بذلك التأليف القانونية للمدونة قائمة من خلال الصيغة التالية: مقتضيات دستورية - مقتضيات تشريعية (سواء تلك التي وضعها المشرع التنظيمي أو المشرع العادي) - مقتضيات التنظيمية.

⁵ الباب التاسع من الدستور المغربي لسنة 2011، المنفذ بالظهير الشريف 1.11.91 بتاريخ 29 يوليوز 2011، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 30 يوليوز 2011، ص 3622.

⁶ في هذا الباب، يجب التمييز بين طلبات إيقاف التنفيذ التي تقوم بها سلطات المراقبة الإدارية على الأعمال القانونية للجماعات الترابية، ولاسيما التمييز بين المراقبة الإدارية على مقررات المجالس -التي تبلغ وجوبا جميعها للولاة والعمال، ويخضع جزء منها للتأشيرة-، وبين القرارات الفردية التي تبلغ وجوبا -قرارات رئيس المجلس المتخذة في إطار السلطة التنظيمية ثم قرارات رئيس مجلس الجماعة المتخذة في ميدان التعمير-

ففيما يتعلق بطلبات إيقاف تنفيذ مقررات مجالس الجماعات الترابية فمسطرة المراقبة الإدارية عليها ومسألة التعرض ثم إيقاف تنفيذها، واضحة في نصوص القوانين التنظيمية المذكورة حسب التحليلات الواردة في هذه المساهمة. أما مسألة تبليغ قرارات رؤساء المجالس المتخذة في إطار السلطة التنظيمية وكذا قرارات رؤساء مجالس الجماعات المتخذة في ميدان التعمير، فيتم تبليغها فقط، أما مسألة التعرض وطلبات إيقاف

توكيلها اختصاص البت في طلبات بطلان مقررات المجالس، إثر تعرض الوالي أو عامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه، حسب المسطرة المحددة في باب المراقبة الإدارية بنصوص القوانين التنظيمية المذكورة¹.

إن مقتضيات المتعلقة بإيقاف تنفيذ مقررات مجالس الجماعات الترابية، لا يمكن قبولها إلا ببحث مدى مطابقتها لتشريعات أخرى ذات صلة عضوية بها، ونخص بالذكر القانون رقم 41.90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية² إضافة إلى فصول نص قانون المسطرة المدنية³، وذلك لأجل تحديد السلطة صاحبة الصلاحية من هيئات المحكمة الإدارية، الموكل لها أمر إيقاف تنفيذ مقررات مجالس الجماعات الترابية، وكذا المساطر القانونية المعمول بها في هذا الشأن، فضلا عن بحث مطابقتها لما درج عليه العمل القضائي منذ ظهور المحاكم الإدارية كجهة قضائية مختصة في المادة الإدارية، وأكثر من ذلك، بالجواب عن سؤال جوهري مفاده لماذا اعتمد المشرع التنظيمي الرقابة القضائية لمعالجة النزاعات القانونية التي يمكن أن تنشأ بين المجلس التداولي المنتخب وممثل السلطة المركزية؟ وكيف حاول المشرع سن مقتضيات قانونية مؤطرة لإيقاف تنفيذ مقررات مجالس الجماعات الترابية حتى استصدار حكم في الموضوع؛ مقتضيات تكون مطابقة شكلا ومضمونا لباقي النصوص القانونية الأخرى ومدخلا لحماية مبدأ الأمن القانوني الذي يعتبر إحدى دعائم دولة الحق والقانون والمؤسسات؟

لقد اقترن اختصاص قاضي الموضوع لأكثر من عشرين عاما بالنظر في طلبات إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية قبل أن يتبين حدود هذا الربط (I)، لكن ما لم يتغير في اختصاص البت في طلبات إيقاف التنفيذ، أنها من اختصاص قاضي الموضوع للمحاكم المختصة في المادة الإدارية، باستثناء الطلبات المتعلقة بإيقاف تنفيذ مقررات مجالس الجماعات الترابية (II).

(I) : "المبدأ" طلبات إيقاف تنفيذ مقررات مجالس الجماعات الترابية من صلاحية قاضي الموضوع

يعد إيقاف التنفيذ جزء من قضاء الإلغاء، وتابعا له، بحيث أسند المشرع اختصاص النظر فيه لمحكمة الموضوع طبقا للمادة 24 من القانون 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية. وبالتالي فالطلبات المقدمة في إطار المادة 19 من القانون المذكور لإيقاف تنفيذ القرارات والمقررات لا تدخل ضمن الاختصاصات المخولة لرئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضيا للأمر الوقتية والتحفظية. أما طلبات إيقاف التنفيذ التي لا تعتبر قرارات إدارية فيختص بها رئيس المحكمة الإدارية، كالطلبات المتعلقة بإيقاف إجراءات استخلاص رسم جماعي⁴.

وعلى منوال ذلك، نظم المشرع أحكام طلب الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ القرار الإداري، بحيث يقع هذا الطلب في نطاق ولاية الإلغاء، وله خصائص معينة من أهمها أن طلبات إيقاف التنفيذ تدخل في نطاق ولاية الإلغاء، وأن

فقد خول المشرع لسلطة الوصاية التدخل في أي وقت وحين كلما تبين لها أنها لا تدخل في صلاحيات المجلس أو رئيسه أو متخذه خرقا لأحكام القوانين التنظيمية والنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

¹ أوكل المشرع اختصاص البت في بطلان مقررات المجالس الجماعية للمحاكم الإدارية بعد أن كانت النصوص المتعلقة باللامركزية الترابية تعطي هذا الاختصاص لسلطة الوصاية، حيث كانت تنص على أنه تعتبر باطلة بحكم القانون المقررات المتعلقة بموضوع خارج عن نطاق اختصاص المجلس الجماعي...ويعلن عن حالة البطلان، حسب الحالة، بقرار مدعم بأسباب يصدره وزير الداخلية أو الوالي أو العامل... المادة 74 من القانون رقم 78/00 المتعلق بالميثاق الجماعي لسنة 2002 كما تم تغييره وتنظيمه سنة 2009 بالقانون رقم 17.08 المنفذ بالظهير الشريف رقم 153-08-1 بتاريخ 18 فبراير 2009، الجريدة الرسمية عدد 5711 بتاريخ 23 فبراير 2009، ص 536.

² القانون رقم 41.90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية، مرجع سابق.

³ القانون رقم 14.12 المنفذ بالظهير 1.12.22، المغير والمتمم للظهير بميثاق قانون رقم 1.47.447 بتاريخ 28 شتنبر 1974 بشأن المصادقة على نص المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 6078 بتاريخ 30 غشت 2012 الصفحة 4632.

⁴ أمر المحكمة الإدارية بمكناس عدد 2015/7101/71 الصادر بتاريخ 29 يوليوز 2015 في الملف رقم 2015/101/57 (غير منشور).

الطعن بالإلغاء لا يوقف تنفيذ القرار الإداري كأصل عام، كما أنه لا يجوز طلب وقف التنفيذ إلا بوجود قرار إداري كخاصية ثانية¹.

وتبعاً لهذا وذلك، فطلبات إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية تبقى اختصاصاً أساسياً لهيئة المحكمة التي تتداول في الأمر بعد إدلاء المفوض الملكي بمستنتاجاته، وتطبق بشأنه مقتضيات المادة 24 من القانون رقم 41.90 التي مكنت الهيئة المذكورة أن تأمر بصورة استثنائية بوقف تنفيذ القرارات الإدارية². أما طلبات إيقاف التنفيذ التي لا تعتبر طلبات تنفيذ إيقاف قرار إداري فتكون من اختصاص قاضي المستعجلات، وتطبق بشأنها مقتضيات المادة 19 من القانون المذكور³، والفصل 119 من قانون المسطرة المدنية، وذلك بتمسك المدعي بدفوعات تضيي على النزاع طابع الجدية ورجحان الحق المراد حمايته⁴.

لقد استقر العمل القضائي على أن سلطة وقف تنفيذ القرارات الإدارية مشتقة من سلطة الإلغاء وفرع منها. وتوجه طلبات وقف التنفيذ إلى كل قرار إداري، له مقومات القرارات الإدارية. فهذه الأخيرة، سليمة كانت أم معيبة، هي التي يطبق عليها مبدأ جواز التنفيذ الجبري ضد الأفراد. وهي النتيجة التي يجب توخاها بطلب وقف التنفيذ. أما في حالة بلغ العيب في القرار الإداري حدا يجعله معدوماً، فإن في وسع الأفراد توخي نتائج هذا العمل الضار بذات الوسيلة التي يلجأون إليها لو أن عمل الإدارة صدر من أحد الأفراد، ذلك لأن الانعدام يجرّد عمل الإدارة من صفته القانونية، ويحيله إلى مجرد عمل مادي يستتبع سقوط امتياز القضاء *le privilège de juridiction* الذي اعترف به لفائدة الإدارة نظراً لكونها حارسة للمصلحة العامة⁵. وفي ذلك دلالة على أن العيب الذي يؤدي إلى انعدام القرار الإداري ويجعله عملاً مادياً، هو مخالفة القرار للقانون بدرجة يتعذر معها القول أنه يعتبر تطبيقاً للقانون؛ إذ يجب أن يستند القرار الإداري باستمرار إلى قاعدة قانونية حتى يمكن قبول مراجعة الإبطال لتجاوز حد السلطة⁶، فإذا انقطعت الصلة بينه وبين القاعدة القانونية أصبح قراراً منعدماً، وعملاً مادياً صرفاً. يمكن طلب إيقاف تنفيذه أمام قاضي المستعجلات، وبالنتيجة تطبيق المادة 19 من نص القانون رقم 41.90⁷.

فالطلبات التي لا تعتبر طلبات إيقاف تنفيذ قرار إداري، كحالة طلب إيقاف إجراءات تنفيذ دين عمومي. استقر العمل القضائي بشأنها على قبول المطالبة بها كإجراء وقفي، لغاية البت في دعوى الموضوع. وذلك في إطار القواعد العامة للاستعجال المنصوص عليها بالفصل 149 من قانون المسطرة المدنية، المحال عليه بموجب المادة 7 من القانون رقم 41.90⁸.

(II): "الاستثناء" اختصاص قاضي المستعجلات في طلبات إيقاف تنفيذ مقررات مجالس الجماعات الترابية

اعتبرت مضمين القوانين التنظيمية المذكورة، أن طلبات وقف تنفيذ مقررات مجالس الجماعات الترابية، تتم بعد تعرض والي الجهة على المقررات التي لا تدخل في صلاحيات مجلس الجهة، أو المتخذة خرقاً لأحكام القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات⁹. وكذا بتعرض عامل العمالة أو الإقليم على المقررات التي لا تدخل في صلاحيات مجلس العمالة أو الإقليم، أو المتخذة خرقاً لأحكام القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم¹⁰. أو بتعرض عامل العمالة

¹ محمد الأعرج، المنازعات الإدارية والدستورية في تطبيقات القضاء المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 78 سنة 2012، ص 106-107-108.

² المادة 24 من القانون رقم 41.90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية، مرجع سابق.

³ المادة 19، نفس المرجع.

⁴ الفصل 19 من قانون المسطرة المدنية، مرجع سابق.

⁵ محمد الأعرج، مرجع سابق، ص 110.

⁶ بوجمعة بوعزاوي، مرجع سابق، ص 16.

⁷ أمر استعجالي عدد 211 صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 20 دجنبر 2000. أورده أحمد بوعشيق، الدليل العملي للاجتهاد القضائي في

المادة الإدارية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة "دلائل التسيير"، الجزء الأول، ص 491.

⁸ التعليل الوارد في أمر المحكمة الإدارية بمكناس، مرجع سابق.

⁹ الفقرة الأولى من المادة 114 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، مرجع سابق.

¹⁰ الفقرة الأولى من المادة 108 من القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم، مرجع سابق.

أو الإقليم أو من ينوب عنه على مقررات مجلس الجماعة والتي لا تدخل في صلاحياته، أو المتخذة خرقة لأحكام القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات¹.

وحيث يمكن للوالي أو لعامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه حسب الحالة، أن يبلغ تعرضه إلى رئيس المجلس المعني داخل أجل ثلاثة أيام من أيام العمل من تاريخ التوصل بالمقرر².

وحيث من جهة ثانية، يترتب على التعرض المذكور إجراء مجلس الجماعة الترابية حسب الحالة، لمداولة جديدة في شأن المقرر المتخذ. وإذا أبقى عليه أحال الوالي أو عامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه الأمر إلى قاضي المستعجلات (وليس القضاء الاستعجالي) لدى المحكمة الإدارية³، والذي يبت في طلب إيقاف التنفيذ داخل أجل 48 ساعة من تاريخ تسجيل هذا الطلب بكتابة الضبط لديها. ويترتب على هذه الإحالة وقف تنفيذ المقرر المذكور إلى حين بت قضاء الموضوع في الأمر داخل أجل ثلاثين يوم ابتداء تاريخ التوصل⁴.

وتأسيسا على ما نصت عليه المادة 24 من القانون رقم 41.90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية؛ أن للمحكمة الإدارية أن تأمر بصورة استثنائية بوقف تنفيذ قرار إداري رفع إليها طلب يهدف إلى إلغائه، إذا طلب منها طالب الإلغاء ذلك صراحة. الأمر الذي يؤدي بالنتيجة إلى اختصاص المحكمة وليس قاضي المستعجلات بوقف تنفيذ مقررات المجلس، ويعقد الاختصاص لهيئة المحكمة التي تختص بالبت في طلبات وقف القرارات والمقررات. ويكون بالتالي ما ورد في المادة 114 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، والمادة 108 من القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمال والأقاليم، وكذا المادة 117 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات قد خولت لرئيس المحكمة الإدارية اختصاص البت بوقف تنفيذ القرارات والمقررات، بصفته قاضيا للمستعجلات كما هو معروف نظام القضايا الاستعجالية المعروفة في المادة 19 من القانون رقم 41.90 المذكور والفصل 149 من قانون المسطرة المدنية. وهذا ما من شأنه أن يرتب لتضارب النصوص القانونية، ومعرفة القانون الواجب التطبيق⁵. إذ لا يمكن أن يختص قاضي المستعجلات بإيقاف تنفيذ القرارات والمقررات إلى حين بت قضاء الموضوع وفق ما درج عليه العمل القضائي في

¹ الفقرة الأولى من المادة 117 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات، مرجع سابق.

² الفقرة الثانية من المادة 114 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات- الفقرة الثانية من المادة 108 من القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمال والأقاليم- الفقرة الثانية من المادة 117 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات، مرجع سابق.

³ من حيث الشكل يؤخذ كذلك على هذه المقترضات أنها تنص على القضاء الاستعجالي؛ في حين أن نص القانون رقم 41.90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية، وكذا نص قانون المسطرة المدنية تضمنتا قاضي المستعجلات وليس القضاء الاستعجالي.

⁴ الفقرة الثالثة من المادة 114 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات- الفقرة الثالثة من المادة 108 من القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمال والأقاليم- الفقرة الثالثة من المادة 117 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات، مرجع سابق.

⁵ بمقابل هذه الإشكالية القانونية والتي تبقى قائمة حتى تصدر نصوص تفسيرية لها، أو تقديم المحاكم الإدارية لشروحات معلقة. لا يمكن في هذا الشأن إنكار إجابة نصوص القوانين التنظيمية عن بعض الإشكالات الفقهية في القرار الإداري، وحتى وإن لم تجيب عنها، يمكن القول في هذا الباب أن ضححت بعض التحليلات الواردة في بعض الكتابات، بحيث يتعلق الأمر بالنقاش الفقهي الذي استقر على أن القرارات التي تحتاج إلى مصادقة، تنتج آثارها القانونية بمجرد اتخاذها من السلطة اللامركزية، بعد أن صرح العميد "هوريو" بقوله: "حينما تكون الإدارة المركزية مدعوة لإعطاء مصادقتها أو ترخيصها لمقرر متخذ من طرف سلطة محلية، فهذه المصادقة أو الترخيص لا يعتبر جزءا مكملا للقرار، إذا ما هي إلا شكلية خارجية تأتي لإزالة العائق الذي يعترض القوة التنفيذية *la vertu exécutoire* للمقرر، لكن لا يمنحها هذه القوة التنفيذية *cette force exécutoire*". للإطلاع لأكثر، راجع: يحيى حلوي، القرار الإداري من الأثر القانوني إلى التنفيذ، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الأول، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2003-2004.

غير أن التحليل الذي ساقه يحيى حلوي، مؤكدا لقول العميد "هوريو"، مع دعمه بحجج فقهية وقبول قضائيا، لا يمكن قبوله على إطلاقته؛ بحيث، يمكن أن لا تنتج قرارات السلطات اللامركزية آثارا قانونية إلا بمصادقة أو تأشير السلطة المركزية، ويبقى التصرف الانفرادي للسلطة المحلية بدون أثر. والدليل على ذلك قدمته نصوص القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية، فمثلا اعتبرت المادة 115 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات ما يلي: "لا تكون مقررات المجلس التالية قابلة للتنفيذ إلا بعد التأشير عليها من قبل السلطة الحكومية المكلفة

هذا الباب مطابقا بذلك للتشريعات والأنظمة القانونية ثم الآراء الفقهية. والقول بخلاف ذلك سيؤدي إلى انكسار قواعد العدالة، ومساس بجوهر مبدأ الأمن القانوني.

لقد أسندت المادة 24 من القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية، اختصاص فحص الطلبات الرامية إلى وقف تنفيذ قرار إداري إلى المحكمة الإدارية، وحرصت نفس المادة على إيلاء الصفة الاستثنائية لتفعيل آلية الوقف من خلال اضاء الصبغة الاستثنائية عليها. ويمكن القول إن تأطير صلاحية وقف سريان القرار الإداري بالاستثناء نابع من مبدأ الفصل بين الوظائف الإدارية والقضائية الذي اعتمده القانون الإداري الفرنسي، بحيث يُمنع على السلطات القضائية اعاققة تنفيذ الإدارة لمهامها التي تهدف إلى احقاق المصلحة العامة. وحيث أن الوالي أو العامل و/أو من ينوب عنه يمثل السلطة المركزية داخل النظام القانوني للجماعات الترابية بموجب الفصل 145 من الدستور المراجع لفتح يوليوز 2011، فإن تعرضه على مقرر صادر عن الجماعة الترابية يحيل إلى ضرورة ضمان انسجام المصلحة المحلية، التي يمثلها المجلس التداولي المحلي المنتخب، مع المصلحة الوطنية التي يجسدها ممثل السلطة المركزية¹، فإن كانت اللامركزية الترابية تتأسس على مبدأ وجود مصلحة محلية متميزة عن المصلحة الوطنية، فإنها تتأسس أيضا على مبدأ التوافق بين المصلحتين ويتحقق هذا التوافق من خلال آليات الوصاية التي جرت الاستعاضة عنها بآليات المراقبة الإدارية القائمة أساسا على المراقبة البعدية واستثناء على المراقبة القبلية. بيد أن مشكلة الاختصاص التي أفرزتها القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية إذا قورنت بما قضت به المادة 24 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية قد تفضي إلى التوسع في ممارسة حق التعرض مما قد يحول، على المستوى الاجرائي، المراقبة الإدارية المرتكزة حصريا على المشروعية إلى وصاية للملاءمة.

خاتمة:

إن مقتضيات المتعلقة بطلبات إيقاف تنفيذ مقررات مجالس الجماعات الترابية الواردة في القوانين التنظيمية، تثير إشكالا قانونيا شائكا، فقد تشبث رئيس المحكمة الإدارية، بصفته قاضيا للمستعجلات، على مر الزمن برفض النظر في طلبات إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية، مما يجعل مقتضيات الواردة في هذا الشأن تنفتح على سياق أكثر حراكا واتساعا بعد إمكانية طلب إيقاف تنفيذ مقرر ما أمام المحكمة الإدارية.

فهل سيعمل قضاة المحكمة الإدارية على تطبيق نص القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية باعتبارها نصوص قانونية خاصة تقيد القواعد العامة، والأكثر من ذلك أنها قوانين تنظيمية ذات مضمون قاعدي يعلو قوانين أخرى وفق مبدأ التدرج الهرمي للنصوص؟ أم سيتم العمل على تطبيق القانون رقم 41.90 المحدد لاختصاصات المحكمة الإدارية وسلطات قضائها؟

وحدها الممارسة القضائية المنبثقة عن تنفيذ القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية هي التي ستقدم مستقبلا إجابة واضحة المعالم.

بالداخلية داخل أجل عشرين يوما (20) من تاريخ التوصل بها من رئيس المجلس...". وهذا الاتجاه سبق أن تبناه سابقا "أندري دو لوبادر" في أول طبعة له "مطول القانون الإداري"، بالقول، "إن المصادقة على بعض القرارات السلطات اللامركزية هي أحد أهم عناصر القرار الإداري، وفي ظل غياب هذه المصادقة فالتصرف الفردي الذي اتخذته الهيئة اللامركزية يظل دون أثر".

¹ بخلاف الفصل 145 من الدستور المغربي المراجع لفتح يوليوز 2011 والذي أسند صفة ممثل السلطة المركزية داخل النظام القانوني للجماعات الترابية إلى الوالي أو العامل دون تعيينه صراحة كضامن للتوافق بين المصلحة العامة l'intérêt national والمصلحة المحلية l'intérêt local. عقد الدستور الفرنسي لسنة 1958 صفة ممثل الدولة وضامن المصلحة العامة للمحافظ عبر التنصيص في الفصل 72 على أن المحافظ le préfet يمثل الدولة ويضمن المصالح الوطنية.